

عقد استئجار الأرحام.

Surrogacy Agreement.

محمود عبد التواب محمود*

جامعة أسيوط-جمهورية مصر العربية

d_mahmoud36@yahoo.com

- تاريخ الإرسال: 2025/11/14 - تاريخ القبول: 2025/12/07 - تاريخ النشر: 2025/12/28

الملخص: لا شك أن تطور الحياة الاجتماعية وما صاحبه من تغيير في الأفكار والنظم القانونية قد أديا - في وضوح وجلاء - إلى إذكاء الخلاف حول مشروعية عقد استئجار الأرحام فإذا كان التقدم الهائل في مجال الإنجاب الصناعي قد القى بظلاله على كثير من المجتمعات فقد أدى إلى زيادة المشاكل القانونية الناشئة عن الأضرار التي تعد من مكتسبات هذه الممارسات، ومنها انتهاك حرمة الجسد الآدمي، وضع كثير من الحقوق كحق النسب والبنوة والميراث، وغير ذلك من المشكلات التي استرعت اهتمام رجال القانون. وفي ظل الفراغ التشريعي الخاص بهذه الممارسات - في مصر وكثير من الدول العربية - يأتي هذا البحث كمساهمة في وضع بعض الضوابط القانونية يستهدى بها المشرع عند وضعه التشريع المرتقب ويتناول البحث ماهية عقد استئجار الأرحام وما يتشابهه معه، ثم بيان مدى مشروعيته، وهل تتوافق أركان العقد مع الضوابط التي وضعها المشرع المصري في قانون العقود أم لا؟ وأخيرا خاتمة البحث وبها أهم التوصيات.

الكلمات المفتاحية: عقد - رحم - بديل - استئجار - القانون المدني

Abstract: There is no doubt that the development of social life and the changes in legal systems have led to the emergence of disagreement in the surrogacy contract. If the tremendous progress in the field of artificial reproduction has caused in many societies an increase in legal problems arising from the harms that are considered to be the results of these practices, such as violating the sanctity of the body. The human being lost many rights, such as the right to lineage, sonship, inheritance, and other problems that attracted the attention of jurists. In light of the lack of legal legislation related to these practices - in Egypt and many Arab countries, this research comes as a contribution to establishing some legal controls that can benefit the legislator in developing anticipated legislation. The research addresses the nature of the surrogacy contract and similar contracts, then explains the extent of the legality of the surrogacy contract, and whether the elements of surrogacy contracts are compatible with the controls set by the legislator in the contract law or not? Finally, the conclusion of the research contains the most important recommendations.

Keywords: contract - womb - surrogate - rent - civil law.

* المؤلف المرسل: محمود عبد التواب محمود

مقدمة:

لقد أبت الألفية الثانية من حياة البشرية أن تختتم سنواتها الأخيرة دون حدوث العديد من الإرهاصات العلمية في مجالات شتى أهمها ثورة الإنجاب الصناعي، والذي كان من أخص تطبيقاته، طفل الأنابيب والاستنساخ البشري، والحمل لحساب الغير^(*).

وإذا كان المشرع قد وضع ضوابط قانونية لتحكم مشروعية الأعمال الطبية الواقعة على الجسد الآدمي، مستهدياً في ذلك بما تقرره أحكام الشريعة الإسلامية من حيث الحل والحرمة، فإن مشروعية العمل الطبي أو عدم مشروعيته إنما تقاس بمقدار النفع أو الضرر الذي يترتب على العمل، بيد أن عزوف المشرع إلى الآن . عن وضع ضوابط لبعض الممارسات الطبية . كما هو الشأن في عملية استئجار الأرحام . قد أثار جدلاً عميقاً حول مشروعية هذا العمل أو عدم مشروعيته، الأمر الذي دفع العديد من فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي وغيرهم من أهل الاختصاصات الأخرى، كالأطباء، وعلماء الاجتماع للتعرض لبيان مدى مشروعية هذا العمل الطبي واضعين نصب أعينهم ما تقرره قواعد الشريعة الإسلامية الغراء، وما يمكن أن يتلاءم مع نظام المجتمعات الإسلامية، فالقانون لابد أن يساير التطور العلمي في شتى مناحيه، والمجتمع لابد أن يستفيد من هذا التطور، ومن ثم فلا بد أن توضع الضوابط الشرعية والقانونية التي تضع هذا العمل الطبي في قالب المشروعية، حتى يكون التطور العلمي في خدمة المجتمع، وليس سلاح يوجه إليه، ولما كان الخلاف الفقهي حول مشروعية استئجار الأرحام لا يزال . إلى الآن . مجالاً خصباً لاجتهادات الفقهاء، وغيرهم من أصحاب التخصصات الأخرى، فقد أردت أن أشارك من سبقوني من زملائي وأساتذتي الأفاضل ببحث متواضع أتعرض فيه لمدى مشروعية عقد استئجار الأرحام.

أهمية البحث:

من المتفق عليه أن حاجة الإنسان ورغباته يجب أن تكون في إطار المشروع، فالغاية لا تبرر الوسيلة في كل الأحوال، ومن ثم فحاجة الإنسان إلى الإنجاب قد تبدو في نظر الكثيرين أنها تبرر عملية تأجير الأرحام، ومن ثم فهذا البحث يتبين من خلاله مدى مشروعية أو عدم مشروعية هذا العمل، والضوابط التي يجب مراعاتها للقول بمشروعية هذا العمل أضف إلى ذلك أن هذا البحث يمثل أهمية خاصة في نطاق علاقات الأسرة، من حيث البنوة والنسب، والميراث وخلافه، ويضاف إلى كل ما سبق ذكره، أن هذا البحث يبين حق الإنسان في سلامة جسده، ومدى سلطات الإنسان في التصرف في عضو من أعضائه وكل هذه

(*) عقد استئجار الأرحام له مسميات عديدة منها: عقد الأمومة بالإنابة، أو الرحم البديل، أو الحمل لحساب الغير، أو عقد الاجتنان، ويلاحظ أن كل هذه المسميات السابقة مترادفة في المعنى، راجع للفقهاء حول هذه المسميات، عبد الحميد عثمان محمد، الأم البديلة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، دار النهضة العربية، 1416هـ، ص30.

الأمر السابق يتطلب التعرض لدراسة التشريعات الوضعية في نطاق أحكام القانون المدني والجناي، بالإضافة إلى قانون الأحوال الشخصية، وبيان آراء علماء الفقه الإسلامي.

مشكلات البحث:

قد يبدو للوهلة الأولى أن عزوف المشرع وسكوته عن تنظيم مثل هذه الممارسات الطبية الحديثة، هو أمر بالغ الأهمية، وهو في الوقت ذاته يفسخ الساحة لاجتهادات الفقه للقول بالمشروعية أو عدم المشروعية، أضف إلى ما سبق أن مثل هذه النوازل لم يتناولها فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى بحكم قاطع من حيث الحل أو الحرمة، الأمر الذي أدى إلى اختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية في العصر الحاضر حول مشروعية مثل هذه الأعمال، ولأجل هذه الاعتبارات فإن القول الفصل في بيان حكم مشروعية هذه العقود يتطلب الركون إلى التشريعات الأجنبية، والتي قد تتعارض مع أحكام الفقه الإسلامي، أو مع النظام العام في المجتمعات الإسلامية.

منهج البحث:

يتبع هذا البحث المنهج الوصفي القائم على وصف الواقع التشريعي في القانون المصري مع الاستئناس بآراء فقهاء الشريعة الإسلامية.

وقد اعتمدت على أسلوب التحليل الذي يقوم على مناقشة الآراء والمقارنة بينها ثم التعقيب برأي الباحث.

خطة البحث:

كما يقول علماء المنطق أن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، ولذا كان لازماً علينا أن نتعرض لماهية عملية تأجير الرحم، مع بيان العقود الأخرى التي تتشابه مع هذا العقد، ثم التعرض لمدى مشروعية هذا العقد، وبيان أركانه.

ومن جميع ما سبق تنقسم الخطة على النحو التالي:

المبحث الأول: تعريف عقد استئجار الأرحام، والفرق بينه وبين العقود التي تتشابه معه.

المبحث الثاني: مدى مشروعية عقد استئجار الأرحام.

المبحث الثالث: تكوين العقد.

المبحث الرابع: أركان العقد.

وفي النهاية خاتمة البحث.

والله الموفق

المبحث الأول: تعريف عقد استئجار الأرحام وبيان ما يتشابه معه من العقود الأخرى

إن الوقوف على ماهية عقد استئجار الأرحام سيحدد طبيعة هذا العقد وكونه من العقود المسماة التي تناولها المشرع بالتنظيم، أم أنه من العقود الحديثة، إضافة إلى أن هذا العقد يتشابه في جوهره وتنظيمه مع بعض العقود الأخرى التي نظمها المشرع المصري مما يقتضي وضع تعريف محدد لعقد استئجار الأرحام والتفرقة بينه وبين ما يتشابه معه من عقود وذلك من خلال مطلبين.

المطلب الأول: تعريف عقد استئجار الأرحام.

المطلب الثاني: العقود التي تتشابه مع عقد استئجار الأرحام.

المطلب الأول: تعريف عقد استئجار الأرحام

لكون هذا العقد خارج على التنظيم التشريعي في القانون المدني المصري نحاول تعريف العقد بصفه عامة، ثم وضع تعريف اجتهادي لعقد استئجار الأرحام.

يعرف شراح القانون المدني العقد بصفة عامة بأنه⁽¹⁾: توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر يرتبه القانون أو أنه ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر يرتبه القانون.

وفي ضوء التعريف السابق، يعرف عقد استئجار الأرحام بأنه: عقد تلتزم بمقتضاه امرأة أن توجر رحمها للغير مدة الحمل لقاء أجر يتفق عليه المتعاقدان، وقد يكون العقد تطوعاً دون مقابل⁽²⁾.

ويتضح من هذا التعريف أن هذا العقد يخضع للنظرية العامة في العقود، ويشترط لصحته توافق إرادة طرفاه، وأن يكون كلا الطرفين كامل الأهلية، وأن يدرك طرفيه مدى الأثر الذي يترتب على التعاقد مع

(1) عبدالفتاح عبدالباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ط 1984م، بند 23، ص 33.

(2) عبدالحميد عثمان محمد، مرجع سابق، ص 9، حبيبة سيف سالم، النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، رسالة دكتوراه، من كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ص 354 بالمتن والهامش.

عقد استئجار الأرحام

الالتزام بالحقوق التي تترتب على العقد، كما يظهر من التعريف السابق بأن عقد استئجار الأرحام من العقود الرضائية، الملزمة للجانبين وأنه قد يكون معاوضة أو تبرعاً⁽³⁾.

المطلب الثاني: العقود التي تتشابه مع عقد استئجار الأرحام

لقد اختلف الفقه⁽⁴⁾ عند تكييفه لطبيعة عقد استئجار الأرحام، ويرجع ذلك إلى أن هذا العقد يتشابه مع بعض العقود الأخرى، كعقد الزواج أو البيع، أو الإيجار، أو الوديعة، أو عقد الرضاع، الأمر الذي يجب معه التفرقة بينه وبين ما سبق ذكره من العقود الأخرى على النحو التالي:

أولاً: عقد استئجار الأرحام وعقد الزواج.

يعرف عقد الزواج بأنه: حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع⁽⁵⁾، وهو عقد يتميز بعدة خصائص منها⁽⁶⁾:

- 1- أنه عقد رضائي، بمعنى أنه يقوم على رضا الطرفين المبني على إيجاب صادر من الخاطب، يصادفه قبول من المرأة أو وليها، وتتوافق الإرادتان على ذلك، ولا بد أن يكون كلا الرجل والمرأة، أو من ينوب عنهما أهلاً لإصدار الرضاء، إذ لا يعتد برضاء ناقص الأهلية، بأن كان صغيراً، أو مجنوناً أو عبداً.
- 2- أنه عقد ملزم للجانبين: إذ يلتزم كلا الزوجين ببعض الالتزامات التي يفرضها العقد تجاه الزوج الآخر.

3- أن ثمره هذا العقد حل استمتاع كلا الزوجين بالآخر في حدود ما تقرره الشريعة الإسلامية.

4- أنه عقد فوري: إذ إن الحقوق والواجبات التي يقررها هذا العقد لا تتوقف على مرور زمن معين بعد انعقاد العقد، وإنما تنقرر فور انعقاد العقد.

(3) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الإيجار والعارية، دار إحياء التراث العربي، ج6، ص4، عطا عبدالعاطي السنباطي، بنوك النطف والأجنة، دار النهضة العربية، 2001م، ص150، عبدالحميد عثمان محمد، المرجع السابق، ص9.

(4) راجع، خلاف الفقه حول تكييف طبيعة عقد استئجار الأرحام، عبدالحميد عثمان، مرجع سابق، ص11، عطا عبدالعاطي السنباطي، بنوك النطف والأجنة، ص 146، حبيبة سيف سالم، الرسالة السابقة، ص345

(5) محمد يوسف موسى، أحكام الأحوال الشخصية، مطابع الكتاب العربي، 1958م، ص246..

(6) المرجع السابق.

أوجه التشابه بين عقد الزواج وعقد استئجار الأرحام يتشابه عقد استئجار الأرحام مع عقد الزواج في أنه لازم بمجرد انعقاد العقد، كما أنه رضائي، وأخيرًا أن كلا العقدين ملزم للجانبين⁽⁷⁾.

بيد أنه، وعلى الرغم من هذا التشابه، إلا أن كلا العقدين يختلف عن الآخر في أن جوهر عقد النكاح هو الاستمتاع بين الزوجين، أما هدف عقد استئجار الأرحام فهو شغل رحم المرأة المؤجرة مدة الحمل، فلا يحل لصاحب المني الاستمتاع برحم هذه المرأة مدة الحمل، وهذا هو الفارق الجوهرى بينه وبين عقد الزواج. ثانيًا: عقد البيع وعقد استئجار الأرحام.

عرفت المادة 418 من التقنين المدني المصري عقد البيع بأنه: عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شئ أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي⁽⁸⁾.

