إجارة الرحم بين الشريعة والقانون

Womb Rental between Shari'ah and Law

م. فراس جبار كريم [1] Lect. Firas Jabbar Kareem

الملخص

لم يألُ الانسان جهداً في حل مشكلاته بصورة عامة، وكذلك مشكلاته الصحية بصورة خاصه،فقد اكتشف الانسان وقبل مئات أو الآف السنين طريقة الولادة القيصرية، حلاً لمن لاتستطيع الولادة بالطريقة الطبيعية، كذلك وبعد جهد استمر لعشرات السنوات فقد إستطاع العلم أن يعالج مسألة عدم الإنجاب لفساد او مرض رحم المرأة.

وتعد مسألة الانجاب الصناعي بصورة عامة وإجارة الارحام بالخصوص من المسائل المعاصرة المهمة التي تحتاج الى معالجات حقيقية على مستوى الفقه الاسلامي والقانون.

Abstract

People have spared no effort in solving his problems in general, as well as his health problems in particular. Hundreds or thousands of years ago, man discovered the method of cesarean delivery, a solution for those who could not give birth in the natural way. Or a woman's womb disease.

The issue of induced childbearing in general and surrogacy in particular is an important contemporary issue that needs real solutions at the level of Islamic jurisprudence and law.

١- كلية القانون/ جامعة أهل البيت-عليهم السلام-.

المقدمة

أولاً: موضوع البحث

إنَّ الإكتشـــاف العلمي الحديث كونه حلاً طبياً لبعض الحالات المرضـــية التي تعانيها المرأة ويكون مبيضـها سـليماً،كما لو كانت بدون اعضـاء تناسـلية أو تم إسـتئصـال رحمها بسـبب مرض من الأمراض أويكون رحمها معيباً.

وكذلك عندما تكون المرأة في ســن متقدمة وتخشــى تغيرات الحمل الجســمانية وتأثيرها ســلبياً على الجسم، لاشك أن التعامل على جسد الانسان جعلت منه مادة طبيعية يمكن دراستها ونخص بالذكر رحم الانثى فهو حاضــنة يوضــع فيها الجنين لحين إكتمال نموه وتســليمه الى أهله، وأهملت هذه الاســاليب المستحدثه مشاعر الامومة ومشاعر الجنين نفسه بعد تكوينه في الرحم الغريب عنه،فقد ظهر عجز هذه الاساليب المستحدثه عندما لم تستطيع أن تصل الى غايتها.

ثانياً: أهمية البحث

١. ما احدثه التطور العلمي والتقني في كل مجالات الحياة في زمن تتجدد فيه الامور وتتسارع في الظهور، فاصــبح هذا التطور له تأثيرا مباشــرا على حياة الناس بتقديم حلول لمشــكلات عضــوية وهي ما تسمى(بإجارة الرحم).
٢. إنَّ للشريعة الاسلامية الدور الكبير والفعال واظهار المرونة في تعاطيها مع هكذا مستجدات.
٣. الانسان لديه حب الاطلاع بطبيعته فحاجته للمستجدات المعاصرة وبيان موقف الشريعة الاسلامية والقوانين يعد حاجة ملحة لديه.

ثالثاً: مشكلة البحث

١. تثار حول مسـألة إجارة الرحم الكثير من الاشـكاليات الشـرعية والقانونية والاجتماعية والاخلاقية فتحتاج الى معالجة حقيقية.
٢. لم تحظ هذه المسـألة بالتنظيم التشـريعي على مسـتوى البلاد العربية وعلى وجه الخصـوص في العراق، لذا لابد من معالجة المسـألة بوضـع قانون خاص يعالج الموضـوع بشـكل قانوني مسـتمد أحكامه من الشريعة الاسلامية.

رابعاً: أهداف البحث

١. يهدف البحث الى بيان حقيقة إجارة الرحم بشكل دقيق.
٢. توضيح الفرق بين عقد إجارة الرحم وبعض العقود والتصرفات التي قد تتشابه معه.
٣. معالجة الأثار الشرعية والقانونية المترتبة عليه وأهم اثر هو نسب المولود الناتج عن عملية إجارة الرحم.

خامساً: منهجية البحث.

ان المنهجية المتبعة في هذا البحث هو المنهج التحليلي المقارن، اذ نبين القواعد العامة لعقد الإجارة مع ما للموضوع من خصوصية، كما نقوم بتحليل الأراء الفقهية المستمدة من الشريعة الاسلامية وكذلك الاراء الفقهية القانونية لخلق معالجة فعالة لمادة البحث.

سادساً: خطة البحث.

عليه قسمت دراستنا في هذا الموضوع على ثلاثة مباحث، بينا في الأول مفهوم إجارة الرحم، وفي الثاني خصص لموقف الشريعة الاسلامية والقانون منه، والثالث تناولنا فيه الاحكام المترتبة على إجارة الرحم، وفي نهايته الى اهم ما توصلنا اليه في البحث من نتائج ومقترحات.

المبحث الأول: مفهوم إجارة الرحم

إنَّ عقد الإجارة بشكل عام يتميز بعنصر الزمن، اذ ان الزمن هو عنصر جوهري فيه وكذلك يُعد من العقود المستمرة التنفيذ وهذا الطابع ينعكس على عقد إجارة الرحم على الرغم من وجود اختلاف بين العقدين لانه ذو طبيعة خاصة وعليه سنتكلم عن مفهوم إجارة الرحم مقسمين المبحث على مطلبين نتناول في الأول التعريف بإجارة الرحم، ونخصص الثاني الى تمييز إجارة الرحم عما يشتبه معه من التصرفات وكما يأتي:

المطلب الأول: التعريف بإجارة الرحم

لكي نقف على المفهوم الدقيق لعقد إجارة الرحم والاحاطة به لابد من التعريف الشامل له ويتحقق ذلك من خلال تعريف الرحم لغةً واصطلاحاً وشرعاً، وبعدها التعريف بإجارة الرحم وذلك في فرعين نتناول في الأول تعريف الرحم لغة واصطلاحا وشرعا ونعقد الثاني لبيان تعريف اجارة الرحم وكما يأتي:

الفرع الأول: تعريف الرحم

الرحم لغة: ان لفظ الرحم في اللغة مشترك بين عدة معاني منها هو موضع تكوين الجنين ووعاؤه في البطن او هو الوسط الذي يتكون فيه الجنين ووعاؤه في البطن [٢].

وأما تعريفه اصطلاحاً، فقد عرف بانه (العضو الذي يتخلق فيه الولد، لأنه يمسك الجنين طوال مدة الحمل ويوفر له كل مايحتاجه من غذاء وحماية الى ان يأذن الله له بالخروج) [٣].

اما شرعا فقد عرفوا الرحم بانه لفظ يتضمن معنيين معنى عضوي هو (حويصلة صغيرة الحجم في اسفل التجويف البطني للمرأه، يتسع ويكبر تبعاً لنمو الجنين بداخله الى ان يصل الى قمة تمدده في نهاية فترة الحمل ثم يعود الى حالته الاولى تدريجياً بعد خروج الجنين طفلاً)[٤].

٢- لسان العرب، ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري، ج (١٢)، نشر أدب الحوزة، قم، ١٤٠٥هـ، مادة (رحم)، ص ٦٣٢.

٣- د.حسني عبد السميع ابراهيم، موقف الشريعة الاسلامية من تأجيرالارحام، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠١٥ ص٩٢.

٤ - د.عبد الحميد عثمان محمد،أحكام الام البديلة(الرحم الظئر)، دار النهضة العربية،القاهرة، ١٤١٦هـ، ص٣٥.

اما بالنسبة الى المعنى الثاني المشترك الناتج عن الصلة الحميمة بين الرحم والتوالد، كما ان صلة الرحم أو القرابة واجبة وقطيعتها معصية كبيرة، وتجدر الاشارة الى المقصود بالرحم في بحثنا هو المعنى العضوي.

بعد ان بينا مفهوم الرحم لابد لنا من التعريف على اجارة الرحم والذي هو محور بحثنا، لذلك يمكن تعريف إجارة الرحم في الفرع الثاني وكما يأتي:

الفرع الثاني: تعريف إجارة الرحم

عبارة عن (عقد تتعهد بمقتضاه إمرأة بشغل رحمها بأجر أو بدون أجر بحمل ناشيء عن نطفة امشاج مخصبة صناعياً لزوجين أستحال عليهما الأنجاب لفساد رحم الزوجة ويطلق عليها تسميات عديدة منها (الرحم المستعار، البطن المؤجرة، الام الحاضنة، الام البديلة)[٥].

