

عقد تأجير الأرحام

د. شويرب خالد

أستاذ محاضراً - جامعة الجزائر 1

د. سليمان النحوي

أستاذ محاضراً- جامعة عمارثليجي الأغواط

مقدمة

ندرك تماماً اليوم أكثر من أي وقت مضى بأن مسألة الحمل لحساب الغير أضحت مسألة معقدة متعددة الرؤى تتجاوزها التحليلات و التفاسير الفقهية و العلمية و الشرعية غير أنه وبالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني لا نجد أي محل لهاته المسألة من الإعراب فيه مع أن هذا القانون يسمح بالقيام بالأعمال لمصلحة الغير و لحسابه غير أن مسألة الإنجاب و الحمل لا يمكن تصور أن تتم إلا من طرف المعنية بالمسألة شخصياً وليس غيرها فالزوجة هي التي تقوم بالحمل والإنجاب وعليها ألا تمكن غيرها (إمرأة أخرى) القيام بهذا الأمر نيابة عنها.

بداية لابد وأن أشير أنه من الناحية العلمية والطبية فإن هذا النوع من العمليات يتم بكل بساطة وسلاسة متمثلاً في عملية زرع لبويضة ملقحة تؤخذ من الزوجة وتزرع في رحم امرأة أخرى تسمى المرأة المتطوعة بالحمل أو المؤجرة للحمل أو المرأة الظئر.

غير أن المسألة من الناحية القانونية ذات أبعاد متعددة فمن جهة نتساءل هل هذا الوضع يعد في مفهوم القانون تعاقدًا و من جهة أخرى وعلى فرض وجود هذا العقد ما نوعه؟

يرى الكثير من الفقهاء والباحثين بأنه لا يوجد أي عقد في هذه الحالة والأمر لا يعدو أن يكون مجرد تبرع بالحمل وهو تفاهم غير ملزم للجانبين ولا يرتب أي التزامات على عاتق أطراف العلاقة.

غير أن القول بعدم وجود هذا العقد يتنافى من جهة مع الآثار الناجمة عن هاته العملية سواء كانت آثارا حسنة مبتغاة أم آثارا سيئة ومن جهة أخرى يتنافى مع الطبيعة الرضائية لعقد الزواج والذي هو الأصل في مثل هاته الحالات ناهيك أن تطابق الإرادات يشكل في حد ذاته نوعا من التعاقد بحسب نص المادة 59 من القانون المدني الجزائري¹ التي جاء نصها « يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما دون الإخلال بالنصوص القانونية ».

والحقيقة أن معنى التعبير عن الإرادة في مفهوم هذا النص واسع الدلالة غير أن المشرع حاول توضيح ذلك بنص المادة 60 من نفس القانون التي ورد فيها « التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.... ».

و الواضح لنا من هذا النص أن وسائل التعبير عن الإرادة غير محددة في التشريع الجزائري وبالرجوع إلى مسألة الحمل لحساب الغير فإن المقصود بالنسبة للزوجة و للمرأة المتبرعة بالحمل واضح بما لا يدع أي مجال للشك حول نية الزوجة و ما تبتغيه المرأة المتطوعة بالحمل لحساب غيرها أثناء التعاقد أما ما يتم و ما يحدث من آثار فيما بعد كإنكار النسب و عدم تسليم الطفل بعد ولادته و غيرها من الآثار فهي لا تعدو أن تكون إخلالا بالالتزامات التعاقدية في مفهوم نصوص القانون المدني الجزائري.

كما أن القول بعدم وجود تعاقد هو تشجيع على عدم الوفاء بالالتزامات والتي هي في الحمل لحساب الغير واضحة المعالم ولا تحتاج إلى إثبات ،ضف إلى ذلك أن الإخلال بالوفاء بالالتزامات أمر قد يقع حتى مع وجود العقد خاصة إذا تؤكد من أن هذا التعاقد بهذا الشكل باطل بطلانا مطلقا ولهذا فإن غالبية الفقهاء يرون بأن المرأة المتطوعة

1 القانون المدني الجزائري رقم 10.05 لسنة 2007

بالحمل لحساب الغير مرتبطة مع المرأة التي سلمتها بويضتها لتحمل بها برباط العقد¹ ومع ذلك فإن الإشكال يبقى مطروحا بخصوص طبيعة هذا العقد ومدى صحته و موقف كل من التشريع والقضاء منه؟

للإجابة على هذا الإشكال اتبعنا الخطة التالية:

المبحث الأول: تأجير الأرحام وموقف الفقه

المبحث الثاني: طبيعة العقد في تأجير الأرحام

المبحث الثالث: صحة عقد تأجير الأرحام

المبحث الأول: تأجير الأرحام وموقف الفقه

وسوف نتناول من خلال هذا المبحث، تعريف تأجير الأرحام ومبرراته في (مطلب أول) وموقف الفقه منه في (مطلب ثاني) بالشكل التالي:

المطلب الأول: تعريف تأجير الأرحام ومبرراته

قبل الخوض في موقف الفقه من مسألة تأجير الأرحام كان من الضروري أن نحاول إيجاد تعريف للحمل لحساب الغير أو فكرة تأجير الأرحام ولكن وقبل سرد ما جاء من تعاريف وخاصة في ظل اختلاف المصطلحات فهناك من يسميها المجال لحساب الغير وهناك من يسميها تأجير الأرحام أو الأم الظئر أو الرحم المستأجر أو الأم البديلة، أو الأم الحاملة²، فإنه علينا أن نرجع إلى الوراء قليلا لإعطاء نبذة عن كيفية ظهور هاته الفكرة فهي أول ما بدأت وجدت كطريقة يسميها الأطباء البيطريون في صور بسيطة تنقلت غالبا من استخلاص بويضات ملقحة في حيوانات ثديية خاصة الأغنام والأبقار لأجل تحسين السلالة بوضعها في أرحام حيوانات ثديية أخرى لا تتوافر على بويضات مخصصة جيدة وبذلك تحمل هاته الأخيرة مواليد ليسوا من إنتاجها.

1 د. محمد المرسي زهرة: الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية - دراسة مقارنة- الكويت 1992، 1993، ص 175.

2 د. حبيبة سيف سالم راشد الشامي: «النظام القانوني لحماية جسم الإنسان»، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة 2005، ص 340 وما يليها.

كما أن هاته الطريقة كانت تستعمل قديما حتى لدى البشر ولو بشكل تقليدي خاصة بعد تفاقم فكرة العقم لدى النساء المتزوجات، ممّن يعانون مشاكل خلقية أو مشاكل طبية تمنعهم من الحمل، وأحسن مثال على ذلك هو واقعة حمل الابنة «جيو فاننا كابريللي» مكان أمها في ثمانينيات القرن الماضي، حيث قامت بحمل بويضة ملقحة لأمها التي كانت تعاني من مشاكل طبية وبالفعل أنجبت «جيو فاننا» ولدا سليما معافى، ومن ذلك الوقت انتشرت المؤسسات والوكالات الخاصة بالإنجاب والحمل حيث أنشئ أول مركز لتأجير الأرحام في ولاية فرانكفورت بألمانيا.

وكانت أهم الدواعي التي لجأ إليها لتبرير اللجوء لهاته التقنية هي:

1 - دواعي العلاج و التداوي : حيث أن التلقيح عبارة عن تداوي وتطبيب فإنه يلجأ إليها في حالة الإصابة بتشوهات في الرحم أو بأمراض تمنع الحمل على وجه التأييد¹.