ويستخلص من هذا التعريف أن عقد البيع ملزم للجانبين إذ يلتزم البائع فيه بنقل ملكية شئ أو حقا ماليا للمشتري، وفي المقابل يلتزم المشتري أن يدفع الثمن مقابلًا لذلك.

كما أن عقد البيع معاوضة فالبايع يأخذ الثمن مقابل الشئ المبيع، وأخيرًا يتميز عقد البيع أنه رضائي، إذ لم يشترط المشرع لانعقاده شكل خاص، وإنما ينعقد بمجرد التراضي بين البائع والمشتري⁽⁹⁾.

أوجه التشابه بين عقد البيع وعقد استئجار الأرحام:

تلتزم الأم صاحبة الرحم . في عقد استئجار الأرحام . بتسليم الطفل إلى أصحاب النطف، وهو يمكن أن يأخذ وصف نقل ملكية الشئ في عقد البيع، وفي مقابل ذلك يلتزم طالبو الإنجاب بدفع الثمن المتفق عليه كما تلتزم صاحبة الرحم بضمان العيوب التي تعترى الجنين خلال مدة الحمل، وذلك كأن ينسب إليها تقصير في القيام بواجب رعاية الجنين، وما يتطلبه هذا الأمر من إجراء التحاليل والفحوصات الطبية، أو علاج الجنين جراحياً إذا اقتضى الأمر ذلك، وفي مقابل ذلك يكون لطالبي الإنجاب الإنقاص من الثمن المتفق عليه في مقابل هذه العيوب⁽¹⁰⁾.

وبالتالي فهناك عدة أمور يتشابه فيها عقد استئجار الأرحام مع عقد البيع.

(7) عبد الحميد عثمان محمد، مرجع سابق، ص112.

(8) السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، ج1، البيع، دار النهضة العربية، ص20.

(9) السنهاوري، المرجع السابق، ص21.

(10) رضا عبد الحليم عبدالمجيد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، رسالة دكتوراه، من كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ص 528، عطا عبدالعاطي، مرجع سابق، ص150.

وإذا كان الفقه يرى أن أوجه التشابه السابقة تجعل عقد استئجار الأرحام قريباً من عقد البيع الأمر الذي دفع بعض الفقهاء إلى تكييف العقد أنه عقد بيع إلا أن التفرقة بين العقدين تدق في عدة أمور منها⁽¹¹⁾:

أولاً: أن محل التسليم في عقد البيع شئ أو حق مالي، وبخلاف ذلك المحل في عقد تأجير الرحم، إنما هو الحمل نفسه، وهو إنسان بحسب المآل⁽¹²⁾، وقد اختلف الفقه حول تكييف طبيعة النطفة عند بدء العلوق أ تدخل في طائفة الأشياء أم الأشخاص؟ والراجح لدى الفقه أنها تخضع لطائفة خاصة بين الأشياء والأشخاص، وإذا ما تجاوز الحمل أربعة أشهر وعشراً، فلا خلاف في كونه نفس محترمة تخرج عن نطاق الأشياء⁽¹³⁾.

ثانياً: أن التزام الأم بالتسليم يختلف عن نطاق التسليم الوارد في محل عقد البيع، فقد يتعذر ذلك في عملية الرحم المؤجر، كما لو طرأت ضرورة طبية دفعت طالبي الانجاب أنفسهم إلى طلب الإجهاض . إذا ما ثبت أن الجنين سيولد مشوهاً . أو كانت هناك ضرورة ثبت معها بالدليل القاطع أن المرأة لا يمكنها أن تستمر في حمل الجنين، فلا محل . هنا . للقول بضرورة الالتزام بالتسليم، كما هو الشأن في عقد البيع⁽¹⁴⁾.

ثالثاً: أن البويضة المخصبة إنما تعد ملك الأبوين من بدء عملية الإخصاب فكيف تتبع المرأة المؤجرة إلى الغير، ما لا تملك⁽¹⁵⁾ ولأجل هذه الاعتبارات السابقة فإن هناك فروقاً جوهرية بين عقد البيع وعقد استئجار الأرحام، الأمر الذي يمكن معه القول أن عقد استئجار الأرحام خلاف عقد البيع.

ثالثاً: عقد استئجار الأرحام وعقد الإيجار.

يعرف عقد الإيجار طبقاً لنص المادة 558 من التقنين المدني المصري بأنه: عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشئ معين مدة معينة لقاء أجر معلوم⁽¹⁶⁾.

(11) عطا عبدالعاطي، مرجع سابق، ص148، حبيبة سيف سالم، مرجع سابق، ص436.

(12) حبيبة سيف سالم، الرسالة، مرجع سابق، ص347.

(13) محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدود الشرعية، دراسة مقارنة، 1990م، دون دار نشر، ص51، ممدوح محمد خيرى هاشم، الإنجاب الصناعي في القانون المدني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 1996م، ص314، سعيد عبدالسلام، فكرة العقود المدنية الناشئة عن الإنجاب الصناعي، دار النهضة العربية، ص28، عطا عبدالعاطي، مرجع سابق، ص117، رضا عبدالحليم، مرجع سابق، ص403.

(14) رضا عبدالحليم، الرسالة، مرجع سابق، ص528 وما بعدها.

(15) ممدوح خيرى هاشم، الرسالة السابقة، ص96.

(16) السنهوري، الوسيط شرح القانون المدني، العقود الواردة على الانتفاع بالشئ ج2، الإيجار والعارية، دار إحياء التراث العربي، ص3.

وقد يتشابه هذا العقد مع عقد استئجار الأرحام في عدة أمور منها: كونه رضائي وملزم للجانبين، وأنه يرد على منفعة الشيء مع بقاء العين.

بيد أن عقد استئجار الأرحام يختلف عن عقد الإيجار في أن محل عقد الإيجار الانتفاع بالشيء المؤجر، ولن يتم ذلك إلا من خلال تسليم العين المؤجرة للمستأجر لينتفع بها فإذا ما طبقنا ذلك على عملية تأجير الرحم فإن العقد باطل لعدم مشروعية المحل، وسوف نتناول ذلك تفصيلاً عند الكلام على أركان عقد استئجار الأرحام⁽¹⁷⁾.

وبالتالي فلا يمكن وصف هذا العقد بأنه عقد إيجار بالمعنى الدقيق الوارد في تعريف عقد الإيجار كما بينته المادة 558 سالفه البيان.

رابعاً: عقد استئجار الأرحام وعقد الوديعة.

أوردت المادة 718 من التقنين المدني المصري تعريفاً للوديعة أنها: عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر، على أن يتولى حفظ هذا الشيء وعلى أن يرده عيناً⁽¹⁸⁾.

وتتميز الوديعة عن العقود الأخرى، بأن الأصل فيها أن تكون ملزمة لجانب واحد وتبقى على هذا الأصل في الغالب، لأنها تكون بغير أجر، كما يغلب عليها الاعتبار الشخصي.

ويتشابه عقد الوديعة مع عقد استئجار الأرحام في أن كليهما عقد رضائي، كما أن عملية الرحم المؤجر قد تتم طواعية ودون أجر فيكون العقد ملزم لجانب واحد كما أن الغرض من الوديعة حفظ الشيء وأن الهدف من عقد استئجار الأرحام هو حفظ الجنين مدة الحمل، وعلى الرغم من هذا التشابه فإن كلا العقدين يختلف عن الآخر من حيث المحل، فكما سبق القول لا يمكن أن نعتبر محل العقد في الرحم المؤجر شيئاً يجب رده، أضف إلى ذلك أن أخص التزامات المودع لديه رد الوديعة بذات الأوصاف التي تسلمها بها، ولا يمكن أن يحدث ذلك في عقد استئجار الأرحام، إذ إن صاحبة الرحم تتسلم النطف، وعند انتهاء العقد يتسلم أصحاب المصلحة جنيناً حياً، فالحال في بدايته يختلف عن النهاية، الأمر الذي يخرج هذا العقد عن وصف الوديعة⁽¹⁹⁾.

خامساً: عقد استئجار الأرحام وعقد الرضاع.

(17) عبد الحميد عثمان محمد، مرجع سابق، ص118، عطا عبد العاطي، مرجع سابق، ص152.

(18) السنهوري، الوسيط شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، دار إحياء التراث العربي، ص675.

(19) عبد الحميد عثمان، مرجع سابق، ص121، عطا عبد العاطي، مرجع سابق، ص150.

يثار التساؤل بمناسبة عقد الرضاعة عن مدى جواز التصرف بمقابل في جزء من الجسد، ومدى اتفاق ذلك مع النظام العام والأخلاق؟

بداية نود القول أن المرأة المرضعة قد تكون أما نسبيه . الأم التي ولدت . وقد تكون امرأة أجنبيه، وهو ما عرف لدى الفقه بإيجارة الظئر .

فأما بالنسبة للأُم النسبيه، وهي والدة الرضيع، فيجب عليها إرضاع ولدها من زوجها، ما دام رباط الزوجية قائم، بل إن البعض في الفقه الإسلامي يرى أن المرأة تجبر على ذلك إذا لم يقبل الطفل غيرها، أو كان يقبل غيرها ولم يكن للزوج ما يستأجر به من ترضعه⁽²⁰⁾.

ويستدل أصحاب هذا الرأي على وجوب الإرضاع بقوله تعالى: " وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ " ⁽²¹⁾.

وبعكس ذلك يرى بعض علماء الفقه الإسلامي أن المرأة لا تجبر على إرضاع ولدها وإن كان ذلك يجب عليها ديانة⁽²²⁾.

ويرى فريق ثالث أن الأم يجب عليها إرضاع ولدها إن كانت العادة جارية بذلك⁽²³⁾.

ويفهم من الرأي السابق أن الأم إذا تعين عليها إرضاع الطفل، فلا تأخذ أجرًا على هذا الإرضاع طالما أنه واجب عليها.

أما إذا كانت الأم النسبية والدة الطفل الرضيع مطلقة طلاقا بائنا فلا يجب عليها إرضاع الطفل، إلا إذا لم يقبل الطفل ثدي غيرها، وهنا يجب لها الأجر على الزوج، ولا خلاف في ذلك بين علماء الفقه الإسلامي⁽²⁴⁾، لقوله تعالى: " فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ وَأَتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتَرْضِعْ لَهُ أُخْرَى " ⁽²⁵⁾.

(20) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الرابعة، 1970م، ج2، ص66، محمد عبدالجواد، حماية الطفولة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، منشأة المعارف، ص32، وما بعدها، كامل عبدالعزيز، الجوانب القانونية والشرعية التي تشيرها عمليات نقل خلايا الجسم، رسالة كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 2007م، ص358.

(21) سورة البقرة، جزء من الآية 233.

(22) أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، 1987، ص470 وما بعدها.

(23) ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ص66.

(24) ابن رشد، المرجع السابق، ص66.

(25) سورة الطلاق، الآية رقم 6.

وإذا كانت المرأة أجنبية عن الطفل وهو ما يعرف بإجازة الظئر في الفقه الإسلامي، وهي تعني الانتفاع بلبن المرأة عن طريق إلزامها إرضاع طفل أجنبي لا تلتزم شرعاً بإرضاعه مقابل أجر⁽²⁶⁾ وهذا هو المعروف لدى فقهاء القانون الوضعي بعقد الإرضاع⁽²⁷⁾.

ولعل العلة في الإباحة هي حاجة الطفل إلى ثدي هذه المرأة، إضافة إلى أن اللبن في خروجه من محله لا يؤثر على سلامة جسد المرأة المرضعة⁽²⁸⁾.

وقد اختلف الفقه حول محل العقد، فالبعض يرى أنه يرد على اللبن الذي ينبت اللحم وينشز العظم، والبعض الآخر يرى أن يرد على خدمات تؤديها المرأة للغير مقابل أجر⁽²⁹⁾.

كما وقع الخلاف بين الفقهاء في جواز بيع اللبن من عدمه، فمن اعتبره مالا متقوماً أجاز بيعه، ومن اعتبره في حكم جزء الأدمي لم يجز بيعه لكرامة الأدمي⁽³⁰⁾.

أوجه التشابه بين عقد الرضاع وعقد استئجار الأرحام:

يرى الفقه⁽³¹⁾ أن عقد الرضاع يتشابه مع عقد استئجار الأرحام في أن كليهما عقد معاوضة وعقد رضائي، وأيضاً عقد زمني أو مستمر، لأن الإرضاع يستمر حتى مدة الفطام، وكذا الحمل ينتهي بتمام الولادة، أضف إلى ما سبق أن اللبن ينبت اللحم وينشز العظم عن طريق انتقال اللبن إلى جوف الرضيع وكذا الجنين في الرحم يتغذى من الأم عن طريق الحبل السري، وينمو ويكبر حتى يصير خلقاً آخر، هذا التشابه بين العقدين جعل بعض الفقه يسبغ وصف الإرضاع على عقد استئجار الأرحام⁽³²⁾.

أوجه الاختلاف بين عقد الرضاع وعقد استئجار الأرحام:

على الرغم من أوجه التشابه السابقة بين عقد الرضاع وعقد استئجار الأرحام، إلا أن المحل مختلف فيهما، وهو ما يعد فرقاً جوهرياً، فاللبن مختلف حول طبيعته، هل يعد شئاً مالياً، أم أنه في حكم جزء الأدمي، وبخلاف ذلك رحم المرأة المؤجرة، فلا خلاف في أنه يخرج من وصف الأشياء، يضاف إلى ما

(26) أحمد شرف الدين، مقدمة القانون المدني، الطبعة الثانية، 1987، ص 194 كامل عبدالعزيز، الرسالة السابقة، ص 363.

(27) عبدالحميد عثمان محمد، مرجع سابق، ص 113، وما بعدها.

(28) أحمد شرف الدين، مقدمة القانون المدني، مرجع سابق، ص 194.

(29) أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 194.

(30) كامل عبدالعزيز، الرسالة، مرجع سابق، ص 360 وما بعدها.

(31) عبدالحميد عثمان، مرجع سابق، ص 115.

(32) المرجع السابق، ص 114.