أو هو عبارة عن (تلقيح ماء رجل (النطفة) بماء إمرأة (البويضة) تلقيحاً خارجياً في وعاء إختبار ثم زرع هذه البويضة الملقحة (اللقيحة) في رحم إمرأة أخرى قد تتطوع بحملها حتى ولادة الجنين أو بمقابل أجر معين)[٦].

فمنهم من عرف إجارة الرحم بأنه (عقد على المنافع بعوض)[٧].

وقد عرف على انه (عقد على منفعة رحم بشغله بلقيحة اجنبية عنه)[٨].

وقد عرف بأنه (عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض)[٩].

وعرف بأنه (عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئاً فشيئاً)[١٠].

ويلاحظ على ما تقدم من تعريف الفقهاء لإجارة الرحم بأنهم عدوا عقد الإجارة كعقد البيع من حيث كلاهما تمليك، لكنهما يختلفان من حيث محل التمليك، فعقد البيع محل التمليك فيه هو الشيء ذاته، بينما محل التمليك في عقد الإيجار هو منفعة الشيء، ومناط التفريق بينهما أن تكون المنفعة المقصودة من الإجارة قابلة للبذل والإباحة، أي الاشياء التي تجوز فيها الإجارة شرط أن تكون منفعتها مباحة، أما إذا كانت محرمة فلا تجوز إجارتها ومن ثم لايجري على الاخيرة أحكام عقد الإجارة.

المطلب الثاني: تمييز عقد إجارة الرحم عن غيره

قد يشابه عقد إجارة الرحم غيره من العقود والتصرفات القانونية، فقد يشابه عقد البيع، او عقد العمل او عقد المقاولة او عقد الايجار او بعض التصرفات مثل الرضاع لذا سنتكلم في هذا المطلب عن

٥- د.حسان حتوت، أطفال الانابيب(الرحم الظئر)، الاسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، مجلة العرب العدد الحادي عشر، ١٩٨١م، ص١٨٩.

٦- مجلة مجمع الفقه الاسلامي، مجموعة قرارات الدورة السابعة المنعقدة في مكة المكرمة للفترة من ٦-١١ ربيع الاخر ١٤٠٤هـ، القرار الخامس، الطبعة الثانية، العدد الثاني، ص ١٥٠.

٧- د.حسيني هيكل، النظام القانوني للأنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الاسلامية، ط١، الاسكندرية،٢٠٠٦م،ص٣٤٧.

٨- محمد رضا السيستاني، وسائل الإنجاب الصناعية، دراسة فقهية، ط٢، دار المؤرخ العربي، بيروت، ٢٠٠٧، ص٣١٤.

٩- د.هند الخولي، تأجير الارحام في الفقه الاسلامي، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الثالث، المجلد السابع والعشرون،٢٠١١، ص٤٣٨.

١٠- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، ط١، الجزء ٧، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٦هـ، ص ٤٩٣.

مجموعة من العقود والتصـرفات قد تشـبه عقد إجارة الرحم الى حد ما، لكن هنالك ما يميزه عند مقارنته مع هذه العقود والتصرفات وكما يأتي:

الفرع الأول: عقد إجارة الرحم وعقد البيع

إن عقد إجارة الرحم يتفق مع عقد البيع من حيث إن المرأة الحامل تلتزم بعد الولادة بتسليم المولود الى المرأة صـاحبة البويضـة،كما هو الحال في عقد البيع، حيث يلتزم البائع بتسـليم المبيع الى المشـتري حسـب المواصفات المتفق عليها وخالياً من العيوب الخفية، فهذا البيع يرد على شيء مستقبلي هو الطفل(١١).

ورغم هذا التشـــابه بين عقد إجارة الارحام والبيع إلا إن بينهما إختلافات جوهرية، فبموجب عقد البيع يلتزم البائع بإن ينقل للمشـتري ملكية شـيء أوحقاً مالياً آخر مقابل ثمن نقدي أو عوض مالي،أما الانسـان البشـري لايمكن قانوناً أن يكون محلاً لعقد بيع فهو ليس مالاً ولاشـيء،كما إن المرأة الحامل قد تكون متطوعة بالحمل دون مقابل نقدي(١٢)، بالإضـافة الى ذلك كيف تضـمن العيوب الخفية التي تكون ناتجة عن أمراض وراثية في الابوين البيولوجيين أو أحدهما(١٣).

الفرع الثاني: عقد إجارة الرحم وعقد العمل

يتفق العقدان في إن كلاً منهما ينعقد بمجرد التراضـي فينشـأ العقد بتطابق إرادتي العاقدين،كما إنهما من العقود الملزمة للجانبين، ويشـكل فيهما الزمن عنصـراً جوهرياً في التنفيذ، فالعامل في عقد العمل يلتزم بالعمل لمصـلحة رب العمل مدة معينة، وكذلك صـاحبة الرحم المسـتأجر تلتزم بتكملة رحلة الحمل المدة الطبيعية له(١٤).

أما أوجه الاختلاف فهي عدم إمكانية إســتيعاب عنصــر التبعية القانونية(١٥)، ففي عقد العمل أن يؤدي العامل العمل تحت إدارة وإشــراف صــاحب العمل،ولايمكن أن يكون ذلك في عقد إجارة الارحام،ففي فرض تحملها في بداية فترة الحمل أن توضـع تحت الرقابة والاشـراف لخضـوعها للفحوصـات الطبية المختلفة، لكن لايعقل أن تطيق المراقبة والتقيد طيلة فترة الحمل(١٦).

وكما إن عقد العمل من عقود المعاوضة أي يأخذ العامل اجراً محدداً وهو من العناصر الاساسية لعقد العمل، أما عقد الرحم المسـتأجر قد يكون معاوضـة وقد يكون تبرعاً، ويمكن للعامل أو رب العمل إنهاء

١١- د.محمد المرسي زهرة، الانجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، دراسة مقارنة، ٢٠٠٠م، ص١٧٦.

١٢- د.عطية محمد عطية سعد، المشكلات القانونية الناتجة عن التلقيح الصناعي، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة طنطا، ٢٠٠١م، ص٣٢٨.

١٣- د.هيام إسماعيل السحماوي، إيجار الرحم، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ٢٠١١، ص٤١٨، د.حسني عبد السميع إبراهيم، مصدر سابق، ص١٠٣.

١٤- د.محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، النظرية العامة للالتزامات،المصادر الارادية، ج١، مكتبة الجلاء، المنصورة، بدون سنة طبع، ص٣٤.

١٥- المادة (١- سادساً) من قانون العمل العراقي النافذ رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥، د.عدنان العابد، د. يوسف الياس، قانون العمل، المكتبة القانونية، بغداد، بدون سنة طبع، ص ٨.

١٦- د.محمد لبيب شنب، عقد المقاولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، ص١١٢.

عقد العمل قبل إنتهاء مدته بشـروط حددها القانون، إلا إن عقد الرحم المسـتأجر لاتقبل طبيعته فكرة إنهاءه قبل إنتهاء حالة الحمل وحصول الوضع.[١٧]

الفرع الثالث: عقد إجارة الرحم وعقد المقاولة

يقصـد بالمقاولة (عقد يتعهد أحد الطرفين أن يصـنع شـيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الأخر) [١٨]. أي يتعهد المقاول بعمل أو صنع شيء ويلتزم بالمحافظة على الاشياء المسلمة إليه وإلا التزم برد قيمتها،كما يحق للمتعاقد الاخر أن يفسـخ العقد حينما يثبت إهمال المقاول ويكون له الحق في تكليف مقاول اخر لإتمام العملية.

وكذلك المرأة صاحبة الرحم لا يكفي أن تلتزم بتنفيذ العمل المسند إليها وهو حمل الجنين فحسب بل يتضمن هذا الاتفاق ضمان العيوب الخفية في العمل الموكل إليها القيام به وذلك بعد تسليمه،كأن يكون الطفل مصاباً بتشوهات راجعة الى تقصيرها في العمل الموكل إليها من خلال تعاطيها لأي دواء أو خمر يؤثر على صحة الجنين،وفي المقابل يلتزم صاحب العمل(صاحب النطفة المنوية) بتسلم الطفل بعد ولادته بناءاً على الاتفاق المبرم بينهم وأن يقوم بسداد المقابل أو الأجر المادي المتفق عليه بعد إتمام العملية[١٩].