2 - دواعي حماية الصحة: حيث أن الكثير من الأزواج يحذرون زوجاتهم من خطورة الحمل.

3 - دواعي المحافظة على الجمال: حيث أن الكثير من الزوجات يرون بأن الحمل يذهب بنظارة الوجه لتصبح المرأة الحامل قبيحة المنظر فيلجأن إلى الاستعانة بامرأة أخرى تحمل بدلا عنهن.

4 - دواعي اقتصادية واجتماعية: حيث أن هناك الكثير من النساء العاملات ممن يخشّين الطرد من الوظيفة أثناء فترة الحمل خاصة إذا كنّ عاملات في القطاع الخاص.

هذا بالإضافة إلى الكثير من الدواعي الكثيرة الأخرى ولهذا نجد بأن الفقه لم يتوانى في معالجة هاته المسألة حيث حاول الكثير من الفقهاء إيجاد تعريفات دقيقة لمسألة تأجير الأرحام وكان أهم تعريف لتأجير الأرحام أنه «هو موافقة امرأة على حمل بويضة ملقحة ليست لها أصلا وذلك لحساب امرأة أخرى وتسليم المولود لها بعد ولادته²».

1- د. حسني محمود عبد الدايم: عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، 2006، ص 73.

2 - د. عارف علي عارف: «الأم البديلة أو الرحم المستأجر؛ رؤية إسلامية»، مجلة إسلامية المعرفة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، العدد 19، سنة 1999، ص 86.

وهناك جانب من الفقه حاول إيجاد تعريف من خلال الاعتماد على الغرض الذي تبتيغيه المرأة المتطوعة بالحمل لحساب الغير، ولهذا يرى البعض بأنه لا ينبغي أن يقتصر دور المرأة الحامل لحساب غيرها على حمل البويضة والمحافظة عليها والإقلاع عن كل ما يضر بالجنين كالتدخين و الكحول وغيرها ووضع الحمل وإرجاعه إلى أمه صاحبة البويضة أصلاً..

كما يمكن أن نطلقه على المرأة التي قامت بإرضاع الجنين بعد ولادته، دون أن تكون هذه المرأة صاحبة للبويضة التي أنتجته أو حتى قامت بحمله في رحمها.

ولهذا نجد بأن الفقهاء يفرقون دوماً بين مصطلحي (الأم والوالدة) فإذا رجعنا إلى التعاريف اللغوية نجد بأن الأم لغة هي الأم والوالدة وجمعها أمات وأمهات.

أما والدة لغة فهي وضع والدة ولدها وجمعها والدات وجاء في التوقيف على مهمات التعاريف الوالد في الولادة.¹

والوالدة اصطلاحاً وهي المرأة التي حملت البويضة حتى مرت بكل أطوار تخليقها حتى أصبحت جنيناً وقامت بولادته ووضعته طفلاً.²

أما الأم وبحسب التعاريف الاصطلاحية لها هي المرأة التي كان لها دور في تخليق الجنين، سواء كانت صاحبة البويضة أو عن طريق الحمل أو الرضاعة.

وباعتماد هذا التعريف نجد بأن مصطلح الأمومة واسع الدلالة بحيث يمكن أن نطلقه على امرأة قدمت بويضتها الملقحة لامرأة أخرى نظراً لعدم قدرتها هي على الحمل والإنجاب، وهذه المرأة اتفق الفقهاء على تسميتها بـ (الأم البيولوجية).

كما يمكن أن نطلقه على امرأة استقلت بويضة ملقحة ليست لها ولامرأة أخرى في رحمها حتى انتهاء فترة الحمل والوضع وهذه أيضاً اتفق الفقهاء على تسميتها بـ (الأم البديلة)³.

1 - د. حبيبة سيف سالم راشد: المرجع السابق، ص 342 وما يليها.

2 أنظر: J.-L. Bandouin et Rioux : opcit, p107 -

3 - د. عبد الحميد عثمان محمد: أحكام الأم البديلة بين الشريعة الإسلامية والقانون - دراسة

وإذا كان لفظ الوالدة لا ينصرف سوى للمرأة التي حملت الجنين في بطنها ووضعتة طفلا دون غيرها. فإن لفظ الأم يشمل صاحبة البويضة والأم الحاملة لها والتي ولدت الجنين والأم التي سترضعه بعد ولادته أيضا.¹ وبهذا يمكن تعريف الأم البديلة بأنها: هي المرأة التي ساهمت في تخليق الجنين أو حملته أو أرضعته، وبذلك يندرج تحت هذا التعريف الأم البيولوجية المشاركة بالبويضة دون الرحم، والأم البديلة المشاركة بالرحم دون البويضة، والأم المرضعة المساهمة بإرضاع الثدي دون البويضة والرحم وقد تكون الزوجة هي الأم البيولوجية وتستخرج منها البويضة بعد إخصابها بنطفة الزوج ويتم إدخالها إلى رحم الأم البديلة، وقد ثار خلاف بشأن هذا الإجراء الذي يحقق بشأن الشرط الأساسي في الإباحة وهو أن يكون الإخصاب بخلايا جنسية للزوجين وسبب الخلاف هو تدخل طرف ثالث وهو الأم البديلة.²

ذلك أن مسألة تأجير الأرحام لا تكون مشروعة إذا كان الزوج لا تربطه أي علاقة بالأم البديلة (علاقة زواج) أما إذا كانت الأم البديلة زوجة للزوج فينتفي عدم المشروعية عند البعض .

ورغم كل ما قلناه سابقا إلا أن الفقه يكاد يجمع على أن الصورة الوحيدة التي يمكن إجازتها هي التي تكون فيها الزوجة قادرة فعلا على إنتاج بويضات قابلة للتلقيح وصالحة أن تنتج أجنة، غير أنها لا تستطيع الحمل بها نظرا لعيوب في رحمها وهي غالبا ما تكون عيوباً خلقية لا يمكن معالجتها.³

تحليلية- دار النهضة العربية، 1416 هـ، كلية الحقوق، جامعة طنطا، ص 45 وما يليها.

1- أ.د. محمد المرسي زهرة: مرجع سابق، ص 245.

2 - DIETER Gigen , opcit. p 101.

3- أنظر في تفصيل أكثر. د. حسيني هيكل: مرجع سابق، ص 350 وما يليها.

المطلب الثاني: موقف الفقه من فكرة تأجير الأرحام

انقسم الفقه بخصوص مسألة تأجير الأرحام ما بين مؤيدين لها ومعارضين وهو ما نتناوله بالشكل التالي:

الفرع الأول: رأي المؤيدين

يعتمد المؤيدون للمسألة تأجير الأرحام على الحجج التالية:

- 1 - الحرص على حق المرأة العقيم على تحقيق رغبتها في الإنجاب.
- 2 - يؤيد دعاة الحرية الفردية مسألة تأجير الأرحام ويرون بأن ذلك الفعل يدخل في إطار ممارسة الحقوق الفردية التي يجب أن تضاف إليها الحماية القانونية؛
- 3 - يرى الكثير من الفقهاء الفرنسيين أنه يصعب إدانة هذا النظام في عمومته لأن ذلك قد يؤدي إلى تفشي ظاهرة العلاقات الحرة الغير شرعية.
- 4 - أنه يجب أن ينظر إلى مسألة تأجير الأرحام في جوانبها الايجابية وفي ذلك أنها الحل الأمثل لمشكلة العقم وبالتالي هي تساعد على الالتحام الأسري وتحافظ على التناسق الاجتماعي.
- 5 - إن عملية التلقيح تفترض إعادة زرع البويضة الملقحة أو النطفة الأمشاج، لأنه قد يتعذر أحيانا إعادة زرعها في رحم المرأة صاحبتها مما يقتضي زرعها في رحم امرأة أخرى عن طريق ما يسمى بالرحم المستأجرة أو الأم البديلة. ذلك أن الإخصاب في الأنبوب ونقل الجنين ينطوي عادة على قتل كائنات بشرية وهو نوع من الإجهاض ولهذا فإن الأم البديلة تعتبر وبحق كحل لهذه المشكلة الناتجة عن عدم القدرة على إرجاع البويضة المخصبة إلى الرحم المستخلصة منه.