سبق أن عقد الإرضاع أجاز استحساناً لحاجة الطفل إلى ذلك، كما أنه متجدد عند خروجه شأنه شأن النشاط العضلي في عقد إجارة الأدمي، وهذه الأوصاف غير موجودة في عقد استئجار الأرحام⁽³³⁾.

الطبيعة الخاصة لعقد استئجار الأرحام:

بعيداً عن القول بمشروعية أو عدم مشروعية عقد استئجار الأرحام، فإن هذا العقد له طبيعة خاصة تخرجه عن وصف العقود المسماة وذلك للاختلاف بينه وبين العقود السابق ذكرها، ومن هنا نرى مع بعض الفقه⁽³⁴⁾ أن هذا العقد من العقود غير المسماة، يخضع للقواعد العامة حيث لم يتناوله المشرع بالتنظيم، لأنه لم يكن من المتصور. حين وضع التقنين المدني أن توجد مثل هذه العقود على أرض الواقع وإنما هي عقود أفرزتها التطورات العلمية في مجال البيولوجيا، وإنما لتهيب بالمشرع المصري ألا يغض الطرف عن تنظيم مثل هذه العقود، لحاجة المجتمعات. في الوقت الراهن - إلى وضع القواعد القانونية التي تحكم هذه العقود.

المبحث الثاني: مشروعية عقد استئجار الأرحام

تعد عملية تأجير الرحم من القضايا الطبية الحديثة التي لم يتعرض لها فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى بالحل أو الحرمة، كما لم يتناولها المشرع بالتنظيم وبالتالي أصبحت هذه القضية مجالاً خصباً لاجتهادات الفقه الحديث من علماء الشريعة والقانون، وقد أثمر الخلاف حول هذا الموضوع عن وجود ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: مشروعية عقد استئجار الأرحام.

الاتجاه الثاني: عدم مشروعية عقد استئجار الأرحام.

الاتجاه الثالث: المشروعية المقيدة بشروط.

وسوف نتناول هذه الاتجاهات بالشرح والتفصيل من خلال ثلاثة مطالب معقبين على ذلك برأينا الخاص.

(33) حول هذا المعنى، أحمد شرف الدين، مقدمة القانون المدني، ص194.

(34) عطا عبدالعاطي، بنوك النطف والأجنة، ص 154، عبد الحميد عثمان، مرجع سابق، ص122.

المطلب الأول: مشروعية عقد استئجار الأرحام

يرى بعض الفقه⁽³⁵⁾ مشروعية عقد استئجار الأرحام، وأن عملية تأجير الرحم لا تعدو أن تكون عملاً طبياً تدعو إليه حاجة الغير، ويستدل هؤلاء على ما ذهبوا إليه بالأدلة الآتية:

أولاً: يجوز تأجير الرحم قياساً على إجارة الظئر، فكما يجوز للطفل أن يتغذى على ثدي المرأة الأجنبية، يجوز للغير أن يستأجر الرحم لتحمل هذه المرأة الأجنبية جنيناً للغير.

ثانياً: أن الطفل الناجم عن طريق الرحم المؤجر ربما تكون فرصته في السعادة أفضل من الطفل الذي يولد بالطريق العادي . الحمل من الأم النسبية . لأن الطفل الذي يولد بطريق الرحم البديل قد جاء على رغبة أبوين يحلمان بوجوده، وليس لهما من سبيل أن يرياه إلا من خلال امرأة أجنبية تحتضن البذور الأجنبية في رحمها.

ثالثاً: أن دور المرأة في عملية الرحم البديل قد لا تختلف عن دورها في أي عمل آخر تقوم به، فما الفرق بين امرأة تؤجر نفسها للعمل لدى الغير مقابل أجر، أو أن تؤجر رحمها للغير مقابل أجر.

المطلب الثاني: عدم مشروعية عقد استئجار الأرحام

لقد برز جانب كبير من فقهاء الشريعة الإسلامية المحدثين، يناصرهم جانب آخر من علماء القانون الوضعي⁽³⁶⁾، ينادون بعدم مشروعية عقد استئجار الأرحام، بل منع هذا العمل، والتصدي له عن طريق عقاب من يخوض هذا الميدان من الأطباء، أو الجمعيات والمؤسسات التي تعمل كوسيط في عملية استئجار الأرحام، ويؤيد الفقه السابق رأيه بالأدلة الآتية:

(35) عبدالمعطي بيومي، جريدة الأهرام، بتاريخ 19/ 5/ 2001، حبيبة سيف سالم، الرسالة السابقة، ص 358، ولعل هذا الفقه يستند في أمر المشروعية إلى ما استقر عليه القضاء الأمريكي في القضية الشهيرة والمعروفة بـ Baby M والتي قضت من خلالها المحكمة العليا في ولاية نيوجرسي عام 1988 بمشروعية عقد استئجار رحم لأم حامل مستندة في ذلك إلى ما قرره القانون من جواز التبرع بالأعضاء البشرية، ووجهة نظري أن هذا القضاء قد جانبه الصواب فيما ذهب إليه من جواز تأجير الأرحام قياساً على جواز التبرع بالأعضاء البشرية، فهذا قياس مع الفارق، إذ إن هناك فرق بين التبرع بعضو وضع له القانون ضوابط معينة لمشروعية التبرع به، وقد يكون هذا العضو غير ضاراً = بصاحبه إذا انفصل عنه، وبين وضع جزء من الجسد تحت تصرف الغير لينتفع به، وقد يترتب على هذا الانتفاع آثار خطيرة في مجال البنوة والنسب، ناهيك عن ذلك أن هذا العمل قد يتعارض مع النظام العام داخل المجتمع.

(36) عبدالقادر أبو العلا، تأجير الأرحام حرام حرام، مجلة كلية الشريعة والقانون بأسبوط، العدد 13، ج1، 1422هـ، 2001م، ص5، محمد رأفت عثمان، استئجار الأرحام، مجلة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، العدد 23، ج2، ص27، الشيخ عطية صقر، استئجار الأرحام لا يجوز شرعاً لأن فيه معنى الزنا، مجلة التصوف الإسلامي، العدد 265، محرم 1422هـ، 2001م، ص62، مهدي صلاح، الحماية الجنائية للجسم البشري، دار النهضة العربية، ص252.

أولاً: أن استئجار الأرحام قد يؤدي إلى اختلاط الأنساب مع ما يترتب على ذلك من إمكان إنكار نسب الطفل المولود بهذا الطريق، وما يجره هذا العمل على الطفل من متاعب وأضرار تتعلق بحقوق البنوة من النسب والميراث وخلافه.

ثانياً: أن عملية استئجار الأرحام قال عنها بعض علماء الفقه الإسلامي بأن فيها معنى الزنا، وأفتى بعضهم بالحرمة باللفظ الصريح⁽³⁷⁾.

ثالثاً: أن تفسير الأمومة كما فطرها الله عز وجل، وكما عرفها الناس، أن الأم الحقيقية هي صاحبة البويضة الملقحة التي يتكون منها الجنين، وهي الأحق بالحضانة، لكن في عملية استئجار الأرحام يقتصر دور الأم البيولوجية على إفرار بويضة قد تكون بغير رضاها، أو بغير مشقة، أما الأم التي حملت وتعتبت حتى وضعت فهي مجرد حاضنة فحسب للجنين⁽³⁸⁾.

رابعاً: أن عملية استئجار الأرحام تؤدي . وبلا شك . إلى حدوث التنازع بين صاحبة الرحم وأصحاب النطف أيهما أحق بالجنين⁽³⁹⁾.

(37) راجع الفقه السابق، وأيضاً الشيخ عطية صقر، الأسرة تحت رعاية الإسلام، ج1، مراحل تكوين الأسرة، الطبعة الأولى، 1400هـ، 1980م، مؤسسة الصباح، ص125.

(38) محمد إبراهيم حفناوي، مجلة التصوف الإسلامي مرجع سابق، ص65.

(39) عبدالقادر أبو العلا، مرجع سابق، ص21، محمد رأفت عثمان، استئجار الأرحام، مرجع سابق، ص11 وما بعدها، ويذكر سيادته الشواهد على ذلك الوقائع التالية:

- استأجر زوجان أمريكيان امرأة متزوجة لتحمل النطف المخصبة في رحمها في مقابل أجر، وبعد الحمل والميلاد حدث ما لم يكن يتوقعه أطراف العقد، حيث جاء المولود معاق ومصاب بنقص بالغ في حجم الدماغ بحيث يكون من المؤكد أنه سيظل الطفل طوال حياته يعيش متخلفاً عقلياً، وكان رد الفعل من زوج المرأة صاحبة البويضة أن رفض الاعتراف بالطفل، بل رفض أيضاً أن يدفع الأجر المتفق عليه، مدعياً أنه ليس أباً لهذا الطفل المعاق، وصعد الأمر = إلى القضاء فحكمت المحكمة بإثبات بنوة الطفل لزوج المرأة صاحبة البويضة بناء على التحاليل الطبية ومن المؤسف أن الزوجين أصرا على موقفهما، وفي النهاية أودع الطفل دار حضانة، وتحملت مصاريف ايوائه شركة من شركات التأمين.

- في بريطانيا قدمت صاحبة البويضة المخصبة مبلغ 20 ألف جنيه استرليني للأم البديلة مقابل استئجار رحمها، وبعد انتهاء مدة الحمل عرضت صاحبة الرحم على صاحبة البويضة ضعف المبلغ لتتنازل عن المولود.

- في ألمانيا تم العقد بين أصحاب النطف وصاحبة الرحم في مقابل 27 ألف مارك ألماني وبعد الميلاد تسلم أصحاب النطف الجنين وفقاً لما هو متفق عليه بينهم وبين صاحبة الرحم، ولم يحصل أي شك عند جميع الأطراف في نسب الطفلة إلى أن حدث أن أجرى تحليل لدم الطفلة بعد عام من الميلاد وكانت المفاجأة أن تثبت التحاليل أن الطفلة ناجمة عن حدوث التلقيح الطبيعي بين الزوج الأصلي وزوجته صاحبة الرحم، وهو ما يفسر أن زرع النطف المخصبة للغير في رحم المرأة المأجورة لم يكتب له النجاح، وعلى الرغم من ذلك فإن الأم البديلة لم تسترد طفلتها لأنها كانت تسلمت المبلغ المتفق عليه كأجر نظير قيامها بتأجير الرحم، الأمر الذي يؤدي . وبلا شك . إلى إثارة النزاع، راجع فيما سبق، محمد رأفت عثمان، مرجع سابق، ص12.

خامساً: أن المرأة صاحبة البويضة التي تأخذ الطفل من صاحبة الرحم، هي في الحقيقة تأخذ ما لم يثبت لها الشرع، إذا القاعدة المعروفة في ثبوت النسب . "الولد للفرض"⁽⁴⁰⁾.

سادساً: عدم قابلية الرحم للبذل والإباحة، بمعنى أن الرحم لا يجوز شرعاً أن يكون محلاً للبيع أو الشراء أو الهبة، فلا يجوز للغير أياً كان أن يستأثر بمنافع الرحم بخلاف الزوج الذي أباح له الشارع الاستمتاع برحم المرأة في حدود ما أباحه الشرع، ولكن ليس له أن يملك الغير الانتفاع بهذا الجزء من جسد المرأة، إذ هو لا يملك منفعة موضع اللذة إنما يملك الانتفاع فقط⁽⁴¹⁾.

سابعاً: أن عملية الزرع في الرحم ربما تحمل قدرًا من المخاطر، إضافة إلى أن هذا العمل قد يترتب عليه مساس بجسد المرأة صاحبة الرحم، وبالتالي فالعمل الطبي يخرج عن إطار القواعد القانونية المتبعة في ممارسة الأعمال الطبية والتي يعد من أهمها ألا يسبب العمل الطبي مخاطر كبيرة للإنسان لا تتناسب مع المنفعة المرجوة من العمل الطبي⁽⁴²⁾.

ثامناً: عملية الرحم المؤجر تصطدم . وبلا شك . مع مبدأ معصومية الجسد والتي قننها المشرع الفرنسي من خلال القانون رقم 653، والصادر في 30 يونيو 1994م، بشأن حماية الجسد الأدمي، ونص في المادة 1/16 المضافة بمقتضى المادة الثالثة من القانون السابق على أن: لكل شخص الحق في احترام جسده، والجسد الأدمي مصون، وأن عناصر الجسد الإنساني ومنتجاته لا يمكن أن تكون محلاً لحق مالي⁽⁴³⁾.

ومما لا شك فيه أن تصرف المرأة في جزء من جسدها، أو وضعه تحت تصرف الغير يخالف المبدأ السابق.

المطلب الثالث: المشروعية المشروطة

لقد سلك هذا الاتجاه طريقاً وسطاً، فهو لم يشأ أن يطلق العنان لأصحاب الأهواء والمصالح الشخصية في أن يسيروا وراء مصالح شخصية، أو دوافع مالية، وقد يترتب عليها كثير من المفسدات، وهدم لقواعد الدين والسعي في الأرض بالفساد معللين ما يفعلون بحجج وأذكار واهية تأبأها الفطرة والعقل السليم، كما أن

(40) مهندس صلاح، المرجع السابق، ص252، ويقول علماء الشريعة الإسلامية أن معنى الفراش اسم للمرأة، وقد يعبر به عن حالة الافتراش، وظاهر الحديث أن الولد يلحق بالأب بعد ثبوت الفراش، وهو لا يثبت إلا بعد إمكان الوطء في النكاح الصحيح بعد ثبوت الفراش، أو الدخول في النكاح الفاسد، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، راجع، محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، مكتبة الإيمان، الطبعة الأولى، 1420هـ، 1999م، ج2، حديث رقم 2919، ص 326.

(41) محمد رأفت عثمان، استئجار الأرحام، ص9.

(42) رمزي فريد محمد مبروك، الاستئساخ البشري بين الشريعة والقانون، مكتبة الجلاء الحديثة، ط2001م، ص111.

(43) Loi n° 94- 654 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain (1) j-030 Juillet 1994) J.C.P. 1994, n° 39, 66973.