وعلى الوجه الاخر يوجد إختلاف بينهما حيث نجد إن صـاحبة الرحم لاتقوم أثناء الحمل بتصـنيع شيء،كما إنها لاتستطيع رد قيمة الجنين في أي مرحلة من مراحل تطوره في أحشائها وبالتالي لايستطيع الزوجان فسـخ العقد بعد غرز النطفة في رحمها وتكليف أمرأة أخرى بمهمة وضـع الجنين،لذا فإن أحكام عقد المقاولة وطبيعته لاتنطبق على العلاقة بين الزوجين وصاحبة الرحم.

الفرع الرابع: عقد إجارة الرحم وعقد الايجار

يقصد بالإيجار (تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة وبه يلتزم المؤجر ان يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور)[٢٠]. حيث يتضح إن عقد الايجار يشترك في بعض الخصائص مع عقد إجارة الرحم، اذ كون كل منهما عقد ملزم للجانبين، وعقد يرد على منفعة الشـيء ومن العقود الزمنية، إلا إنهما يختلفان من حيث الاداء والمحل الذي يرد عليه كلاً منهما.

فمن حيث الاداء نجد إن عقد الايجار لايكون إلا معاوضـة اذ يأخذ كل طرف في العقد مقابلاً لما يعطيه الطرف الاخر، أماعقد إجارة الرحم فقد يكون معاوضة وقد يكون تبرعاً.

وأما من حيث المحل فنجد إن محل إلتزام المؤجر هو تمكين المسـتأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة طوال فترة الإيجار، ولا يتحقق ذلك إلا إذا قام المؤجر بتسليم المستأجر هذه العين، بينما لايقتصر دور المرأة في عقد إجارة الرحم على التمكين من الانتفاع بل يقوم بدورٍ أسـاسـي في عملية التخليق، فإذا أفترض إن العين المؤجرة هي الرحم فإنه من المستحيل تسليم الرحم للإنتفاع به منفصلاً عن جسم المرأة[٢١]. وفضلاً

١٧- حسن كيره، أصول قانون العمل، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠، ص٧٢.
١٨- المادة (٨٦٤) من القانون المدني العراقي النافذ والمعدل رقم (٤٠) لسنة١٩٥١.
١٩- د.هيام السحماوي، مصدر سابق، ص٤٢٣، د.حسيني هيكل، مصدر سابق، ص٣٦٤.
٢٠- المادة (٧٢٢) من القانون المدني العراقي النافذ، المادة(٥٥٨) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة١٩٤٨.
٢١- د.حسني عبد السميع ابراهيم، مصدر سابق، ص٩٨.

عن هذا فإن عقد الايجار يرد على الاشـياء، ورحم المرأة جزء منها، ومن ثم فلا يعد شـيئاً، وبالتالي فهو خارج عن نطاق التعامل[٢٢].

الفرع الخامس: عقد إجارة الرحم والرضاع

الرضاع (عقد تتعهد بمقتضاه إمرأة بإرضاع غير ولدها بأجر أو بدونه لمدة معلومة)[٢٣].

ومن خلال هذا التعريف نجد إن هناك أوجه شبه بين عقد إجارة الرحم وعقد الرضاع،حيث إن الرحم والثدي يشـتركان في إن دور كل منهما وظيفي وهما يكملان بعضـهما البعض في نمو الطفل مع الاخذ في الاعتبار بأن ليس لأي منهما دور في عملية التخليق وإكتسـاب الموروثات، كما إن العقدين يمكن أن يكونا من عقود المعاوضـة أو عقود التبرع، وهناك حكمة إلهية وهي العلة في تحريم الله للزواج من الاخوة بالرضـاعة، فلو تمعنا النظر فيها لوجدنا إن هناك سـبباً طبياً عملياً وسـراً إلهيا ذكر في القرآن الكريم يجمعوا على إن عظام الطفل يبنى من لبن ثدي المرضـعة، فمابالك الابن بالرحم الذي يبنى لحمه وعظامه من دم أمه بالرحم[٢٤].

ورغم هذا التشـابه إلا إنهما يختلفان في بعض الفروق الجوهرية، ففي عقد إسـتئجار الارحام قيام المرأة المسـتأجرة بحمل الجنين وهي على بينة تامة بإسـتحالة الرجوع في التعاقد وتوقف التنفيذ، بخلاف المرأة المرضـعة فإمكانية الرجوع عن التعاقد واردة لإي سـبب طارئ بشـرط توفر بديل غذائي لإسـتمرار حياة الطفل، فإمكانية إنتهاء العقد دون خسـائر في عقد الرضـاعة أقل من عقد الحمل المسـتأجر، ففي عقد الرضاعة لاتوجد آلآم الولادة بالاضافة الى عدم نفور الطفل مستقبلا من وجود أم بالرضاعة، على عكس الأم بالرحم [٢٥].

كما أنَّ موضوع محل الاتفاق في المرضعة الظئر يكون على الطفل بإعتباره إنسان، أما في الرحم الظئر يكون نطفة الامشاج بإعتبارها ناتجاً من نواتج الانسان.

المبحث الثاني: موقف الشريعة الاسلامية والقانون من إجارة الرحم

لاشـك أن التعامل على جسـد الانسـان جعلت منه مادة طبيعية يمكن دراسـتها ونخص بالذكر رحم الانثى فهو حاضـنة يوضـع فيها الجنين لحين إكتمال نموه وتسـليمه الى أهله، وأهملت هذه الاسـاليب المستحدثه مشاعر الامومة ومشاعر الجنين نفسه بعد تكوينه في الرحم الغريب عنه، فقد ظهر عجز هذه الاساليب المستحدثه عندما لم تستطيع أن تصل الى غايتها، لذا نجد ان هنالك اختلافاً في وجهات النظر

٢٢- د.نصر فريد واصل، فقه المعاملات المدنية والتجارية في الشريعة الاسلامية، ط٥، المكتبة التوفيقية، القاهرة، ١٩٩٨م، ص١٣٢، د.عبد الحميد عثمان محمد، مصدر سابق، ص١١٨، د.هيام إسماعيل السحماوي، مصدرسابق، ص٤٣٧، د.محمد المرسي زهرة، مصدر سابق، ص١٧٧.

٢٣- كتاب مرشد الحيران، المادة (١٦١٠) منه.

٢٤- د.علي حسين نجيدة، التلقيح الصناعي وتغيير الجنس، بعض صور التقدم الطبي وانعكاساتها القانونية في مجال القانون المدني، ط١، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩١، ص٢٨، د.عبد السلام عبد الرحيم السكري، التلقيح الصناعي بين الحل والحرمة في كل من الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، ط١، مطبعة حمادة، مصر، ١٩٩٥، ص٢٢٤.د.عبد الحميد عثمان، مصدر سابق، ص٨١.

٢٥- د.هيام إسماعيل السحماوي، مصدر سابق، ص٤٣٠.

في الشريعة الاسلامية والقانون من مشروعية هذا العقد من عدمه، وسنوضح في هذا المبحث الموقفين معاً، وكما هو الأتي:

المطلب الأول: موقف الشريعة الاسلامية من إجارة الرحم

يؤكد بعض الاطباء والفقهاء بأن هناك العديد من المصالح المترتبة من جراء عمليات الانجاب بوسيلة إجارة الارحام الانثوية، ومع ذلك يمكن القول بأن هناك الكثير من المفاسد التي يمكن أن تترتب على عمليات إجارة الارحام ومن هذه المفاسد هي المعاناة النفسية والاجتماعية التي قد تصيب الجنين بعد أن يصبح إنساناً، وهل سيكون ولاؤه للأم البيولوجية صاحبة البويضة أم للأم بالرحم (صاحبة الرحم المستأجر) التي حملته؟[٢٦].

وتتحقق المفسدة من خلال المعاناة النفسية والاجتماعية التي قد تصيب الام صاحبة الرحم المستأجر،بالاضافة الى شعور الام البيولوجية الى إفساد معنى الأمومة، وتتحقق كذلك من خلال كشف عورة المرأة التي يراد تأجير رحمها[٢٧].