وقد أخذ بفكرة إباحة مسألة تأجير الأرحام الكثير من الفقهاء الفرنسيين والانجليز الذين بدورهم تأثروا بالفقه الأمريكي في هذا المجال ذلك أن الولايات المتحدة الأمريكية وحتى يومنا هذا تكون قد قطعت أشواطا كبيرة جدا في مجال تطوير تقنيات التلقيح

الاصطناعي وخاصة تقنيات تأجير الأرحام حيث قامت الولايات المتحدة الأمريكية بإنشاء العديد من المراكز الطبية المتخصصة في إجراء عمليات التلقيح الصناعي¹.

الفرع الثاني: رأي المعارضين

يعتمد المعارضون لفكرة تأجير الأرحام على الحجج التالية:

1 - يذهب دعاة هذا الرأي إلى أن فعل تأجير الأرحام يعد عملا مجرما وغير مشروع و مناقضا لفكرة الأمومة وما تحمله من معاني القرب و المودة و الاحتضان و أيضا لا يمكن أن يخلو معنى الأمومة من فكرة الحمل والوضع والإرضاع والرعاية والتعليم.. و لهذا وفي ظل المفهوم التقليدي للأمومة فإن فكرة تخلي الأم عن طفلها لامرأة أخرى تبدو فكرة منبوذة تماما و هو تصرف يحمل في طياته كل معاني القسوة واللامبالاة وانعدام المسؤولية.

2 - بالإضافة إلى أن تأجير الأرحام يؤدي إلى قطع العلاقة بين الطفل وأمه الحقيقية عمدا لتصبح مؤجرة الحمل وكأنها مجرد موظفة مؤقتة للإنجاب².

3 - ووهناك من يرى بأن تأجير الأرحام يقترب من كونه يمثل جريمة دعارة مجاهرا بها خاصة لما تقوم هاته المستعارة بإجارة رحمها مقابل مبلغ من المال مع تسخير جسدها لهذا الغرض. وفي هذا ما فيه من الانتهاكات للكرامة الإنسانية ولحقوق الزواج إذا كانت الأم المستعارة متزوجة، وينطبق هذا الكلام تماما إذا كانت الأم المستعارة عازبا حينما تقوم بإعادة المولود إلى والديه بعد الوضع، وكأن العملية ضرب من ضروب التجارة وهي ليست كذلك³.

1- د. رضا عبد المجيد: المرجع السابق، ص 140. أنظر أيضا. أ.د. أميرة عدلي حسين خالد: المرجع السابق، ص 84.

2- د. عطية محمد عطية: المشكلات القانونية الناتجة عن التلقيح الصناعي، رسالة دكتوراه، مقدمة لكلية الحقوق جامعة طنطا، عام 2001، ص 351.

3- د. أميرة عدلي حسين خالد: المرجع السابق، ص 86. أنظر أيضا. د. تشوار حميدو زكية: المرجع السابق، ص 46 وما يلها.

4 - كما أن هناك من يرى بأنه حتى ولو سلمنا بإباحتها فإن ذلك لا يخلو من مخاطر اختلاط الأنساب، ولا ريب حتى ولو أخذت كل مقتضيات الحيطة والحذر، هذا بالإضافة للكثير من الإشكالات على المستوى القانوني أيضا خاصة ما يتعلق منها بالنسب والنفقة والميراث والرعاية، لأن الواقع أثبت أنه في الكثير من الحالات تحاول الأم البديلة الإبقاء على مولودها على أساس أنه ابنها أو تهرب به خارج الوطن وغير ذلك من التصرفات¹.

5 - والأهم من كل هذا وذلك هو أن العلم قد تجاوز هاته الإشكالية بوسيلة أخرى تحل كل هاته المشاكل حيث أطل علينا العلم مرة أخرى ليبرنا بابتكار وسيلة الرحم الصناعي (خزانات الجنين والحمل) وعن طريق هذه التقنية يتم توفير نفس المناخ والظروف التي يوفرها الرحم الطبيعي لنمو الجنين، وبهذا يتغلب العلم على كل الآراء المعارضة لهاته التقنية فلا يكون هناك أي تنازع بحيث تبقى الأم صاحبة البويضة هي الأم الأصلية دائما والأب هو نفسه وكذلك لا يستطيعا التملص من التزاماتهما اتجاه جنينهما².

وبرغم ذلك ما زال الفقه في حيرة من أمره بين إباحة هاته التقنية أو رفضها، وفي ذلك يقول أ.د/ تشوار جيلالي: « من الملاحظ أن إنابة الأمومة يمكن أن تعد سبيلا ناجعا ليس بالنسبة للزوجين فحسب، بل حتى بالنسبة لغير الزوجين.... لكن يلاحظ أيضا أن المشاكل المنبثقة عن هذه التقنية عديدة ومتنوعة في الميدان القانوني..³.. ولكن الواضح بالنسبة لنا أننا نرى عدم إباحتها عموما ولكننا ندعو العلماء إلى استكمال تقنية الرحم الاصطناعي الذي يوفر نفس الظروف التي يوفرها الرحم الطبيعي وفي هذه الحالة يمكن إباحة هاته التقنية ولو أن الأمر هنا أيضا لا يخلو من العيوب ويأتي على رأسها أن هاته التقنية تعطيل لوظيفة الأمومة المتمثلة في الحمل والولادة، غير أنه لا مانع من

1- راجع بتفصيل أكثر: «أعمال ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام»، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت 22/05/1983.

2- أ. فرج صالح الهريش: المرجع السابق، ص 214.

3- أ.د. تشوار جيلالي: «الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية»، المرجع السابق ص 110.

للجوء إلى الرحم الصناعي عند الضرورة، كعدم قدرة الأم على الحمل نظرا لضيق الرحم مثلا، ونرى أن تقدم هاته التقنية فيه منافع كثيرة جدا للبشرية قاطبة.

المبحث الثاني: طبيعة العقد في الحمل لحساب الغير

بعد أن أثبتنا أن هناك عقدا في الحمل لحساب الغير أو على الأقل اتفاقا على الحمل فإنه لا بد لنا أن نبين ماهية هذا الاتفاق أو العقد وأي نوع هو من العقود فهناك من يرى بأنه عقد بيع وهو ما نتكلم عنه في (المطلب الأول) وهناك من يرى بأنه عقد إيجار وهو ما نسرده في (المطلب الثاني) وهناك من يعتقد بأنه عقد وكالة وهو ما نتطرق له في (المطلب الثالث) وهناك من يقول بأنه عقد ودیعة بحسب ما سنراه في (المطلب الرابع) وغير ذلك من العقود.... فما طبيعة هذا العقد إذا؟

المطلب الأول: تأجير الأرحام وعقد البيع

عقد البيع مثلما يعرفه المشرع الجزائري وطبقا لنص المادة 351 من القانون المدني الجزائري « البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي».