أصحاب هذا الاتجاه لم يتغالوا في المنع المطلق، الأمر الذي قد يضيق على الناس وإنما وضعوا لمشروعية هذا العمل عدة ضوابط حتى يخرج العمل من الحرمة إلى إطار المباح، وأهم هذه الضوابط هي⁽⁴⁴⁾:

أولاً: أن تتم عملية الرحم المؤجر من خلال أصحاب النطف كطرف أول، بشرط أن يجمع بينهما عقد زواج صحيح، وأن تتم المعاشرة بين الزوجين وأن يستحيل . كمانع طبي . على الزوجة لعب في رحمها الإنجاب، وأن يكون الطريق الوحيد للإنجاب التعاقد مع امرأة أجنبية لتحمل الجنين كطرف ثاني في العقد.

ثانياً: أن يكون الزوجان طالبا الإنجاب قد حرما الإنجاب كلية بالطريق الطبيعي وليس لهما ذرية، وليس لهما من سبيل إلى الإنجاب إلا بطريق الأم البديلة.

ثالثاً: أن يكون سبب هذا العمل انعدام الرحم لدى الزوجة صاحبة البويضة، أو عدم صلاحية الرحم للحمل.

رابعاً: ألا تكون صاحبة الرحم البديل زوجة لرجل آخر، حتى لا يؤدي هذا العمل إلى اختلاط الأنساب.

خامساً: أن يتم التراضي من أطراف العقد على إتمام العمل، وألا يتم العمل بطريق الإكراه، أو الاستغلال، أو التدليس.

رأينا في الموضوع:

ومن وجهة نظري أن القول بعدم المشروعية هو الذي تميل وتطمئن إليه النفس، ذلك أن هذا النوع من العقود، وإن لم يرد فيه نص قاطع بالحل أو الحرمة، أو يوضع له تنظيم قانوني يتناول كافة جوانبه، إلا أنه من خلال التعرض لآراء الفقه نجد أن هذا العمل أضراره تفوق مزاياه بكثير، والشرعية الإسلامية قد نهت عن المضارة، وفوق كل ذلك كرمت الآدمي، وسخرت لأجله الأشياء التي ينتفع بها، فكيف يمكن أن ينزل الجسد إلى مرتبة الأشياء؟ ناهيك عن ذلك أن هذا العقد قد أثرت ملابسات كثيرة حول مشروعية محله أو سببه، فكيف تنهض حجج المؤيدين سنداً للمشروعية؟ وكيف يمكن للنظام العام داخل المجتمعات الإسلامية أن يقبل مثل هذه الأعمال الطبية أيا كانت الضوابط التي وضعها الاتجاه الأخير . المشروعية بشروط - لأنه لا يغني حذر من قدر، وأن الشريعة الإسلامية تعمل دائماً على مبدأ "الوقاية خير من العلاج" من أجل هذه الاعتبارات نرى عدم مشروعية عقد استئجار الأرحام، والله أعلى وأعلم.

(44) راجع في عرض هذه الضوابط، عبدالحميد عثمان محمد، أحكام الأم البديلة، مرجع سابق، ص 99 وما بعدها.

المبحث الثالث: أطراف العقد

عملية الاستئجار قد تتم مباشرة بناء على اتفاق بين أشخاص لهم رغبة في الإنجاب عن طريق رحم بديل، وبين امرأة تقبل أن تحمل هذا الجنين في مقابل أجر يتفقان عليه مقدماً، وقد يتم التعاقد عن طريق وسيط كطرف ثالث يكون في الغالب جمعية أو مؤسسة تحترف هذا العمل في مقابل أجر يدفعه راغبى الإنجاب بهذا الطريق⁽⁴⁵⁾ وبالتالي ينشأ عن هذا العقد علاقة بين ثلاثة أطراف، الأول، راغبى الانجاب، الثاني: صاحبة الرحم، الثالث: الوسيط بين الأطراف، وسوف نتناول تفصيلاً أطراف العلاقة في هذا العقد من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: راغبى الانجاب

وهما الطرف الأول في العقد، واللذان يتم الحمل من أجل مصلحتهما معاً وقد يكون ذلك لأسباب خاصة تتعلق بالزوجة التي ترغب في الإنجاب ولكنها لا تستطيع أن تحمل، ففي حالات خاصة قد يكون مبيض المرأة سليماً، وليس هناك عائق لإنتاج البويضات، بيد أن رحم هذه المرأة قد يكون . ولأسباب طبية . قد أزيل بعملية جراحية، أو له عيوب خلقية شديدة تمنع من الحمل، ففي هذه الحالة تؤخذ البويضة من المرأة غير القادرة على الحمل، ثم تلقح بحيوان منوي من الزوج، لتزرع في رحم امرأة أجنبية . متبرعة أو مأجورة . حتى تتم مدة الحمل والميلاد⁽⁴⁶⁾ على أن هناك حالة أخرى قد يتعذر على المرأة أن تنتج بويضة من المبيض لأسباب خاصة، كما لو كانت المرأة أزيل مبيضها بعملية جراحية، أو منعدمة المبايض، بالإضافة إلى أن الرحم أيضاً غير مهياً لعملية الحمل، وبالتالي تتدخل امرأة أخرى تتبرع بالبويضة وتلقح بماء الرجل وتزرع اللقيحة في رحم امرأة مأجورة قد تكون في الغالب أجنبية عن الزوج، أو زوجة ثانية له⁽⁴⁷⁾ على أنه يشترط من الناحية الطبية . وهذا خاص بالرجل . سلامة الخلية المنوية المأخوذة من الزوج، وقد يعد أخص التزامات الزوج في عقد استئجار الأرحام تقديم خلية منوية بحالة صالحة للإنجاب، بمعنى أن تكون الخلية لها القدرة على التفاعل والتلاؤم مع بويضة المرأة حتى يتم التلاحم والانقسام⁽⁴⁸⁾، فإذا كانت الخلية المنوية مريضة، أو تحمل تشوهات، أو لديها الاستعداد لنقل الأمراض الوراثية لا يمكن أن يتم من خلالها إنجاب نسل سليم⁽⁴⁹⁾.

(45) حبيبة سيف سالم، مرجع سابق، ص353.

(46) عطا عبدالعاطي، مرجع سابق، ص80، ويشير إلى عبدالسلام السكري، التلقيح الصناعي، ص31.

(47) حبيبة سيف سالم، مرجع سابق، ص353.

(48) عبدالحميد عثمان، مرجع سابق، ص100.

(49) محمد عبدالغفار الشريف، الكشف الاجباري عن الأمراض الوراثية، مجلة كلية الشريعة والقانون القاهرة، العدد 22، ج1، ص 323، حسان حتوت، قراءة إيمانية للجينوم البشري، مجلة الوعي الإسلامي، الكويت، العدد 447، س 39، فبراير 2003م، ص37.

المطلب الثاني: المرأة صاحبة الرحم

وهي التي تحمل الجنين حتى نهاية مدة الحمل، وقد يتم هذا العمل من جانبها طواعية، وقد يكون في مقابل مادي.

ويشترط الفقه لمشروعية العقد من جانبها ضرورة توافر بعض الشروط منها⁽⁵⁰⁾:

أولاً: إبداء الرغبة الصريحة في الحمل لحساب الغير.

فيجب أن يصدر من هذه المرأة رضاء صحيح، دون ضغط أو إكراه، أو أي نوع من الإغراء، وتقوم مسئولية الطبيب أو مركز استئجار الأرحام إذا أتم هذا العمل بالتحايل، أو الإكراه.

ثانياً: ألا تكون هذه المرأة زوجة للغير، أو ألا تكون هذه المرأة معتدة عن وفاة. لأن المرأة في هذه الحالات في حكم ملك الزوج الأمر الذي يحرم على غيره أن يشغل رحمها بماء أجنبي عنه، كما أن شغل رحم الزوجة بماء الأجنبي عن الزوج يمنع الزوج من الاستمتاع بزوجته، وكل هذه أمور تخالف المقصود الأصلي من عقد الزواج.

ثالثاً: أن تكون حالة المرأة المؤجرة السنية والصحية تسمح بإتمام العقد.

إذ إن الحمل في مرحلة مبكرة أقل من سن النضوج، أو في سن متأخرة ربما كان له التأثير الضار على صحة المرأة أو على حالة الطفل القادم بعد الميلاد، ويلزم بالإضافة إلى ذلك أن تكون المرأة خالية من الأمراض المعدية التي يمكن أن تنتقل إلى الجنين فتؤثر تلقائياً على حالته الصحية⁽⁵¹⁾.

المطلب الثالث: الوسيط بين الأطراف

سبق أن ذكرنا أن الجمعيات أو المؤسسات التي تمتهن عملية استئجار الأرحام تقوم بدور الوسيط بين الأطراف في إتمام العقد، حيث يكون لها دور مهم في إنجاز العقد، وتتمثل المهمة الأساسية لهذا الوسيط في جلب المرأة التي تقوم بدور الأم البديلة، والتي يجب أن تكون مهيأة لحمل الجنين نيابة عن الأم الحقيقية⁽⁵²⁾.

(50) عبد الحميد عثمان، مرجع سابق، ص 100 وما بعدها.

(51) عبد الحميد عثمان، الأم البديلة، مرجع سابق، ص 102.

(52) حبيبة سيف سالم، مرجع سابق، ص 371.

وقد أشار جانب من الفقه إلى أن عقد استئجار الأرحام يمكن تكيفه على أنه عقد وكالة⁽⁵³⁾ بيد أن المستقر عليه . كما سبقت الإشارة . في الفقه عدم وضعه في نصاب أي من العقود المسماة المعروفة في القانون المدني⁽⁵⁴⁾ وعلى أي الأحوال فإن العقد فيما بين الوسيط والأطراف كغيره من العقود المدنية يرتب على عاتق الوسيط عدة التزامات ذكرنا منها جلب المرأة المهيأة للحمل، بالإضافة إلى ذلك، التحقق من رضا المرأة الأجنبية بالحمل للغير، وأن يبين لها مزايا ومخاطر العمل الذي ستقوم به والآثار التي يمكن أن تترتب على التعاقد بهذا الطريق، كما يأخذ الوسيط التعهد على المرأة أن تضع رحمها تحت تصرف الغير مدة الحمل، وأن تتعهد بتسليم الطفل إلى أصحاب الحق فيه عند نهاية مدة الحمل⁽⁵⁵⁾.

وفي الجانب المقابل يلتزم الوسيط تجاه المرأة صاحبة الرحم بتقريب وجهة النظر بين هذه المرأة وبين طالبي الإنجاب، كما يتعهد بتقديم الأجر لهذه المرأة عند التعاقد، أو حسب الاتفاق المبرم بينهما، سواء أكان دفعة واحدة أو على أقساط، ويجب عليه في سبيل ذلك أن يبذل عناية الرجل الحريص اليقظ، لأن عمله في مقابل أجر⁽⁵⁶⁾.

المبحث الرابع: أركان عقد استئجار الأرحام

طبقاً للنظرية العامة في العقود لابد أن يتوافر في العقد أركان ثلاثة وهي: الرضا والمحل والسبب فوجود هذه الأركان بشكل صحيح أمر يعول عليه في مشروعية العقد أو عدم مشروعيتها، وسوف يتضح ذلك من خلال بيان هذه الأركان من خلال ثلاث مطالب وهي:

المطلب الأول: الرضا.

المطلب الثاني: المحل.

المطلب الثالث: السبب.

(53) رضا عبدالحليم عبدالمجيد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص 45، عطا عبدالعاطي السنباطي، مرجع سابق، ص 150.

(54) عبد الحميد عثمان، مرجع سابق، ص 122.

(55) سعيد عبدالسلام، فكرة العقود المدنية الناشئة عن الإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص 133.

(56) سعيد عبدالسلام، مرجع سابق، ص 133.

المطلب الأول: الرضا

الإرادة هي جوهر العقود، ويترتب على وجودها صحيحة نفاذ العقد، وبالعكس ذلك أن الإكراه يبطل العقد، وتتكامل الإرادة عند تلاقي الإيجاب والقبول والاتفاق على إحداث أثر قانوني، وسوف نبين أهمية الرضا في عقد استئجار الأرحام من خلال المطلب القادم.

يعرف العقد بأنه: ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر قانوني يرتبه القانون إعمالاً له⁽⁵⁷⁾.

والنتيجة المترتبة على هذا التعريف، أنه يلزم لقيام العقد صحيحاً توافق إرادة طرفيه بمعنى أن يصدر الإيجاب من أحد طرفي العقد ويلقى قبولا من الطرف الآخر، وأن يكون الإيجاب مطابقاً للقبول طبقاً للنظرية العامة في العقد⁽⁵⁸⁾.

وعقد استئجار الأرحام . بقطع النظر عن مشروعيته أو عدم مشروعيته . كغيره من العقود التي يلزم فيها توافق إرادة طرفيه، فالإرادة هي أساس العقد، والتصرف القانوني بوجه عام، فإذا لم تكن الإرادة متوفرة في طرفي العقد، أو انعدمت في أحدهما، أو كانت إرادة معيبة، فإن العقد ينشأ غير صحيح⁽⁵⁹⁾.

وإذا كانت القواعد العامة في العقود تستلزم ضرورة توافر الرضا، فإن عقد استئجار الأرحام بالنظر إلى طبيعته الخاصة وما يحيط به من شكوك وما يعتريه من ملاسبات، يستلزم له ضرورة توافر إرادة جدية غير هازله حتى يمكن إنجاز العقد⁽⁶⁰⁾، وهذا بالطبع يفرض علينا أن نوضح حقيقة الرضا في جانب طرفي العقد، وهما طالبي الإنجاب والمرأة صاحبة الرحم، وذلك في فرعين على التوالي هما:

الفرع الأول: رضا طالبي الإنجاب.

الفرع الثاني: رضا صاحبة الرحم.

(57) عبدالفتاح عبدالباقي، نظرية العقد، بند 40، ص 88.

(58) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الإيجار والعارية، بند 27، ص 37.

(59) عبدالفتاح عبدالباقي، مرجع سابق، ص 89 وما بعدها.

(60) عبدالحميد عثمان، مرجع سابق، ص 125.