وأيضاً من خلال المساس بكرامة الانسان وذلك بإستخدام تلك الاعضاء وجعلها مادة للمتاجرة بعرض رحمها للبيع أو الهبة لانها تعتبر من عقود التمليك كالبيع[٢٨]، بالاضافة الى إنه يؤدي الى إثارة الجدل والنزاع والخلاف حول تحديد أي المرأتين صاحبة البويضة أم صاحبة الرحم تكون أماً للوليد؟، فقد أسهمت كلاً منهما في وجوده وبالتالي فقد تتمسك صاحبة البويضة بأن أصل الطفل يرجع إليها وهي مصدر صفاته الوراثية، في حين تحتج المرأة الحاضنة بأنها أحتوت الجنين في رحمها وتغذى من دمها وتحملت المتاعب من أجله، فلو أثبتنا الأمومة فرضاً لصاحبة البويضة فإن هذا وإن أزال ضرر عنها،إلا إنه يحرم صاحبة الرحم من التمتع بثمرة حملها وولادتها وعنائها، فنكون قد أزلنا الضرر بضرر آخر وهذا غير جائز، وهنا يجب أن يكون درء المفاسد أولى من جلب المصالح.

وتؤدي إجارة الارحام الى اختلاط الانساب،حيث توضع البويضة الملقحة في الرحم المستأجر في فترة التبويض، مما يحتمل تعرض صاحبة الرحم المستأجر للحمل قبل أربعة ايام قبل وبعد فترة التبويض إذا حصل إتصال جنسي مع زوجها خلال هذه الفترة وذلك يؤدي الى أحتمال الحمل بتؤم وربما كان أحدهما نتاج البويضة الملقحة وكان الثاني نتاج حمل طبيعي في الام صاحبة الرحم[٢٩].

٢٦- بلال حامد إبراهيم، موقف الشريعة الاسلامية من التصوير والاحكام المتعلقة به، دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الازهر، ٢٠٠٧، ص ١٠١.

٢٧- المهذب، القاضي عبد العزيز بن البراج الطرابلسي،الجزء١، مؤسسة النشر الاسلامي، ايران، ١٤٠٦هـ، ص٨٣، المبسوط، لشمس الدين السرخسي، ج١٠، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ١٤٠٦هـ، ص١٤٦، محمد رضا السيستاني، مصدرسابق، ص١٦٧، نيل الاوطار، للشيخ محمد بن علي ابن محمد الشوكاني، بيروت، ج٢، ص٧٠، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام،للشيخ محمد حسن النجفي، دار الكتب الاسلامية، ج٣،ص٣٥١، المجموع في شرح المهذب، للامام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي، دار الفكر، بيروت، ج٣، ص١٦٩.

٢٨- سنن النسائي، بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي، ط١، دار الفكر، بيروت، ج٣، ص٢٨٩،، مسند الامام أحمد بن حنبل، ج٣ ص١٨٩.

٢٩- د.إبراهيم بدران، تأجير الارحام مرفوض طبياً وأخلاقياً وأجتماعياً، مقال منشور بجريدة صوت الازهر،العدد الخامس والثمانون،صفر ١٤٢٢هـ، مايو٢٠٠١م، ص١١.

وربما توضع البويضة الملقحة في رحم مستأجر تكون حاملاً في أول أيام الحمل وتلد واحدا هو أبن صاحبة الرحم وزوجها وهي لاتعلم أنه ولدها، ثم تقوم بتسليمه الى صاحبة البويضة على إعتبار إنه ولدها، وتتحقق المفسدة إذا كانت هناك خطورة في إحتمال حمل الضرة في مثل هذه الحالة،فربما تحمل الضرة على اللقيحة وتضع تؤام لايعرف كل منهما أبن من،أو ربما يموت أحد التوأمين فيزداد النزاع والصراع بين الزوجين حول التَوءَم الذي على قيد الحياة[٣٠].

ولهذا نجد الفقه الاسلامي قد اختلف في مسألة إجارة الارحام، فأتجه الى ثلاثة اتجاهات ذهب الأول الى جواز إجارة الرحم، وذهب الثاني الى عدم جوازه، واما الثالث فقد فرق بين حالتين وكما يأتي:

الأتجاه الأول: وهو الاتجاه الفقهي المجيز لوسيلة إجارة الارحام[٣١]، فقد أستندوا على ماذهبوا إليه بالنص والمعقول ففي النص قال تعالى: ﴿ووصينا الانسان بوالديه احسانا حملته امه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾[٣٢].

ويرى أصحاب هذا الرأي الحكمة من إن الله جمع بين الرضاعة والحمل في آياته هو توحيد الحكم فيهما لكونهما من مصدر غذائي واحد،وإنه ليس في الحمل لحساب الغير أثر مباشر على الجنين[٣٣]، وأن جمعهما وضمهما في فترة واحدة مدتها ثلاثون شهراً ليس له تفسير إلا لتكون نصاً مباشراً لإباحة إجارة الارحام،كما يكفي لاقرار الاباحة أن لا يذكره القرآن الكريم بتحريم[٣٤].

أو الاستناد الى المعقول أو مايسمى بنظرية الضرورة في الفقه الاسلامي والتي يباح عندها المحظور، فكما الاسلام يبيح بعض الامور على خلاف الأصل كأكل الميتة عند الاشراف على الهلاك، فكذلك المرأة التي عطل رحمها أو أصيب بمرض لاتستطيع معه الحمل،فهذه ضرورة يمكن مع قيامها اللجوء الى الحمل عن طريق إجارة الرحم[٣٥].

الإتجاه الثاني: وهو الاتجاه الفقهي المنكر لوسيلة إجارة الارحام[٣٦]، اذ ذهب الى حظر تأجير الارحام، فقد استدلَّ الفقهاء من قوله تعالى ﴿والله جعل لكم من أنفسكم أزواجاً وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة...﴾[٣٧]، وقوله تعالى ﴿يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور...ويجعل من يشاء عقيماً﴾[٣٨].

٣٠- د.هيام إسماعيل السحماوي، مصدر سابق، ص١٩٣.

٣١- د.طارق عبد الله محمد أبو حوه، الانعكاسات القانونية للإنجاب الصناعي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة منصورة، ٢٠٠٥، ص٢٣٧، د.هيام إسماعيل السحماوي، مصدر سابق، ص١٥١، د.حسني عبد السميع إبراهيم، مصدرسابق، ص١٤٦، د.حسني هيكل،مصدر سابق، ص٣٨١،، د.محمد المرسي زهرة، مصدر سابق، ص١٦٣.

٣٢- سورة الاحقاف:الآية (١٥).

٣٣- د. عطا عبد العاطي السنباطي، بنوك النطف والاجنة، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م، ص٢٥٩.

٣٤- د.هيام إسماعيل السحماوي، مصدر سابق، ص١٥٣.

٣٥- د.حسني عبد السميع، مصدر سابق، ص١٤٨.

٣٦- د.أحمد نصر الجندي،النسب في الاسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر المحلة الكبرى، ٢٠٠٣، ص٢٠٩، د.هيام إسماعيل السحماوي، مصدر سابق،ص١٦٤، د.طارق عبد الله محمد أبو حوه، مصدر سابق، ص٢٥٣.

٣٧- سورة النحل: الآية (٧٢).

٣٨- سورة الشورى الآيتان (٤٩- ٥٠).

وهم يرون في هذا العمل تحدياً لإرادة الله ومشيئته، وإن الله تعالى قد قسم الارزاق بين العباد ولم ينسَ إحد، والرزق قد يكون مالاً أو ولداً أو منصبا أو صحة،....الخ، ومسألة الانجاب متروكة في النهاية للقدر الإلهي،كما إن إدخال البويضة الملقحة (النطفة الامشاج) في رحم إمرأة أجنبية عن الزوج فيه شبهة الزنا[٣٩]، والمسلم مأمور بإن يتقي الشبهات، والشريعة الاسلامية حرمت كل أمر يؤدي الى حدوث الخلاف والنزاع بين الافراد، وإن مسألة إجارة الارحام سوف تؤدي الى حدوث هذا الخلاف والنزاع بين المرأتين أيهما الأم، هل هي صاحبة البويضة الملقحة أم هي التي حملت وولدت؟،كما إن إجارة الارحام تؤدي الى إختلاط الانساب[٤٠].

أما دعوى الضرورات تبيح المحظورات فيعدوها دعوى في غير محلها لأن بإستطاعة الزوجين أن يتفرقا ويرزقهم الله الذرية بعد التفريق، وكذلك للرجل أن يتزوج على إمرأته كي ينجب من الثانية إذا تعذر الانجاب من الاولى، وهم بذلك عدوه نوعاً من الاختبار والابتلاء في هذه الحياة للإنسان.