وبإسقاط هذا النص على الوضع في الحمل لحساب الغير نجد بأن المرأة المتطوعة بالحمل تلتزم بعد الولادة بتسليم المولود إلى المرأة صاحبة البويضة (الأم البيولوجية) وكأن الأمر يتعلق بتسليم الشيء المبيع في عقد البيع إلى المشتري مع الفارق طبعا: ذلك أن تسليم المولود ليس اتفاقا على تسليم ما هو موجود وإنما على ما سيرد في المستقبل وهو ما يتعارض مع نص المادة 352 من القانون المدني¹ التي تفترض العلم المسبق بالمبيع وهو ما لا يمكن تصوره بالنسبة للحمل كما أن طول مدة التسليم في عقد البيع قد تنفي فكرة العلم بالشيء المبيع² ولذلك نجد المشرع قد حاول معالجة هذا الوضع من خلال

1 تنص المادة 352 ق.م « يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه... ».

2 تنص المادة 364 ق.م « يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع ».

تحميل البائع تبعة ما نقص من الشيء المبيع¹ غير أن كل هذا لا يمكن أن نتصوره في مسألة تأجير الأرحام فلو افترضنا أن المولود ولد وبه عاهة ما، هل هذا يعد إخلالا بالتزام تعاقدى بين الأم البيولوجية والأم بالوكالة؟

تجدد الإشارة أن نص المادة 92 من القانون المدني تنص أنه «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا».

ولهذا نعتبر أن المشرع الجزائري يجيز التعامل في الأشياء المستقبلية غير أنه يشترط أن تكون محققة الوجود إلا أن هذا القيد على الأشياء المستقبلية غير صحيح لأنه يسمح في بعض العقود أن تكون احتمالية أي يتوافر فيها الاحتمالين معا الوجود أو عدم الوجود وهو ما يسمى بعقود الغرر كعقد التأمين مثلا أو عقد الرهان².

كما أنه بالرجوع إلى نص المادة 351 الأنفة الذكر البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي.

غير أن محل الاتفاق في الحمل لحساب الغير لا هو بشيء ولا هو بحق مالي بل هو إنسان والمعلوم أن الإنسان له كرامة وحرمة حيا وميتا وبالتالي فإن معاملته معاملة الأشياء يعد امتحانا لكرامة البشر.

ونحن في هذا لا نذهب مع من يرى بأنه يمكن معاملة الأجنة البشرية معاملة الأشياء بل نعتبر بأن حرمة الإنسان محققة من لحظة التلقيح وهي لحظة التقاء الحويمن الذكري ببويضة الأنثى وخاصة إذا كان هذا التلقيح تلقيحا خارجيا.

ضف إلى ذلك كله أن تأجير الأرحام في أغلب حالاته هو تدخل لأجل التكافل الاجتماعي لأن الداعي الأكثر تأثيرا في المرأة المتبرعة لأجل الحمل هو دافع إنساني محض بغض النظر عن أنه تم بمقابل نقدي أم لا. لأن المقابل النقدي مهما بلغت قيمته فهو

1 تنص المادة 365 ق.م «إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولا عن ما نقص منه بحسب ما يقضي به العرف...»

2 راجع في ذلك، أ.د. علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، ط5، سنة 2003، الجزائر، ص 16 وما يليها.

لا يساوي شيئا أمام تحقق ما تبتغيه المرأة صاحبة البويضة وهو حصولها على الولد و لهذا فإن أغلب حالات تأجير الأرحام تتم دون مقابل وهو ما ينافي ضرورة وجود المقابل المالي في عقود البيع¹.

وأخير فإن عقد تأجير الأرحام إذا صح هذا القول يرد على شيء هو في الأصل ملك لمن يطلبه حيث أن المرأة البيولوجية هي صاحبة البويضة التي جاء منها هذا المولود و إن ولدت امرأة أخرى غيرها في حين أن المشتري في عقد البيع يتعاقد لأجل شراء شيء يملكه غيره.

ولهذا نخلص إلى أن هذا الاتفاق لا يمت بأي صلة لعقد البيع لا من قريب ولا من بعيد.

المطلب الثاني: تأجير الأرحام وعقد الإيجار

عقد الإيجار طبقا لنص المادة 467 من القانون المدني هو « عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الإنتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم...».

وهنا هناك من يرى بأن تأجير الأرحام ينطبق مع عقد الإيجار من زاويتين :

الأولى: وهي تمكين المؤجرة لرحمها (المرأة المتطوعة بالحمل) المرأة صاحبة البويضة لرحمها لمدة زمنية محددة وهي مدة الحمل وهذا التمكين يتمثل في انتفاع صاحبة البويضة من رحمها واستخدامه كوعاء لحفظ الحمل.

الثانية: أن مدة الحمل تكاد تكون أكثر تحديدا عما لو اتفقا على مدة هذا الانتفاع فهي معروفة بداهة (تسعة أشهر).

وحتى بالنسبة إلى بدل الإيجار فليس هناك ما يمنع من تحديده سواء اتفق على أن يكون بدل الإيجار نقدا أو القيام بعمل لمصلحة المرأة المؤجرة.

1 د. محمد المرسي زهرة: المرجع السابق، ص 176.

غير أننا نعتقد بأن هاته المقاربة غير دقيقة لا من حيث محل التعاقد ولا من حيث سببه ولا حتى من حيث النتائج المترتبة عنه؛

فمن حيث المحل لا يجوز أن يكون جسم الإنسان واقعا تحت تصرف الغير ليفعل به ما يشاء كما أن سلطة الإنسان على جسمه ليست مطلقة لتعلقه بحق المجتمع أيضا ..

ضف إلى ذلك أن عقد الإيجار مثله مثل عقد البيع لا يرد إلا على الأشياء فقد بينما الحمل لحساب الغير محله كائن بشري (جنين) و حتى لو فرضنا أنه من الأشياء فإن التعامل و التصرفات الواردة عليه تعتبر باطلة بطلانا مطلقا لتعارضها مع فكرة النظام العام والآداب العامة.

أما عن السبب فهو أيضا غير مشروع بحسب ما سنرى لأنه يمكن الاستعاضة عنه بما لا يشكل عدوانا على غيره من وسائل التلقيح الاصطناعي الأخرى في حين أن السبب في عقد الإيجار جدي ولأغراض مشروعة ومحددة.

وأما عن النتائج فهي تختلف في عقد تأجير الأرحام عنها في عقد الإيجار لأنه حتى و لو اعتبرنا أنه يجوز تصرف المرأة المتطوعة بالحمل لحساب غيرها على هذا النحو فإن ذلك لا يمكنه أن يفسر لنا الآثار الناجمة عن هذا التعاقد فيما بعد فلو فرضنا أن عملية الولادة قد تمت فعلا فإننا لا نتصور أن عقد الإيجار قادر على إجبار المرأة المتطوعة بالحمل التنازل عن مولودها وإرجاعه إلى الأم البيولوجية صاحبة البويضة و التنازل عن نسبه لها أيضا وبذلك لا نجد أية علاقة لعقد تأجير الأرحام بعقد الإيجار¹.