الفرع الأول: رضا طالبي الإنجاب

الزوج وزوجته . طالبي الإنجاب . هما صاحبا المصلحة في إتمام العقد، ومن ثم يجب أن يكونا أهلا لإصدار الرضا عند إبرام العقد، فإذا كان أحدهما صغيرا أو فاقدا للتمييز، أو كان به جنون أو عته، أو حتى كان مضطربا ولو لبعض الوقت، فإن ذلك يعد مانعا من الرضا الصحيح⁽⁶¹⁾.

ويجب أن تكون إرادة طالبي الإنجاب منجزة، بمعنى أنها غير معلقة على مشيئة صاحباها، أو شخص الغير، وأن يكون كل منهما مدركا لحقيقة العمل الذي سيقدم عليه، وذلك لما يترتب على العقد من حقوق والتزامات أخصها البنوة والنسب والميراث وخلافه⁽⁶²⁾.

ويلزم أيضًا أن تكون الإرادة حقيقية، وليست صورية، بمعنى أن تظهر على أنها تنبعث من أجل إحداث الأثر الذي يترتب عليه القانون على العقد⁽⁶³⁾.

وكما يرى الفقه بأنه يلزم في خصوص عقد استئجار الأرحام، أن يكون الرضا له شكل خاص، بمعنى أن يثبت أمام جهة قضائية، وأن تثبت هذه الجهة ضرورة توافر أركان العقد وخاصة الرضا، وأن يصدر حكم قضائي بصحة الرضا وينفذ هذا الحكم في مواجهة طالبي الإنجاب وصاحبة الرحم⁽⁶⁴⁾.

ويقع على عاتق الوسيط، أو مركز الإخصاب الذي تتم به عملية الزرع، مسئولية التحقق من وجود رضا طالبي الإنجاب بهذا العمل، وتحمل كافة آثاره القانونية، ولا بد من الموافقة الكتابية حتى يدرأ الوسيط أو مركز الإخصاب عن نفسه مسئولية صدور هذا العمل على الوجه غير المشروع⁽⁶⁵⁾.

وإذا كان العقد يتطلب لمشروعيته رضا طالبي الإنجاب بهذا العمل الطبي مع توافر الشروط الأخرى لمشروعية العقد فإن التساؤل بهذه المناسبة، هل يتصور عدم رضا طالبي الإنجاب بهذا العمل؟ يجيب على ذلك بعض الفقه⁽⁶⁶⁾ بأنه من الممكن تصور عدم رضا الزوج بهذا العمل، ومن الممكن أيضًا عدم رضا الزوجة على التفصيل الآتي:

أولاً: عدم رضا الزوج.

(61) عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، بند 42، ص 90.

(62) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 90، عبد الحميد عثمان، مرجع سابق، ص 125.

(63) عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص 89.

(64) عبد الحميد عثمان، مرجع سابق، ص 125.

(65) عطا عبد العاطي، مرجع سابق، ص 164.

(66) محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 58.

قد يتصور عدم رضا الزوج صاحب الخلية المنوية في الفرضين التاليين:

الفرض الأول: أن يتم الحصول على الخلية المنوية من الزوج بطريق التواطئ بين الزوجة ومركز الإخصاب الذي سيتولى القيام بالعمل، وذلك كأن يتم إيهام الزوج أن النطفة المذكورة المأخوذة منه ليست لهدف الإخصاب، وإنما لإجراء الدراسة والفحوصات الطبية عليها، أو لأي غرض آخر خلاف الإخصاب، ثم يقوم الطبيب بحفظ جزء من العينة المأخوذة من الزوج بغرض إجراء الفحوصات عليها ليتم بها الإخصاب.

الفرض الثاني: أن تستعين الزوجة بنطفة رجل أجنبي . وبدون علم الزوج . ليتم بها الإخصاب، فلو افترضنا موافقة صاحبة الرحم على الحمل بهذه الطريقة، فبالتالي تكون إرادة الزوج معيبة.

وبخصوص الفرض الأول، يرى بعض الفقهاء أن الزوج لا يمكنه إنكار نسب الطفل، لأن النطفة المذكورة مأخوذة منه، وإن كان هذا العمل تم بطريق الغش أو الإكراه، إذ إن إنكار نسب الطفل سيحرمه كثيراً من الحقوق⁽⁶⁷⁾، وكل ما للزوج في هذا الفرض أن يرجع على الطبيب وعلى الزوجة بدعوى المسؤولية لتعويض ما أصابه من ضرر، وبخاصة الضرر الأدبي في إنجاب طفل على غير رغبة منه⁽⁶⁸⁾.

(67) محمود عبدالتواب محمود، المسؤولية المدنية الناجمة عن التدخل الطبي في الأجنة، رسالة كلية الحقوق، جامعة أسيوط 2011م، ص 258 السيد محمود عبد الرحيم، الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر، دار النهضة العربية، ص 541، وقد نص المشرع المصري في قانون الطفل رقم 12 لسنة 1996 والمعدل بالقانون رقم 126 لسنة 2008 مادة (4) لا يجوز أن ينسب الطفل إلى غير والديه، وله أن يثبت ذلك بكافة الوسائل العلمية ويحظر التبني، الجريدة الرسمية العدد 13 تابع الصادر في 9 ذو القعدة سنة 1416هـ الموافق 28 مارس 1996م، السنة التاسعة والثلاثون، ص 3.

=نص القانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زراعة الأعضاء البشرية في المادة الثانية منه: لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان إلى بقصد زرع في جسم إنسان آخر إلا لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة المتلقي أو علاجه من مرض جسيم ويشترط أن يكون النقل هو الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذه الضرورة وألا يكون من شأن النقل تعريض المتبرع لخطر جسيم على حياته أو صحته، ويخطر زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة أو الخلايا التناسلية بما يؤدي إلى اختلاط الأنساب، الجريدة الرسمية، العدد 9 مكرر في 6 مارس، 2010م، ص 3. ويقول فضيلة الشيخ/ جاد الحق رحمه الله تعالى " وإذا كان النسب في الإسلام بهذه المثابة فقد أحاطه الشرع . كغيره من أمور الناس . بما يضمن نفاذه ويرفع الشك فيه، فجاء قول الرسول ﷺ صلى الله عليه وسلم كما رواه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها: الولد للفرش وللعاشر الحجر، والمراد بالعاشر الزانية وبهذا قرر الحديث الشريف قاعدة أساسية في النسب تحفظ حرمة عقد الزواج الصحيح وثبوت النسب أو نفيه تبعاً لذلك، ومن ثم فمتى حملت امرأة ذات زوج من الزنا مع رجل آخر أو من اغتصبها، فإن حملها ينسب لزوجها . إذا لم يحدث إنكار أو نفي نسب الولد إليه . لا إلى من زنا معها أو اغتصبها . لأن فرش الزوجية الصحيحة قائم فعلاً.

ومن وسائل حماية الأنساب . فوق تحريم الزنا . تشريع الاعتداد للمرأة المطلقة بعد دخول الزوج بها، أو حتى بعد خلوته معها خلوة صحيحة شرعاً، كما حرم الإسلام بنص القرآن الصريح التبني بمعنى أن ينسب الإنسان إلى نفسه إنساناً آخر، نسب الابن الصحيح لأبيه أو أمه، مع أنه يعلم يقيناً أنه ولد غيره، وذلك صوناً للأنساب، أو لحفظ حقوق الأسرة التي رتبها الشريعة الإسلامية على جهات القرابة، قال تعالى: "ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله" جزء الآية 4 من سورة الأحزاب، وبهذا لم يعترف الإسلام بمن لا نسب له، ولم يدخله قهراً في نسب قوم يابونه راجع الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية، إصدارات المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، ج 8، ص 3217.

(68) محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 58.

أما الفرض الثاني فإن للزوج أن ينكر نسب الطفل إليه، فالنطفة المخصبة أجنبية عنه، وبالتالي فهو ليس الأب البيولوجي. وإن كان في نظر الغير الأب من الناحية الواقعية. إلا أن القانون يعطيه الحق في إنكار نسب الطفل إليه⁽⁶⁹⁾.

وبالطبع هذا يعطي الحق للطفل المولود بطريق الرحم البديل أن يرفع دعوى تعويض عن فقده لحق النسب، مع ما يترتب على ذلك من أضرار وأخصها حرمانه من الحقوق التي يترتبها نسبه لأبويه⁽⁷⁰⁾.

وإذا كان الفقه يستقر على مسئولية الزوجة صاحبة البويضة تجاه الزوج صاحب المني المأخوذ دون علمه، أو أخذ من الغير، إلا أن بعض الفقه يرى أن الزوجة إذا كانت طبيبة عاملة في حقل الإنجاب الصناعي وقامت بأخذ المني من زوجها لتخصب به ماءها ويزرع في رحم غيرها، فلا مسئولية عليها في هذه الحالة، إذ أن حقها في الإنجاب يشفع لها في الطريقة التي حصلت بها على النطفة من الزوج ل يتم بها الإخصاب⁽⁷¹⁾.

ثانياً: عدم رضا الزوجة.

قد يتصور عدم رضا الزوجة، كما لو تم أخذ البويضة منها بطريق الغش، أو التدليس، أو أن الزوج يكره زوجته على القيام بهذا العمل دون رغبة منها، ويشير الفقه⁽⁷²⁾ إلى أن هذا العمل من الناحية الشرعية يترتب آثاره القانونية بالنسبة للطفل بعد الميلاد من ناحية النسب وما يترتب من حقوق تجاه الأبوين بيد أن الفقه قد اختلف حول مسئولية الزوج تجاه زوجته. بصدد العمل الذي قام به. هل يعد جريمة يسئل عنها أم لا؟.

نرجى الإجابة على هذا التساؤل إلى دراسة النقطة القادمة.

(69) محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص79، محمود عبد التواب محمود، الرسالة، مرجع سابق، ص258.

(70) محمود عبد التواب محمود، الرسالة، مرجع سابق، ص258.

(71) السيد محمود عبدالرحيم، مرجع سابق، ص542.

(72) محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص84.

الفرع الثاني: رضا صاحبة الرحم

من المسلمات البديهية في خصوص مزاوله الأعمال الطبيعية أنه لابد من رضا المريض الحر⁽⁷³⁾ إذا كان أهلاً لإصدار هذا الرضاء، فإذا تعذر على المريض ابداء رضاء صحيح، فيتعين أخذ الرضاء من ذوي قرباه، أو من تكون لهم الولاية عليه إذا كان المريض قاصراً⁽⁷⁴⁾.

وقد أكد المشرع المصري على ذلك في المادة الخامسة من قانون زراعة الأعضاء البشرية⁽⁷⁵⁾.

ويرجع الفقه سبب ذلك إلى أن للمريض حقاً مقدساً على جسده، فلا يجوز انتهاك حرمة الجسد، أو المساس به لغير ضرورة العلاج، مع رضاء صاحبه بالعمل الطبي، كما أن إكراه المريض على قبول العلاج يجعل العقد فيما بينه وبين الطبيب قابلاً للإبطال⁽⁷⁶⁾.

ويتربط على ذلك أن المرأة التي تؤجر رحمها لابد أن يكون رضاءها بألفاظ صريحة، وأن تكون بحالة تسمح لها بإبداء الرضاء، فعملية استئجار الأرحام لا تشذ عن القاعدة العامة في ممارسة الأعمال الطبية، والتي يشترط لها توافر عنصر الرضاء بالعمل الطبي، العلم بحيثياته مقدماً، والنتائج التي يمكن أن تترتب على ذلك⁽⁷⁷⁾.

وقد وضعت نقابة الأطباء المصرية عام 1991م عدة توصيات في مواصفات مركز أطفال الأنابيب، وإعداد نموذج من برنامج طفل الأنابيب عقد وإقرار مبين به مواصفات وشروط العمل الطبي الذي يتم في مركز طفل الأنابيب جاء في التوصية رقم 13 "بعد الاطلاع على كافة البيانات والمعلومات التي أوضحها لنا المسؤولون وإقناعنا الكامل بما لا يشوبه أي شك أو تردد وافقنا نحن الزوجين" ⁽⁷⁸⁾.

(73) محمود مصطفى، مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة الثامنة عشرة، ص5، محمود نجيب حسني، أسباب الإبادة في التشريعات العربية، معهد الدراسات العربية العالية، 1962م، ص115، حسني محمد السيد الجدع، رضاء المجني عليه وآثاره القانونية، رسالة دكتوراه من كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1983م، ص471، عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، دون سنة طبع، ص15.

(74) حسام الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زراعة الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، مطابع جامعة عين شمس، 1975م، ص86. (75) نص المادة الخامسة بجوز نقل الخلايا الأم من الطفل ومن عديم الأهلية أو ناقصها إلى الأبوين أو الأبناء أو بين الأخوة ما لم يوجد متبرع آخر غير هؤلاء، ويشترط صدور موافقة كتابية من أبوي الطفل إذا كان كلاهما على قيد الحياة أو أحدهما في حالة وفاة الثاني أو من له الولاية أو الوصاية = عليه، ومن النائب أو الممثل القانوني لعديم الأهلية أو ناقصها، راجع، الجريدة الرسمية، عدد 9 مكرر، س 53، مارس 2010، ص4. (76) محسن عبدالحميد البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، مكتبة الجلاء، 1993م، ص191، بالمتن والهامش، حسام الأهواني، المشاكل القانونية، مرجع سابق، ص94، عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، ص33.

(77) عبدالكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص83.

(78) أسامة السيد عبدالسميع، مدى مشروعية التصرف في جسم الأدمي في ضوء الشريعة الإسلامية، والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، 1998م، ص212.