الإتجاه الثالث: ففي هذا الاتجاه ذهب البعض الى التفريق بين ما إذا كان الرحم المستأجر لزوجة اخرى (ضرة للزوجة الاولى)، وبين ما إذا كان الرحم لزوجة أجنبية، حيث قالوا بالحُل في الصورة الاولى والحرمة في الثانية[٤١] [٤٢].

اذ أستدلوا في الصورة الاولى بالادلة نفسها التي أستدل بها أصحاب الرأي الاول القائل بالاباحة، وبالصورة الثانية بالادلة نفسها التي أستدل بها أصحاب الرأي الثاني القائل بالحرمة[٤٣].

بالاضافة الى ذلك فإن الزوجة صاحبة الرحم الحاضن (الضرة للزوجة الاولى) إذا كانت سليمة المبيض فإن الإنجاب يتحقق منها للزوج دون حاجة لبيضة زوجته معتلة الرحم،أما لو كانت صاحبة الرحم معتلة المبيض فتكون إحداهما مكملة للأخرى.

المطلب الثاني: موقف القانون من إجارة الرحم

إن الفقه القانوني قد إنقسم على اتجاهين،إتجاه يؤكد إن الحمل لحساب الغير ليس عقداً بالمعنى القانوني لكلمة عقد، وآخر يرى الطبيعة العقدية للحمل لحساب الغير وسنفصل ماسبق على النحو الآتي:

أولاً: الاتجاه الأول المنكر لوجود فكرة العقد في الحمل لحساب الغير.

يرى أنصاره بأن إجارة الرحم هو مجرد تفاهم بين الزوجين أصحاب البيضة الملقحة والام صاحبة الرحم على وضع معين، وإن هذا الوضع لايرتب أية إلتزامات على عاتق أي من طرفيه، ولعل من أهم هذه الالتزامات وضع المولود ثم تسليمه الى أهله أو تستطيع الاحتفاظ بالمولود ونسبته إليها كأم له من الناحية

٣٩- د.رشدي شحاته أبو زيد، إستئجار أرحام الزنا، مقال منشور بجريدة صوت الازهر، العدد الثمانون، محرم الحرام١٤٢٢هـ،إبريل ٢٠٠١م، ص٢٩٢.

٤٠- د.عطاعبد العاطي السنباطي، مصدر سابق، ص٢٦١.

٤١- محمد رضا السيستاني، مصدر سابق، ص٣١٥، د.حسني عبد السميع إبراهيم،مصدر سابق، ص١٦٣، د.هيام إسماعيل السحماوي،مصدر سابق، ص١٧٧.

٤٢- د.زكريا البري، الاسلام والمشكلات الطبية المعاصرة،مطبعة الطرّكي التجارية،القاهرة، ١٩٩١م، ص٤٧٧.

٤٣- د.عبد الحليم محمد منصور، الأم البديلة الرحم المستأجر بين الحظر والإباحة في الفقه الاسلامي، مجلة منار الاسلام،العدد السابع،١٤٢٢هـ،أكتوبر،٢٠٠١م، ص٣٤.

القانونية،لانه لايمكن إدانتها إذا لم تقم بتسليم هذا المولود، فضلاً عن إنه لايمكن الحكم عليها بتعويض مالي مقابل عدم تسليمها للمولود(٤٤).

ثانياً: الاتجاه الثاني المؤيد لوجود فكرة العقد في الحمل لحساب الغير.

يؤكد هذا الاتجاه بأن المرأة صاحبة الرحم المستأجر ترتبط بعقد يتم تحريره بينها وبين الاطراف المشاركة وهم في الغالب الزوجين (صاحبا البيضة الملقحة)،ويعتبر الزوجان المستأجران هما الوالدان الشرعيان لهذا المولود،فيقع عليهما عبء تحمل كافة النفقات التي يتطلبها رعاية المولود(٤٥).

ويمكن القول بإن هذه الالتزامات قد حددتها القوانين واللوائح الخاصة بمهنة الطب، اذ أن هذه الالتزامات تأخذ الطابع العقدي إذا تم تنفيذها في إطار عقد علاج طبي بعيداً عن المستشفيات العامة.

وتعد العلاقة العقدية مصدر الالتزامات التي تقع على عاتق الطبيب المتمثل في تقديم الخدمات الطبية والرعاية اللازمة لعلاج المريض وتحقيق مصلحته، ويكون ذلك مقابل إلتزام أطراف علاقة الرحم المستأجر بدفع الاتعاب المتفق عليها من قبل المريض أو من ينوب عنه وفي موضوع بحثنا غالباً مايكون الزوجان أصحاب النطف البيولوجية، وإذا إمتنع المريض عن تنفيذ إلتزامه بدفع الاتعاب كان للطبيب المطالبة بتنفيذه جبراً عنه ومقاضاته لامتناعه عن إداء ماهو مستحق في ذمته طبقاً للقواعد العامة، وإذا حدث نزاع بشأنها أو لم يتفق عليها أصلاً خضعت لتقدير المحكمة مع الاستعانة بأهل الخبرة من الاطباء مراعاة في ذلك شهرة الطبيب وماعاد على المريض من نفع وفائدة(٤٦).

ونلاحظ هنا إن مسؤولية الطبيب تظل مسؤولية تعاقدية حتى لو كانت الرعاية والعلاج الطبي قد تمت بدون مقابل من جانب المريض،أي على سبيل الود أو الصدفة(٤٧)،وعليه أن يبذل العناية اللازمة،بالإضافة الى إلتزامه بحصوله على رضاء من قبل المريض أو أهله أو أقاربه والموافقة على نتائجها والرضا بالآثار المترتبة عليها(٤٨).

وسبب ذلك يرجع الى خطورة الاعمال الطبية والتي أُحيط بها علماً من قبل متى ماكانت مشروعة وغير متعارضة مع النظام العام،ورغم هذا فإننا لانسَلم بكون رضاء أطراف علاقة الرحم المستأجر أساساً لإباحة الاعمال الطبية التي تكون على النطف البشرية وذلك لما تتسم به من خطورة،سواء كان من حيث طبيعتها أو من حيث جسامة الآثار المترتبة عليها(٤٩).

٤٤- د.حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني لحماية جسم الانسان، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠٥، ص٢٤٩.

٤٥- د.محمد المرسي زهرة،مصدرسابق،ص٢٦٧، د.حسيني هيكل،مصدرسابق، ص٣٥٥، د.هيام إسماعيل السحماوي،مصدر سابق،ص٤١٥.

٤٦- د.محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، دراسة تحليلية وتأصيلية لطبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض، دار الفكر الجامعي،القاهرة،٢٠١٥،ص٧٢،د.مجدي حسن خليل،مدى فعالية رضا المريض في العقد الطبي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون ستة طبع، ص٧.

٤٧- د.محمد حسنين منصور: المرجع السابق-ص١٤٤

٤٨- د.محمد علي عمران،الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية،القاهرة،١٩٩٥،ص٣٩١،د.علي حسين نجيدة، إلتزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، الاسكندرية، ١٩٩٥،ص٥.

٤٩- أحمد عبدالله الكندري، نقل وزراعة الاعضاء، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الاسلامي، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ١٩٩٧، ص١٥٠.

ويجب عليه الالتزام بالمحافظة على أســـرار المريض التي يطلع عليها[٥٠]، ومن المتفق عليه إن العقد لايقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه،لكنه يتناول أيضاً ماهو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام[٥١].

ورغم كون المســؤولية الطبية في الغالب مســؤولية عقدية تترتب على الاخلال بإلتزام كان نتيجة عقد طبي صــحيح ينشــأ عنه ضــرراً يلحق المريض فإن ذلك لاينفي إنعقاد المســؤولية التقصــيرية للطبيب في الحالات التي يوجد فيها عقد طبي باطل بطلاناً مطلقا،كأن يكون ســببه غير مشــروع أو مخالفاً للآداب العامة أو كإخلال الطبيب بإلتزام أصلي مصدره نص القانون،عندئذ تكون مسؤوليته تقصيرية[٥٢].