*موقف الشريعة الإسلامية من عقد تأجير الأرحام:

الواضح في الشريعة الإسلامية أن عقد إجارة الأرحام هو عقد بين طرفين يلتزم فيه أحدهما بتقديم الأجرة على أن يلتزم فيه الآخر بتقديم الولد.

1 د. محمد المرسي زهرة: المرجع السابق، ص 187.

ويرى اغلب فقهاء الشريعة الإسلامية بطلان هذا العقد لأن الحمل لحظة انعقاد العقد لم يكن موجودا ولا معلوما والوجود والتعيين هما أساس قيام هذا العقد في أحكام الشريعة وفي ذلك ما فيه من الغرر.

ولقد استدلو على بطلان هذا التعاقد من حديث المصطفى صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا بيع للإنسان فيما لا يملك »¹.

ويستشف من الحديث أن الإنسان لا يحق له بيع ما لا يملك وعقد الإجارة هو من عقود بيع المنافع وبالإسقاط على واقع الحال فالمرأة المؤجرة لرحمها ليس لها إطلاقا تمكين الآخرين من منافع رحمها ولوبأجر لأنه لا يمكنها تسخير تلك المنافع إلا لأبنائها من زوجها.

ضف إلى ذلك أنه حتى مع تسخيرها لتلك المنافع فإنها لا تملك تحقيق النتائج المرجوة فالحمل أمر غير مؤكد الوقوع فيكون العقد غررا والغرر منهي عنه شرعا في البيع والإجارة².

وبمقارنة عقد الإيجار من حيث خصائصه مع عقد إجارة الأرحام يبدو أنهما يشتركان في بعض الخصائص ويختلفان في بعضها:

أوجه الاشتراك:

أولا: من حيث كون كل منهما عقد ملزم لجانبين:

فكلاهما عقد تبادلي يترتب التزامات متبادلة على عاتق المؤجر والمستأجر؛ ففي عقد الإيجار المؤجر يقدم المنافع والمستأجر يقدم بدل الإيجار وفي عقد إجارة الأرحام المؤجر يقدم الولد والمستأجر يقدم الثمن.

1 المهذب ومعه المجموع، الطبعة المنيرية بالقاهرة (256-9 وما بعدها).

2 د. حسني عبد السميع ابراهيم: موقف الشريعة الإسلامية من تأجير الأرحام، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص 98 وما يليها.

ثانيا: من حيث كون كلا منهما عقد محله المنفعة:

حيث أن العقد في الوضعين لا يرد على الملكية وإنما العقد يرد على تملك منفعة الشيء.

ثالثا: من حيث كل منهما عقد على التأقيت:

حيث أن عقد الإيجار في الوضعين محدد المدة فإذا كان عقد الإيجار قد يطول أو يقصر فهو في عقد تأجير الأرحام محدد المدة بمدة الحمل والوضع¹.

ولهذا فإن الالتزامات في العقدين مطلوب تنفيذها في وقت معلوم وكل هذا بطبيعة الحال بغض النظر عن قيمة بدل الإيجار والتي تؤثر في عقد الإيجار باستمراره أو انقضائه وهي غير مؤثرة في عقد تأجير الأرحام لأنه ينقضي بانقضاء الحمل لأي سبب من الأسباب وبانتهاء مدة الحمل ووضع المولود.

أوجه الاختلاف: فهما يختلفان في الآتي:

أولاً: من حيث المقابل (بدل الإيجار)

فالمعلوم أن عقد الإيجار يكون بمقابل نقدي فهو عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم².

أما عقد تأجير الأرحام فقد يكون بأجر أو بدون أجر كأن يكون تطوعاً خاصة إذا كان في إطار العلاقة الزوجية أو في إطار العلاقة العائلية.

ثانياً: من حيث المحل:

المعلوم أنه في عقد الإيجار محل الالتزام بالنسبة للمؤجر هو تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة طيلة مدة الإيجار:

1 الكسائي: بدائع الصنائع، الجزء الرابع، ط العام 1386، ص 179. الزيلعي: تبين الحقائق، الجزء الخامس، ط العام 1396، ص 105. أنظر أيضاً، د. حسني إبراهيم: المرجع السابق، ص 100 وما يليها.

2 طبقاً لنص المادة 467 ق.م فإنه يجوز أن يحدد بدل الإيجار نقداً أو بتقديم عمل آخر.

بينما الأمر يختلف كلياً في عقد تأجير الأرحام ذلك أنه لا يجوز كقاعدة عامة تسخير جسم المرأة المتطوعة أو المتبرعة بالحمل لحساب امرأة أخرى وزوج آخر غير زوجها¹.
وبالنسبة ففقد تأجير الأرحام يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً لعدم مشروعية المحل.

المطلب الثالث: تأجير الأرحام وعقد الوكالة

ذهب الكثير من الفقهاء إلى اعتبار الحمل لحساب الغير عقد وكالة وبرروا ذلك بأن عملية تأجير الأرحام تربط التوليد بالوكالة بالتخصيب عن طريق الأنثوية.

والمسألة جد واضحة لدى بعض الفقه بحيث أن هناك امرأة تريد الإنجاب عن طريق التلقيح الصناعي الخارجي بإرادة حرة ورضا صريح بالاستعانة بامرأة أخرى لتحمل بدلاً عنها سواء باستعمال ماء زوجها المحفوظ في عيادة خاصة أو في بنك لحفظ الأجنة والنطف والبويضات أو باستعمال ماء غيره بموافقته وتلك مسألة أخرى..

وبعد أن تحبل المرأة البديلة وتضع المولود تدفع به وتسلمه إلى أمه صاحبة البويضة وهي تقوم بذلك لأنها مجرد امرأة تم توكيلها للإنجاب لمصلحة زوجين عقيمين².

وبالرجوع لنص المادة 571 من القانون المدني الجزائري فإنها تنص بأن «الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصاً آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه».

وبإسقاط موضوع الحمل لحساب الغير على موضوع الوكالة وهل هو عقد وكالة أم لا؟

1 نقول كقاعدة عامة لأنه يجوز التصرف في جسم الإنسان وفق حدود وشروط وضوابط معينة فمثلاً يمكن تسخيره في عقود العمل وفي إطار الأعمال الطبية والجراحية ولويدون رضاه وهناك بعض التشريعات تجيز ذلك حتى في إطار الأغراض العلمية التجريبية مثلما فعل المشرع الجزائري بنص المادة 168/1 من قانون حماية الصحة حين تنص «يتوجب احترام الضوابط العلمية والأخلاقية عند القيام بالتجريب على الإنسان في إطار البحث العلمي».

2 د. عطا عبد العاطي السنباطي: بنوك النطف والأجنة، دار النهضة العربية، 2001، ص 139.

نقول بأن النص لم يحدد فيه المشرع نوع العمل موضوع الوكالة و لهذا يعتقد البعض أن الحمل لحساب الغير يمكن أن يكون محلا لعقد الإنابة أو الوكالة ولكن الواقع غير ذلك و لتوضيح و بالرجوع لنصوص المواد 572، 573، 574 نجدها تحدد نوع العمل فإذا كانت الوكالة عامة فإنها لا تخول للوكيل إلا القدرة على تنفيذ العقود الإدارية و هو عمل قانوني بحث 1.

و إذا كانت الوكالة خاصة و خارج إطار أعمال الإدارة فهي تخول للوكيل إلا القيام بنوع من أنواع الأعمال القانونية كالبيع و الرهن و التبرع و الصلح و الإقرار و التحكيم و المرافعة أمام القضاء و غيرها... 2.