وعلى هدي ما سبق، فإن عملية استئجار الأرحام يجب أن تتم وفق ما هو متبع في برنامج طفل الأنابيب، فيما يتعلق برضاء صاحبة الرحم، وأن هذا الرضاء قد صدر منها بعد علمها بحيثيات العمل من البداية إلى تمام العلوق في الرحم، وأن يكون هذا الرضاء صادرا من أهله، دون تأثير أو ضغط من الغير. وإذا كان المشرع قد وضع ضوابط العمل الطبي . ويمكن أن يقاس على ذلك عملية استئجار الأرحام . فإن التساؤل المهم هل يمكن أن يتم هذا العقد دون رضاء صاحبة الرحم؟

سبق وأن أشرنا سابقاً⁽⁷⁹⁾ إلى أن مراكز الإخصاب أو زرع الأجنة تتولى هذا العمل . كمؤسسة علاجية . وهي في نفس الوقت وسيط أو سمسار يجمع بين وجهتي النظر لإنجاز العقد . وقد يتصور الفرض الذي يتواطأ فيه طالب الإنجاب مع العاملين في مراكز الإخصاب، أن يتم زرع النطفة في رحم المرأة صاحبة الرحم على غير رغبة منها، كما لو أوهم الطبيب المختص بالزرع المرأة أنها تخضع للتخدير لإجراء التحاليل، أو للتأكد من مدى ملائمة الأجهزة التناسلية للزرع، ثم تفاجأ هذه المرأة أن زرع الجنين قد تم دون رغبة منها⁽⁸⁰⁾.

كما يمكن أن يتم هذا العمل من قبل طالبي الإنجاب تحت تأثير الإكراه المادي أو المعنوي، ويتم الحمل على غير رضاء من صاحبة الرحم المؤجر⁽⁸¹⁾، ففي هذه الحالة هل يسئل طالبي الإنجاب، ومراكز زرع الأجنة؟ وهل يمكن لهذه المرأة أن تدفع ببطلان العقد للإكراه مع ما يترتب على ذلك من التخلص من الجنين بعد الزرع؟

الإجابة على ذلك تبدو غاية في الأهمية وهي ذات شقين:

أما عن الشق الأول:

فإن المستقر عليه لدى الفقه أن اشتراط موافقة المريض في ممارسة الأعمال الطبية، هو تطبيق للمبادئ الأخلاقية المعترف بها، وبخاصة فيما يتعلق بحق المريض في سلامة جسده وحقه في تقرير مصيره . وأن الإخلال بهذه المبادئ يؤدي إلى قيام المسؤولية⁽⁸²⁾.

بيد أن الأمر مختلف في الحالة التي نحن بصددھا، فقد تبدي المرأة صاحبة الرحم رضاها بقبول العمل، وقد يكون بألفاظ صريحة، أو تقرير مكتوب، إلا أن المتبع لدى مراكز الإخصاب وزرع الأجنة أن

(79) راجع ص 24 من هذا البحث.

(80) قرب هذا المعنى، محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص 84.

(81) محمد المرسي زهرة، مرجع سابق نفس الموضوع.

(82) عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص 80، محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسد، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثالث، ص 29،

سبتمبر 1959، ص 19.

العمل الطبي قد يتم على فترات، وقد يسبقه إجراء فحوصات أو تحاليل طبية للتأكد من صلاحية المرأة للحمل والإنجاب، ومن ثم قد تتعرض هذه المرأة للتخدير وتغيب عن وعيها، فإذا قام الطبيب بالاتفاق مع طالبي الإنجاب بزرع الجنين وقبل استكمال الفحوصات الطبية - بدون علم المرأة صاحبة الرحم . فهنا لا قيمة لرضاء المرأة السابق على عملية الزرع، وذلك أن الرضاء في هذه الحالة ليس صادرًا عن إرادة حرة⁽⁸³⁾، وبالإضافة إلى أن هذا العمل قد يصيب المرأة المؤجرة لرحمها بعدة أضرار مادية أو معنوية منها:

أولاً: قد تصاب هذه المرأة ببعض الأضرار الصحية . إذا ما ثبت طبيًا . لو أنها استكملت عملية التشخيص، أن الحمل لا يتناسب مع حالتها الصحية، وأن استمرار الحمل قد يكون ضارًا بها.

ثانيًا: أن لهذه المرأة الحق في العدول عن رضاها إلى أن يحين الوقت المحدد للزرع . خلال مرحلة الفحوصات أو التحاليل . والقانون يعطيها ذلك حتى لو تبين صلاحيتها للحمل⁽⁸⁴⁾.

ثالثًا: أن هذا الحمل قد يؤدي إلى تدني وضع المرأة الاجتماعي، وقد توصم بوصمة الحمل غير الشرعي.

رابعًا: أننا نفرض على هذه المرأة أمومة بغير رضاء أو قبول منها لكل هذه الأسباب فإن للمرأة أن تطالب أصحاب النطف بتعويض الأضرار التي أصابتها، ومع ثبوت حقها في التعويض المدني⁽⁸⁵⁾ فإن بعض الفقه يرى أن لهذه المرأة أن ترجع بالدعوى الجنائية على من قام بهذا العمل وذلك على أساس أن هذا الفعل يمثل جريمة هتك عرض بالغة.

فملازمة عورة المرأة والكشف عنها، هو الركن المادي في جريمة هتك العرض والذي يقوم بجانبه أن هذا الفعل قد يחדش حياء المرأة، فالجريمة متوافرة الأركان، ومن حق هذه المرأة أن تباشر الدعوى الجنائية على هذا الطبيب وشركاءه المساعدين لطالبي الإنجاب⁽⁸⁶⁾ إذ إن هذا العمل قد تم بالاتفاق بين الطبيب

(83) عبدالكريم مأمون، مرجع سابق، ص 120 وما بعدها.

(84) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، منشأة المعارف، ص 29 وما بعدها، رمزي فريد، الاستتساخ البشري بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 106.

(85) محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 86، محمود عبدالتواب، المسؤولية المدنية، رسالة سابقة الإشارة، ص 270.

(86) محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 86، كامل عبدالعزيز، الرسالة سابقة الإشارة، ص 318، والركن المادي في جريمة هتك العرض، هو استعمال القوة أو التهديد، سواء كان ذلك بالإكراه المادي، وذلك كإخراج المجني عليه من الماء واقتياده عاريا، وعدم تمكينه من ارتداء ملابس واقية واقتياده إلى الطريق العام وتقوم الجريمة أيضًا بالإكراه المعنوي، لأنه يترتب عليه انعدام الرضاء من جانب المجني عليه، سواء تم هذا الفعل بالإكراه والخديعة والمباغة، وانتهاز الجاني فقدان المجني عليه للوعي والاختيار، وسواء تعلق الأمر بحالة خاصة بالمجني عليه كالجنون والغيوبة أو كان الفعل هو عمل = الجاني وفعله بالمجني عليه كالاسكار والتنويم المغناطيسي والتخدير، راجع كامل عبدالعزيز، مرجع سابق، ص 319.

وبين طالبي الإنجاب، وبدون رضا الزوجة، وقد حرصا طالبا الإنجاب على ذلك الأمر الذي يؤدي إلى القول بتوافر الجريمة في حقهما كشركاء في الفعل⁽⁸⁷⁾.

وفي الفقه الإسلامي إذا أكرهت المرأة على الإخصاب الطبي المساعد بدون مني الزوج، فإن هذه الجريمة تعد في معنى الزنا بالإكراه، يعاقب عليها صاحب المنى والطبيب ومؤسسة الإخصاب القائمة بالعمل بعقوبة مناسبة يراها ولي الأمر رادعة لأمثال هؤلاء⁽⁸⁸⁾.

أما بالنسبة للشق الثاني من التساؤل:

هل يمكن لصاحبة الرحم أن تدفع ببطالان العقد للإكراه؟

القاعدة لدى جانب كبير من الفقه أن إكراه المريض على قبول العلاج أو عمل لا يرضاه يجعل العقد قابلا للإبطال⁽⁸⁹⁾.

ومن ثم يجوز لهذه المرأة أن تعدل عن رضاها الأول، وتطالب بفسخ العقد، مع المطالبة بالتعويض لقاء ما أصابها من ضرر، إذ المبدأ المستقر عليه في العديد من الاتفاقات الدولية وأخصها الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان وكرامة الكائن البشري، أن للمريض حقوقا مقدسة على جسده، وأنه لا يجوز انتهاك حرمة الجسد إلا لأجل ضرورة العلاج مع الرضا الحر المستنير⁽⁹⁰⁾ وهذا ما يتوافق مع نص المادة 43 من الدستور المصري الصادر 1971م، "والتي جاء فيها، لا يجوز إجراء تجربة طبية أو علمية على إنسان بغير رضاه الحر"⁽⁹¹⁾.

وبناء على ما سبق فالعقد بين صاحبة الرحم وطالبي الإنجاب قد فقد أهم أركان المشروعية، وأصبح مشوباً بعيب عدم الرضا، وهو ما يبرر طلب فسخه من جانب المرأة، غير أننا في هذه الحالة نجد تعارض بين مصلحتين متعارضتين هما:

أولاً: حق المرأة في سلامة جسدها، ومنع الغير من الاعتداء على جسدها، أو الكشف عن عورتها.

ثانياً: حق الجنين في الحياة.

(87) كامل عبدالعزيز، الرسالة السابقة، ص318.

(88) عطا عبدالعاطي، بنوك النطف والأجنة، مرجع سابق، ص65.

(89) محسن عبدالحميد البيه، مرجع سابق، ص191، عبدالرشيد مأمون، مرجع سابق، ص33، حسام الأهواني، المشاكل القانونية، ص94.
(90) Chr ' byk boletique legislation, jurisprudence et avis les instances L'ethque J.C.P. no. 23, 1988, Chronique II39, p.918.

(91) سلطان الجمال، معصومية الجسد في ضوء المقررات الطبية الحديثة، رسالة ماجستير من كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2000م، ص341.

فأي المصلحتين أولى بالرجحان؟ فالنطفة المخصبة كما يرى بعض الفقهاء بعد الإخصاب تعتبر إنسان بحسب المال، وبالتالي يتمتع بحق الحياة، فله حقوق قد أوجبها المشرع في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي أولها حقه في الحياة، فكيف يمكن أن نغلب إحدى المصلحتين على الأخرى؟

تقودنا هذه النقطة إلى دراسة مشروعية الإجهاض المبكر، وبخاصة في ظل أحكام الفقه الإسلامي، مع بيان حكم القانون الوضعي في هذه الحالة.

الإجهاض في الفقه الإسلامي بصفة عامة له حالتان، أما أن يقع قبل أن تنفخ الروح في الجنين، وإما يتم بعد نفخ الروح، ولكل حالة حكم معين، والذي يعيننا في هذا أن نبحث مدى مشروعية الاجهاض قبل نفخ الروح في الجنين وتتعدد آراء الفقهاء في هذه المسألة، ويمكن حصر ذلك أربعة آراء:

الرأي الأول: الإباحة مطلقا، ولو لم يكن هناك عذر يدعو إلى عملية الإجهاض وهو قول لبعض الأحناف⁽⁹²⁾ فقد نقل عنهم أنه يباح الإسقاط بعد الحمل ما لم يتخلق من الجنين شيء، وهو قول لبعض الشافعية، جاء في نهاية المحتاج، "اختلف أهل العلم في النطفة قبل الأربعين يوما على قولين فقبل يثبت لها حكم السقط والوآد وقيل لها حرمة، ولا يباح إفسادها ولا التسبب في إطراحها بعد الاستقرار في الرحم"⁽⁹³⁾.

وهذا أيضًا هو رأي الظاهرية⁽⁹⁴⁾ جاء في المحلي، "فصح أن من ضرب حاملا فأسقطت جنينًا، فإن كان قبل الأربعة أشهر أو قبل تمامها، فلا كفارة في ذلك لكن الغرة واجبة فقط".

الرأي الثاني: الإباحة عند وجود العذر، وعدم الإباحة إن لم يوجد عذر، وهذا هو المعتمد عند فقهاء الأحناف يقول بن عابدين⁽⁹⁵⁾: "ولا أقول به إذ المحرم لو كسر بيض الصيد يضمن لأنه أصل الصيد، فلما كان مؤاخذا بالجزاء ثمة من أن يلحقها إثم هنا، إذا أسقطت بلا عذر إلا أنها لا تأثم اثم القتل".

(92) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، للإمام بن نجيم، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية، ج3، ص215.

(93) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، محمد بن أبي العياش شهاب الدين الرملي، ج8، ص416.

(94) المحلي، للإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، دار الكتب العلمية 1988م، ج11، مسألة رقم 2124، ص30.

(95) حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، للإمام محمد أمين بن عمر عبدالعزيز الشهير بابن عابدين، دار الكتب العلمية، مطبعة البابي الحلبي، ج4، ص336.

الرأي الثالث: الكراهية مطلقا، وهو قوله للفقيه على بن موسى⁽⁹⁶⁾ من الأحناف، فقد نقل عنه أنه يكره الإسقاط قبل مضي زمن تنفخ فيه الروح، لأن الماء بعد ولوج الرحم يصير إلى حياة، فيأخذ حكم الحياة، كما هو الشأن في بيض صيد الحرم، وهذا قول معتمد أيضًا عند الشافعية⁽⁹⁷⁾.

الرأي الرابع: الحرمة مطلقا، وهو لفقهاء المالكية، جاء في حاشية الدسوقي⁽⁹⁸⁾ "لا يجوز إخراج المني المتكون في الرحم، ولو قبل الأربعين يوما، فإذا نفخت فيه الروح حرم إجماعا"، وهذا أيضًا هو رأي الإمام الغزالي من الشافعية، جاء في كتاب الإحياء⁽⁹⁹⁾: وأول مراتب الوجود أن تقع النطفة في الرحم وتختلط بماء المرأة، وتستعد لقبول الحياة، وإفساد ذلك جنائية، فإذا صارت علقة كانت الجنانية أفحش، وإن نفخ فيه الروح واستوت الخلقة ازدادت الجنانية تفاحشا.

وتخريجا على ما نقله فقهاء الأحناف من جواز الإجهاض مطلقا - كما هو عند بعض الأحناف - ولو لم يكن هناك عذر، أو كما قرره البعض الآخر من جواز الاجهاض عند العذر، فإن هذا الحكم ينسحب على حالة المرأة التي حملت رغما عنها، ودون رضاها، إذ إن الحمل يرتب كثيرا من الأضرار التي سبق الحديث عنها⁽¹⁰⁰⁾.