المبحث الثالث: أحكام إجارة الرحم

ان كل عقد من العقود أو تصــرف من التصــرفات القانونية وغيرها لابد في النهاية من ترتيب الأثار عليها، وعقد إجارة الرحم كغيره من العقود يرتب مجموعة من الحقوق والالتزامات على عاتق أحد طرفيه وهي صاحبة الرحم المستأجر، ومن الأثار ايضا المترتبة عليه مسألة نسب المولود، فقد حصل خلاف لدى فقهاء الشريعة الاسلامية عن إثبات نسب المولود وذهبوا الى عدة اتجاهات في ذلك، وعليه سنتطرق في هذا المبحث الى اهم الاحكام التي تترتب على إجارة الرحم وهي حقوق والتزامات المرأة صــاحبة الرحم المســتأجر، وســيكون عنوان المطلب الأول، وحالة إثبات النســب المختلف عليها بين فقهاء الشــريعة الاسلامية سواء كان من جهة الأب ام من جهة الأم، والذي سيكون عنوان المطلب الثاني وكما يأتي:

المطلب الأول: حقوق المرأة صاحبة الرحم المستأجر والتزاماتها

إن من حقوق المرأة صــاحبة الرحم المســتأجر يكون في توفير الفحوصــات الطبية اللازمة لها وتوفير العناية الطبية خلال فترة الحمل، وكذلك إستحقاقها للأجر لمدة الحمل، وأيضاً بدفع مقابل لمنفعة صاحبة الرحم المستأجر، ويكون هذا في الحالات التي يكون فيها إجارة الرحم بمقابل[٥٣].

أما بالنسـبة الى التزامات صـاحبة الرحم حيث تتمثل بالتأكد قبل القيام بعملية زرع النطف في رحمها من براءة رحمها، أي خلوه من النطف المكونة من خلال زوجها إذا كانت ذات زوج، ويتم ذلك بمعرفة الطبيب حيث يقوم بغسل الرحم وتشفط جميع البيوضات الموجودة به ومن ثم تزرع النطف في رحمها وتقوم بتسليم المولود لأصحاب النطف[٥٤].

وكذلك التزامها بالرعاية والحفاظ على الجنين والامتناع عن كل مايضــر الجنين، من خلال إدمان صاحبة الرحم المستأجر على المخدرات أو الكحوليات أو محاولتها للإنتحار أو إصابتها بفيروس جنسي

٥٠- د.عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج الطبي بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص٧٧.

٥١- د.هيام إسماعيل السحماوي، مصدر سابق، ص٤٦٦.

٥٢- د. محمد عبد الظاهر حسين،صور ممارسة المهن الحرة وأثرها على مسؤولية المهني،ط١، دار النهضة العربية،القاهرة، ٢٠٠٦، ص٤٠.

٥٣- د.ممدوح خيري هاشم السيد،الانجاب الصناعي في القانون المدني، دراسة قانونية فقهية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص٢٥٤، د.حبيبة سيف سالم،مصدر سابق،ص٣٤٤.

٥٤- تطبيق لنص المادة (٥٦٤) في التقنين المدني المصري الجديد التي جاء فيها (يلتزم المؤجر أن يسلم المستأجر العين المؤجرة وملحقاتها في حالة تصلح معها لان تفي بما أعدت له من المنفعة وفقاً لما تم عليه الاتفاق أو طبيعة العين).

نتيجة معاشرة زوجها مما يؤثر سلباً على الجنين المتخلق من نطفتهما والمغروس في رحمها[٥٥].

وكذلك إلتزامها بضمان التعرض الصادر من قبلها بعد إبرامها عقد إيجار رحمها أو التعرض الذي يحدث من أحد أتباعها كزوجها إذا جامعها بعد غرز نطف الابوين البيولوجيين في رحمها بوقت قريب،فيكون هناك احتمالان، أولهما اختلاط الانساب عن طريق تخصيب زوجته،وثانيهما احتمال إجهاض نطفهم نتيجة جماعه بها[٥٦].

فإذا لحق المستأجر(الزوجان أصحاب النطف) ضرراً عندئذ يمكنهم الخيار بين الدعوى العقدية أو الدعوى التقصيرية، فتكون عقدية نتيجة عقد الايجار المبرم بينهما كما يمكنهم رفع دعوى تعويض مباشرةً عليها إستناداً الى مسؤوليتها التقصيرية عن إخلالها بالواجب العام المفروض عليها قبل الكافة،كما يكون لهم في جميع الحالات أن يطلبوا تعويضاً عن ما أصابهم من ضرر،والاصل في تعويض المستأجر الحاصل له من المؤجر ألا يتجاوز قيمة التعويض الاجرة المتفق عليها،ومع ذلك يجوز أن يحكم بتعويض أكبر،كما يرى البعض إنه يجوز للمستأجر حتى يدفع المؤجر الى التنفيذ العيني أن يحبس الاجرة عنه الى أن يقوم بوقف تعرضه،لانه لايمكن أن يطلب فسخ عقد إجارة الرحم إلا قبل البدء بتنفيذ العقد[٥٧].

المطلب الثاني: إثبات النسب

إن أول ما يثبت للمولود من حقوق هو ثبوت النسب، فالحياة تبدأ منذ لحظة الميلاد يعقبها ثبوت النسب، ولكي ينشأ الأبناء نشأة كريمة طيبة شرع الله لهم حقوقاً مختلفة تؤدي الى إصلاحهم وأول هذه الحقوق هو ثبوت نسب كل فرد الى أبيه حتى لاتختلط الانساب ويضيع الابناء، فالخروج الى الدنيا بغير نسب ينتمي الانسان إليه أو فرع مبني على الاصل يصبح وكأن الانسان لم يكن.

ومن هنا تظهر أهمية النسب في كونها النسيج الذي يشكل الاسرة التي تتكون من وحدة الدم، وهو بذلك يعد أهم الآثار المترتبة على الانجاب، سواء أكان طبيعياً أم صناعياً بإجارة الرحم، فهو يلعب دوراً كبيراً إذ إنه الاصل الذي يتفرع عليه غيره من الاحكام مثل الميراث والحضانة والوصية وغير ذلك،وإذا إنتفى النسب إنتفيا[٥٨].

ومن هذا المنطلق سنوضح إثبات النسب لابن الرحم من جهة الأب تارة، ومن جهة الأم تارة أخرى، بتقسيم هذا المطلب على فرعين وكما يأتي:

٥٥- د.محمد المرسي زهرة،مصدر سابق،ص٣٢٩.

٥٦- د.محمود جمال الدين زكي،الوجيز في النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٧٨،ص٥٥٤.

٥٧- إذا أخل المؤجر بإلتزامه بعدم التعرض للمستأجر في إنتفاعه بالعين المؤجرة على النحو المتقدم كان للأخير وفقاً للقواعد العامة أن يطلب أما التنفيذ العيني بعدم التعرض وأما أن يطلب فسخ الايجار إذا كان هناك مايبرر ذلك أو يطلب إنقاص الاجرة أو بضمان الاستحقاق إذا أفلح المتعرض (زوج صاحبة الرحم) في تعرضه وأخفق المؤجر(صاحبة الرحم المستأجر) وتقرر المدعى به قضاءً أو رضاءً وترتب على ذلك حرمان المستأجر (الابوين البيولوجيين) بضمان الاستحقاق ومعنى هذا الضمان ثبوت الحق للمستأجر في أن يطلب تبعاً للظروف فسخ الايجار أو إنقاص الاجرة مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى. المادة(٢/٥٧٢) من القانون المدني المصري.

٥٨- مجموع فتاوي شيخ الاسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد الحنبلي، ج٣٢، ص٣٩.

الفرع الأول: إثبات النسب من جهة الاب

أختلف الفقهاء فيما يخص ثبوت النسب بالنسبة للمولود من عملية إجارة الرحم بثبوت نسبه من جهة الاب إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر زوجة ثانية لصاحب النطفة الذكرية، أو في حالة إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر متزوجة أو منفردة على ثلاث حالات وكما يأتي:

الحالة الاولى: إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر زوجة ثانية لصاحب النطف الذكرية،فهنا يقل حجم المشكلة،لانه هو الأب الشرعي للمولود قطعاً،لان النطفة المستخدمة في التلقيح هي نطفته ولانه هو صاحب الفراش الذي ولد فيه الولد[٥٩].

الحالة الثانية: إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر متزوجة،فهنا نكون امام رأيين:

الرأي الأول: إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر إمرأة ذات زوج،فإن نسب المولود يثبت لزوجها ويدعم ثبوت النسب من ناحية الزوج ولادة زوجته لذلك الطفل فتكتمل بذلك الشروط جميعاً.