إذن و من خلال ما سبق و بالرجوع إلى فكرة الحمل لحساب الغير نقول بأن هاته الفكرة تتسم بالميزات التالية:

أنها تدخل في إطار الأعمال الطبية حيث يعمل الطبيب الجراح أدواته من أجل نقل البويضة المخصبة إلى وسط مخبري لمدة أولحين تحقق الإخصاب ثم زرع هاته البويضة الملقحة في رحم المرأة المتبرعة بالحمل و طبيعة هذا العمل أنه عمل مادي بحث و عليه فإنه من الواضح جدا أن محل عمل الطبيب مختلف تماما عن متطلبات محل عقد الوكالة .

أن عقد الوكالة يتم بعمل مجاني بدون مقابل بطبيعته و هو ما عبرت عنه المادة 581 من القانون المدني « الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك... ».

إذا الأصل في الوكالة أنها تبرعية ، مجانية و الاستثناء هو ما لم يتفق على غير ذلك و غير ذلك هو الاتفاق على مقابل لهذا العمل أما الأصل في الأعمال الطبية أنها تتم بمقابل.

1 حيث تنص المادة 573 ق.م « إن الوكالة الواردة بألفاظ عامة و انتي لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل لا تخول للوكيل إلا القدرة على تنفيذ العقود الإدارية ».

2 حيث تنص المادة 574/2 « الوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح و لولم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص... ». يعني أنه حصر مجال الوكالة في الأعمال القانونية.

ومع ذلك فقد يقول قائل وقد قيل بأن الوكالة ليست متعلقة بالعمل الطبي بل بعمل المرأة المتبرعة بالحمل وهو تسخير رحمها للحمل لحساب غيرها فنقول بأن تسخير الرحم للحمل هو عمل مادي وليس عمل قانوني.

المطلب الرابع: تأجير الأرحام وعقد الوديعة

عقد الوديعة كما عرفته المادة 590 من القانون المدني الجزائري هو « عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولاً إلى المودع لديه على أن يحافظ عليه لمدة وعلى أن يردّه عينا ».

الواضح في الوديعة أنها من عقود التبرع بحيث يلتزم فيها المودع لديه بأن يحافظ على محل الوديعة ويرده عينا وليس له أن يستعمله دون إذن المودع، فالوديعة عقد ملزم لجانب واحد ومحل عقد الوديعة هو الشيء المنقول والذي يجب أن تتوفر فيه كل شروط المحل من الوجود والتعيين أو القابلية للتعيين وعدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة.

وجدير بالذكر أن مشكلة تأجير الرحم واعتباره عقد ثارت بداية في فرنسا بمناسبة البحث في مسألة إمكانية التلقيح بعد الوفاة وذلك حينما قصد أحد الأشخاص مركز دراسة وحفظ السائل المنوي الإنساني «السيكوس»¹ وتبرع بكمية من حيواناته المنوية وبعد وفاته سنة 1981 طالبت زوجته السيكوس بماء زوجها من أجل تلقيحها به غير أن طلبها قوبل بالرفض، خاصة وأن زوجها لم يوصي بذلك قبل وفاته ولهذا قامت الزوجة برفع دعوى قضائية أمام القضاء الفرنسي فحكم القضاء لصالحها بحقها في الحصول على سائل زوجها خاصة وأن الزوج بادخاره لسائله فإن الأكيد أنه كان يدخره لما بعد وفاته من أجل زوجته حتى وإن كان لم يوصي بذلك.²

1- le Centre d'études et de Conservation du sperme humaine.

2- حيث تزوج المدعو «ألان Coréen» بالسيدة المدعوة «كورين Coréen» وكان يعالج مرض سرطان ومخافة أن يؤثر على الإنجاب قام بإيداع سائله المنوي لدى (c.c.o.s)، بعد وفاته طالبت زوجته بماء زوجها لإجراء عملية التلقيح ورافع دفاع المدعية «كورين» أمام المحكمة بعد رفض تسليمها لماء زوجها من طرف (c.c.o.s) على أساس أن ماء الزوج حفظ لدى (c.c.o.s) كما أنه عقد وديعة لمصلحة الزوجة.

المبحث الثالث: صحة عقد تأجير الأرحام

و سوف نتناول من خلال هذا المبحث موقف التشريعات من عقد تأجير الأرحام في (مطلب أول) وموقف القضاء المقارن من تأجير الأرحام في (مطلب ثاني). كما يأتي:

المطلب الأول: موقف التشريعات من عقد تأجير الأرحام

إن أغلبية التشريعات ومن منظور القانون المدني رتبت على إبرام عقد تأجير الأرحام البطلان وهناك تشريعات اعتبرته مخالفا للنظام العام وبالتالي فلا تنشأ عنه أية آثار.

أولا: موقف المشرع الإنجليزي

ملاحظ أن الكثير من التشريعات العالمية قد ذهبت إلى حظر وتجريم الاتجار في الأرحام واستغلالها من أجل تحقيق الربح وبالتالي تحريم التوسط لأجل الإنجاب، وهو ما ذهب إليه المشرع الانجليزي في القانون الصادر سنة 1985 بنصه على تجريم كل أعمال التلقيح إذا كان الغرض منها هو غرض تجاري بحت، بمعنى أن المشرع الانجليزي لم يجرم الفعل لذاته وإنما اعتبره مجرما إذا كان الغرض منه ربحيا أما إذا كان على سبيل التبرع فلم يجرمه. وهذا ما يظهر من خلال التعديل الذي أصدره بتاريخ 01 نوفمبر 1990 الذي يعطي بموجبه للقضاء منح الترخيص لاعتبار الأطفال المولودين بطريقة تأجير الأرحام عاديين وكأنهم ولدوا نتاج زواج عادي.

ثانيا: موقف المشرع الفرنسي

المشرع الفرنسي كان أكثر صرامة من نظيره الإنجليزي حينما أصدر القانون المتعلق

وبالنسبة لدفاع المركز (c.c.o.s) فإن ما تم بينه وبين السيد «ألان» ليس عقد وديعة لأن عقد الوديعة يتعلق بالمنقولات وبالرجوع لنص المادة 1128 مدني فرنسي فإن ماء الزوج ليس من المنقولات وهو خارج من التعامل التجاري وبالتالي لا يمكن النظر له إلا على أساس أنه عمل طبي علاجي.

أما المحكمة: فقد رأت بأن ما تم بين «ألان» والمركز هو عقد من نوع خاص ولما كان لا يوجد نص يمنع إجراء هاته العملية، فقد ألزمت المحكمة المركز بتسليم ماء الزوج لزوجته في خلال مدة شهر تحت طائلة العقوبة التهديدية المقدرة ب100 فرنك عن كل يوم تأخير. أنظر في تفصيل أكثر. د. شوقي زكريا الصالحي : المرجع السابق ص53 وما يليها.

باحترام الجسم البشري بتاريخ 29 يوليو 1994 حيث أضاف بالمادة الرابعة فقرتين إلى نص المادة 277 من قانون العقوبات التي جرّم فيها الوساطة في عمليات الإنجاب عن طريق تأجير الأرحام وعاقب عليه بالحبس سنة والغرامة مائة ألف فرنك، وضاعف العقوبة في حالة العود. وجرّم أي وساطة تتم لأجل الإنجاب.¹

وهو ما أكدّه أيضا بنص المادة 16 / 7 من التقنين المدني الفرنسي والمتممة بنص المادة 03 من قانون 94 / 653 لسنة 1994 على أن: « كل اتفاق بالحمل أو الولادة لحساب الغير باطلا² ».

