الحمل لحساب الغير

مقدم من الباحثة

رضوى سيد سليمان سليمان عشري

مدرس مساعد بقسم القانون المدني

كلية الحقوق- جامعة عين شمس

مقدمة:

يعد مصطلح الحمل لحساب الغير أو إيجار الأرحام من المصطلحات الحديثة في مجال الإنجاب الصناعي، خاصة وأن الإيجار هنا يرد على جزء من جسم الإنسان، الذي أحاطه القانون بحماية خاصة، وتعد هذه الظاهرة انعكاسا للتطور البيولوجي في المجال الطبي نتيجة عمليات الإنجاب الصناعي، وتعددت المصطلحات التي أطلقت على هذه الظاهرة فسميت بالحمل لحساب الغير أو نظام الأم البديلة أو الأم المضيفة والرحم الظئر، وكانت هذه الوسيلة في بادئ الأمر تستخدم بين الحيوانات، إلى أن تم الزج بها كوسيلة للإنجاب البشرى، ويقصد بالغير هنا الأم التي ينسب إليها الطفل بعد ولادته، أي التي أبرمت اتفاق مع امرأة أخرى على حمل بويضة ملقحة لحسابها، ومن ثم فإن الطفل يحمل اسم امرأه غير تلك التي حملته ووضعته، ويقتصر دور المرأة الأخرى على شغل رحمها بالبويضة الملقحة حتى الولادة، وتسليم الطفل بعد ولادته إلى المرأة التي أوصت عليه[١]، وآثار تطبيق هذه الوسيلة العديد من المشاكل:

– نظرا لدخول الغير في نطاق الحمل والوضع بعد أن كان الحمل مسألة شخصية وخاصة جداً قاصرة على الزوجين فقط ولم يكن لهذا الغير أي دور من قريب أو بعيد في مسألة الإنجاب.

–كذلك نظرا لما يمثله هذا التصرف من مساس بجسم الإنسان، وخروجه الصريح على مبدأ حرمة جسد الإنسان، وخروجه عن دائرة التعامل القانوني وجعله من الأمومة شيء تجارى يباع ويشترى.

–من غير المألوف عقلا وقانونا أن يتم الحمل لحساب الغير، فالتصرف لحساب الغير في التصرفات القانونية كالوكالة[٢] مثلا يتم باسم هذا الغير وتنصرف آثار التصرف إليه، كما لو قام هو بنفسه بإبرام هذا التصرف، حيث يقتصر دور الوكيل على إبرام العقد بحلول ارادته محل إرادة الأصيل[٣]، وهذا الأمر غير متصور حدوثه في الحمل، فكيف تنصرف آثار الحمل إلى الزوجة وينسب إليها الجنين مع أن الفرض أن التي حملت ووضعت هي الأم البديلة.

–آثار أيضا تكييف العقد القانوني بين الزوجين صاحبي البويضة الملقحة وصاحبة الرحم المؤجر العديد من الإشكاليات القانونية، وكذلك العلاقات الناشئة عن هذا العقد فكثيرا ما ترفض صاحبة الرحم المؤجر أو الأم البديلة تسليم الطفل للزوجين، وهناك حالات ترفض فيها الأم البيولوجية صاحبة البويضة استلام الطفل

---

(١) د. محمد المرسى زهرة، الإنجاب الصناعي، أحكامه القانونية، وحدوده الشرعية، دراسة مقارنة، ١٩٩٠، ، ص٢٤٠ وما بعدها.

(٢) المادة ٦٩٩ من القانون المدني المصري حيث تنص على أن "الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الغير".

(٣) أ. د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، الجزء١، ١٩٦٤، ص ٢٠٦، فقرة رقم٨٥.

في حالة ولادته معاقا مثلا، وذلك لعدم وجود قواعد وأسس تنظم مثل هذا الاتفاق في حالة الإخلال بالالتزامات المتولدة عنه، وغياب قانون واضح وصريح يوضح مشروعية هذه الوسيلة من عدمها.

أهمية البحث:

تظهر أهمية البحث في توضيح أهم المشكلات القانونية التي تثيرها المستجدات الطبية والتي تطورت بشكل ملحوظ، لمحاولة إيجاد حلول لها، فلا شك أن تحقيق التوازن بين الاستفادة من تلك المستجدات ومراعاة الجوانب الأخلاقية والشرعية والقانونية أمر لابد منه، ولا يتأتى ذلك إلا بتنظيم وتقنين المستجدات الطبية بما يتلاءم مع الشريعة الإسلامية والنظام العام والآداب العامة في المجتمع، فالقانون ما هو إلا مرآة للمجتمع، فليس كل ما هو ممكنا علميا أو طبيا جائز شرعيا وقانونيا.

ولا شك أن تقنية الحمل لحساب الغير تعد من تلك المستحدثات التي أثارت الجدل ليس فقط في الوطن العربي وإنما أيضا على صعيد المجتمعات الغربية، لما تثيره من المشاكل الشرعية والقانونية والخاصة باختلاط الأنساب، وعصمة الجسد الإنساني وعدم قابليته أن يكون محلا للتصرفات المالية، ومشروعية العقد الخاص بها والتوسط في إجراء تلك العمليات، لذلك فكان لازما أن نعرض لها.

منهج البحث:

إن المنهج الذي سنتبعه في هذا البحث هو منهج المقارنة، للمقارنة بين القوانين التي نظمت تقنية الحمل لحساب الغير وكذلك سنتبع المنهج التحليلي، حيث سنقوم بتحليل النصوص القانونية والأحكام القضائية الخاصة بموضوع البحث وتحليل آراء الفقهاء أيضا، بالإضافة إلى المنهج الوصفي لتوضيح بعض المفاهيم المتعلقة بموضوع البحث.

خطة البحث:

في دراستنا لظاهرة الحمل لحساب الغير فإننا سنتناولها بشيء من التفصيل من خلال مبحثين، وستكون خطة البحث كما يلي:

المبحث الأول: الموقف الفقهي والقانوني من ظاهرة الحمل لحساب الغير.

المطلب الأول: الحمل لحساب الغير من الناحية الفقهية.

المطلب الثاني: التكييف القانوني لعقد الحمل لحساب الغير.

المبحث الثاني: مشروعية عقد الحمل لحساب الغير.

المطلب الأول: الموقف التشريعي من ظاهرة الحمل لحساب الغير.

المطلب الثاني: مشروعية عقد الحمل لحساب الغير.

المطلب الثالث: مشروعية عقد الوساطة في الحمل لحساب الغير.

الخاتمة.

المبحث الأول

الموقف الفقهي والقانوني من ظاهرة الحمل لحساب الغير

قد بدأت هذه التقنية في الظهور في مجال الطب البيطري، لتطبق على الحيوانات، حيث قام الأطباء البيطريون باستخدام هذه التقنية لاستخلاص عدد كبير من البويضات التي تنتمى لحيوان معين ذات خصائص وصفات ممتازة، ثم حقنها في أنثى حيوان آخر لا تتوافر له هذه الصفات[١]، ثم بعد ذلك طبقت هذه الوسيلة على الأرحام البشرية لتواجهه مشكلة العقم عند النساء، وعدم قدرتهم على الإنجاب، وذلك لأسباب معينة قد تكون طبية أو ترجع لعيوب خلقية في أرحامهم تجعلهم غير قادرين على الحمل منذ بدايته، وكان أول نجاح لاستخدام هذه التقنية في الثمانينات من القرن العشرين الميلادي[٢]، ثم بدأت في الانتشار في كل من أوروبا وأمريكا كنتيجة لنجاح هذه العملية.

المطلب الأول

الحمل لحساب الغير من الناحية الفقهية

هناك العديد من التعريفات التي قيلت بشأن إيجار الأرحام أو الحمل لحساب الغير، كذلك هناك الكثير من المرادفات التي أطلقها الفقه على هذه الظاهرة، أما عن التعريفات فقد تباينت فيما بينها فيما يخص الصفة العقدية للاتفاق الذي يتم للحمل لصالح الغير، وأيضا فيما يخص البويضة الملقحة وانتسابها للزوجين دون الأم البديلة، واقتصار دور الأم البديلة على الحمل فقط، والتزامها بتسليم الطفل إلى الزوجين صاحبي البويضة بتمام ولادته.

([١]) حيث يتم حقن أنثى حيوان معين (الأبقار مثلا) بهرمون لتحفيز المبيض على انتاج اكبر عدد من البويضات، ثم تؤخذ هذه البويضات وتوضع في أنبوب اختبار، ويتم تلقيحها بطريقة طبيعية(عن طريق إعطاء الفرصة لطور (ox) لتلقيح هذه الأنثى) أو صناعية، ثم يتم نقل هذه البويضات إلى أبقار عادية لا تحمل هذه الصفات المميزة لمزيد من التفاصيل يراجع د. شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١،، ص٩٦.

([٢]) حيث قامت ابنة تدعى (جيوفانا كابريللى) بحمل بويضة ملقحة لأمها التي تدعى(ماثيولا كابرللى) وذلك لتقدم عمر أمها وإصابتها بأمراض كثيرة تمنعها من الحمل، واستمر حمل الأبنة إلى أن وضعت مولودا أهدته إلى أمها، ومنذ نجاح هذه العملية بدأت ظاهرة الحمل لصالح الغير في الانتشار في كل من أوروبا وأمريكا، إلى أن تم تنظيمها في شكل مراكز طبية، ويعد أول مركز أنشئ لتأجير الأرحام في فرانكفورت بألمانيا للمزيد يراجع د. كارم السيد غنيم، الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء، دار الفكر العربي، ١٩٩٨،ص ٢٤٤.

فيعرف إيجار الأرحام بأنه: عقد بمقتضاه تتعهد امرأه بشغل رحمها بحمل مخلق من النطفة الأمشاج لزوجين يصعب عليهما الإنجاب لعيب في الزوجة سواء لفساد الرحم أو عيب في الجسد[١].

وقد أبرز هذا التعريف الصفة العقدية لهذه الظاهرة بين الزوجين صاحبي البويضة الملقحة والأم البديلة، وأوضح دور الأم البديلة وقصره على الحمل فقط، كما أوضح أنه لابد من وجود أسباب طبية داعية لاستخدام هذه الوسيلة للإنجاب الصناعي من قبل الزوجين تمنعهما من الحمل بصورة طبيعية.

وذهب البعض إلى وصف الحمل لحساب الغير بأنه عقد إيجار قاطعاً النزاع بشأن التكييف القانوني لهذا العقد، حيث عرفه بأنه: إيجار رحم امرأة لوضع بيضة الزوجة بعد تخصيبها بمني الزوج في داخله ولمدة الحمل لقاء أجر معين[٢].

وعلى العكس مما سبق هناك جانب من الفقه لم ينظم مثل هذا الاتفاق في إطار عقدي، الأمر الذي يؤدى معه إلى عدم تنظيم العلاقة بين طرفي الاتفاق، والالتزامات التي تقع على عاتقهم، فعرفه بانه: اتفاق يتم بموجبه حمل طفل من قبل امرأة لصالح امرأة أخرى، مع وجود نية التخلي عن هذا الطفل بعد ولادته، ويكمن جوهر هذا الاتفاق في وعد صاحبة الرحم المؤجر بالتنازل عن حضانة الطفل ووعد الطرف الآخر بقبوله[٣].

ومن الفقهاء من رأى أن الحمل لحساب الغير يعنى: موافقة امرأه على حمل بويضة ملقحة لا تنسب اليها لحساب امرأة أخرى، وتسليم المولود لها بعد ولادته[٤].

جاء هذا التعريف أوسع من غيره من التعريفات السابقة، حيث إنه لم يقصر انتساب البويضة على الزوجة فقط، فقد تكون هي صاحبة البويضة وقد تنتمي إلى امرأة أخرى غير صاحبة الرحم المؤجر، حيث انه أكد صراحة أن البويضة لا تنسب إلى المرأة صاحبة الرحم البديل حيث أن دورها مقصور فقط على الحمل.

ومن كل ما تقدم وبعد عرض أهم التعريفات التي قيلت بشأن ظاهرة إيجار الأرحام، سواء من أضفت الصفة العقدية على مثل هذا الاتفاق، أو تلك التي لم تضف عليه هذه الصفة، نرى أن الفقه لم يجمع على

---

(١) د. عبد الحميد عثمان محمد، أحكام الام البديلة(الأم الظئر)، بين الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص١٠٩.

(٢) د. عطا عبد العاطي السنباطي، بنوك النطف والأجنة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولى،٢٠٠١، ص٨٥.

(1)"arrangement whereby one woman bears a child for another, with the intent of relinquishing the infant at birth…the heart of the arrangement is the promise by the surrogate to give up custody of the child and promise the other party to accept the child.." Sue A. Meinke, Surrogate Motherhood: Ethical and Legal Issues, National Reference Center for bioethics Literature, Washington, 1984, p. 1.

(٤) د. محمد المرسى زهره، الإنجاب الصناعي، المرجع السابق، ص ٢٤٥.

تعريف واحد لهذه الظاهرة نظرا لصعوبة تكييفها القانوني وتقبلها كوسيلة من وسائل الإنجاب الصناعي لما للغير من دور كبير في هذه الوسيلة، وعليه يمكن تعريف ظاهرة ايجار الأرحام بأنها: عقد بموجبه تقوم امرأة بالموافقة على شغل رحمها ببويضة ملقحة لا تنسب إليها، لصالح زوجين يواجهان صعوبة في الإنجاب بصورة طبيعية، لأسباب طبية، ويكمن جوهر هذا الاتفاق في تعهد المرأة صاحبة الرحم بتسليم الطفل لهما بعد ولادته، وقد يكون ذلك بأجر معين أو قد يكون تطوعا.

حيث يتم الاتفاق في شكل قانوني بين الزوجين أصحاب البويضة الملقحة وبين المرأة التي ستقبل شغل رحمها بحمل البويضة الملقحة لحسابهما، وبمقتضى هذا الاتفاق سيتحمل الزوجين كافة التكاليف المالية الازمة لذلك بداية من الفحص الطبي الازم قبل زرع البويضة في رحم المرأة وحتى ولادة الطفل، على أن يلتزم كل منهما بسرية العملية متى طلب الطرف الآخر ذلك، على أن تلتزم المرأة الحامل بتسليم الطفل للزوجين عقب ولادته ويلتزم الزوجين باستلام الطفل أيا كانت حالته الصحية بشرط أن يثبت أن هذا الطفل هو نتاج البويضة الملقحة التابعة لهم[١].

وقد أطلق الكثير من المصطلحات المختلفة على ظاهرة الحمل لحساب الغير بعضها يشير إلى الظاهرة أو التقنية نفسها وبعضها الآخر يشير إلى المرأة صاحبة الرحم، وسنعرض لأكثر هذه المسميات شيوعا سواء ما ظهر منها على الصعيد الطبي أو القانوني، مع الأخذ في الاعتبار أن هذه المسميات وإن اختلفت في ظاهرها إلى أنها جميعا ذات مدلول واحد، وهو موافقة امرأة على شغل رحمها ببويضة ملقحة لا تنسب لها لصالح امرأة أخرى غير قادرة على الإنجاب، ومن بين أهم هذه المسميات:

١)الحمل لحساب الغير: أطلق الكثير من الفقهاء[٢] على هذه الظاهرة مصطلح الحمل لصالح الغير، حيث يقصد بهذا الغير المرأة التي أوصت واتفقت مع المرأة صاحبة الرحم على حمل البويضة الملقحة لصالحها.

٢)الرحم الظئر: الظئر هنا بكسر الظاء، وهي العاطفة على غير ولدها المرضعة له ، وتطلق على وضع بويضة ملقحة لامرأة بمني زوجها لعدم قدرتها على الحمل في رحم امرأة أخرى، بقصد حمله وتسليمه لها عند الولادة فيسمى بذلك رحم ظئر[٣].