الرأي الثاني: إن المولود ينسب الى زوج صاحبة البويضة التي لقحت بنطفته فتثبت له الحقوق المترتبة على ثبوت النسب،ولا ينسب الى زوج صاحبة الرحم المستأجر، لان الجنين قد يكون من بويضة إمرأة وماء رجل بينهما نكاح شرعي صحيح[٦٠].

الحالة الثالثة: إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر غير متزوجة.

يرى أحد الباحثين المعاصرين إنه إذا كانت المرأة صاحبة الرحم المستأجر غير متزوجة فإن الولد ينسب لزوج صاحبة البويضة المخصبة وتثبت له كل الحقوق المترتبة على ثبوت النسب،أما السبب في ذلك هو أحترام المائين حال الانزال والتخصيب، كذلك إن النسب يشترط فيه المشروعية أثناء إنزال المني ولا يشترط فيه المشروعية أثناء إدخاله في المرأة[٦١].

الفرع الثاني: إثبات النسب من جهة الأم

اختلفت الآراء بالنسبة الى النسب من جهة الأم، هل ينسب الى الأم صاحبة الرحم المستأجر أم الى الأم الجينية، لذلك سنقوم بعرض مدى إمكانية نسبة المولود الى المرأة صاحبة الرحم المستأجر ومدى إمكانية نسبته الى المرأة صاحبة البويضة، وكما يأتي:

أولاً: مدى إمكانية نسب المولود الى المرأة صاحبة الرحم المستأجر.

يرى أنصار هذا الرأي[٦٢]، أن الولد الناتج من عملية الرحم المستأجر سينسب الى صاحبة الرحم المستأجر لا الى صاحبة البويضة المخصبة،والأدلة التي بنى عليها أصحاب هذا الرأي الى نسبه الى الام التي حملته كونها هي التي عانت من مشاق الحمل والولادة، وإن الام في القرآن الكريم هي التي ولدت،كما في

٥٩- جمال الدين الزيلعي، الهداية شرح بداية المبتدي،الجزء الثالث، ط ١،دار الحديث، القاهرة، ١٤١٥، ص٤٣.

٦٠- د. أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته، الجز الأول، (الزواج والطلاق وأثارهما)، دار الكتب، جامعة بغداد، ١٩٩٠، ص ١٩٦- ٢٠٤.

٦١- حسام عبد الواحد كاظم، الجنين وأحكامه في الفقه الاسلامي والقانون، رسالة ماجستير، مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٤، ١٥٨.

٦٢- محمد رضا السيستاني، مصدر سابق، ص٤٢٧،، د.هيام إسماعيل السحماوي، مصدر سابق، ص٥٥٨.

قوله تعالى ﴿والله أخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمون شـــيئاً﴾[٦٣]،وقوله تعالى ﴿الذين يظاهرون منكم من نســـائهم ما هن أمهاتهم ان أمهاتهم الا اللائي ولدنهم﴾[٦٤]، وإنه متى حملت المرأة ذات زوج وولدت يكون النسب لها ولزوجها أياً كان مصدر الحمل سواء من تلقيح صناعي أو زرع جنين أو غصب أو زنا بإعتبار إن الولد للفراش[٦٥].

ثانياً: مدى إمكانية نسبة المولود الى المرأة صاحبة البويضة

أختلف الفقهاء حول هذه المسألة على ثلاثة أراء وكما يأتي:

الرأي الأول: إن المرأة صاحبة البويضة وإن لم تكن أمه شرعاً فإنها ليست أجنبية عنه بل هي بمثابة الأم من الرضاع، وذلك لان علة التحريم في الرضاع هي عملية الجزء من الكل، حيث إن هذا الوليد هو جزء لا يتجزأ من صاحبة البويضة[٦٦].

الرأي الثاني: يرى إنه لا إعتبار للعلاقة بين المولود وبين المرأة صاحبة البويضة وعملها هدر لاتترتب عليه أحكام[٦٧]، ويذهب الباحث الى إن هذا الرأي لا يجانب روح العدالة، اذ ان صاحبة البويضة حاملة للصفات الوراثية، فالفكرة ليست في تغذية الأم لان التبرع به لايثبت الحرمة.

الرأي الثالث: ذهب الى أن النسب في حالة الرحم المستأجر يثبت لصاحبة البويضة المخصبة، ومن الادلة التي أستند إليها أصحاب هذا الرأي بقولهم بأن القرآن الكريم أهتم بالعوامل البيولوجية كأساس لثبوت النسب والى هذا ذهب بجواز الحمل عن طريق الرحم المستأجر[٦٨].

حيث ذكر القرآن الكريم في أكثر من موضوع إن الاصل في الانسان النطفة وإنها أساس تكوينه وهي المسماة بالنطفة الامشاج،اذ ذكرها الله تعالى في محكم كتابه العزيز بقوله تعالى ﴿خلق الانسان من نطفة فاذا هو خصيم مبين﴾[٦٩]، وقوله تعالى﴿هو الذي خلقكم من تراب ثم من نطفة...﴾[٧٠]، وقوله تعالى ﴿إنا خلقنا الانسان من نطفة أمشاج...﴾[٧١].

فهذه الايات تدل على إن الانسان خلق من نطفة، أي بيضة ملقحةً بماء يخرج بين الصلب والترائب،وأيضاً يدل على ان الولد ينسب لصاحبة البيضة التي خصبت بماء زوجها وفقاً للحقيقة البيولوجية التي ذكرها القرآن الكريم[٧٢].

٦٣- سورة النحل:الآية (٧٨).
٦٤- سورة المجادلة:الآية(٢).
٦٥- د.محمد المرسي زهرة، مصدر سابق، ص٥٢٤.
٦٦- مجموعة قرارات الدورة السابعة للمجمع الفقهي الاسلامي، مصدر سابق، ص ١٥٠.
٦٧- د.هيام إسماعيل السحماوي، مصدر سابق، ص٥٩٤.
٦٨- محمد رضا السيستاني، مصدر سابق، ص٤٢٢.
٦٩- سورة النحل: الاية ٤.
٧٠- سورة غافر:الاية٦٧.
٧١- سورة الانسان:الاية٢.
٧٢- د.محمد المرسي زهرة، مصدر سابق، ص٥٢٢، محمد رضا السيستاني، مصدر سابق، ص٤٢٦.

الخاتمة

بعد أن تناولنا موضـــوع إجارة الرحم بين الشـــريعة والقانون، وبينا أحكامه وكل ما يتعلق بأراء الفقه الاسلامي من خلافات وأختلاف، فقد توصلنا في النهاية الى مجموعة من النتائج والتوصيات.

أولاً: النتائج

١. تطرقت في بحثي هذا الى تعريف الرحم ومن ثم تعريف اجارة الرحم، لتبين لدى القارئ الكريم مفهوم اجارة الرحم، وتوصـلنا من خلال التعريفات سـواء كانت اللغوية او الاصـطلاحية او الشـرعية بأن مفهوم إجارة الرحم هو(عقد بين طرفين احدهما الزوج وزوجته اصـحاب النطفة والطرف الأخر المرأة صـاحبة البويضـة على مدة الحمل بأن تلتزم صـاحبة البويضـة بتسـليم الطفل بعد الولادة سـالما اليهما مقابل عوض او بدونه).

٢. ميزت بين عقد إجارة الرحم وغيره من العقود والتصـرفات، وان هنالك فروقاً واضـحة بين هذا العقد وغيره على الرغم من ان هنالك مجموعة من نقاط التشابه بينه وبين هذه العقود والتصرفات.

٣. بينت موقف الشريعة الاسلامية منه، وتوصلنا بأن هناك أراء مؤيدة وبعضـها معارضـة لمثل هذا النوع من العقود، واوضـحنا فيه اصـحاب الرأي المعارض كونه يمس حياة الانسـان وكرامته، وما له من أثار نفسية تنعكس على الطفل بعد ولادته.

٤. موقف القانون من عقد إجارة الرحم، لم يبتعد كثيرا عن موقف الشـــريعة الاســـلامية من عقد إجارة الرحم، وفي نهاية المطاف أضـفى عليه الصـفة العقدية على الرغم من انه من العقود غير المسـماة وذو طبيعة خاصة.