إضافة إلى ذلك أن حق المرأة في تكاملها الجسدي، ودفع الضرر عنها يقدم على حق الجنين في الحياة؛ لأن الجنين في هذه الحالة . مآله إلى الموت طالما أن هذه المرأة كارهة للحمل بهذا الطريق⁽¹⁰¹⁾، وزيادة على ذلك أن إتمام الحمل يلزمها إجراء الفحوصات والتحاليل والمتابعة الطبية للتأكد من سلامة الجنين، فماذا لو امتنعت الحامل عن ذلك، هل يمكن للأبوين . صاحبا النطف . حملها على ذلك تنفيذا للعقد؟ على هدي ما سبق يمكن القول أن العقد أصبح معيبا، الأمر الذي يجعله قابلا للبطلان، ومن ثم يصبح من حق المرأة طلب إبطاله لمصلحة هذه المرأة والجنين معا.

موقف القانون الوضعي:

تعرف بعض النظم الوضعية حالات حق الإجهاض لاتقاء العار، وذلك كما هو الشأن في نيوزيلندا، وهونج كونج، وإن كان التشريع المصري تخلو أحكامه من مثل هذه الأمور، كما أن فقهاء القانون الجنائي

(96) حاشية عابدين، مرجع سابق، ج4، ص336.

(97) نهاية المحتاج للرملي، مرجع سابق، ج8، ص416.

(98) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للإمام شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، دار احياء الكتب العربية، ج2، ص226.

(99) كتاب احياء علوم الدين ومعه تخريج الحافظ العراقي، للإمام أبي حامد الغزالي، نشر دار الغد العربي، ج2، ص55.

(100) راجع، ص 35 من هذا البحث.

(101) حول هذا المعنى، شعبان نبيه متولي دعبس، الحماية الجنائية لحق الإنسان في الحياة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1991م،

قد وافقوا نصوص التشريع في أنه لم يجز الإجهاض للمحافظة على الشرف والاعتبار وذلك أن المشرع المصري قد راعى مصلحة الجنين وحقه في النمو والاستمرار إلى الميلاد، وأنه يقدم على حق المرأة في الإجهاض بيد أننا في الحالة السابقة أمام حالة ضرورة، كما أن الحمل ربما يكون غير شرعي، وفي الوقت نفسه ناجماً عن جريمة اغتصاب، أي بالإكراه وليس برضاء المرأة، ومن ثم فالمرأة ربما أن حقها يقدم في هذه الحالة على حق الجنين⁽¹⁰²⁾، وبخاصة أن جانباً من الفقه المصري يرى أن أجنة الأنبيب لا تتحقق لها الحماية، إلا منذ الاستقرار في الرحم. أما وإن كان هذا الجنين بعد زرعه في الرحم في أيامه الأولى فإنه يجوز التخلص منه استهداء بما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون⁽¹⁰³⁾.

المطلب الثاني: المحل

محل العقد في عقد استئجار الأرحام هو رحم المرأة، ولكي يكون العقد صحيحاً يشترط المشرع عدة شروط لمشروعية المحل، فهل تتوافر هذه الشروط في عملية تأجير الرحم حتى يكون العد صحيحاً، سوف يتضح ذلك من خلال دراسة هذا المطلب.

المحل هو الركن الثاني في العقد وهو كما يراه بعض الفقه: الالتزامات المتولدة عن العقد، والتي يلتزم بها طرفا العقد⁽¹⁰⁴⁾.

ويتناول بعض الفقه المحل على اعتبار أنه الشئ الذي يلتزم المدين بعمله أو الامتناع عن عمله.

وعلى أي الأحوال فإن المشرع المصري يتطلب لمشروعية المحل عدة شروط سنتناولها تفصيلاً لبحث مدى توافرها في محل عقد استئجار الأرحام من عدمه وهذه الشروط كما أوردها المشرع المصري في المواد 131 - 135 مدني هي:

أولاً: أن يكون محل الالتزام ممكناً⁽¹⁰⁵⁾.

(102) منال مروان منجد، الاجهاض في القانون الجنائي، دار النهضة العربية، 2002م، ص134 وما بعدها.

(103) عبدالعزيز محمد محسن، الحماية الجنائية للجنين في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، 1998م، ص241، محمد عبدالله الشلتاوي، ديناميكية استجابة قانون العقوبات في التخلص من الأجنة الزائدة، أطفال الأنبيب الطبعة الأولى 1991، 1992، ص103، محمد عبدالوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء، مرجع سابق، ص128.

(104) السنهوري، الوسيط، عقد الإيجار مرجع سابق فقرة، 101، ص123.

(105) عبدالفتاح عبدالباقي، نظرية العقد، مرجع سابق، ص406.

العمل الذي يلتزم به المدين يجب أن يكون ممكناً وليس مستحيلاً، إذ لا يمكن أن يكلف إنسان بما هو مستحيل، ولو كان ذلك التزاماً قانونياً، وهذا يستفاد من نص المادة 132 مدني والتي جاء فيها، "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً"⁽¹⁰⁶⁾.

والاستحالة التي عنتها المادة سألقة البيان هي الاستحالة المطلقة، وليست الاستحالة النسبية، بمعنى أن يتعذر على الكافة القيام بهذا العمل وليس المدين وحده، ويستوي في ذلك الاستحالة الطبيعية المطلقة والقانونية، فهي . أي الاستحالة . تمنع وجود الالتزام إذا وجدت قبل التعهد به وينتهي الالتزام إذا وجدت الاستحالة بعد ذلك⁽¹⁰⁷⁾.

وتطبيقاً للقواعد العامة في خصوص مشروعية المحل في العقد . وبخاصة عقد الإيجار . فإن محل التزام المرأة صاحبة الرحم، هو الالتزام بعمل وهو تمكين الغير من الانتفاع بالرحم مدة العقد المتفق عليها، وهذا أمر بطبيعته ممكناً وليس مستحيلاً، غير أن الأمر يختلف في هذا العقد عن غيره من العقود، لأن الانتفاع في عقد الإيجار . بصفة عامة . ينصب على منفعة شيء مملوك للمؤجر، وهذا هو عين التزام المؤجر لأن الشخص لا يتعامل إلا في ملكه، ومن لا يملك لا يملك⁽¹⁰⁸⁾، فهل تملك صاحبة الرحم هذا الجزء من جسدها ملكية حقيقية، حتى يمكن القول إن من يملك العين يمكن أن يملك منفعة العين للغير بمقابل أو بغير مقابل؟

بالطبع أن الإجابة على ذلك التساؤل ليست أمراً ميسوراً، وإنما هي قد اشعلت الجدل بين الفقه حول مدى سلطات الإنسان على جسده، وهو ما يوجب علينا أن نتعرض إلى دراسة هذه الجزئية لبيان آراء الفقهاء في ذلك.

سلطات الإنسان على جسده:

بادئ ذي بدء يمكن القول أن الجسد الأدمي معصوم، ويقرر له الشارع من حماية خاصة، ليست في مواجهة الغير فحسب، وإنما في مواجهة صاحب الجسد نفسه، فليس معنى أن للإنسان حقوقاً على جسده أن هذه الحقوق تخوله أن يتصرف في جسده كيفما شاء، فمبدأ المعصومية يتسع نطاقه ليحتج به على صاحب الجسد نفسه، وذلك احتراماً لحق الشارع الحكيم، فهو سبحانه وتعالى المالك لهذا الجسد⁽¹⁰⁹⁾.

(106) راجع نص المادة 132، من القانون المدني.

(107) عبدالفتاح عبدالباقي، مرجع سابق، ص408، محمد لبيب شنب، مصادر الالتزام، ص 195.

(108) عبدالفتاح عبدالباقي، المرجع السابق، فقرة رقم 197، ص411.

(109) أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، 1987، ص34.

ويقابل ما قرره الشارع الحكيم من نصوص شرعية تحرم المساس بالجسد أو الاعتداء عليه⁽¹¹⁰⁾، ما يسمى في القانون الوضعي بحق المجتمع في سلامة أفراد⁽¹¹¹⁾ بيد أن المشرع وإن كان جعل مبدأ المعصومية مانعا من المساس بالجسد، والتصرف فيه إلا أن الفقه يختلف حول طبيعة السلطات المخولة للإنسان والتصرف فيه، وقد برز في الفقه ثلاثة اتجاهات تحاول أن تحدد طبيعة حق الإنسان على جسده وهي:

أولاً: حق الإنسان على جسده حق ملكية.

ثانياً: حق الإنسان على جسده حق انتفاع.

ثالثاً: حق الإنسان على جسده من الحقوق للصيقة بالشخصية.

وسوف نتناول بالشرح والتفصيل بيان هذه الحقوق.

أولاً: حق الإنسان على جسده حق ملكية.

يرى جانب من فقهاء القانون الوضعي⁽¹¹²⁾، أن الإنسان له على جسده حق ملكية، ذلك أن حق الملكية له سلطات ثلاث وهي استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه، وذلك قد يتوافر في سلطات الإنسان على جسده في إطار المشروع

من الناحية القانونية⁽¹¹³⁾، فالإنسان له من السلطات والمكنات التي أقرها القانون بأن الإنسان مالك لجسده، ومن الأمثلة على وجود هذه المكنات لصاحب الجسد، العقد الطبي، وعقد الرضاعة، وعقد العمل وعقود الألعاب الرياضية، وكلها عقود نظمها القانون واعترف بها⁽¹¹⁴⁾.

(110) جاء في القرآن الكريم كثيرا من الآيات التي تحض على حماية الجسد والمحافظة عليه منها قوله تعالى: وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ "، سورة المائدة الآية رقم 45، وقوله تعالى: "وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا"، الآية رقم 29، سورة النساء، وقوله تعالى: "وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ"، سورة البقرة، الآية رقم 95.

(111) محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثالث سبتمبر، 1959، ص 29، ص 29، محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد، دراسة مقارنة في القانون المدني والشرعية الإسلامية، دار النهضة العربية، 1996م، ص 59 وما بعدها.

(112) محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد، مرجع سابق، ص 54، أحمد شرف الدين، مقدمة القانون المدني، ص 182، حبيبة سيف سالم، الرسالة، مرجع سابق، ص 182، سلطان الجمال، الرسالة، مرجع سابق، ص 237.

(113) حبيبة سيف سالم، مرجع سابق، نفس الموضع

(114) أحمد شرف الدين، مقدمة القانون المدني، مرجع سابق، ص 282، ولنفس المؤلف الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، مرجع سابق، ص 190، حسام الأهواني، أصول القانون، ط 1988م، ص 413.

وإذا كان وعاء الجسد في مجمله من الأعضاء والخلايا والأنسجة، فهو لا يختلف عن غيره من الكائنات الحية، والتي يسبغ عليها وصف الأشياء⁽¹¹⁵⁾.

ويبرر بعض الفقه تشيئة الجسد، إلى أن ذلك يرجع إلى الاعتبارات الآتية⁽¹¹⁶⁾:

أولاً: أن القول بعدم تشيئة الجسد الآدمي قد يكون حائلاً دون اتمام كثير من التصرفات والعقود الحيوية والتي يتوقف عليها حياة الآخرين. كما هو الشأن في التصرف الأعضاء البشرية.

ثانياً: أن القول بتشيئة الجسد الآدمي قد يتوافق مع نص المادة 1128 مدني فرنسي، والتي تتعلق بقابلية المحل للتعامل فيه، فوجود مبدأ المعصومية يجعل الجسد غير قابل للتعامل عليه أما إذا نزلنا إلى وصف الجسد بالشيئية فإنه يمكن التعامل عليه ويصبح المحل مشروعاً.

ثالثاً: أن تقرير حق ملكية للإنسان على جسده، هو حماية للإنسان ضد من يحترفون عمليات السمسرة والمتاجرة بالأعضاء الآدمية والأنسجة والخلايا الجسدية.

رابعاً: أن القول بأن الجسد ملكٌ لصاحبه يحدد . وبدقة . الحقوق التي تكون لصاحبها فيما يتعلق بالأجزاء المنفصلة عنه.

وبالرغم من قناعة أصحاب هذا الاتجاه، استناداً إلى الحجج التي سبقت الإشارة إليها إلا أن جانباً كبيراً من فقهاء القانون الوضعي وعلماء الفقه الإسلامي المحدثين قد اعترض على هذا الاتجاه، فالجسد من وجهة نظر علماء الفقه الإسلامي لا يملكه صاحبه ملكية مطلقة، وإنما يشترك فيه حق الله وحق العبد، وحق الله عز وجل يكون غالباً، وهذا الاشتراك . بالطبع . يمنع صاحبه من المساس بالجسد، والغير من باب أولى، كما يمنع الإنسان أن يتصرف في جسده بمفرده تصرفاً يضر بالجسد وصاحبه معاً، وهو ما تأباه روح الشريعة الإسلامية⁽¹¹⁷⁾ عملاً بقوله تعالى: "وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ" ⁽¹¹⁸⁾. ويقول صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار"⁽¹¹⁹⁾ ومن ثم فلا ينبغي للإنسان أن يقع منه تصرف هو في حقيقته إضراراً بجسده، أو وضعه موضع الأشياء القابلة للتعامل عليها، وإن كانت الشريعة تعطي للإنسان سلطات على جسده في حدود ما أباحه الشرع أو أمر به، كأن يعفو عن غيره إذا جرحه، أو أتلّف عضو من أعضائه، كما أن فقهاء الشريعة . رضوان الله عليهم . أباحوا للإنسان أن يتبرع بأعضائه، ولكن

(115) محمد سعد خليفة، الحق في الحياة، مرجع سابق، ص54.

(116) سلطان الجمال، مرجع سابق، ص239، حبيبة سيف سالم، مرجع سابق، ص55.

(117) أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبيعية، مرجع سابق، ص94، وما بعدها.

(118) جزء الآية رقم 195، من سورة البقرة.

(119) جامع العلوم والحكمة، لابن رجب الحنبلي، مكتبة الإيمان، الطبعة الأولى، 1417هـ، 1996م، ص339.

وفقا لشروط وضوابط حددها الفقهاء، لا ينبغي تجاهلها أو الخروج عن الحدود التي تقررها⁽¹²⁰⁾، وعلى أي الأحوال فإن القول بأن الجسد ملك لصاحبه قول قد خالفه جانب كبير من فقهاء الشريعة الإسلامية.