---

(١) للمزيد يراجع د. حسيني إبراهيم أحمد إبراهيم هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس،٢٠٠٦ ص ٣٤٥.

(٢) ينظر د. محمد المرسى زهرة، المرجع السابق، ص٢٤٠، د. شوقي زكريا الصالحي، مرجع سابق، ص ٩٤، د. محمد حسن كاظم وآخرون، مشروعية الحمل لحساب الغير وأحكامه في القانون والشريعة الإسلامية، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، السنة الثانية، العدد الأول، ٢٠١٠، ص٨٢.

(٣) ينظر د. كريمة عبود جبر، استئجار الأرحام والآثار المترتبة عليه، بحث منشور في مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، جامعة الموصل، المجلد ٩، العدد٣، ٢٠١٠،ص٢٤٠.

٣)الأم الحاضنة أو المضيفة: وأطلقت هذه التسمية على المرأة التي تستضيف في رحمها البويضة الملقحة لحساب الغير مدة الحمل وتقوم بتسليمه بعد الولادة[١].

٤)الرحم المستأجر: وهي التسمية الأكثر شيوعا من بين المسميات الأخرى، والتي تعرف بتأجير أو استئجار الأرحام، حيث تقوم المرأة صاحبة الرحم بإيجار رحمها للغير لغرض الانتفاع منه، وذلك بوضع بويضة ملقحة لا تنسب إليها طوال مدة الحمل، وتقوم بتسليم الطفل بعد الولادة.

٥)الأم البديلة أو الأم بالإنابة: أطلق بعض الفقه[٢] هذا المصطلح على المرأة صاحبة الرحم البديل، وذلك لحملها بويضة مخصبة من قبل زوجين غير قادرين على الإنجاب في رحمها سواء كان ذلك بقابل مادى او كان تبرعاً.

٦)شتل الجنين: أطلق بعض الفقه[٣] على هذه التقنية شتل الجنين، وهى تعني تلقيح البويضة من قبل الزوج لزوجته الغير قادرة على الحمل والإنجاب، ونقله في رحم امرأة أخرى.

وبعد استعراض أهم المسميات التي أطلقت على ظاهرة الحمل لحساب الغير، نرى أن بعضها يخلط بين هذه التقنية وغيرها فمصطلح الرحم الظئر يتسع ليشمل أيضا المرضعة التي تقوم بإرضاع الطفل بعد ولادته، وبالتالي لا يمكن أن يصف هذه الظاهرة فحسب، وكذلك فإن تسمية الأم البديلة غير قاصرة على الرحم البديل بل تشمل الأم بالتبني.

أما شتل الجنين فهو أقرب إلى عملية نقل الجنين من رحم إلى رحم آخر لغرض إنباته[٤]، وأما بالنسبة لمصطلح الأم الحاضنة، فلا يمكن تصور الحاضنة للجنين وإنما الحاضنة تكون للمولود فقط، إنما الجنين يعتبر حملا وتسمى أمه حاملا[٥].

أما بالنسبة لإيجار الأرحام والحمل لحساب الغير فإنهم أكثر المصطلحات شيوعا واستيعابا لهذه الظاهرة، لكونهما يضفيان الصفة العقدية لهذه الظاهرة، ويبرزان دور الغير في هذه التقنية، على الرغم من أن مصطلح

---

(١) ينظر د. كريمة عبود جبر، المرجع السابق، ص٢٤٢.

(٢) ينظر د. عبد الحميد عثمان، مصدر سابق، ص١٠٩،كذلك ينظر:

Swapnendu Banerjee, Gestational Surrogacy Contracts: Altruistic or Commercial? "A Contract Theoretic Approach", New Delhi, 2009, p.2.

كذلك ورد هذا المصطلح في قانون الأسرة الجزائري رقم ١١ لسنة ١٩٨٤الصادر بالأمر رقم (٥) بتاريخ ٢٠٠٥/٢/٢٧ في المادة ٤٥ والتي تنص على انه: "لا يجوز اللجوء للتلقيح الصناعي باستعمال الأم البديلة..."

(٣) ينظر د. عطا عبد العاطي السنباطي، مرجع سابق، ص ٥٧.

(٤) ينظر د. عطا عبد العاطي السنباطي، المرجع السابق، ص٥٧.

(٥) ينظر: عبدالله بن زايد أل محمود، الحكم الإقناعي في إبطال التلقيح الصناعي، بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي، العدد الثامن،١٩٩٨، ص٤.

ايجار الأرحام قصر هذه الظاهرة على العمليات التي تتم نظير أجر دون غيرها التي تكون تطوعا من قبل المرأة المتبرعة.

تتعدد أسباب اللجوء إلى هذه التقنية سواء من ناحية الزوجين صاحبي البويضة أو من ناحية صاحبة الرحم المؤجر فمن ناحية الزوجين صاحبي البويضة الملقحة قد يكون السبب راجعا إلى:

١)خشية الزوجة من حدوث مضاعفات خطيرة تهدد حياتها أثناء الحمل، أو أن يكون هناك سببا يحول دون قدرة الرحم على حمل الجنين حتى نهاية مدة الحمل.

٢)إذا كانت المرأة صاحبة البويضة بدون أعضاء تناسلية أو بدون رحم مما يجعل الحمل مستحيلا.

٣)خوف المرأة من مواجهه مخاطر الحمل المتأخر وذلك عندما تكون في سن متقدمة، وتخشى تأثير الحمل السلبى على صحتها[١].

٤)إصابة الزوجة ببعض الأمراض الوراثية التي قد يكون لها دور في تشوه الجنين بعد خضوعه للتشخيص الجيني مما ينصح معه الأطباء بعدم الحمل[٢].

٥)وجود عيب في الرحم يحول دون إمكانية حدوث الحمل، كإصابته بالعقم نتيجة الحمل السابق، أو أن يكون ناتجا عن انسداد قناة فالوب[٣].

٦)رغبة بعض النساء في الحفاظ على رشاقتهم كعارضات الأزياء[٤]، أو أن الزوجة تشغل وظيفة مرموقة وتخشى التعطل عنها بسبب الحمل فتلجأ إلى الاتفاق مع امرأة أخرى تقوم بالحمل والوضع بدلا منها.

أما بالنسبة للمرأة صاحبة الرحم المؤجر فقد يكون سبب قبولها لذلك راجعا إلى:

١)سبب مادي: للحصول على عائد مادي نظير شغل رحمها بالبويضة الملقحة.

٢)أسباب اجتماعية وإنسانية: تدفعها إلى الموافقة على الحمل لحساب غيرها، فقد تكون الراغبة في الإنجاب أحد أقاربها، وقد تكون غريبة عنها[٥].

---

(١) د. محمد على البار، أخلاقيات التلقيح الصناعي نظرة إلى الجذور، الدار السعودية للنشر، جدة، ١٩٨٧، ص٩٣.

(٢) د. خالد مصطفى فهمى، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والاستنساخ والحماية القانونية للجنين بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٤، ص١٠٢.

(٣) د. نسرين سليمان حسن، مشكلات المسئولية المدنية الناجمة عن اجراء عمليات الاستنساخ على البشر، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة،٢٠٠٨، ص٢٣٣.

(٤) د. شوقي زكريا الصالحي، مرجع سابق، ص٩٩ وما بعدها.

(٥) وهذا ما سبق أن أشرنا إليه حيث أن العملية الأولى التي نجحت باستخدام هذه التقنية قامت فيها الأبنة (جيوفانا كابريللى) بحمل بويضة أمها (ماثيولا كابريللى) يراجع: د. شوقي زكريا الصالحي، المرجع السابق، ص٩٨، ود. كارم السيد غنيم، المرجع السابق، ص٢٤٤.

ونرى أنه لا يمكن قبول أسباب اللجوء إلى وسيلة الحمل لحساب الغير، حيث أن هذه الوسيلة أو غيرها من وسائل التلقيح الصناعي المختلفة تعد استثناء من الأصل المتمثل في الحمل الطبيعي الناتج عن العلاقة الزوجية، وبالتالي لا يجوز التوسع في أسباب اللجوء اليها، حيث أن الهدف من ظهور وسائل الإنجاب الصناعي كان متمثلا في الهدف العلاجي لمواجهه مشكلات العقم وتأخر الإنجاب، ولذلك يجب قصر أسباب اللجوء اليها للضرورة العلاجية لمواجهه مشكلات العقم فحسب دون غيرها، حيث أن الضرورة لابد وأن تقدر بقدرها.

أما عن صور الحمل لحساب الغير: تتم عمليات الحمل لحساب الغير من خلال مراكز ومؤسسات استئجار الأرحام[١]، وتقدم هذه المراكز هذا العمل نظير أجر يتم الاتفاق عليه مسبقاً بين المركز وذوي الشأن وهما الزوجين الغير قادرين على الإنجاب والمرأة صاحبة الرحم التي ستحمل البويضة الملقحة بداخله سواء كان ذلك بأجر أو تبرعاً منها.

بناء على ذلك يتضح أن عمليات الحمل لصالح الغير تتطلب مشاركة أطراف أخرى غير الزوجين في عملية الإنجاب، فهم يشاركا فقط بالبويضة الملقحة، وبالتالي لابد من وجود الطرف الثاني في هذا الاتفاق الذي يمثله المرأة صاحبة الرحم التي تقوم بحمل البويضة الملقحة داخل رحمها طيلة مدة الحمل، ثم يوجد المركز الطبي المتخصص والذي يتولى القيام بعملية تلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها، والذي يعد طرفا ثالثا في عقد ايجار الأرحام، ثم يتولى إعادة زرع البويضة الملقحة داخل رحم المرأة الحاملة.

حيث تنص المادة ١٨٤ من القانون المدني الفرنسي على إنه" لا يمكن ممارسة الأنشطة البيولوجية الخاصة بالمساعدة الطبية في الإنجاب إلا داخل مؤسسات عامة للصحة ومعامل تحاليل بيولوجية طبية"[٢].

وتتعدد الصور[٣] التي تأخذها ظاهرة الحمل لحساب الغير كالتالي:

الصورة الأولى: وفيها تنسب البويضة الملقحة للزوجين الذين ينسب إليهما المولود بعد ولادته، حيث تكون الزوجة قادرة على إنتاج البويضات ولكنها غير قادرة على حمل الجنين في رحمها لعيب فيه، فيتم الاتفاق مع امرأة أخرى تقوم بحمل البويضة الملقحة لصالح الزوجين طوال مدة الحمل وتسليم الطفل إليهم بعد ولادته، ويقتصر هنا دور المرأة صاحبة الرحم على الحمل والوضع فقط.

---

(١) د. حسيني إبراهيم أحمد إبراهيم هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ص٣٥٠.

(٢) د. حبيبة سيف سالم، النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس،٢٠٠٥، ص ٣٥٣.

(٣) د. محمد المرسى زهرة، الإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص٢٤٢ وما بعدها.

الصورة الثانية: وفيها تكون الزوجة غير قادرة على إنتاج البويضات ولا على الحمل، فيتم الاتفاق مع امرأة أخرى على أخذ بويضة منها وتلقيحها بنطفة زوج المرأة الغير قادرة على الإنجاب في أنبوب طبي، ثم إعادة زرع البويضة في رحم المرأة صاحبة البويضة، وهنا تقوم صاحبة الرحم البديل بتقديم البويضة والحمل معا[١]، وفى هذه الصورة لا ينسب المولود بيولوجيا إلا للزوج فقط، أما الزوجة فهي غريبة تماما عن المولود فهي لم تشارك بالبويضة ولا بالحمل وبالتالي فهي تعتبر أما اجتماعية فقط.

الصورة الثالثة: ويفترض في هذه الصورة أن كلا الزوجين عقيما، فالزوجة غير قادرة على إنتاج البويضات وغير قادرة على الحمل أيضا، والزوج عقيما لا بذره في مائه، فتأخذ البويضة من المرأة المتبرعة بالحمل وتلقح بنطفة زوجها في أنبوب طبي ثم يعاد زرع البويضة في رحم المرأة صاحبة البويضة والتي تطوعت بالحمل أيضا لصالح الزوجين العقيمين، وبعد الولادة تقوم بتسليم المولود للزوجين اللذان تم الحمل لحسابهما، وهنا يكون المولود غريبا تماما عن الزوجين ولا ينسب لهما بيولوجيا، فهو ابن شرعي لمن تطوعت بالحمل ولزوجها.

الصورة الرابعة: وفى هذه الصورة تنسب البويضة الملقحة لزوجين، وتزرع في رحم امرأة أخرى وذلك لحساب زوجين آخرين، فيكون الولد هنا ابنا للزوجين صاحبي البويضة الملقحة، وحملته ووضعته امرأة أخرى صاحبة الرحم البديل، وينسب لزوجين لا يوجد بينه وبينهما أي علاقة بيولوجية.

وبعد عرض ودراسة الصور المختلفة لظاهرة الحمل لحساب الغير نرى أن الصورة الأولى هي المقصودة والمعنية بالدرجة الأولى بعملية الحمل لحساب الغير بالمعنى الدقيق، وذلك لأن دور المرأة صاحبة الرحم البديل يقتصر فقط على حمل البويضة الملقحة والوضع وهذا هو جوهر هذه التقنية، حيث يتم اللجوء إليها فقط في حالة ما اذا كانت الزوجة قادرة على انتاج البويضات وغير قادرة على الحمل، فتلقح البويضة بماء زوجها وتزرع في رحم المرأة صاحبة الرحم البديل، وبذلك تنسب البويضة الملقحة للزوجين، ويقتصر دور صاحبة الرحم البديل على الحمل فقط دون أن تشارك بأي دور آخر في النطفة الأمشاج، فالذي يميز هذه التقنية ليس اجراء عملية التلقيح خارج الرحم، أو التبرع ببويضة ملقحة من شخص لآخر، وانما تطوع امرأة بحمل البويضة الملقحة في رحمها حتى الولادة نيابة عن الأم البيولوجية صاحبة البويضة الملقحة، والذي يؤكد صحة ذلك أن العامل المشترك بين الصور الأربعة هو أن من يقوم بحمل البويضة الملقحة امرأة أخرى غير صاحبة البويضة الملقحة وذلك لحساب امرأة أخرى.

---

(١) انظر: J.L. Baudouin et C.L Riou, Produire de l'homme, de quel droit? P.U.F., 1987, p.107.

مشار اليه لدى د. محمد المرسى زهرة، المرجع السابق، ص٢٤٥.

وبذلك تحتفظ كل وسيلة من وسائل الإخصاب الصناعي بذاتية خاصة تميزها عن غيرها وتمنع من الخلط بينهما، فتتميز وسيلة الإخصاب الداخلي بأن الحمل يأتي كنتيجة لحقن الزوجة بماء زوجها في الموضع المخصص لذلك، كذلك تتميز وسيلة الإخصاب الخارجي بأن التلقيح أو الإخصاب يحدث خارج الرحم في أنبوب اختبار بين بويضة الزوجة ونطفة الزوج، وأخيرا فإن أهم ما يميز وسيلة الحمل لحساب الغير هو أن من يقوم بالحمل والوضع امرأة أخرى غير المرأة صاحبة البويضة الملقحة، وإن كان ذلك لا يتم إلا بعد تلقيح بويضة الزوجة بماء زوجها خارج الرحم، ثم زرع البويضة الملقحة في رحم المرأة التي تتطوع بالحمل أي عن طريق الإخصاب الخارجي، فلا تعد تقنية الحمل لحساب الغير وسيلة ثالثة من وسائل الإخصاب الصناعي وإنما هي تقنية للتغلب على عدم قدرة الزوجة على الحمل عن طريق استخدام وسيلة الإخصاب الخارجي لتخصيب بويضة الزوجة بماء زوجها ثم زرع هذه البويضة المخصبة داخل رحم المرأة صاحبة الرحم البديل.