ثالثا: موقف المشرع الألماني

نهج المشرع الألماني نفس المنهج حيث نص في المرجع الأول من القانون الصادر في سنة 1990 أنه « يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن 03 سنوات أو بالغرامة كل من يجري عملية تلقيح صناعي أو نقل لبويضات مخصصة لامرأة بغرض أن تتنازل الأخيرة عن الطفل بعد ولادته لامرأة أخرى³ ». ومع ذلك فقد استثنى المشرع الألماني في الفقرة الثالثة من المادة نفسها المرأة صاحبة الرحم من حكم ما جاء في الفقرتين السابقتين.

رابعا: موقف المشرع الإسباني

نهج المشرع الإسباني نفس النهج ويتبين ذلك من خلال نص المادة 10 من القانون رقم 25 لسنة 1988 والخاص بتقنيات الإنجاب المساعد.

1 - تعتبر اللجنة الاستشارية الوطنية للأخلاق في فرنسا أن العقد غير قانوني لا أثر له في ظل الحالة الراهنة للقانون الفرنسي. أنظر في ذلك. د. السيد محمود عبد الرحيم: "الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر"، ط1، سنة 2002، ص 618 وما يليها.

2 Art . 16-7 Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle.

3 - توصيات لجنة (كابي) والتي هي لجنة خبراء العلوم الطبية والحيوية والتي عقدت بواسطة لجنة الوزراء بالمجلس الأوروبي سنة 1985 وأخذت بما أخذ به المشرع الألماني. أنظر. د. شوقي زكريا الصالحي: المرجع السابق، ص 100 وما يليها. أنظر أيضا. د. حسني محمود عبد الدايم: المرجع السابق، ص 181 وما يليها.

خامسا: موقف المشرع الأمريكي

الملاحظ على تشريعات الولايات المتحدة الأمريكية أنها لا تنظر إلى مسألة تأجير الأرحام بنظرة موحدة فهناك بعض التشريعات تبيحها مثل تشريعات ولايات (نيويورك، نيفادا وكنتاكي) وهناك ولايات أخرى تجرمها مثل ولايات (نيوجرسي ولويسيانا وفلوريدا).¹

ولكن وبرغم ذلك إلا أن المشرع الأمريكي قد قرّر بطلان التعاقد بخصوص مسألة تأجير الأرحام حتى في الولايات التي تبيح هاته الوسيلة.²

والجدير بالذكر أن البطلان الذي رتبته هاته القوانين على التعاقد بشأن هاته التقنية في بعض التشريعات يلحق بالعقد دون الوسيلة، مثلما نص عليه المشرع الايطالي بنص المادة 1343 من التقنين المدني التي تقضي ببطلان كل عقد يتعلق بالتصرف في جسم الإنسان بما يخالف القانون والآداب العامة والنظام العام، وهو نفس ما ذهب إليه المشرع البلجيكي في نص المادة 1131 من التقنين المدني.

وفي كل الحالات فإن معنى البطلان في هذه التشريعات وإن كان يعني أن العقد لا يرتب آثاره إلا أنه يتضمن إشكالا قانونيا خاصة في الدول التي تبيح هاته الوسيلة يتمثل في أن الجنين وبعد ولادته يصبح عرضة للخطر فمن جهة قد تقوم أمه التي حملته بهربيه وعدم تسليمه لوالديه نظرا لبطلان التعاقد ومن جهة فقد يولد الجنين مشوها وتريد المرأة الحامل تسليمه ولكن والديه صاحبا البويضة يرفضان تسلمه ولهذا وللإجابة على هاته المشاكل المثارة بشدة تدخل القضاء وحاول حل هاته المسألة.³

1 - د. حسني محمود عبد الدايم: المرجع السابق، ص 181 وما يليها.

2 - د. السيد محمود عبد الرحيم: المرجع السابق ص 618 وما يليها.

3 - أنظر كلا من. د. حسني محمود عبد الدايم: المرجع السابق، ص 186. د. شوقي زكريا الصالحي: نفس المرجع السابق، ص 100 وما يليها. د. إيهاب اليسر أنور علي: المرجع السابق، ص 317. د. محمد عبد الوهاب الخولي: المرجع السابق، ص 97.

المطلب الثاني: موقف القضاء من عقد تأجير الأرحام

الواقع أن القضاء في الدول الغربية قد صادفته الكثير من القضايا المتعلقة بمسألة تأجير الأرحام، وهذا ما نجده خاصة أمام القضاء الفرنسي وكذا الأمريكي، أما بالنسبة للدول العربية فإنه لم تعرض على القاضي العربي قضايا تتعلق بهاته المسألة ذلك أن هاته التقنية ما زالت إلى يومنا هذا محل نظر، ولهذا سنحاول من خلال هذا المطلب الإشارة إلى ما جاء في بعض التطبيقات القضائية كالاتي:

أولا: موقف القضاء الفرنسي

بالنسبة لأحكام القضاء الفرنسي يبدو أن القضاء الفرنسي لم يستقر على حكم واحد لمسألة تأجير الأرحام ولهذا وإلى يومنا هذا مازالت هاته الأحكام متضاربة سواء على مستوى المحاكم نفسها وأيضا على مستوى درجات التقاضي أيضا.

ففي حكم لها أصدرته بتاريخ 1984.12.05 قضت محكمة «أكسن Aixen» لزوجة الأب البيولوجي بالتبني البسيط¹ غير أن طبيعة هذا الحكم أنه سطحي لم تتوفر للمحكمة فيه الأسانيد القانونية والمتضاربة والقوية ولهذا ورغم أن المشرع الفرنسي لا يرتب أي آثار على التعاقد إلا أن المحكمة اعترفت بالآثار الناتجة عن هاته العملية دون أن تتعرض لصحة الوسيلة أو بطلانها.²

1- تتمثل وقائع هاته القضية أن امرأة مصابة بالعقم اتفقت مع أختها على أن تلحق الثانية بنطفة زوج الأولى وتحمل بدلا عنها وبالفعل تم الأمر حسب الاتفاق، حيث أنجبت الأخت طفلة بتاريخ 1982، بعد ذلك قدمت الزوجة طالبا لأجل التبني الكامل للطفلة أمام هاته المحكمة. غير أن المحكمة لم تستجب لطلب الزوجة وحرصا على مصلحة الطفلة حتى تتمكن فيما بعد من فهم حقيقة العلاقة التي تربطها بأطراف عملية الإنجاب وخوفا من الردود النفسية للطفلة فيما بعد قررت المحكمة الحكم بالتبني البسيط .

.Trib.G.I.de Aixen Provance – 5 Dec1984.J.C.P.1986.20561.note Boulanger-

2- أنظر. د.شوقي زكريا الصالحي : المرجع السابق، ص116 وما يليها.