٥. بالنسـبة للاثار المترتبة على عقد إجارة الرحم، هو اثبات النسـب، وهناك جدل واسـع من قبل الفقه والقانون، ولكن في النهاية يثبت لصاحبي النطفة والبويضة(أي الابوين البولوجيين).

ثانياً: التوصيات.

١. ان ظاهرة إجارة الرحم من الظواهر التي بدأت بالانتشـــار خصـــوصـــا بعد معاناة المرأة من الانجاب للاســـباب الطبية والبايلوجية، لذا نقترح ايجاد معالجة قانونية تشـــريعية فعالة لخدمة اهداف التطور العلمي في التكنلوجيا الحديثة بما يتلاءم مع احكام الشريعة الاسلامية.

٢. بعد ايجاد الحلول التشريعية لمثل هذه الظاهرة، يوصي الباحث بأن تنشئ مراكز متخصصة تتكون من كوادر طبية موثوق بها، وتحت اشراف ورقابة الدولة.

٣. يوصي الباحث الجهات المختصة المعالجة لعقد إجارة الرحم، ان تخلق موازنة فعالة بين اهداف التطور العلمي، وبين جنوح الانسان من هذا التطور.

المصادر

القرآن الكريم:

أولاً:المعاجم اللغوية:

١. لسان العرب، ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري، المجلد الثاني عشر، نشر أدب الحوزة، قم، ١٤٠٥هـ، مادة (رحم).

ثانياً: الكتب الفقهية.

١. المبسوط، لشمس الدين السرخسي،ج١٠، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ١٤٠٦هـ.
٢. المجموع في شرح المهذب، للامام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي، دار الفكر، بيروت، ج٣.
٣. المهذب، القاضي عبد العزيز بن البراج الطرابلسي، الجزءالأول، مؤسسة النشر الاسلامي، ايران، ١٤٠٦هـ.
٤. جمال الدين الزيلعي، الهداية شرح بداية المبتدي،الجزء الثالث، ط ١، دار الحديث، القاهرة، ١٤١٥هـ.
٥. جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، للشيخ محمد حسن النجفي، دار الكتب الاسلامية، ج٣.
٦. سنن النسائي، بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي، ط١، دار الفكر، بيروت، ج٣.
٧. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، ط١، الجزء السابع، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٦هـ.
٨. مجموع فتاوي شيخ الاسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد الحنبلي، ج٣٢.
٩. محمد رضا السيستاني، وسائل الإنجاب الصناعية، دراسة فقهية، ط٢، دار المؤرخ العربي، بيروت، ٢٠٠٧.
١٠. نيل الاوطار، للشيخ محمد بن علي ابن محمد الشوكاني، بيروت، ج٢، ص٧٠.

ثالثاً: الكتب القانونية.

١. د. أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته، الجز الأول، (الزواج والطلاق وأثارهما)، دار الكتب، جامعة بغداد، ١٩٩٠.
٢. أحمد عبدالله الكندري، نقل وزراعة الاعضاء، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الاسلامي، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ١٩٩٧.
٣. د.أحمد نصر الجندي، النسب في الاسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر المحلة الكبرى، ٢٠٠٣.
٤. حسن كيره، أصول قانون العمل، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠.
٥. د.حسني عبد السميع ابراهيم، موقف الشريعة الاسلامية من تأجير الارحام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥.

٦. د.حسيني هيكل، النظام القانوني للأنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الاسلامية، ط١، الاسكندرية، ٢٠٠٦م.
٧. د.زكريا البري، الاسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، مطبعة الطزكي التجارية، القاهرة، ١٩٩١م.
٨. د.عبد الرشـــيد مأمون، عقد العلاج الطبي بين النظرية والتطبيق، دار النهضـــة العربية، القاهرة، ١٩٨٦.
٩. د.عبد الحميد عثمان محمد، أحكام الام البديلة(الرحم الظئر)، دار النهضـــة العربية، القاهرة، ١٤١٦هـ.
١٠. د.عبد السلام عبد الرحيم السكري، التلقيح الصناعي بين الحل والحرمة في كل من الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، ط١، مطبعة حمادة، مصر، ١٩٩٥.
١١. د.عدنان العابد، د. يوسف الياس، قانون العمل، المكتبة القانونية، بغداد، بدون سنة طبع.
١٢. د. عطا عبد العاطي السـنباطي، بنوك النطف والاجنة، دراسـة مقارنة في الفقه الاسـلامي والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
١٣. د.علي حسين نجيدة، التلقيح الصناعي وتغيير الجنس، بعض صور التقدم الطبي وانعكاساتها القانونية في مجال القانون المدني، ط١، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩١.
١٤. د.علي حسين نجيدة، إلتزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، الاسكندرية، ١٩٩٥.
١٥. د.مجدي حسن خليل، مدى فعالية رضا المريض في العقد الطبي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع.
١٦. د.محسـن عبد الحميد إبراهيم البيه، النظرية العامة للالتزامات، المصـادر الارادية، ج١، مكتبة الجلاء، المنصورة، بدون سنة طبع.
١٧. د.محمد السـعيد رشـدي، عقد العلاج الطبي، دراسـة تحليلية وتأصـيلية لطبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ٢٠١٥.
١٨. د. محمد عبد الظاهر حسين،صور ممارسة المهن الحرة وأثرها على مسؤولية المهني، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
١٩. د.محمد علي عمران، الالتزام بضـــمان الســـلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضـــة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.
٢٠. د.محمد المرســـي زهرة، الانجاب الصـــناعي أحكامه القانونية وحدوده الشـــرعية، دراســـة مقارنة، ٢٠٠٠م.
٢١. د.محمد لبيب شنب، عقد المقاولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩.
٢٢. د.محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني المصـري، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٧٨.
٢٣. د.ممدوح خيري هاشم السيد، الانجاب الصناعي في القانون المدني، دراسة قانونية فقهية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.

٢٤. د.نصر فريد واصل، فقه المعاملات المدنية والتجارية في الشريعة الاسلامية، ط٥، المكتبة التوفيقية، القاهرة، ١٩٩٨م.

رابعاً: الاطاريح والرسائل الجامعية.

١. بلال حامد إبراهيم، موقف الشريعة الاسلامية من التصوير والاحكام المتعلقة به، دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الازهر، ٢٠٠٧.
٢. د.حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني لحماية جسم الانسان، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠٥.
٣. حسام عبد الواحد كاظم، الجنين وأحكامه في الفقه الاسلامي والقانون، رسالة ماجستير، مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٤.
٤. د.طارق عبد الله محمد أبو حوه، الانعكاسات القانونية للإنجاب الصناعي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة منصورة، ٢٠٠٥.
٥. د.عطية محمد عطية سعد، المشكلات القانونية الناتجة عن التلقيح الصناعي، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة طنطا، ٢٠٠١م.
٦. د.هيام إسماعيل السحماوي، إيجار الرحم، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ٢٠١١.

خامساً: المجلات والدوريات.

١. د.إبراهيم بدران، تأجير الارحام مرفوض طبياً وأخلاقياً وأجتماعياً، مقال منشور بجريدة صوت الازهر، العدد الخامس والثمانون، صفر ١٤٢٢هـ، مايو٢٠٠١م.
٢. د.حسان حتوت، أطفال الانابيب(الرحم الظئر)، الاسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، مجلة العرب العدد الحادي عشر، ١٩٨١م.
٣. د.رشدي شحاته أبو زيد، إستئجار أرحام الزنا، بحث منشور بجريدة صوت الازهر، العدد الثمانون، محرم الحرام١٤٢٢هـ، إبريل ٢٠٠١م.
٤. د.عبد الحليم محمد منصور، الأم البديلة الرحم المستأجر بين الحظر والإباحة في الفقه الاسلامي، مجلة منار الاسلام، العدد السابع، ١٤٢٢هـ، أكتوبر، ٢٠٠١م.
٥. مجلة مجمع الفقه الاسلامي، مجموعة قرارات الدورة السابعة المنعقدة في مكة المكرمة للفترة من ٦-١١ ربيع الاخر ١٤٠٤هـ، القرار الخامس، الطبعة الثانية، العدد الثاني.
٦. د.هند الخولي، تأجير الارحام في الفقه الاسلامي، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الثالث، المجلد السابع والعشرون، ٢٠١١.

سادساً: القوانين.

١. القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١.
٢. قانون العمل العراقي رقم(٣٧) لسنة ٢٠١٥.
٣. القانون المدني المصري رقم(١٣١) لسنة ١٩٤٨.