ويترتب على الصورة الأولى عدة نتائج:

١)أن البويضة الملقحة تنسب لرجل وامرأة تربطهما علاقة زوجية قائمة، وتلقح هذه البويضة خارج الرحم بماء الزوج، ثم تزرع في رحم من تطوعت بالحمل، وينسب الابن بعد ولادته للزوجين حيث يعتبر ابنا شرعيا لهم.

٢)يقتصر دور المرأة المستأجرة أو من تطوعت بالحمل على حمل البويضة الملقحة حتى عملية الولادة، ثم تلتزم بعد ذلك بتسليم المولود إلى الزوجين أصحاب البويضة الملقحة، أما إذا تجاوز دورها بالتبرع بالبويضة فلا يتصور أن تلتزم برد الطفل حيث أنها تعتبر أمه الفعلية ولا نكون بصدد ظاهرة الحمل لحساب الغير.

ونظرا لظهور تقنية الحمل لحساب الغير واعتبارها وسيلة من وسائل الإخصاب الصناعي، يلجأ إليها الأزواج كخيار أخير لمواجهه عدم القدرة على الإنجاب، حيث تلجأ إليها الزوجة التي لا تستطيع الإمساك بالجنين طوال مدة الحمل، أو تعاني من أمراض معينة تؤدى إلى وفاة الجنين قبل تكملة مدة الحمل، أو تعاني من الإجهاض المتكرر نتيجة لضعف الرحم أو غيرها من الأمراض التي يستحيل معها أن تنجب الزوجة بنفسها، فقد ثار الجدل بين الفقهاء بين مؤيد ومعارض لهذه الوسيلة، حيث أن جوهر هذه التقنية هو موافقة امرأة على شغل رحمها بحمل بويضة ملقحة لا تنسب إليها لحساب امرأة أخرى، فمسلك هذه المرأة(الأم الحاملة) يثير الجدل فما الذي يدفعها لقبول ذلك والتنازل بعد ذلك عن الطفل الذي حملته، فيمكن أن تكون هذه الدوافع تتمثل في الرغبة في مساعدة الغير وخاصة وإذا كان هناك بينها وبين هذا الغير علاقة صداقة أو قرابة، ويمكن أن تكون أيضا دوافع مادية بحتة، فقد تلجأ إلى تأجير رحمها نظير أجر معين، حيث هناك العديد من المؤسسات والمراكز التي تلعب دور الوسيط بين المرأة الحاملة وبين الزوجين الراغبين في الإنجاب

بهذه الوسيلة[١]، لقد اختلفت الآراء حول ظاهرة الحمل لحساب الغير، ومدى قبولها كوسيلة من وسائل الإنجاب الصناعي، بين مؤيد لها ومعارض وكان لكل فريق حججه وأسانيده التي استند إليها في بيان رأيه الذي انتهي إليه:

الفرع الأول

الاتجاه الفقهي المؤيد لظاهرة الحمل لحساب الغير

يرى هذا الاتجاه أن هذه الوسيلة من وسائل التلقيح الصناعي جائزة وغير محرمة، حيث أنها تمثل الأمل الأخير بالنسبة للمرأة التي تعاني من العقم لأحد الأسباب التي ذكرناها سابقا، واستندوا في ذلك على الأسانيد الاتية:

١)قياس وسيلة الحمل لحساب الغير على إجازة الظئر، حيث دار النقاش في مجلس الشعب المصري حول مسألة حكم الشرع في مسألة تأجير الأرحام، وانتهى النقاش بفتوى أباح فيها البعض تأجير الأرحام قياسا على الرضاع، حيث استندوا انه كما يجوز تمليك منفعة الثدي وما يفرزه من لبن ينشز العظم وينبت اللحم لدى المولود فترة الرضاعة، فإنه يجوز قياس الرحم على الثدي فيما يفرزه من أمشاج تنشز العظم وتنبت اللحم لدى الجنين فترة الحمل[٢]، ويضيف أصحاب هذا الرأي أن الله سبحانه وتعالى قد جمع بين الحمل والرضاعة في آيات كثيرة، مما وحد الحكم فيها وجعل ما يسري على الرضاعة يسري على الحمل لكونهما مصدر الغذاء الضروري لإبقاء الجنين، وعليه فإن استئجار الرحم لحمل الجنين حلال مثل استئجار الثدي لإرضاع المولود بالقياس المباشر، وقد ترتب على هذا القياس أن يحرم من تأجير الرحم ما يحرم من الرضاع، فيصبح المولود نتاج هذه العملية محرما على المرأة صاحبة الرحم المستأجر مثل الأم المرضعة.

٢)ظاهرة الحمل لحساب الغير لا تؤدي إلى اختلاط الأنساب، حيث أن التشكيل الوراثي للجنين سيكون للزوجين أصحاب البويضة الملقحة، ولا يمكن بأي حال من الأحوال إعادة تلقيح هذه البويضة الملقحة مرة أخرى بحيوان منوي آخر غير الذي لقحت به من قبل[٣]حيث أن البويضة المخصبة تفرز حاجزا يمنع المساهمة بأي مواد وراثية أخرى وذلك حتى تحتفظ الخلية بتكوينها الجيني الذي يحتوي على الإرشادات اللازمة لتكوين الجنين ولا يمكن تغيرها مطلقا، كذلك فإن الرحم لا يقوم بنقل الصفات الوراثية ولا يسهم بأي تكوين جيني فهو ليس إلا حضانة للجنين تحميه وتمده بما يلزم لنموه.

---

(١) يراجع: - J.L. Baudouin et C.L Riou, Produire de l'homme, de quel droit? P.U.F., 1987, p.108

(٢) هذه الفتوى للدكتور عبد المعطى بيومي، مشار اليها لدى د. طارق عبدالله محمد أبو حوه، الانعكاسات القانونية للإنجاب الصناعي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ص ٢٣٧.

(٣) د. عطا عبد العاطي السنباطي، مرجع سابق، ص ٢٥٩، كذلك ينظر د. رشدي شحاته أبو زيد، تأجير الأرحام، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة حلوان، العدد السابع، يوليو–ديسمبر ٢٠٠٢، ص٢٨٨.

٣)ظاهرة الحمل لحساب الغير أشبه ما تكون بنظام التبني، وبما أن التبني قد تم تنظيمه في كثير من الدول ووضعت له أنظمة قانونية فلا ضرر من جواز هذه الظاهرة[١].

٤)توافر حالة الضرورة، حيث ادعى البعض أن اللجوء لهذه الوسيلة لا يكون إلا في حالات الضرورة المتمثلة في ولادة المرأة دون رحم، او استئصاله لأسباب مرضية، أو اصابته بتشوهات وعيوب تحول دون استقرار الحمل، فعندما تتحقق حالة من هذه الحالات يجوز لها شرعا الالتجاء لهذه الوسيلة لتحقيق حلمها بالإنجاب[٢].

٥)الرضائية في الاتفاق بين المرأة الحاملة والزوجين صاحبي البويضة الملقحة تنفي أي انتهاك يقع على معصومية الجسد الإنساني وإهانة كرامته، فمثلها مثل إباحة عمليات نقل الأعضاء، إذ يكون من باب أولى الانتفاع بعضو من هذه الأعضاء بدلا من التبرع بها[٣]، فإذا كان وجه الاعتراض على هذه الوسيلة إنها تخالف مبدأ حرمة الجسد الإنساني وعدم جواز التصرف فيه، حيث إنه يقع خارج دائرة التجارة القانونية وفقا لنص المادة ١١٢٨ من القانون المدني الفرنسي، فإن هذا المبدأ لم يعد يصمد أمام المستجدات العلمية الحديثة، والتي أصبحت الآن تستثنى من هذا المبدأ، كعمليات التبرع بنقل الأعضاء ونقل الدم والتبرع بالسائل المنوي، فإذا كانت تلك العمليات تتذرع بالمجانية لإباحتها فإن ذلك ليس صحيحا، وما المجانية إلا ستار قد يتحقق في جانب المعطي فقط أما المتلقي فيدفع دائما الثمن.

وبعد استعراض أهم الآراء التي أجازت وسيلة الحمل لحساب الغير نرى أن جميعها محل انتقاد فبالنسبة لقياس الحامل على المرضعة فهو قياس مع الفارق نظرا لأن جواز استئجار النساء لإرضاع المولود أجيز لغذاء الطفل ولاحتمال هلاك النفس، وما أجيز للضرورة لا يقاس عليه غيره ما لا يتوافر له نفس العلة، وبالنسبة للقول بأن الحمل لحساب الغير لا يؤدي إلى اختلاط الأنساب فهي حجة ضعيفة تتنافى مع الطبيعية الحقيقية للولادة الناتجة عن الزواج الشرعي سواء كان هذا الحمل نتيجة للمواقعة الطبيعية أو نتيجة استخدام إحدى وسائل الإنجاب الصناعي المشروعة، حيث يكون الطفل ثمرة تلقيح بويضة الزوجة بنطفة زوجها في رحمها مما يمثل حفاظا على النسب، فلا يمكن اعتبار الرحم حضانة للجنين مثله مثل الخزنة التي تحفظ بها البويضة الملقحة في بنوك النطف، فلا يمكن تجاهل ما يحدث من علاقة وطيدة بين صاحبة الرحم وبين البويضة الملقحة، أما بالنسبة لقياس الحمل لحساب الغير على التبني فإنه قياس مرفوض، لأن التبني ينقذ طفل وجد بالفعل من الضياع والتشرد ويحفظ حقوقه، أما الحمل لحساب الغير فهو يساهم في مجيء طفل مشكوك في نسبه لا يعرف أمه الحقيقية فيؤدي لضياع حقوق الطفل خصوصا إذا رفض الزوجين استلامه،

---

(١) د. محمد كاظم وآخرون، مصدر سابق، ص ٩١.

(٢) د. محمد سعد الدين حافظ، استئجار الأرحام رحمة من الله، مقال منشور بجريدة الأخبار، العدد ١٥٣١٩، الأحد ٢٠٠١/٦/٣.

(٣) د. شوقي زكريا الصالحي، مرجع سابق، ص ١٠٠.

وتخلت عنه من قامت بحمله، بالإضافة إلى أن هذه الحجة لا تتماشى مع الدول التي تجعل مصدر تشريعاتها الشريعة الإسلامية، حيث أن الإسلام حرم التبني ونهى عنه، وبالنسبة للقول يتوافر حالة الضرورة فلا يمكن ان نعتبر الحمل لحساب الغير من باب الضرورات التي تبيح المحظورات، حيث ان ضابط الضرورة خوف الهلاك أو الضرر الشديد على النفس أو الغير سواء كان يقينا او ظناً اذا لم يوجد ما يدفع به الهلاك أو الضرر الشديد والأهم في هذه الحالة ألا يخالف المضطر مبادئ الإسلام في حرصه على ثبوت النسب وعدم اختلاط الأنساب، وأما عن القول بأن الرضائية تنفي أي انتهاك لكرامة الإنسان، فهذا قول غير صحيح، فإذا كان القانون قد خول الإنسان بعض السلطات على جسده إلا إنه قد وضع حدا لجواز هذه التصرفات، كذلك فإن الرضا لا ينهض دليلا على عدم انتهاك الكرامة الإنسانية.

الفرع الثاني

الاتجاه الفقهي المعارض لظاهرة الحمل لحساب الغير

إذا كان هناك جانب من الفقه يؤيد ظاهرة الحمل لحساب الغير ويراها جائزة، ظهر جانب آخر على النقيض تماما لا يؤيد تقنية الحمل لحساب الغير، ويرى أنها غير جائزة وحرام شرعا، وأي تصرف يرد عليها فهو باطل، واستندوا في تبرير رأيهم على الأسانيد الآتية:

-استند الفقه الرافض لهذه العملية لإثبات بطلانها على مبدأ حرمة الجسد الإنساني ومبدأ حظر التصرف في حالة الأشخاص بشكل عام، فيما يخص مبدأ حرمة الجسد الإنساني، فإن نص المادة ١١٢٨ من القانون المدني الفرنسي ينص على أن الأشياء فقط هي التي تدخل في دائرة التعاملات القانونية، وبالتالي فإن جسد الإنسان لما له من حرمه لا يجوز المساس به ولا يمكن أن يكون محلا للتعاملات القانونية، والحمل لصالح الغير يجعل من جسد المرأة الحاملة محلا للتعاقد وذلك ما يخالف هذا المبدأ ويتنافى معه تماما.

–أما فيما يخص مبدأ حظر التصرف في حالة الأشخاص، والمقصود بحالة الشخص هو مركزه القانوني من حيث نسبه لوالديه أو إلحاقه بنسب أسرة أخرى، والقانون وحده هو الذي ينظم قواعد اثبات النسب أو نفيه وإنكاره ومن ثم تعتبر هذه المسائل من النظام العام، وقد نص القانون المدني الفرنسي في المادة ٩/٣١١ أنه لا يجوز التنازل عن دعاوى الحالة والبنوة، وهى تلك الدعاوى المتعلقة بإثبات بنوة الأشخاص أو إنكارها، وعلى ذلك فإن أي اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلا، والحمل لصالح الغير يؤدي إلى نسب الطفل لغير أمه الحقيقية، إضافة إلى تنازل أمه مقدما عن كل حقوقها على الطفل، وبالتالي فإن هذا الاتفاق يخالف نص المادة ٩/٣١١ ومن ثم يقع باطلا.

–واستند أصحاب هذا الاتجاه إلى مبررات أخرى يمكن أن تتلخص فيما يلي:

١)ذهب البعض إلى القول بعدم استيعاب القوالب العقدية لنظام الحمل لحساب الغير[١]، وذلك لأنه يصعب تحويل المعاني الإنسانية والعلاقة بين الأم ووليدها إلى حقائق قانونية، فماذا يكون الحكم إذا أخلت صاحبة الرحم البديل ببنود اتفاقها مع الزوجين وتعاطت بعض العقاقير الطبية التي أضرت بالجنين، هل سيتم توقيع الجزاء المدني عليها بفسخ العقد واعاده الحالة إلى ما كان عليها الطرفين قبل ابرام العقد أم يتم اسقاطها إذا امتنعت عن تنفيذ بنود العقد؟، كذلك فإن هذه الظاهرة ستؤدى إلى كثير من المشكلات الشرعية خاصة وإذا كانت المرأة صاحبة الرحم البديل متزوجة، هل سيصبح زوجها طرفا في عقد الحمل لحساب الغير[٢] ويلتزم بعدم الجماع مع زوجته طوال مدة الحمل منعا لاختلاط الأنساب، هل إذا طلقت صاحبة الرحم البديل ستنتهي عدتها بوضع وليد غيره أم يمكن أن تتزوج وهي حامل لغيرها؟، لذلك فإن العقود التي وردت في الأنظمة القانونية المختلفة لا تستطيع أن تستوعب هذه الظاهرة والالتزامات الناشئة عنها، ذلك أن أي تكييف قانوني لهذا العقد يكون باطلا لبطلان المحل والسبب، حيث أن أحد شروط المحل أن يكون مشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة ، وقيام المرأة بالحمل لحساب غيرها يجعل من جسمها محلا للتعامل المالي، ولا يصح أن يكون جسم الإنسان محلا للتصرفات المالية، بالإضافة إلى أن سبب هذا العقد هو ولادة طفل سينسب إلى غير من قامت بولادته، خلافا لقواعد النسب التي استقرت على ثبوت نسب الوليد لأمه بواقعة الولادة.

٢)ذهب بعض الفقه إلى التقريب بين هذه الظاهرة وبعض التصرفات التي جرمت بنصوص قانونية جنائية كجريمة الدعارة أو الجرائم الأخرى الخاصة بالزوجين كجريمة نسب طفل إلى امرأه لم تلده، وهذا ما نص عليه قانون العقوبات الفرنسي في المادة ٤/٣٥٤ [٣]، كذلك فإن البعض قد رأى أن المكاتب التي تقوم بدور الوسيط في هذه العملية تنتظرها العقوبة المقررة بنص المادة ١/٣٥٣ من قانون العقوبات الفرنسي والخاصة بالتحريض عن التنازل عن طفل.