وفي قضية أخرى رفضت إحدى المحاكم لأول درجة الحكم للزوجة بالتبني التام للطفل على أساس مخالفة الاتفاق للنظام العام الفرنسي¹، غير أنه بعد الطعن في الحكم أمام محكمة استئناف باريس جاء فيه أن تأجير الأرحام أو الحمل بالإنابة إذا كان خاليا من أية أغراض تجارية لا يتعارض مع النظام العام الدولي، ولأجل ذلك جاء في منطوق حكمها قبول الطعن والحكم بالتبني المطلق من الزوجة للطفل². وبعد الطعن فيه بالنقض بتاريخ 31/05/1991، وحيث أن حكم محكمة استئناف باريس لاقى اعتراضا كبيرا جدا من طرف الفقهاء الباحثين مما دعى النائب العام للطعن فيه لصالح القانون أمام محكمة النقض، وطالب بحل كل الجمعيات الخاصة بالمساعدة على الإنجاب بهذه الطرق على أساس مخالفتها للنظام العام³. وهذا ما استجابت له المحاكم في كل مستويات التقاضي.

وفي قضية أخرى قضت محكمة استئناف «بواتييه» بالتبني البسيط لزوجة الأب للطفلة الناتجة عن الحمل بالإنابة سنة 1992، ولما طعن بالنقض أمام محكمة النقض

¹ محكمة استئناف باريس في 15/05/1990 م، جريدة القانون الدولي رقم 04 لسنة 1990 وأيضا دالوز 1990 قضاء ص 54. أنظر في تفصيل أكثر. د. عطية محمد عطية: "المشكلات القانونية الناتجة عن التلقيح الصناعي"، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة طنطا، عام 2001 م، ص 365 وما يليها.

² تلخص وقائع القضية في أن الزوجين قاما بتوقيع اتفاق مع امرأة أمريكية لتحمل لحسابهما وبعد الإنجاب طلبت الزوجة التبني التام للطفل. أنظر في تفصيل أكثر، د. حسني محمود عبد الدايم: المرجع السابق، ص 189 وما يليها.

³ أصدرت محكمة مرسيليا حكمها بحل جمعيات تجميع الأمهات الراغبات في الحمل لمخالفة نشاطاتها للنظام العام، وتم استئناف الحكم وتأيد استئنافا وطعن بالنقض لكن محكمة النقض لم تستجب أيضا وأيدت الحكم المستأنف ورأت بأن الحكم المستأنف يتفق وصحيح الواقع والقانون، وحل الجمعية.

حكم محكمة مرسيليا الابتدائية مؤرخ في 16/12/1985 la gazette de palais 03/01/1998 م، ص 96.

حكم الاستئناف في 29/04/1988، الأسبوع القانوني، سنة 1990، رقم 21526.
- حكم محكمة النقض المؤرخ في 03/12/1989، الأسبوع القانوني، 11-1990، رقم 21529.

أصدرت حكمها بعدم شرعية الحمل بالإبادة على أساس مخالفته للنظام العام، ويبدو أن القضاء الفرنسي ونظرا لغياب النصوص التنظيمية الشاملة لهاته المسألة يحاول الاجتهاد بحسب كل قضية على حدى.¹

ونخلص أن أغلبية الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي رفضت مسألة تأجير الأرحام واعتبرت أن بنود العقد الخاص بالإبادة في الحمل مخالفة للنظام العام وخاصة المواد (06-08-11-353-361) من التقنين المدني الفرنسي ولنص المادة 1128 الخاصة بمبدأ حرمة الجسد ومنتجاته.

وهذا ما جاء في حكم لمحكمة استئناف باي «pau» التي أيدت فيه حكم محكمة أول درجة القاضي ببطالان عقد الإيجار حتى ولو وافقت المرأة المؤجرة لرحمها على التنازل طواعية عن الطفل بعد ولادته.

ثانيا: موقف القضاء الأمريكي

الحقيقة أنه مثلما أشرنا سابقا فإن القضاء الأمريكي ورغم أن هناك بعض الولايات تبيح مسألة تأجير الأرحام إلا أن المشرع الأمريكي قرّر بطلان التعاقد بخصوص الإبادة في الحمل حتى في الولايات التي تبيح هاته المسألة، ولهذا وبالرجوع إلى أحكام القضاء نجد بأن هناك تضارب بين: ففي حكم لمحكمة نيوجيرسي رأت المحكمة ضرورة تسليم الطفلة إلى والديها معللة حكمها بمشروعية الوسيلة التي أدت إلى حصول الأبوين البيولوجيين على الطفلة وهو أيضا ما أكدته الحكم المستأنف حيث رأت محكمة الاستئناف أن الحمل لمصلحة الغير لا يختلف عن البيع ورفضت أن يكون المولود محلا للتعاقد أو التفاوض ورفضت الاستئناف وأمرت بإرجاع الطفلة إلى أبويها البيولوجيين.²

وهو نفس ما قضت به محكمة Orang بكاليفورنيا حيث أن المرأة الحامل قرّرت الاحتفاظ بالطفل وادعت بأن الطفل جاء نتيجة علاقة عادية بينها وبين زوجها غير

1 - أنظر في تفصيل أكثر. د. عطية محمد عطية: المرجع السابق، ص 357 وما يليها.

2- وقائع القضية أن أسرة «ستيرن Stern» وليم وزوجته اتفقا مع امرأة تدعى «ماري Mary» لتحمل بدلا عن زوجة وليم في مقابل مبلغ مالي قدره 10 ألف دولار بالإضافة لبعض الالتزامات الأخرى، غير أنه بعد الولادة قرّرت «Mary» الاحتفاظ بالطفل وحاولت الهروب به.

أن المحكمة وبعدما تأكدت من الأبوة البيولوجية قضت بحق الأبوين البيولوجيين في استرداد الطفل وتأييد هذا الحكم استثناءً¹².

وفي قضية أخرى يبرز أيضاً الطابع التجاري المادي للعملية حيث أن هناك سيدة أمريكية تدعى (Pamelas S) متزوجة وأم لطفل؛ أرادت تأجير رحمها لغرض استكمال دراستها الجامعية للحصول على شهادة الدكتوراه وهو ما يبرر أيضاً رفض المشرع الأمريكي لمسألة تأجير الأرحام للأغراض المادية والتجارية³.

خاتمة

نشير أخيراً إلى أنه لم تعرض على القضاء الجزائري، بل العربي عموماً أية قضايا تخص مسألة تأجير الأرحام نظراً لأن هاته المسألة مستجدة ولا تزال تصوراتها غير واضحة والأهم أنها لا تتوافق مع فكرة النظام العام والآداب العامة في التشريعات العربية.

غير أننا نتصور أن مسألة تأجير الأرحام سوف تأخذ منحى تصاعدي في السنوات القليلة القادمة وتحزراً لتلك الحالات الواقعية التي يمكن أن تظهر فإننا ندعو مشرعنا الوطني إلى التدخل بتشريع واضح حيال مجال التلقيح الإصطناعي وليس الإكتفاء بإجازة التلقيح فقط مثلما فعل في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة.

1 تتلخص وقائع القضية في أن أسرة "Christina Calvert" وزوجها "Mark" وبعد فشلها في معالجة حالة العقم قامت كريستينا بإبرام اتفاق مع زميلتها أن التي كانت تعمل بدلا عنها وكان لكريستينا ما أرادت غير أنه بعد ولادة أن قررت الاحتفاظ بالمولود. أنظر : حكم محكمة Orang الصادر بتاريخ 22.10.1990، جريدة القانون الدولي- رقم 04 لسنة 1990، مشار إليه في مرجع. د. شوقي زكريا الصالحي: نفس المرجع السابق، ص 120 وما يليها.

3- أ.د. تشوار جيلالي: «الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية»، المرجع السابق ص 111.