ثانياً: حق الإنسان على جسمه حق انتفاع.

إضافة إلى المبررات السابقة التي دعت الفقه إلى القول بعدم انطباق الملكية على الجسد، يرى الفقه⁽¹²¹⁾ أن سلطات الإنسان على جسده تقتصر فقط على الانتفاع دون التملك، فالإنسان يملك المنفعة فقط، وأما ملك الرقبة فهو لله تعالى: ويرجع ذلك إلى أن الإنسان ليس مالا في الشرع ولا في الطبع⁽¹²²⁾ فالشرع يأبى أن يعامل آدمي الذي كرمه ربه معاملة الأشياء، إذ إن الشارع الحكيم جعل له من القدسية والكرامة ما جعل الأشياء مسخرة لخدمته، وأوجده في هذا الكون لغاية ومقصد هو أسمى المقاصد، ألا وهو العبادة لله وحده، وبالتالي فلم يعط الإنسان حرية ملك جسده ولكن له أن ينتفع بذلك في حدود ما أباحه الشرع⁽¹²³⁾.

ولأجل هذه الامتيازات فإن الفقه يرى أن حق الإنسان على جسده حق انتفاع وحسب.

ثالثاً: حق الإنسان على جسده من الحقوق للصيقة بالشخصية.

نظراً إلى التعارض بين ملك المنفعة وتملك الرقبة للغير وذلك كما استقر الفقه في الرأي السابق - فقد انتقد الرأي القائل بأن حق الإنسان على جسده حق انتفاع - ومن ثم فقد برز جانب من الفقه ينادي بأن حق الإنسان على جسده ضمن الحقوق الملازمة للشخصية، وأن الجسم يتبع صاحبه ويكون جزء من شخصيته.

(120) أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 97 وما بعدها، واتساقاً مع ما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية من ضوابط النقل للأعضاء، جاء في المادة الثانية من القانون رقم 5 لسنة 2010، والخاص بتنظيم زرع الأعضاء البشرية في مصر، "لا يجوز نقل عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان بقصد زرعه في جسم إنسان آخر إلا بضرورة تقتضيها المحافظة على المتلقي أو علاجه من مرض جسيم، ويشترط أن يكون النقل هو الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذه الضرورة وألا يكون من شأن النقل تعريض المتبرع لخطر جسيم على حياته أو صحته".

ويحظر زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة أو الخلايا التناسلية بما يؤدي إلى اختلاط الأنساب، راجع الجريدة الرسمية العدد 9، مكرر الصادر في 20 ربيع الأول 1431هـ، 6 مارس 2010، ص 53، ص 3

(121) ممدوح خيرى هاشم، الإنجاب الصناعي في القانون المدني، مرجع سابق، ص 310، وفي نفس المعنى، أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، مرجع سابق، ص 95، محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص 56، حبيبة سالم، مرجع سابق، ص 60.

(122) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثامنة، 1402هـ، 1982، ج 5، ص 140.

(123) حبيبة سيف سالم، مرجع سابق، ص 59، وفي نفس المعنى يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام حيث يقول سيادته: وحياة الإنسان ليست ملكاً له فهو لم يخلق نفسه، ولا عضواً من أعضائه أو خلية من خلاياه وإنما نفسه وديعة عنده استودعه الله إياها، فلا يجوز له التغرير فيها، الحلال والحرام، مكتبة وهبة، الطبعة الثانية والعشرون، 1997م، ص 284.

وتتميز هذه الحقوق أنها تثبت للناس جميعا دون استثناء، وهي حقوق يحتج بها في مواجهة الكافة وبالتالي فهي لا تنتهي إلا بنهاية الإنسان، كما أنها لا تورث للغير، ويضاف إلى ذلك أنها حقوق غير مالية، فلا يجوز التصرف فيها أو التنازل عنها للغير⁽¹²⁴⁾ ويترتب على القول بوضع الجسم ضمن الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان، أنه لا يجوز التصرف في الجسد، أو في جزء منه للغير هبة، أو بمقابل وأن العقود التي محلها الجسد تقع باطلة⁽¹²⁵⁾، ويعضد ما ذهب إليه الرأي السابق أن الشريعة الإسلامية تحرم العقود التي يكون محلها الآدمي، سواء تعلق الأمر بجسد، أو بعضو من أعضائه، جاء في حاشية بن عابدين "والآدمي مكرم شرعا ولو كان كافرا فأيراد العقد عليه وابتذاله به والحاقه بجمادات إذلال له وهو غير جائز وبعضه في حكمه⁽¹²⁶⁾"، وجاء في الهداية "لا يجوز بيع شعور الإنسان ولا الانتفاع بها، لأن الآدمي في مكرم لا يبتذل فلا يجوز أن يكون شئ من أجزائه مهانا أو مبتذلا"⁽¹²⁷⁾.

رأينا في الموضوع:

لقد وضح من خلال عرض آراء الفقهاء أن الإنسان غير مالك لجسده، إذ إن الملكية الحقيقية للخالق تبارك وتعالى ولما كان الشخص لا يملك العين، فلا يمكن أن يملك منفعة العين للغير⁽¹²⁸⁾، وذلك لما بينه فقهاء الشريعة الإسلامية أن هناك حقوقا لله تعالى بجانب حقوق العبد، وحقوق الله أولى بالرعاية في هذا الجانب وبخاصة فيما يتعلق بحماية الجسد، ومنع المساس به أو الإضرار، أضف إلى ما سبق أن الفقه الوضعي⁽¹²⁹⁾، قد اختلف حول الحق في الحقوق اللصيقة بالشخصية، فمنهم من يعطي هذا الحق للشخص ومنهم من يمنعه.

لكل ذلك فإننا مع بعض الفقه بأن حق الإنسان على جسده حق مشترك فيما بينه وبين خالقه، ولذا لا يستطيع الإنسان أن يستأثر بالتصرفات الفردية وإبرام العقود التي محلها الانتفاع بعضو من الأعضاء؛ لأن التصرف يكون لمن يملك والمالك لجسد الآدمي بحق هو الخالق سبحانه وتعالى⁽¹³⁰⁾.

(124) ممدوح خيرى هاشم، الإنجاب الصناعي في القانون المدني، مرجع سابق، ص310، أحمد شرف الدين، مقدمة القانون المدني، مرجع سابق، ص171.

(125) راجع الفقه السابق.

(126) ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، مطبعة البابي الحلبي، الطبعة الثانية 1386هـ، 1966م، ج5، ص95.

(127) الهداية بداية المبتدئ، أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني، مطبعة مصطفى الحلبي، ج3، ص46.

(128) في نفس المعنى، أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ص35، محمد سعد خليفة، الحق في الحياة، مرجع سابق، ص56.

(129) حبيبة سيف سالم، الرسالة السابقة، ص62، 65، أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية، ص313.

(130) محمد سعد خليفة، الحق في الحياة، ص56، أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص94.

وبعد عرض هذا الخلاف فإن الشرط الأول من شروط المحل في عقد استئجار الأرحام، يتعذر توافره . حتى يقوم العقد صحيحا، وذلك نظر للطبيعة الخاصة بالجسد.

الشرط الثاني: أن يكون المحل مشروعاً.

ومعنى هذا أن المحل يجب أن يكون قابلاً للتعامل عليه، وهذا ما نصت عليه المادة 135 من القانون المدني بقولها: إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلاً⁽¹³¹⁾.

ومن ثم فعدم مشروعية المحل ترجع إلى أمرين:

1- نص القانون على ذلك.

2- مخالفة النظام العام أو الآداب العامة.

والملاحظ أن نص القانون على عدم مشروعية يرجع في الوقت ذاته إلى اعتبارات تتعلق بالنظام العام والآداب العامة⁽¹³²⁾.

وينص القانون على أن الأشياء هي التي يجوز التعامل عليها، وتصلح محلاً للتعامل، ويخرج . بطبيعة الحال . جسد الأدمي عن دائرة التعامل، لأنه ليس مالا في الشرع ولا في الطبع.

ويترتب على ذلك أن الاتفاقات التي يكون محلها وضع أجهزة المرأة التناسلية تحت تصرف الغير يعتبر باطلاً، وسواء تم ذلك بمقابل، لأنه يعتبر بيع، أو بغير مقابل، لأنه سيعتبر هبة، فهذه التصرفات لا ترد إلا على الأشياء، بخلاف جسد الأدمي⁽¹³³⁾.

ومن خلال ما تقدم عرضه تتضح عدم مشروعية المحل في عقد استئجار الأرحام، وذلك لعدم توافر شروط المشروعية التي وضعها المشرع لمشروعية محل عقد الإيجار⁽¹³⁴⁾.

(131) راجع المادة 135 من القانون المدني المصري.

(132) بدائع الصنائع، للكاظمي، ج5، ص140.

(133) في المعنى نفسه، أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ص 95، حمدي عبدالرحمن، معصومية الجسد، 127، محمد سعد خليفة، الاستئساخ البشري، دار النهضة العربية، ص 123، حسام الأهواني، نحو نظام قانوني لحماية جسم الإنسان، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الأربعون، يناير 1998، ص 7، حبيبة سيف سالم، الرسالة سابقة الإشارة، ص 371، محمود عبدالقواب، الرسالة، مرجع سابق الإشارة، ص 117 بالمتن والهامش.

(134) سعيد عبدالسلام، مرجع سابق، ص156.

المطلب الثالث: السبب

يختلف سبب التعاقد بحسب حاجة أطراف العقد الى ذلك، لأن السبب هو الباحث على التعاقد، وقد يختلف من عقد لآخر، لكن الذي يعول عليه حتى يكون عقد استئجار الأرحام مشروعاً لابد أن يتوافر له السبب الصحيح، وهذا أمر سيتضح في هذا المطلب .

وفقاً للنظرية الحديثة في القانون المدني، فإن السبب هو الباعث على التعاقد، طالما أنه يعلمه المتعاقد الآخر⁽¹³⁵⁾.

ويختلف السبب من عقد إلى آخر حسب طبيعة العقد والتزامات المتعاقدين ومن ثم فإن التساؤل هنا هل يعد السبب مشروعاً في عقد استئجار الأرحام؟

إذا نظرنا إلى السبب الباعث على التعاقد من جهة طالبي الإنجاب، ربما أنه يكون فيه من الأشياء الجدية الباعثة على التعاقد، وأخص هذه الأسباب ما سبق عرضه كمبرر لمشروعية عقد استئجار الأرحام عند من يؤيدون ذلك⁽¹³⁶⁾.

بيد أن الأمر الذي يجدر النظر إليه أن بعض الأسباب السابقة، قد يصطدم مع مبدأ عدم المشروعية والتي رجحها الكثيرون، ليس فقط من المتخصصين في حل القانون وعلماء الشريعة الإسلامية، بل من علماء الطب والاجتماع وغيرهم⁽¹³⁷⁾.

ومن جانب المرأة المؤجرة لرحمها ربما أن حاجتها إلى المال قد تكون دافعة إلى التعاقد، بيد أن هذا العمل يؤدي إلى نوع من الاحتراف والامتهان لهذا العمل غير المشروع ووجود سماسرة وشركات تأجر الأرحام، وكلها أمور ربما تؤدي إلى إشاعة الرذيلة في المجتمعات الإسلامية⁽¹³⁸⁾ لكل ما سبق فإن السبب هنا يعد غير مشروع، الأمر الذي يترتب عليه عدم مشروعية العقد، والله أعلم.

(135) عبدالفتاح عبدالباقي، مرجع سابق، ص 447 وما بعدها.

(136) راجع ما سبق عرضه، ص 14 من هذا البحث.

(137) كارم السيد غنيم، الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1998، محمد علي البار، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثانية، العدد الثاني، 1407هـ، 1986، ج 1، ص 283.

(138) سعيد سعد عبدالسلام، فكرة العقود المدنية، مرجع سابق، ص 159، محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 413 وما بعدها. ويقول د. محمد علي البار، ينبغي ألا تتم عملية طفل الأنابيب إلا بين الأزواج وللضرورة القصوى، وألا تتكشف عورات النساء إلا لطبيبات مسلمات فإن لم يتيسر فلطبيبات غير مسلمات، فإن لم يكن فلطبيب مسلم عدل فإن لم يكن فلطبيب غير مسلم مأمون في صفته.

راجع محمد علي البار، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، مرجع سابق، ج 1، ص 300.

الخاتمة

لقد أنهيت بفضل الله تعالى من عرض محتويات البحث وخاتما وتحاشياً لتكرار ما سبق عرضه أخصص خاتمة البحث للنتائج وأهم التوصيات.

أولاً: نتائج البحث

أولاً: أن عملية استئجار الأرحام باعتبارها من المفردات الطبية الحديثة لم تكن معروفة لدى فقهاء الإسلام القدامى، فلم يتناولها أحدهم بالحل أو الحرمة، ولعل هذا هو الباعث على اختلاف الفقهاء المحدثين حول مشروعية عملية استئجار الأرحام .

ثانياً: أن عقد استئجار الأرحام يدرج في طائفة العقود غير المسماة، لأن المشرع في مصر لم يتناوله بتنظيم خاص .

ثالثاً: أن الإنجاب بطريق الرحم البديل قد يؤدي إلى ضياع كثير من حقوق الطفل المولود بهذه الطريق وأخص هذه الحقوق، الحق في النسب والميراث.

ثانياً: التوصيات

1- نهيب بالمشرع المصري أن يقنن أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالمفردات الطبية الحديثة كعملية الإستنساخ وتأجير الأرحام.

2- سن التشريعات الخاصة التي تنظم عملية الإنجاب الصناعي من كافة جوانبه، ووضع الضوابط التي تمنع النزاع بين أصحاب الحاجة إلى الإنجاب بهذا الطريق وبين المؤسسات العاملة في هذا المجال.

3- الضرب على أيدي العابثين والمستهترين بأحكام الشرع من السماسرة والوسطاء الذين يعملون في مجال الإنجاب الصناعي، يريدون هدم قيم المجتمع وتغيير ثوابت الدين.