٣)إذا كانت ظاهرة الحمل لحساب الغير ستؤدي مصلحة مشروعة للزوجين بتحقيق رغبتهما في الإنجاب، فإنها أيضا تؤدى إلى كثير من المفاسد التي ستزيد على قدر المصلحة المستجلبة منها مما لا يصح معها القول بمشروعيتها[٤].

٤)يؤدي نظام الحمل لحساب الغير إلى انقطاع العلاقة بين الطفل وامه الحقيقية، وبالتالي لم يعد الحمل جزء من العلاقة الدائمة بين الطفل وأمه وأصبح الحمل مجرد وظيفة مؤقتة الهدف منها انجاب طفل للغير، هذه الظاهرة ايضا منافية لفكرة الأمومة والغاية منها والمتمثلة في تحمل المسئولية منذ اللحظة الأولى للحمل

---

(١) للمزيد ينظر د. طارق أبو حوه، مرجع سابق، ص ٢٤٨.

(٢) المستشار مصطفى فرغلي الشقيري، الرحم البديل فكرة تحتضر، جريدة الأخبار، العدد ١٥٢٩٦، ٢٠٠١/٥/٧.

(٣) د. شوقي زكريا الصالحي، مرجع سابق، ص ١٠٢.

(٤) للمزيد ينظر د. طارق أبو حوه، مرجع سابق، ص ٢٥٤.

و حتى الوضع والرعاية المستمرة للطفل بعد ذلك، بالإضافة إلى أنها تجعل من الطفل والمرأة محلا للمتاجرة وهذا شيء لا يتفق مع كرامة الإنسان ويخلق نوع من تجارة الأطفال، حيث يمكن لأمرأه فقيرة أن تؤجر رحمها لإنجاب طفل للغير إذا تمت العملية نظير اجر معين، وبالتالي يتحول الأمر ايضا إلى استثمار جسم المرأة تجاريا.

٥)كثرة المخاطر التي تحاط بنظام الحمل لحساب الغير التي قد تتمثل في الأمراض والمضاعفات التي تنشأ عن الحمل، فيمكن أن تتعرض المرأة صاحبة الرحم البديل للإجهاض الذي قد ينجم عنه نزيف حاد لها تتعرض على إثره للموت، كما يمكن أن تؤثر الأدوية التي تتناولها أثناء الحمل إلى التأثير المباشر على الرحم، وقد تتمثل هذه المخاطر أيضا في النتائج الغير متوقعة للحمل، فقد يسفر الحمل عن ولادة طفل مشوه أو وفاة الجنين أثناء الحمل، أو ولادة توأم بخلاف الاتفاق الذي تم على طفل واحد، الأمر الذي يمكن معه للزوجين رفض استلام الطفل لأنه ولد مشوها مثلا، وترفض صاحبة الرحم البديل الاحتفاظ به، مما يعرض مستقبل الطفل للخطر.

٦)الأضرار النفسية التي يمكن أن تلحق بالزوجين وصاحبة الرحم البديل والطفل وذلك بمعرفة الطريقة التي تم إنجابه بها ، ومن هي أمه الحقيقة هل من نسب اليها أم من أنجبته وتخلت عنه؟[١].

وبناء على ما سبق فإننا نرى أن هذه الوسيلة من وسائل الإنجاب الصناعي يترتب عليها مشاكل كثيرة قد يصعب في كثير من الأحيان الوصول لحل فيها ولذلك يجب تجريمها ومحاربتها لكونها تؤدى إلى مفاسد كثيرة، فهي من **ناحية أولى** تؤدي إلى انتقال الصفات الوراثية واختلاط الأنساب من ناحية الأم فلا يعرف الطفل من أمه ، فقد أكد العلماء أن دم الأم الموصول بالجنين يحمل كل الصفات الوراثية، فإذا كانت الام حاملة لأحد الامراض الوراثية فإن ذلك يؤثر على الجنين، حيث أن حالة الجنين الصحية تتأثر أثناء أشهر الحمل بالبيئة المحيطة به برحم الأم، وبالنسبة لاختلاط الأنساب فهو أمر متوقع إذا كانت المرأة صاحبة الرحم البديل متزوجة فقد تحمل في حمل آخر نتيجة معاشرتها لزوجها في فترة مقاربة لزرع البويضة الملقحة[٢]، ولا يعلم وليدها من المولود ثمرة البويضة الملقحة، ومن **ناحية ثانية** يظل مصير الطفل مجهولا

---

(١) د. محمد المرسى زهرة، مرجع سابق، ص ٢٥٦.

(٢) وذلك ما انتهى اليه المجمع الفقهي، فبعد أن كان يفرق بين فرضين، الأول وهو أن يجرى التلقيح الخارجي بين بويضة الزوجة ونطفة الزوج ثم تزرع البويضة الملقحة في رحم امرأة أخرى متطوعة بالحمل، والفرض الثاني وهو أن يجرى أيضا التلقيح الخارجي بين بويضة الزوجة ونطفة الزوج ثم تزرع البويضة الملقحة في رحم زوجة ثانية للزوج صاحب النطفة، وأجاز المجمع الفرض الثاني دون الأول وذلك لأنه في الفرض الأول تعتبر المرأة أجنبية عن الزوج وشدد المجمع على أن اللجوء لهذه الوسيلة لا يكون إلا في حالات الضرورة القصوى وبمنتهى الحذر منعا لاختلاط اللقائح، وذهب المجمع إلى أن أم الطفل في هذه الحالة تكون صاحبة البويضة، أما الزوجة المتطوعة بالحمل تكون في حكم الأم من المرضاع بالنسبة للمولود، ثم عاد المجمع الفقهي في دورته الثامنة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من ٢٨ ربيع الآخر ١٤٠٥ إلى ٨ جمادى الأول ١٤٠٥ الموافق م١٩، ٢٨ يناير ١٩٨٥ وتراجع عن رأيه السابق، مقررا أن الزوجة الثانية التي زرعت فيها لقيحة بيضة الزوجة الأولى قد تحمل قبل انسداد

فقد ترفض المرأة صاحبة الرحم البديل تسليمه للزوجين، وقد يرفض الزوجين استلامه وبذلك يصبح الطفل مشردا دون نسب إلى حين تحديد أمه الحقيقية ، فاحتمالات النزاع بين الطرفين قائمة، بالإضافة إلى أن معرفة الطفل للطريقة التي تم إنجابه بها ستؤثر على نفسيته، ومن **ناحية ثالثة** فإن ظاهرة الحمل لحساب الغير تؤدى إلى تجارة المرأة بجسمها ويصبح محلا للتصرفات المالية، حيث يمكن للمرأة أن تجعل من ظاهرة الحمل لحساب الغير مهنة لها لاستجلاب المال، الأمر الذي يتعارض مع مبدا عصمة الجسد الإنساني وعدم قابليته أن يكون محلا للتصرفات المالية الأمر الذي يجعل معه نظام الأمومة في موضع الاتهام فيتحول الأمر إلى استثمار جسم المرأة تجاريا وتصبح هذه الظاهرة قريبة نسبيا من الدعارة[١] مما يجعل المرأة ممتهنة ومبتذلة، بالإضافة إلى أن تقنية الحمل لحساب الغير تؤدي إلى إشاعة الفاحشة في المجتمع وكثرة المنازعات التي تبرز غالبا عندما تتمسك صاحبة الرحم البديل بالمولود وترفض تسليمه للزوجين، فيثور التنازع على نسب الطفل، وفوق ذلك كله تؤدي إلى إثارة العديد من التساؤلات التي لا تثار في حالة الحمل الطبيعي في ظل علاقة زوجية قائمة بين رجل وامرأه ومن أهم هذه التساؤلات:

–هل سينسب الطفل بعد ولادته إلى صاحبة البويضة الملقحة والتي تسمى بالأم البيولوجية، أم أنه سينسب إلى صاحبة الرحم البديل التي حملته ووضعته طبقا لقواعد النسب باعتبار أن واقعة الولادة هي الفيصل في نسب المولود لأمه؟

–ما الحل إذا أخلت صاحبة الرحم البديل بتنفيذ التزامها وقامت بإجهاض نفسها وهل يكون لصاحبة البويضة الملقحة الحق في منعها من ذلك؟

–ماذا لو اعتادت صاحبة الرحم البديل تأجير رحمها وقامت بذلك لعده أسر وحدث مستقبلا تزاوج بين أبناء هذه الأسر؟[٢]

المطلب الثاني

التكييف القانوني لعقد الحمل لحساب الغير

رحمها على حمل اللقيحة نتيجة معاشرة زوجها لها في فترة متقاربة مع زرع اللقيحة، ثم تلد توأميين ولا يعلم ولد اللقيحة من ولد المعاشرة الزوجية كما لا تعلم أم ولد اللقيحة من أم ولد معاشرة الزوج، كما يمكن أن تموت علقة أو مضغة أحد الحملين ولا تسقط إلا مع ولادة الآخر الذي لا يعلم أيضا هو ولد اللقيحة أم ولد معاشرة الزوج الأمر الذي يتسبب في اختلاط الأنساب لجهة الأم الحقيقية لكل من الحملين والتباس ما بترتب على ذلك من أحكام.

(١) د. محمد المرسى زهرة، مرجع سابق، ص٢٥٧.

(٢) استئجار الأرحام زنا، بحث منشور بجريدة صوت الأزهر، العدد الثمانون، محرم سنة ١٤٢٢–ابريل سنة ٢٠٠١، ص ٩، مشار إليه لدى د. حسني محمود عبد الدايم، عقد اجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون، العدد السادس، الجزء الأول، ٢٠٠٥، ص ٣١٦.

لا شك أن تقنية الحمل لحساب الغير تثير كثيرا من المشاكل الشرعية والقانونية، وذلك لحداثة هذا النظام الغريب تماما عن الواقع القانوني، إذ ليس من المتصور عقلا ومنطقا أن تقوم بالحمل امرأة بالنيابة عن أخرى فلا يقوم بالحمل والوضع إلا الأم نفسها، ونظرا للأهمية التي حظى بها هذا النظام الذي يعد الملاذ الأخير للأزواج الغير قادرين على الإنجاب بالوسائل الأخرى فكان لابد من معرفة وتحديد كثير من الأمور المتعلقة بنظام الحمل لحساب الغير والتي من أهمها هل يعد الاتفاق بين الزوجين والمرأة صاحبة الرحم البديل عقدا أم إنه مجرد تفاهم غير ملزم بين الطرفين؟، واذا كان عقدا فما هي الطبيعة القانونية لمثل هذا العقد؟، كما أدى انتشار هذا النظام في الدول التي قننته إلى ظهور بعض المشاكل القانونية الناتجة عن تنفيذ الالتزامات بين اطراف العلاقة.

انقسم الفقه حول التكييف القانوني لنظام الحمل لحساب الغير الى فريقين:

-أولا الفريق المعارض لوجود فكرة العقد في نظام الحمل لحساب الغير: يرى هذا الفريق[١] أن الحمل لحساب الغير لا يعتبر عقدا بالمعنى الصحيح لهذا المصطلح، بل إنه مجرد اتفاق بين الزوجين صاحبي البويضة الملقحة وصاحبة الرحم البديل، واستندوا لإنكار فكرة العقد بين أطراف هذه العلاقة إلى القول بأن الأمر لا يعدو عن كونه مجرد اتفاق وتفاهم على وضع معين، ويترتب على ذلك عدم وجود أي التزامات تقع على عاتق الطرفين، فهو مجرد تفاهم غير ملزم بين الطرفين، وفى ظل غياب النظام العقدي يمكن لصاحبة الرحم البديل أن تحتفظ بالمولود وتنسبه اليها كأم قانونية له وترفض تسليمه للزوجين صاحبي البويضة الملقحة، حيث لا يمكن إدانتها قانونا والحكم عليها برد المولود أو الحكم عليها بتعويض مالي لعدم تسليمها المولود ثمرة اللقيحة.

ونرى إنه لا يمكن التسليم بمثل هذا الرأي حيث أن العقد ينعقد بمجرد تلاقى ارادتين متطابقتين[٢] عن طريق إيجاب مقدم من أحد الطرفين يصادفه قبول من الطرف الآخر، ونظام الحمل لحساب الغير لا يخرج عن هذا الوضع حيث تطلب الزوجة من امرأة أخرى أن تحمل البويضة الملقحة وتضع المولود بدلا منها ثم تسلم المولود لها وتقبل المرأة صاحبة الرحم البديل ذلك العرض فينعقد العقد بذلك الإيجاب والقبول.

([1]) J.R. devichi, Les procrèations assistèes: ètat des questions, Rev. trim, droit civil,1987, p. 494, no 60 et 61.

مشار اليه لدى د. حبيبة سيف سالم، المرجع السابق، ص٣٤٤، كذلك يؤيد هذا الرأي د. ممدوح محمد خيري هاشم، الإنجاب الصناعي في القانون المدني، دراسة قانونية فقهية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ١٩٩٦، ص٢٥٧.

([٢]) المادة ٨٩ من القانون المدني المصري.

–ثانيا الفريق المؤيد لفكرة العقد في نظام الحمل لحساب الغير: يرى هذا الفريق[١] أن المرأة صاحبة الرحم البديل ترتبط مع الزوجة صاحبة البويضة الملقحة بعقد وهذا هو الرأي الراجح، وذلك ما ذهب اليه المشرع الأمريكي حيث تسمح القوانين الأمريكية بالقول بوجود عقد في نظام الحمل لحساب الغير، ويتم ذلك بتحرير عقد بين الأطراف المشاركة في العملية وهما في الغالب الزوجين صاحبي البويضة الملقحة والمرأة التي ستقبل شغل رحمها بحمل الجنين، ويعتبر الزوجان صاحبا البويضة الملقحة الوالدان الشرعيان للمولود، وبالتالي يقع عليهما عبء تحمل كافة النفقات التي يتطلبها رعاية ذلك الجنين، وعلى النقيض تماما فإن المشرع الفرنسي مازال يرى أن الزوجين صاحبي البويضة الملقحة في نظام الحمل لحساب الغير لا يرتبطان مع صاحبة الرحم البديل بأي عقد، فالأمر برمته لا يعدو أن يكون مجرد اتفاق او تفاهم فقط[٢].

فإذا كان الرأي الراجح ذهب إلى القول بوجود عقد بين المرأة صاحبة الرحم البديل (المرأة الحاملة) والمرأة الأخرى صاحبة البويضة فما هي طبيعة هذا العقد؟، فعلى الرغم من اتفاق أنصار هذا الرأي على القول بوجود عقد إلا أنهم اختلفوا على تكييف هذا العقد، فمنهم من ذهب إلى القول بانه عقد بيع، والبعض ذهب إلى أنه عقد إيجار، إلى غير ذلك من العقود التي تتشابه مع هذا العقد، وللإجابة على مثل هذا التساؤل لابد أولا من التمييز بين عقد الحمل لحساب الغير وما يشتبه به من عقود، والالتزامات المتولدة عن هذا العقد وذلك من خلال الفرعيين التاليين:

الفرع الأول

التكييف القانوني لعلاقة المرأة الحامل بالزوجين

لقد تباينت الآراء الفقهية حول تكييف عقد الحمل لحساب الغير، وأهم التكيفات التي تتشابه مع عقد الحمل لحساب الغير هي:

–أولا عقد الحمل لحساب الغير وعقد البيع:

---

(١) د. محمد المرسى زهرة، المرجع السابق، ص٢٦٧، وأشار سيادته الى:

-J.R. Devichi, La gestation pour le compte d'autrui, D., 1985, p.147.

-C. Atias, le contract de substitution de mere, D.,1986, p.67.

-P. Kayser, Les limites morals et juirdiques de la procreation artificielle, D., 1987, p.195, no. 14-15.

-M. Harichaux, l'assurance maternite et la maternite par substitution, RDSS., 1985, p. 555.

(٢) د. ممدوح خيرى هاشم، المرجع السابق، ص٢٥٦، د. حبيبة سيف سالم، المرجع السابق، ص٣٤٥.

حيث تنص المادة رقم ٤١٨ من القانون المدني المصري المقابلة لنص المادة ١٥٨٣ من القانون المدني الفرنسي على أن " البيع عقد يلتزم فيه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي "[١]، ويتضح من النص السابق أن عقد البيع يتميز بالخصائص الآتية:

أولا: التزام البائع بنقل ملكية شيء أو حق مالي آخر إلى المشتري.

ثانيا: أن يكون هذا الالتزام في مقابل ثمن نقدي.

كذلك فإن عقد البيع من العقود الرضائية حتى وإن اشترط المشرع التسجيل لنقل ملكية العقارات، كما إنه عقد ملزم للجانبين، فالبائع يلتزم وفقا لهذا العقد بتسليم المبيع للمشتري، وبضمان العيوب الخفية، والمشتري يلتزم بدفع المقابل في المكان والزمان المتفق عليه في العقد، وبالتالي فهو من عقود المعاوضة كل طرف يأخذ مقابلا لما يعطي، كما إنه عقد ناقل للملكية أو لحق مالي آخر.

وبتطبيق هذه الخصائص المميزة لعقد البيع على عقد الحمل لحساب الغير، نرى أن الحمل لحساب الغير لا ينسجم مع عقد البيع، بالنسبة للمحل في عقد البيع فهو شيء أو حق مالي، أما المحل في عقد الحمل لحساب الغير فيكمن في الجنين وجسد المرأة الحاملة، وقد اتفق الفقه على أن الجنين لا يعتبر شيئاً او حقاً مالياً حتى يمكن القول ببيعه، وعليه فإن المحل في كلا العقدين مختلف، أما بالنسبة للعوض فيتوافر في عقد البيع، إلا إنه غير مؤكد الوجود في عقد الحمل لحساب الغير، فالمرأة الحاملة (صاحبة الرحم البديل) في أغلب الأحيان تكون متطوعة بالحمل، حتى وإن تم الحمل بعوض وليس تبرعا فإن أهم ركن في العقد هو المحل الذي يجب أن يكون مشروعاً ومعيناً أو قابلا للتعيين وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة[٢]، وعليه فإن الاتفاق بين صاحبة الرحم البديل والزوجين يكون مخالفا للنظام العام فالكائن البشري لا يمكن أن يكون محلا للالتزامات العقدية أو محلا للملكية، كذلك فإن المشترى في عقد البيع يتعاقد على شراء شيء لا يملكه، أما في الحمل لحساب الغير فإن الزوجة (المرأة التي أوصت على الطفل) تعتبر أمه البيولوجية حيث ان البويضة الملقحة التي زرعت في رحم المرأة الحاملة تنسب لها ولزوجها وليس من المتصور أن يشترى شخص شيء يملكه أصلا، أما إذا كان دور المرأة الحاملة لا يقتصر على حمل البويضة الملقحة فقط بل يشمل مساهمتها بالبويضة أيضا في هذه العملية، فهل العقد هنا يرد على بيع النسبة التي تساهم بها فقط أم على الطفل كله؟

أما بالنسبة لآثار عقد البيع:

---

(١) انظر د. محمد لبيب شنب، أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، ١٩٨٦، ص٢٤٨، د. محمد شكري سرور، عقد البيع، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص١١٢، كذلك د. سليمان مرقص، عقد البيع، طبعة نادى القضاة، ص٢١٩.

(٢) د. حبيبة سيف سالم، المرجع السابق، ص٣٤٧.

– حيث يلتزم البائع بتسليم المشترى الشيء المبيع بالحالة التي كان عليها وقت التعاقد[١] خاصة إذا كان التسليم لاحقا لانعقاد عقد البيع، وذلك غير متصور عملا في عقد الحمل لحساب الغير حيث يمكن أن يموت الجنين قبل ولادته حيا كما لو حدث إجهاض أثناء فترة الحمل، فيصبح التسليم في هذه الحالة مستحيلا ولا يمكن إعمال فكرة التعويض[٢] إلا إذا أثبت المشتري وجود علاقة بين هذا الإجهاض وفعل البائع، كذلك فإن التسليم في عقد البيع يلزم البائع بتسليم الشيء المباع بالحالة التي كان عليها وقت التعاقد وذلك يستحيل عملا في نظام الحمل لحساب الغير، حيث أن الشيء المراد تسليمه وهو المولود يختلف تماما عن الحالة التي كان عليها وقت التعاقد حيث تسلمته المرأة صاحبة الرحم البديل عبارة عن بويضة ملقحة.

– أما بالنسبة لضمان العيوب الخفية باعتباره أهم التزامات البائع في عقد البيع فإنه وفقا لنص المادة (٤٤٧) من القانون المدني المصري يتعين لكى تقوم مسئولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في المبيع أن تكون هذه العيوب كامنة في مادة الشيء المبيع ذاته وموجودة فيه وقت أن تسلم المشترى الشيء المبيع من البائع وأن تنقص من قيمته بحسب الغرض الذي أعد له، كما يلزم أن تكون خفية وهى تكون كذلك حسب الفقرة الثانية من المادة المشار اليها إذا أثبت المشترى أنه لا يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص الشيء المبيع بعناية الرجل العادي، ما لم يكن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو تعمد اخفاءه غشا منه، ومن ثم فإنه يضمن البائع للمشترى العيب الخفي إذا تخلف صفة كان قد كفل البائع للمشترى وجودها في الشيء المبيع، أو ظهرت آفة طارئة تخلو منها الفطرة السليمة للشيء المبيع[٣]، وبهذا المعنى للعيب الخفي يصعب تطبيقه في عقد الحمل لحساب الغير، حيث لا يمكن أن تضمن المرأة الحاملة العيوب الخفية التي سيولد بها المولود وحتى وإن كانت ناتجة عن مرض وراثي بها.

---

(١) د. فيصل ذكى عبد الواحد، الوجيز في عقد البيع وفقاً للقانون المدني المصرى،٢٠٠٥، الجزء الأول، دار نصر، ص١٤٢.

(٢) د. حبيبة سيف سالم، المرجع السابق، ص٣٤٧، حيث ترى سيادتها انه على الرغم من وجود بعض التشابه الظاهري بين عقد البيع وعقد الحمل لحساب الغير، إلا إنه لا يمكن ان يتم تكييف عقد الحمل لحساب الغير على انه عقد بيع وذلك لاستحالة المحل والسبب. وفى ذات المعنى يراجع د. سعيد سعد عبد السلام، فكرة العقود المدنية الناشئة عن الإنجاب الصناعي، بدون سنة نشر، ص١٠٦

(٣) د. فيصل ذكى عبد الواحد، المرجع السابق، ص٢٣٧–٢٣٨.

كذلك نصت المادة ٤٥٠ مدني على إنه" إذا أخطر المشترى البائع بالعيب الخفي في الوقت الملائم كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة٤٤٤ مدنى" ويكون المشرع بذلك قد خول للمشترى الحق في الرجوع على البائع وفقا لأحكام ضمان الإستحقاق المنصوص عليه في المادتين ٤٤٣، ٤٤٤ مدنى، كما يجوز للمشترى أيضا الرجوع وفقا للقواعد العامة بأن يطلب التنفيذ العيني اذا كان ممكناً ويكون ذلك بإصلاح العيب أو الحصول على شيء سليم على نفقة البائع كما له أن يطلب فسخ العقد.

وبناء على ما سبق فإننا نؤيد الرأي القائل بأن عقد الحمل لحساب الغير يستحيل تكييفه على أنه عقد بيع وذلك لاختلاف المحل، ولاستحالة إعمال وتطبيق آثار عقد البيع على عقد الحمل لحساب الغير.

-ثانيا عقد الحمل لحساب الغير وعقد الإيجار:

عرف المشرع عقد الإيجار في المادة ٥٥٨ من القانون المدني المصري على أنه" عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين لمدة معينة لقاء أجر معلوم"[١]، ومن خلال هذا النص يمكن أن نستخلص خصائص عقد الإيجار لنرى مدى توافرها في عقد الحمل لحساب الغير، حيث يتميز عقد الإيجار[٢] بالآتي:

١)التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة.

٢)التزام المستأجر بدفع المقابل نظير هذا التمكين للمؤجر.

٣)التزام المؤجر بتسليم المستأجر الشيء المؤجر بحالة صالحة للاستعمال وتفي بالغرض من الإيجار.

٤)التزام المستأجر برد الشيء المؤجر بنفس الحالة التي تسلمها عليه من المؤجر عند التعاقد.

٥)التزام المؤجر بضمان التعرض سواء كان منه أو من الغير متى توافرت شروطه.

كما يتميز عقد الايجار إنه من العقود الرضائية، الملزمة للجانبين، من عقود المعاوضة بالإضافة إلى أن الاعتبار الشخصي له أهمية كبيرة فيه، كما إنه من العقود الزمنية.

فهل يمكن تطبيق هذه الخصائص على عقد الحمل لحساب الغير أم لا؟ : **بالنسبة لالتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء المؤجر** يكون مقتضى هذا الالتزام في عقد الحمل لحساب الغير أن تمكن المرأة صاحبة الرحم البديل الزوجين صاحبي البويضة الملقحة من الانتفاع برحمها الذي لابد أن يكون خاليا سليما قادرا على الحمل، وهو أمر إن كان ممكنا في عقد الإيجار فيصعب تطبيقه في عقد الحمل لحساب الغير، ذلك أن محل الإيجار هنا هو رحم المرأة صاحبة الرحم البديل ولا يمكن معاملة جسم الإنسان على أنه شيء، فلا يمكن خضوع جسم الإنسان للتصرفات المالية.

---

(١) للمزيد انظر د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء ٦، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، القاهرة، دار النهضة العربية،١٩٨٩، ص٧، د. حمدي عبد الرحمن، شرح قوانين ايجار الأماكن في ضوء القانون(٤٩) لسنه ١٩٧٧، والقانون(١٣٦) لسنة ١٩٨١، واللوائح التنفيذية وأحكام النقض، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة ١، ١٩٨٢،ص٣.

(٢) للمزيد انظر د. محمد على عمران، عقد الإيجار، ١٩٨٧، ص١٠٥، د. حمدي عبد الرحمن، أحكام عقد الإيجار، ١٩٩٦، ص٢٢، د. سليمان مرقص، أحكام إيجار الأماكن، الطبعة السادسة، ص٦٠٢، د. حسام الدين كامل الأهواني، عقد الإيجار في القانون المدني وفى قوانين إيجار الأماكن، الطبعة الثالثة، ١٩٩٨، ص١١٠، د. فيصل ذكى عبد الواحد، المرجع السابق، ص١٦١.

وأما **بالنسبة لالتزام المستأجر بدفع المقابل للمؤجر** فهو متصور في عقد الإيجار حيث يقوم المستأجر بدفع عوض نظير الانتفاع بملك المؤجر، إلا انه في عقد الحمل لحساب الغير يرى بعض الفقه[١] أن المرأة صاحبة الرحم البديل تقوم بالحمل لحساب الغير تطوعا، ومن ثم ينتفى الالتزام بدفع المقابل، وإذا سلمنا بوجود المقابل في عقد الحمل لحساب الغير فإنه يختلف مع المقابل في عقد الإيجار، حيث أن المقابل في عقد الإيجار لابد أن يكون محددا أو قابلا للتحديد ويكون على قدر المنفعة التي ستعود على المستأجر من الانتفاع بالشيء المؤجر، أما بالنسبة لعقد الحمل لحساب الغير فلا يتصور أن يتم تحديد المقابل على قدر المنفعة التي ستعود على الزوجين صاحبي البويضة الملقحة من الانتفاع برحم المرأة الحاملة، وعلى ذلك فإن محل الانتفاع مختلف في كلا العقدين، وعليه فإنه لا يمكن اعتبار المقابل واحدا في كلا العقدين[٢].

بالنسبة لالتزام المؤجر بتسليم الشيء المؤجر للمستأجر بحالة صالحة للاستعمال وتفي بالغرض من الإيجار: فإن هذا الالتزام متصور عملا في مجال إيجار العقار أو المنقول، وذلك لأن المستأجر أيا كانت خبرته يمكنه معاينة الشيء المؤجر المعاينة الجيدة التي يستطيع من خلالها أن يحدد ما إذا كان الشيء المؤجر صالحاً للانتفاع به من عدمه لوجود الشيء المؤجر على الطبيعة، أما في عقد الحمل لحساب الغير فإن هذه المعاينة لا تتوافر للزوجين صاحبي البويضة الملقحة فلا يستطيع المستأجر التأكد من صلاحية الشيء المؤجر للانتفاع به بنفسه ولابد من تدخل طبيب متخصص في هذا المجال.

بالنسبة لالتزام المستأجر برد الشيء المؤجر بنفس الحالة التي تسلمها من المؤجر عند بداية العقد: بالنسبة لعقد الإيجار يستطيع المؤجر من التأكد إذا ما كان الشيء المؤجر على نفس الحالة التي كان عليها عند تسليمها للمستأجر من عدمه، أما في عقد الحمل لحساب الغير فإن الشيء المؤجر(الرحم) يبقى تحت السيطرة الفعلية للمؤجر(المرأة الحاملة) أي لم ينتقل إلى المستأجر، كذلك فإن المستأجر لا يتسنى له معرفة أن الشيء المؤجر مازال بالحالة التي كان عليها عند التعاقد أم لا، فإذا كان ذلك متصورا عند بداية التعاقد حيث تخضع المرأة صاحبة الرحم للفحوصات الطبية المختلفة وذلك على نفقة المستأجر(الزوجين صاحبي البويضة) للتأكد من صلاحية رحمها لزرع البويضة الملقحة من عدمه، فإن المستأجر لا يهمه التأكد من حالة الرحم بعد ولادة الطفل لأنه حصل على منفعته الكاملة.

وأخيراً بالنسبة لالتزام المؤجر بضمان التعرض سواء كان منه أو من الغير: إذا ما توافرت شروط الالتزام بضمان التعرض في عقد الإيجار والتي من أهمها أن يقوم المستأجر بإبلاغ المؤجر بتعرض الغير له في الانتفاع الهادئ بالشيء المؤجر، فإن المؤجر لابد أن يضمن التعرض المادي أو القانوني الصادر منه أو

---

(١) د. محمد المرسى زهرة، المرجع السابق، ص٣٤٦ وما بعدها، وكذلك د. ممدوح خيرى هاشم، المرجع السابق، ص٢٥٤.

(٢) للمزيد ينظر د. حبيبة سيف سالم، المرجع السابق، ص٣٤٩.

من خلفه العام أو خلفه الخاص أو من الغير الذي لا تربطه أي رابطة بالمؤجر، وبتطبيق هذا الالتزام على عقد الحمل لحساب الغير فيجب أن تلتزم المرأة الحاملة بالخضوع للكشف الطبي الدوري أثناء الحمل للمحافظة على الجنين ومتابعة نموه، وكذلك عدم الادعاء بنسب الطفل إليها، وهذا ما يطلق عليه ضمان التعرض الشخصي[١]، كذلك فيجب أن تضمن عدم تعرض الغير المبني على سند قانوني (كمحاولة زوجها التمسك بنسب الطفل إليه عملا بقاعدة الولد لصاحب الفراش)[٢].

ونرى إنه على الرغم من التشابه والتقارب بين عقد الإيجار وعقد الحمل لحساب الغير، إلا إنه لا يمكن تكييف عقد الحمل لحساب الغير على إنه عقد إيجار وذلك لاستحالة المحل في عقد الحمل لحساب الغير ، حيث أن محل عقد الإيجار الانتفاع بالشيء المؤجر، والإنسان لا يعتبر شيء ولا يمكنه التعامل المادي على جسده وعدم مشروعية المحل تجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا كما هو الحال في التشريع المصري[٣]، ذلك أن الأجرة تجعل من المرأة والجنين محل للمتاجرة، حتى واذا سلمنا بهذا التكييف فإنه لا يفسر كافه النتائج المترتبة عليه فإذا فسر لنا انتفاع المرأة صاحبة البويضة الملقحة بجسم المرأة صاحبة الرحم البديل فهو لا يفسر تنازل هذه المرأة عن وليدها لصاحبة البويضة ونسبته لها قانونا فمثل هذا التنازل لا يوجد له مبرر في عقد الإيجار[٤]، واذا كانت بعض الدول نظمت عقد الحمل لصالح الغير وأضفت عليه المشروعية كالتشريع البريطاني[٥] ونصت على بنوده وأركانه، إلا انها اشترطت أن يكون هذا العمل تبرعا وليس بمقابل مالي، وهذا لا يتوافر في عقد الإيجار كونه من عقود المعاوضة.

-ثالثا: عقد الحمل لحساب الغير وعقد الوديعة:

تنص المادة (٧١٨) من القانون المدني المصري على انه: "عقد يلتزم بمقتضاه شخص أن يتسلم شيء من آخر، على أن يتولى حفظ هذا الشيء وعليه أن يرده عينا"، وعليه فإن أحكام عقد الوديعة تنحصر في التزام المودع لديه بحفظ الشيء المودع ورده عينا بنهاية العقد الى المودع، كذلك يتميز بكونه عقد شخصي ينقضي بوفاة المودع، وهذا العقد يرد على الأشياء بصرف النظر عن كونها عقارا أو منقولا[٦]، وبتطبيق هذه الأحكام على عقد الحمل لحساب الغير يكون الزوجان صاحبا البويضة الملقحة هما المودع والمرأة صاحبة

---

(١) للمزيد ينظر د. سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص١٠٨-١٠٩.

(٢) ينظر د. رضا عبد الحليم، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، ، ص٥٣٣.

(٣) حيث تنص المادة ٤٥ من لائحة آداب المهنة المصرية على انه" لا يجوز إجراء عمليات الإخصاب المساعد داخل أو خارج جسم الزوجة إلا باستخدام نطفة زوجها حال قيام العلاقة الزوجية الشرعية بينهما.

كما لا يجوز نقل بويضات مخصبة لزرعها في أرحام نساء غير الأمهات الشرعيات لهذه البويضات.

(٤) د. محمد المرسى زهرة، المرجع السابق، ص٢٧٠.

(5) Surrogacy Agreement Act 1985.

(٦) د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، الجزء ٧، ص٨٧٩ وما بعدها.

الرحم البديل هي المودع لديه، ويتمثل التزامها في زرع البويضة الملقحة في رحمها الى وضع المولود وتسليمه للزوجين الذي يكون في حكم الشيء المودع.

وبناء على ما سبق نرى ان هناك تناقض بين العقدين من حيث أحكام الرد والمحل، فيستحيل رد الشيء عينا في عقد الحمل لحساب الغير حيث تتسلمه المرأة صاحبة الرحم البديل بويضة ملقحة وترده مولود، كذلك فإن عقد الوديعة عقد شخصي ينقضي بوفاة المودع حيث تسلم الوديعة للورثة، فما هو الحال إذا رفض الورثة استلام هذا الطفل الذي سيؤثر بلا شك على ميراثهم، اما بالنسبة للمحل فقد سبق القول انه يستحيل معاملة الانسان على انه شيء.

-رابعاً عقد الحمل لحساب الغير وعقد الوكالة:

تنص المادة ٦٩٩ من القانون المدني المصري على ان عقد الوكالة هو" عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل"، وبالتالي فإن جوهر عقد الوكالة هو إحلال إرادة الوكيل محل إرادة الموكل للقيام بتصرف قانوني، ويرى البعض أن عقد الوكالة يشبه عقد الحمل لحساب الغير حيث تقوم المرأة صاحبة الرحم البديل بالقيام بالحمل والوضع لحساب الزوجة صاحبة البويضة الملقحة وينسب المولود لها.

إلا أن هذا التشابه الظاهري لا يكفى لتكييف عقد الحمل لحساب الغير على انه عقد وكالة وذلك لاختلاف محل العقدين، حيث أن محل العقد في الحمل لحساب الغير هو تمكين الانتفاع من الرحم فالتصرف هنا محله جسم الإنسان أي القيام بعمل مادى وليس تصرفا قانونياً[١]، بينما يتمثل المحل في عقد الوكالة يتمثل في القيام بتصرف قانوني، بالإضافة الى أن الوكالة محلها تصرف مشروع وعلى العكس من ذلك فإن عقد الحمل لحساب الغير يرد على محل غير مشروع.

وعلى ذلك فإنه لا يمكن إخضاع هذا العقد للأحكام المنظمة للعقود المسماة وذلك لعدم التشابه والتطابق بينه وبين العقود المختلفة والتي يأتي في مقدمتها اختلاف المحل بينه وبين العقود التي تتشابه معه، ذلك أن محل العقد في عقد الحمل لحساب الغير يرد على جسم الإنسان الذي لا يمكن أن يقوم بمال ابداً، الأمر الذي جعل البعض يقرب هذا النظام إلى بعض النظم الأوضاع القانونية الأخرى كالتبني وذلك على النحو التالي:

هل يعتبر عقد الحمل لحساب الغير تبني[٢]؟ أورد بعض الفقه[٣] فكرة تكييف الحمل لحساب الغير على انه تبني يعرف التبني بانه: تصرف من انسان يستلحق بمقتضاه ولد، سواء كان معلوم النسب أو مجهول

---

(١) د. عطا عبد العاطي السنباطي، المرجع السابق، ص١٥٠.

(٢) من المعروف أن الإسلام قد أبطل التبني لما فيه من تزييف للحقائق، وانما جاءت فكرة التقريب بين نظامي الحمل لحساب الغير والتبني لإقرار بعض التشريعات كالتشريع الفرنسي لنظام التبني.

(٣) د. محمد المرسى زهرة، المرجع السابق، ص٢٧٢، د. حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص٩٦:٩٨.

النسب، ويصرح انه اتخذه ولداً له مع انه ليس كذلك في الحقيقة[١]، أي انه اتخاذ انسان ولدا له من غيره، كذلك يشترك الحمل لحساب الغير مع التبني في الهدف النهائي منه وهو نقل نسب المولود من صاحبة الرحم البديل الى الزوجين صاحبي البويضة الملقحة، وهو ذات الهدف من التبني فإذا كان الحمل لحساب الغير يؤدى الى حرمان المرأة صاحبة الرحم البديل من وليدها الذي حملته ووضعته وحرمان المولود منها، فإن التبني أيضا يؤدي إلى حرمان الطفل من أمه الحقيقية حيث أنه يمكن أن يكون التبني لطفل معروف ابواه.

إلا انه لا يمكن التسليم بمثل هذا التكييف وذلك لان التبني يعالج حالة واقعية كتبني طفل لقيط أو يتيم وبالتالي فهو له مردود ايجابي على الطفل حيث يؤدى الى تغيير حالة الطفل من كونه بلا أسرة الى نسبته الى أسرة معينة، أما الحمل لحساب الغير فهو بمثابة تبني مسبق فهو نظام يقوم على الاتفاق على انجاب طفل بهدف تبنيه بعد ذلك فهو يؤدى الى خلق وضع سلبي للطفل ونسبته إلى غير أمه اراديا، بالإضافة إلى انه على الرغم من إقرار المشرع الفرنسي لنظام التبني إلا انه اقر صراحة بطلان اتفاقيات الحمل لحساب الغير[٢]، وهذا ما انتهت اليه أيضا محكمة النقض الفرنسية[٣].

وبناء على ما سبق فإنه لا يمكن تكييف عقد الحمل على انه عقد بيع أو إيجار أو غيرهما من العقود المسماه التي تتشابه ظاهريا مع هذا العقد، وذلك لاختلاف المحل بينهم، حيث أن محل العقد في الحمل لحساب الغير يتمتع بقدسية تجعله يخرج عن دائرة التعامل، كذلك لا يمكن اعتباره كنظام بمثابة التنازل عن الحق او تبنى، وعلى الرغم من أن الاتفاق بين صاحبة الرحم البديل والزوجين صاحبي البويضة الملقحة يعتبر قانونا عقدا إلا انه لا يمكن الحاقه قانونا بأي عقد من العقود المسماه السابق ذكرها، وذلك لعدم استيعاب القوالب العقدية لان يكون جسد الإنسان محلا لها نظرا لطبيعته الغير مالية التي تخرجها من نطاق التعاملات، ولذلك فهو عقد غير مسمى له ذاتية خاصة تتفق والهدف من ابرامه والآثار المترتبة عليه والتي من أهمها ميلاد الطفل ونسبته إلى غير أمه، حيث يعد رحم المرأة التي قبلت أن تقوم بالحمل لحساب امرأة أخرى هو محل هذا العقد، ويكمن سبب هذا العقد بالنسبة للزوجين صاحبي البويضة المخصبة في الحصول

---

(١) د. حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص٩٦.

(٢) حيث نصت المادة (٧/١٦) من القانون المدني الفرنسي لسنه ١٨٠٤ على "أي اتفاق للإنجاب أو الحمل بالنيابة عن الآخرين يكون باطلا" مشار اليه لد د. حسنى محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص٩٨.

(٣) حيث قضت في قضية لها سنة ١٩٩١ بعدم صحة وصف اتفاقيات الحمل لحساب الغير بأنها تبنى للمولود حيث قضت بأن (التبني تم عن طريق عملية وجهت نحو تمكين الزوجين من الحصول على طفل بالاتفاق وتخلى الأم عنه حال ولادته، وهذا يخالف مبدأ التعامل بالأعضاء البشرية وحالة الأشخاص وعليه فإن هذه العملية تخالف نظام التبني)، مشار لهذه القضية لدى د. صبري خاطر، عرض لكتاب القانون وتجارب الجينات للمؤلف الفرنسي(Alian Bensoussa)، منشور في مجلة العدالة، العدد الأول، ٢٠٠١، ص١٩٩.

على ولد، بينما يكمن السبب بالنسبة للمرأة صاحبة الرحم المؤجر في الحصول على المقابل المالي إذا كان العقد معاوضة، أو مساعدة الزوجين في تحقيق حلمهما في الحصول على الولد إذا كان العقد تبرعا.

الفرع الثاني

الالتزامات الناشئة عن عقد الحمل لحساب الغير

إن عقد الحمل لحساب الغير في الدول التي تجيزه مثل بريطانيا وبعض الولايات بأمريكا يقع صحيحا ويولد التزامات وحقوق على عاتق الطرفين، حيث يتميز بأنه من العقود الملزمة لجانبين، حيث يقع على عاتق طرفيه القيام ببعض الالتزامات تجاه الطرف الآخر، بالإضافة الى وجود بعض الالتزامات المشتركة بين طرفيه، وتتمثل هذه الالتزامات في الآتي:

-أولا الالتزامات المشتركة بين الطرفين:

-الالتزام بالسرية وعدم الإفصاح إذا تم اشتراط ذلك في العقد، حيث تلتزم صاحبة الرحم البديل بعدم الإفصاح عن هوية الزوجين صاحبي البويضة الملقحة، وكذلك يلتزم الزوجين بعدم الإفصاح عن شخصية المرأة صاحبة الرحم البديل[١].

-القيام بإجراء الفحوصات الضرورية من قبل الزوجين صاحبي البويضة الملقحة والمرأة صاحبة الرحم البديل والتي من شأنها منع انتقال الأمراض المختلفة لكلا الطرفين[٢].

-ثانيا الالتزامات التي تقع على عاتق الزوجين صاحبي البويضة الملقحة:

-تحمل كافة النفقات المالية اللازمة للحصول على المولود بداية من عمليات الفحص والحصول على البويضة المخصبة وازرعها في رحم المرأة الحاملة الى حين وضع المولود، وكذلك نفقات الغذاء وأية نفقات أخرى يتطلبها الحمل، ويعد ذلك الالتزام حقا للمرأة صاحبة الرحم البديل حتى في حالة التبرع، فتلك النفقات لا تعد مقابل مالي نظير قيام المرأة بالحمل.

-سداد المقابل المالي المتفق عليه وفقا للعقد وذلك بالنسبة للتشريعات التي تبيح الحمل لحساب الغير بمقابل حتى ولو فشلت العملية أو توفى الجنين قبل ميلاده[٣].

-الإخصاب الخارجي لبويضة الزوجة ونطفة الزوج لزرعها في رحم المرأة صاحبة الرحم البديل.

---

(١) د. حسنى محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص١٤١.

(٢) د. شوقي زكريا الصالحي، المرجع السابق، ص٩٩.

(٣) د. خالد مصطفى فهمى، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والاستنساخ، مرجع سابق، ص١٠٧، د. حسن محمد كاظم وآخرون، المرجع السابق، ص١٠٤.

–تعويض المرأة صاحبة الرحم البديل عن المخاطر الغير مألوفة التي يمكن أن تصيبها بسبب الحمل.

–تسلم المولود بعد ولادته في الميعاد المذكور بالعقد، وذلك أي كان حالته الصحية والجسمانية سواء ولد الطفل سليما أو مشوها بأن يكون مصاب بعاهة ما، كونه يمثل ثمرة البويضة الملقحة المنسوبة لهما، وتجدر الإشارة الى أن قانون ولاية فلوريدا الأمريكية جعلت هذا الالتزام شرطا في العقد حيث نص القانون على ضرورة تقديم تعهد مسبق بتسلم الزوجين للمولود أيا كانت حالته(١).

–ثالثا الالتزامات التي تقع على عاتق المرأة صاحبة الرحم البديل:

–أن تضمن المرأة صاحبة الرحم البديل للزوجين صاحبي البويضة الملقحة خلو رحمها من أي جنين ينسب لها أو لغيرها وذلك تلافيا لما يسمى ظاهرة الرحم الجماعي(٢).

–أن تقبل صاحبة الرحم المؤجر بزرع البويضة المخصبة في رحمها، وأن تقبل بإجراء كافة الفحوصات الطبية التي تسبق عملية الزرع.

–المحافظة على حياة الجنين وذلك باتباع التعليمات التي تعطى لها من الطبيب المعالج، وكذلك الالتزام بالخضوع للفحوصات الطبية الدورية سواء ما كان منها قبل عملية زرع البويضة المخصبة أو ما كان أثناء الحمل للاطمئنان على الجنين، وكذلك تمتنع عن أي فعل يعرض الجنين لمخاطر الإسقاط، أو أي فعل قد يؤدى الى موته أو إصابته بأي مرض أو تشوهات كإجراء التجارب الطبية على دواء معين أو التعرض للأشعة الضارة، وكذلك المحافظة على سلامتها الجسدية بالامتناع عن تناول أي عقاقير كيميائية أو هرمونات من شأنها أن تحدث تشوهات بالجنين وتأثر على صحته(٣).

إلا أن الالتزام صاحبة الرحم البديل هنا هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، وبالتالي تبرأ ذمتها إذا ما تحققت تلك العناية سواء تحقق الهدف والغاية منها بولادة الجنين حيا أو لا.

–الالتزام بتسليم المولود للزوجين صاحبي البويضة الملقحة في الميعاد المتفق عليه بالعقد ودون أن تحصل على أي حقوق قبل الطفل(٤).

---

(1) Terri James, New York Surrogacy Law, p.1, an article available on: http:/www.surrogacy.com/legals/article/nylaw.

(٢) د. عطا عبد العاطي السنباطي، المرجع السابق، ص٨٦.

(٣)د. نسرين سليمان حسن منصور، مشكلات المسئولية المدنية الناجمة عن اجراء عمليات الاستنساخ على البشر، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٨، ص٢٦٧.

(٤) د. حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص١٤١.

المبحث الثاني

مشروعية عقد الحمل لحساب الغير

سنتناول في هذا المبحث موقف التشريعات المختلفة من هذه التقنية ثم سنتناول موقف المشرع الفرنسي والمصري هذا العقد من ناحية مشروعيته في القانون الفرنسي والمصري، وقد أثارت تلك التقنية جدلا كبيرا بين مؤيد لها ومعارض، الأمر الذي انعكس بالطبع على أحكام القضاء، إلا أن القانون الفرنسي قد انحاز في النهاية للرأي المانع والمعارض لهذه الوسيلة، مرتبا البطلان المطلق على أي اتفاق يهدف إلى إتمام تلك العملية.

إلا أن هذه الوسيلة تظل مشروعة في بعض الدول التي أجازتها ونظمتها سواء عند طريق وسيط أو بدون وساطة، وسواء كانت بمقابل أو بدون مقابل، وهذا الاختلاف بين الأنظمة القانونية في الاعتراف بهذه الوسيلة وإجازتها في بعض الدول ومنعها في بعض الأنظمة القانونية في دول أخرى جعل راغبي هذه الوسيلة يلجؤون إلي إتمامها في الدول التي تجيزها وتبيحها ثم يرغبون في الاعتراف بأثارها في الدول التي تمنعها بحجة مصلحة الطفل، وذلك على نحو ما سنرى.

المطلب الأول

الموقف التشريعي من ظاهرة الحمل لحساب الغير

قد تباين موقف التشريعات تجاه هذه الظاهرة، فذهبت بعض الدول الى تأييدها بل وأفردت لها قانون خاص، والبعض الآخر إلى معارضة ورفض هذه الظاهرة إما بنص خاص يحظر هذه الظاهرة، وإما بالاكتفاء بالقواعد العامة للعقد والتي من أهمها أن يكون محل وسبب العقد مشروعا، وسنعرض موقف بعض التشريعات من هذه الظاهرة وذلك على النحو التالي:

أولا: موقف التشريع الفرنسي:

بالرغم من أن فرنسا تعد من أوائل الدول التي تستجيب للحريات الفردية وحقوق المرأة، كما أن لها السبق بين الدول الأخرى في إنشاء بنوك الأجنة والسماح بالتبرع بالنطف والبويضات الأنثوية[1]، مما يجعل أول ما يتبادر إلى الأذهان إنها سمحت بظاهرة الرحم المؤجر، إلا ان الحقيقة عكس ذلك تماما، فقد جرم المشرع كل فعل من شأنه التوسط أو مساعدة الزوجين الراغبين في الإنجاب عن طريق الحمل لحساب الغير، وجعل عقوبة المتدخل في هذه العملية بأي فعل الحبس لمدة سنة والغرامة المقدرة بمائه ألف فرنك، كما جعل المشرع

(1) لمزيد من التفاصيل حول انشاء أول بنك للأجنة في فرنسا يراجع د. ممدوح خيرى هاشم، مصدر سابق، ص ١٥٨-١٥٩، وأيضا د. شوقي زكريا الصالحي، مصدر سابق، ص ١٣٤ وما بعدها.

من الغرض التجاري والاعتياد ظرفا مشددا لتلك العقوبة، وتشمل هذه العقوبة المراكز وبنوك الأجنة التي قامت بدور ايجابي في العملية[١]، إلا أن هذه العقوبة لا تشمل الزوجين وصاحبة الرحم المؤجر[٢].

وعلى مستوى القانون المدني، فإن جميع الاتفاقيات التي تتعلق بالحمل لصالح الغير تعد باطلة سواء تلك التي تتم بمقابل أو تبرعا وذلك وفقا لنص المادة ١٦ فقرة ٧،٥،١ من القانون المدني الفرنسي[٣]، وبذلك تعد فرنسا من الدول التي تحظر ظاهرة الحمل لحساب الغير[٤].

ثانيا: موقف التشريع المصري:

لا يوجد في التشريع المصري قانونا خاصا بالإخصاب الصناعي عامة ولا ظاهرة الحمل لحساب الغير بصفة خاصة، إلا انه بالرجوع الى لائحة آداب مهنة الطب رقم ٢٠٠٣/٢٣٨، نجد أن المادة رقم ٤٥ قد نصت على أنه "لا يجوز اجراء عمليات الإخصاب الطبي المساعد داخل أو خارج جسم الزوجة إلا باستخدام نطفة زوجها وحال قيام العلاقة الشرعية بينهما، كذلك لا يجوز نقل بويضات مخصبة لزرعها في أرحام نساء غير الأمهات الشرعيات لهذه البويضات".

وعلى ذلك يتبين موقف المشرع المصري من تقنية الحمل لحساب الغير، فلا يجوز إجراء أي عملية من هذا النوع، إلا إنه يؤخذ على المشرع المصري عدم النص على أي نصوص عقابية على من يمارس أي عمل يتعلق بهذه التقنية كمراكز التلقيح الصناعي أو الأطباء وغيرهم ممن يقوم بالإعلان أو الوساطة في هذه العمليات، لذلك فلابد من الإسراع بإصدار قانون خاص بهذه المستجدات الطبية المتمثلة في الإخصاب

---

(١) المادة رقم ٢٢٧ من قانون العقوبات الفرنسي المضافة بالقانون رقم ١٩٩٤/٦٥٤.

(٢) ينظر: د. حسنى عبد الدايم، مصدر سابق، ص ١٨٣، وأيضا د. حسن كاظم وآخرون، مصدر سابق، ص٨٧.

(3) Art. 16/1:"le corps humain, ses èlèments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial".

Art. 16/5:" les conventions ayant pour effect de confèrer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses èlèments ou à ses produits sont nulls".

Art.16/7:"toute conventions portant sur la procrèation ou la gestation pour la compte d'autrui est nulle".

(٤) وهذا ما اخذت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩١/٥/٣١، وكذلك في قضية أخرى:

-Cass.Civile ire ch.civ. 6/4/2011.

وإن كان يرى اتجاه اخر بميل التشريع الفرنسي نحو التسامح بهذه الظاهرة والتي اعترف بها ولكن بشروط معينة وذلك بمشروع قانون أخلاقيات علم الأحياء لسنة ٢٠٠٩ وكان من ضمن هذه الشروط:

–منح صاحبة الرحم المؤجر حق العدول عن تسليم الطفل المولود خلال الثلاثة أيام الأولى من ولادته.

–حرمان الأب البيولوجي للطفل من الامتناع عن تسلم الطفل المولود إذا كان به عاهة أو إعاقة.

–أن تكون الزوجة صاحبة البويضة لديها مرض يمنعها من الحمل، كمرض وراثي يخشى انتقاله للجنين أو عيوب خلقية بالرحم، أو عدم القدرة على الإنجاب في المطلق.

للمزيد ينظر د. حسن كاظم وآخرون، مصدر سابق، ص ٨٧.

الصناعي وما ينشأ عنه من إشكاليات كبنوك الاجنة وتجميد النطف والبويضات وتقنية الحمل لحساب الغير وبيان موقف المشرع منها وتنظيمها بما يتلاءم مع الاستفادة منها وعدم مخالفة الشريعة الإسلامية.

ثالثا موقف بريطانيا من ظاهرة الرحم المؤجر: تعد بريطانيا من أوائل الدول التي كان لها السبق في اصدار قانون ينظم ظاهرة الحمل لحساب الغير(Surrogacy Act)[١]، إلا انها لم تجزها بدون شروط بل قيدت اللجوء إليها ببعض القيود التي يأتي في مقدمتها عدم اتخاذ هذه التقنية وسيلة للتربح المالي[٢]،ومنع الوساطة الهادفة الى الربح المادي وجمع المعلومات عن الطرفين لإتمام المفاوضات بينهما خاصة إذا اتخذ هذا النشاط الشكل التجاري ويعاقب المخالف لهذه النصوص بالحبس مدة لا تزيد عن أربعة أشهر، وكذلك حظر الإعلان عن هذه الوسيلة سواء الإعلانات الخاصة بالبحث عن النساء التي تقبلن الحمل لحساب

([1]) Surrogacy Arrangements, Act, 1985.

فقد صدر هذه القانون ضمن تقرير لجنة ورنك التي سميت على اسم الدكتور (Mary Warnock) حيث أسندت الحكومة البريطانية الى الدكتور ورنك مهمة تشكيل لجنة تقوم بدراسة المشكلات المتعلقة بموضوع الإخصاب خارج الرحم كالأم البديلة وأطفال الأنابيب والإخصاب بتدخل الغير والاستنساخ الحيوي وغير ذلك من الأمور، وقد اشتملت اللجنة على مجموعة من الأطباء والقانونيين واللاهوتيين وعلماء الاجتماع، ونشرت اللجنة أول تقرير لها سنة ١٩٨٤، وضحت فيه موقفها من الإخصاب الصناعي والحمل خارج الرحم ويعد هذا التقرير بمثابة نقطة تحول في مجال القانون والطب، وقد أجاز قانون الإبدال ظاهرة الحمل لحساب الغير، وأطلق على المرأة صاحبة الرحم أو على الظاهرة نفسها (Womb Leasing) أي الرحم المؤجر، وقد أشارت اللجنة أن هذه التقنية تتم بين ثلاثة أطراف وهم:

أ–الأم البيولوجية (الأصلية) وهي الأم صاحبة البويضة أو الام المفوضة (Commissioning Mother) والتي تقوم بتفويض امرأة أخرى تقوم بالحمل بدلا منها.

ب– الأب البيولوجي أو الأب المفوض (Commissioning Father) وهو صاحب النطفة المذكرة التي ستلقح بها البويضة.

ج–صاحبة الرحم المؤجر (Mother Surrogate) وهي التي ستقوم بالحمل بدلا من صاحبة البويضة وتقبل زرع البويضة الملقحة داخل رحمها، للمزيد ينظر:

-Kennedy and Grubb, Text and Materials, Butterworth's, London, 1989, p,819.

([٢]) فقد حظر المشرع التدخل بأي شكل من أشكال الوساطة لإتمام هذه العملية خاصة إذا اتخذ هذا النشاط الشكل التجاري ويعاقب بالحبس لمدة لا تزيد عن أربعة أشهر كل من يخالف أحكام هذا القانون، وقد حظر أيضا المشرع في هذا القانون كل أنواع الإعلانات التي تتم بغرض البحث عن نساء تقوم بعملية الحمل لحساب الغير أو حتى الإعلان لراغبي هذا النشاط أيا كان محتوى الإعلان أو الشكل الذي خرج فيه وسواء تضمن الإعلان عن استعداد شخص للتفاوض أو حتى تسهيل التفاوض لتحقيق هذا الاتفاق، سواء كان الإعلان عن طريق الجرائد أو الإعلانات اليومية التي تنشر في المملكة المتحدة، وبذلك يكون المشرع الإنجليزي قد اتجه الى تجريم كافة الإجراءات التحضرية أو التنفيذية المتعلقة بظاهرة الحمل لحساب الغير وذلك إذا كان الهدف منها الإتجار، أما الطبيب الذي اقتصر دوره على مساعدة المتطوعة بالحمل نيابة عن الغير بالإشراف على هذا الحمل دون أن يكون قد شارك في الأعمال التي قام المشرع بتجريمها فهو لا يخضع للعقوبة التي يقرها هذا القانون، إلا أن المشرع قد أعطى للقضاء رخصة باعتبار الطفل الذي يولد باستخدام هذه التقنية وكأنه من زواج عادى، ويلاحظ على التشريع الإنجليزي بأنه لم يحظر هذا النشاط إذا تم بشكل تبرعي.

الغير، أو الإعلان لراغبي هذا النشاط أيا كان شكل الإعلان وفحواه وأيا كان وسيلة هذا الإعلان، حيث يشمل الحظر الإعلانات المرئية والمسموعة ويقع تحت طائلة هذا النص الناشر لهذه الإعلانات أو الموزع لها أو المشترك في التوزيع (م/٢)، ثم صدر بعد ذلك قانون الإخصاب البشري والأجنة لسنة ١٩٩٠ والمعدل بالقانون رقم ٢٠٠٨/١ مضيفا بعض المواد الخاصة بهذه التقنية، منها المتعلق بالترخيص حيث حدد هذا القانون الجهة الوحيدة المخولة بمنح التراخيص للمراكز التي تمارس هذه التقنية وهى هيئة الإخصاب وعلم الأجنة التي قد تم انشاؤها وفقا لهذا القانون[١]، حيث تمنح الهيئة التراخيص بعد التأكد من الهدف العلاجي.

رابعاً: موقف الولايات المتحدة الامريكية:

نظمت بعض الولايات ظاهرة الرحم المؤجر وسارت على نفس نهج المشرع البريطاني من حيث وضع القيود التي تنظم استخدام هذه التقنية، ومنع الوسطاء الذين يسعون لتحقيق هدف ربحي من خلال التوسط لإبرام العقود الخاصة بهذه الوسيلة، وقصرت هذه التقنية على العمليات التي تتم تبرعا فقط، وكانت ولاية فلوريدا من ضمن الولايات التي نظمت أحكام هذه الظاهرة دون أن تحدد الطبيعة القانونية لهذا العقد، إلا انها حددت كافة الاحتمالات التي يمكن أن تحدث كوفاة أحد الزوجين أو انفصالهما وكذلك حقوق صاحبة الرحم المؤجر والأبوين والطفل المولود بهذه الطريقة، وشروط هذا العقد إلا انه فرق بين حالتين[٢]:

الحالة الأولى: أن تؤجر المرأة رحمها فقط دون تقديم البويضة[٣]: وفى هذه الحالة يشترط القانون الآتى:

–قيام علاقة زوجية بين راغبي الحصول على طفل بهذه التقنية.

–أن تتوافر الأهلية الكاملة لدى الزوجين وهي تتوافر بثماني عشر سنة ميلادية.

–تقديم شهادة طبية من طبيب مختص بولاية فلوريدا تفيد عدم قدرة الزوجة على حمل الجنين داخل الرحم، أو أن في حملها ما يعرض حياتها وحياة الجنين للخطر.

–أن تقبل صاحبة الرحم المؤجر الخضوع للفحص الطبي ومتابعة الحمل.

–أن توافق على تسليم الطفل للزوجين واستخراج شهادة ميلاد له باسم الزوجين.

–أن يلتزم الزوجان بكافة الالتزامات تجاه الطفل المولود وألا يرفضا استلامه وحضانته.

–أن يتحمل الزوجان كافة النفقات اللازمة خلال مدة الحمل.

([1]) Art 2/1, Human Fertilization and Embryology Act 1990.

([٢]) لمزيد من التفاصيل حول قانون ولاية فلوريدا ينظر د. ضريفي الصادق، الحمل لحساب الغير في الفقه الإسلامي والقانون المقارن بين الحظر والإباحة، بحث منشور بمجلة معارف، قسم العلوم القانونية، السنة التاسعة، العدد رقم ١٨، ص ٢٤ وما بعدها.

([3]) The Florida Statute no.742.15.

الحالة الثانية: أن تؤجر المرأة الرحم مع تقديمها للبويضة: وفى هذه الحالة يكون انتقال حضانة الطفل للزوجين بموجب إذن قضائي من الجهة المختصة بذلك[1]، ويشترط عدم تعارض هذه العملية مع قانون التبني بولاية فلوريدا، وهذه الحالة تتطلب توافر الشروط الآتية:

-موافقة صاحبة الرحم المؤجر على أن يتم الحمل بالإخصاب الصناعي بالصورة المحددة بالعقد.

-موافقة صاحبة الرحم المؤجر الكتابية على التنازل عن الطفل المولود فور ولادته.

-أن تتعهد بأخذ الطفل المولود في حالة رغبة الزوجين في إنهاء العقد وذلك قبل انتقال حضانة الطفل إليهم، أو عدم إذن القاضي للزوجين بانتقال الحضانة إليهم.

-لصاحبة الرحم المؤجر الحق في الامتناع عن تسليم الطفل وأن تتراجع عن موافقتها خلال ٤٨ ساعة التالية لميلاد الطفل.

-يتحمل الزوجان كافة نفقات الفحص الطبي للمرأة الحامل خلال مدة الحمل.

-أن يتضمن العقد حق كل طرف في إنهائه.

وعلى النقيض تماما، فهناك بعض الولايات التي حظرت هذه الظاهرة وجرمتها كولاية نيويورك، ميشيغان، اريزونا وغيرهم من الولايات.

خامساً: موقف التشريع الألماني:

سمح القانون رقم ٣٩ الصادر بتاريخ ٢٧ نوفمبر ١٩٨٩ بظاهرة الحمل لحساب الغير، وجرم جميع أنواع الوساطة، واشترط أن تكون العملية تبرعية وأعترف بالأمومة لصاحبة الرحم المؤجر وليس لصاحبة البويضة الملقحة، ثم صدر قانون آخر بتاريخ ١٣ ديسمبر ٢٠٠٩ والخاص بحماية البويضة الملقحة وقرر السماح للزوجين بتلقي بويضة مخصبة لزرعها برحم الزوجة أو رحم امرأة أخرى، بل وأجاز ذلك أيضاً بين الأصدقاء خارج إطار العلاقة الزوجية ولكن بشرط الحصول على موافقة اللجنة الإقليمية المختصة بذلك.

سادساً: موقف المشرع السويدي:

أجاز القانون رقم ١٩٨٨/٧١١ الصادر في ١٤يوليو ١٩٨٨، وكذلك القانون رقم ١١٥ الصادر بتاريخ ٢٤ مارس ١٩٩١والخاص بحماية البويضة الملقحة، تقنية الحمل لحساب الغير سواء كانت بين الزوجين أو الصديقين بشرط رضاء الزوجين أو الصديقين وأن يثبت هذا الرضاء كتابيا، وأن تكون دون مقابل.

([1]) The Florida Statute no. 63.213.

المطلب الثاني

مشروعية عقد الحمل لحساب الغير

لقد تناولنا تكييف عقد الحمل لحساب الغير وانتهينا إلى إنه عقد من طبيعة خاصة، أفرزته التطورات الطبية والعلمية في مجال عمليات الإخصاب الصناعي والمساعدة الطبية على الإنجاب، وقد أثارت مشروعية هذه التقنية والعقود المبرمة بغرض إتمامها جدلا كبيرا بين الفقهاء وكذلك القضاء الفرنسي، حتى انتهى المشرع الفرنسي إلى عدم المشروعية، إلا أن الأمر لم يسلم من المشاكل والقضايا فقد لجأ الأزواج إلى الدول التي تبيح استخدام هذه الوسيلة ثم بعد ذلك يرغبون في توفيق أوضاعهم في فرنسا والاعتراف بآثار هذه العملية بحجة مصلحة الطفل، وسنعرض للموقف الفرنسي من هذه الوسيلة وآثارها من خلال بعض الأحكام القضائية التي صدرت قبل البت بعدم مشروعية هذه الوسيلة، وكذلك موقف القانون المصري.

الفرع الأول

مشروعية عقد الحمل لحساب الغير في القانون الفرنسي

تعد قضية الحمل لصالح الغير من أكثر القضايا الشائكة التي مرت على القضاء الفرنسي بنوعيه العادي والإداري[١]، حيث توالى ظهور المكاتب والجمعيات التي تقوم بدور الوساطة للأمهات بالإنابة بصورة ملحوظة[٢]، وذلك لجذب الأزواج الراغبين في البحث عن امرأة تقوم بالحمل ثم تسلم الطفل فور ميلاده، واتخذ

---

(١) حيث عرض على مجلس الدولة الفرنسي قضية تتلخص وقائعها في رغبة مؤسسي أحد الجمعيات المتخصصة في الوساطة للأمهات بالإنابة وتدعى (Les Cigognes) في تسجيل الجمعية في الدفاتر الخاصة بإشهار الجمعيات بالمحكمة الابتدائية وذلك طبقا للقانون الساري بمقاطعتي الإلزاس واللورين، إلا أن مدير الإقليم اعترض على هذا التسجيل وهو حق مخول له طبقا للمادة ٦١ من القانون المحلي الخاص بالإقليم في حالة مخالفة أنشطة الجمعيات للقانون، وقد طعن في القرار أمام المحكمة الإدارية لستراسبورغ والتي رفضت الطعن مؤيده بذلك مدير الإقليم في قراره، وقد طعن في هذا الحكم أمام مجلس الدولة الفرنسي الذي أيده مبينا أن العمل في هذه الجمعية إنما يقوم على تشجيع امرأة أن تحمل طفل عن طريق تقنية التلقيح الصناعي بغرض التنازل عنه فور ولادته لأخرى، فهذا النشاط يحمل في طياته أيا كان الشكل الذي يتم فيه تنازل الأم عن الطفل الذي سيولد ، وبناء على ذلك وعملا بالمادة رقم ٢-١/٣٥٣ من قانون العقوبات فإن اعتراض مدير الإقليم على تسجيل هذه الجمعية في محله ولا يتجاوز نطاق سلطته، مشار إلى هذا الحكم لدى د. رضا عبد الحليم، المرجع السابق، ص١٤٤، حيث أشار سيادته إلى:

-Robert (Jacques)," note sous le Trib. Admin de Strasbourg 17 Juin 1986", J.C.P, 1986, 2, 20719, p. 1703.

-Dubouis (Loiuis)," Les mèrès porteuses et le Conseil d'Etat"," Note sous .C.E 22 Jan 1988", RDSS, 1988, p. 317.

(2) Hariehaux (Michele), "L'assurance maternitè et la maternitè par substitution", RDSS, 1985, p.554.

النشاط الشكل التجاري فسرعان ما اختفى الهدف الإنساني الذي انتشرت تلك الجمعيات من أجله، والذي كان يكمن في مساعدة الأزواج في تحقيق حلمهم في الإنجاب، حيث تم التحايل على السمة التبرعية التي كانت تميز هذه التقنية[١]، وقد تحول الاتفاق بين الزوجين والمرأة صاحبة الرحم المؤجر الى علاقة عقدية، مما أدى الى ظهور العديد من المشكلات والمنازعات التي عرضت على القضاء ليقول كلمته، فقد يكون النزاع بخصوص نسب الابن المولود، فقد تتسمك صاحبة الرحم المؤجر بالطفل وتريد أن تنسبه اليها، كذلك قد يمتنع الزوجين عن استلام الطفل لميلاده مشوها أو لأنه أتى على غير الشكل الذي يتوقعانه، كذلك قد يحدث النزاع لامتناع المرأة الحاملة عن تنفيذ التزامها بتسليم المولود إلى الزوجين إلى غير ذلك من صور النزاعات التي يمكن أن تنتج عن عدم تنفيذ أطراف العقد للالتزامات المفروضة عليهم، وفى ظل عدم وجود نص يبين مدى مشروعية هذه التقنية من عدمه، اختلفت أحكام القضاء فيما بينها، حيث اتجه هذا القضاء في بداية الأمر إلى الاعتراف بأثار ظاهرة الحمل لحساب الغير، حيث كان يحكم بتبني الطفل المولود لزوجة الأب البيولوجي، دون أن يبحث في مدى مشروعية هذه الظاهرة، وذلك تحقيقا لمصلحة الطفل، ثم قضى بعد ذلك بمشروعية هذه التقنية وعدم مخالفتها للنظام العام، ثم انتهى إلى الحكم بعدم مشروعية هذه الوسيلة، وسنرى اتجاه القضاء من خلال الأحكام التالية.

فقد عرضت دعوى على محكمة باريس الابتدائية، حيث طالبت زوجة الأب البيولوجي التبني الكامل للطفل المولود نتيجة استخدام وسيلة استئجار الأرحام، حيث تم اتفاق بين الزوجين وامرأة أمريكية الجنسية في ولاية كنتاكي، وتم ميلاد الطفل في ٢ ديسمبر ١٩٨٧، وسجل حسب الاتفاق على انه ابناً للأب البيولوجي وأمه مجهولة، إلا أن المحكمة انتهت إلى رفض طلب الزوجة مؤسسة حكمها على مخالفة طلب التبني المقدم من الزوجة للنظام العام الفرنسي، وكذلك التحايل على أحكام قانون التبني الفرنسي بطلب تبنى طفل لأم تحمل الجنسية الأمريكية.

وقد طعنت الزوجة في الحكم أمام محكمة استئناف باريس، التي كان لها رأي آخر يختلف عما انتهت إليه المحكمة الابتدائية، وجاء حكمها الصادر في هذه الدعوى في ١٥ يونيه ١٩٩٠ شاملا تجاه هذه الوسيلة وآثارها، حيث وضعت من الأسس والمبادئ التي تنظم هذه الوسيلة ما يبرر حكمها:

–فقد أشارت أولا لحق الزوجين الطبيعي في تكوين أسرة وذلك لتبين شرعية اللجوء إلى وسيلة الأم البديلة، فقد عرفت المحكمة الأمومة بالإنابة بأنها إحدى الطرق المشروعة أمام الزوجين لتحقيق حلمهما بالحصول على الذرية، ولا يجوز حرمان الأزواج من ممارسة حقوقهم الطبيعية بحجة مخالفة تلك الوسيلة للنظام العام، وكونها تؤدي إلى المساس بحالة الأفراد، فتنازل الأم البيولوجية عن الطفل كان بإرادتها وتم بعد عملية الولادة

(١) وذلك عن طريق المبالغة في تقدير تكلفة الحمل من مصروفات وعلاج متابعة طبية وتكلفة الولادة وما بعدها والتي يلتزم بها الزوجين.

وليس قبلها، وقد جاء طلب تنبي زوجة الأب للطفل بعد هذا التنازل، وبإقرار المحكمة لطلب زوجة الأب البيولوجي بالتبني الكامل للطفل تستقر حالة الطفل المدنية خاصة وأن هذه الأم هي زوجة أبيه البيولوجي، مما يساعد على تحقيق مصلحة الطفل واستقرار حالته الاجتماعية والنفسية، ومن ناحية أخرى فيعد تنازل الأم البيولوجية عن الطفل مشروعا لأنه تنازل لأبيه البيولوجي.

–وقد أكدت المحكمة أن اللجوء إلى هذه الوسيلة لا يتعارض مع نص المادة ١١٢٨ من القانون المدني الفرنسي والخاصة بالأشياء الداخلة في نطاق التعاملات القانونية، فليس في اللجوء لهذه الوسيلة ما يمس بحرمة جسد المرأة الحاملة، كذلك ليس فيها ما يجعل الطفل في عداد الأشياء، ومنذ أن صدرت التشريعات التي أجازت نقل وزرعة الأعضاء، فإن الاتفاقيات المتعلقة بالجسد الإنساني أصبحت مشروعة مادام كانت ممارستها في صورة تبرعيه ولدواعي إنسانية بعيدة عن تحقيق الأهداف التجارية.

–وقد نوهت المحكمة إلى إنه لا يجوز الاحتجاج بمخالفة تنازل الأم عن طفلها لقواعد النظام العام الفرنسي، ذلك أن الأمر يتعلق بتطبيق قانون جنسية الأم وهو القانون الأمريكي الذي يجيز ذلك التنازل طالما كان للأب الطبيعي أو لأمراه أخرى على أن يكتسب الطفل اسم هذه المرأة وجنسيتها، وبذلك فإن الأمر يقتصر في ظل القانون الفرنسي على ترتيب آثار هذه الحالة القانونية فقط التي نشأت وفقا للتشريع الأمريكي الذي يجيز هذا التنازل وبالتالي فهو لا يتعارض مع النظام العام الفرنسي، وانتهت المحكمة إلى الحكم بالتبني التام للطفل لزوجة الأب[١].

إلا أنه يؤخذ على هذا القضاء عدة أمور:

أولا تجريد حق الزوجين في الإنجاب من كافة القيود القانونية والدينية، فإذا كان للزوجين الحق في تكوين أسرة فيجب أن يكون ذلك مقيدا بعدم التعدي على حقوق الأخريين، ولاسيما حق المرأة الحاملة والذي يظهر التعدي عليه عند النزاع بينها وبين الزوجة على الطفل.

ثانيا التحايل على قواعد القانون، فقد أخذ القانون الفرنسي بواقعة الولادة لثبوت النسب من جهة الأم[٢] وقد أغفل القضاء المؤيد لظاهرة الحمل لحساب الغير هذا الأمر، كما انه قد أغفل شروط القانون الفرنسي للتبني ، والتي من أهمها أن يكون الطفل مفتقدا لأسرة يعيش فيها عند تبنيه، فالتبني في القانون الفرنسي يحاول أن يعالج وضع سلبي وجد فيه الطفل بالفعل الى وضع ايجابي بتبنيه ليصبح فردا في أسرة جديدة، أما تبني الطفل الناتج عن هذه الوسيلة فهو ناتج عن اتفاق الزوجين والمرأة الحاملة على تنازلها لهم مسبقا عن الطفل فور ولادته، فهو يخلق نوعا من التبني المسبق للطفل، ونرى انه لا يوجد هناك سندا قانونيا لاستثناء حالات

(1) Edelman (B), "note sous la C.A de Paris, 15 Juin 1990, J.C.P., 1991, II, 21653, p.107.
(2) Devichi (J.R), "les preuves scientifiques et contentieux de la filiation" , Rev. Trim.dr.civ.,1983, p. 723.

الحمل لحساب الغير من هذه القواعد القانونية الخاصة بثبوت النسب والتبني، وكان أحرى بالمحكمة أن ترفض كافة الطلبات المتعلقة بالتبني الناتج عن هذه الوسيلة.

ثم ظهر اتجاه قضائي آخر يرفض وبشدة تلك الظاهرة، وكانت أولى الأحكام التي أدانت هذه الوسيلة حكم صادر من محكمة استئناف (Pau)، حيث عرض على المحكمة دعوى خاصة باستئناف الحكم الصادر في ٩ أكتوبر ١٩٩٠ من محكمة الدرجة الأولى، والخاص برفض طلب التبني التام المقدم من زوجة الأب السيدة اليزابيث للطفلة(Justinette) ابنه زوجها وأم غير معروفة، حيث أن الطفلة قد أتت عن طريق تقنية الأم بالإنابة، وقد ذهبت محكمة الدرجة الأولى إلى بطلان الاتفاق الذي تم بين الزوجين والأم بالإنابة لمخالفته للنظام العام ومبدأ حظر التصرف في حالة الأشخاص، إلا أن الزوجة قد استأنفت الحكم مستندة الى:

–أن العملية قد تمت دون أي اعتبارات تجارية، وهي من هذه الناحية لا تصطدم بقواعد النظام العام.

–اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بحماية حقوق الطفل والموقعة في نيويورك في ٢٦ نوفمبر ١٩٩١، قد أعلنت أن مصلحة الطفل يجب أن تكون الاعتبار الأول في أي قرار متعلق به.

–أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة الثامنة منه قد ألزم الدول بأن تكفل للطفل منذ ميلاده التكامل الأسرى، دون أن تلتفت لظروف حمله أو ميلاده.

وبناء على ذلك قد طالبت المدعية بالحكم لها بالتبني التام للطفلة المذكورة، واحتياطيا في حالة الرفض الحكم لها بالتبني البسيط.

وقد أشارت المحكمة بداية الى بطلان الاتفاق المسمى ب (الأم بالإنابة)، والذي بمقتضاه توافق امرأة على الحمل نيابة عن امرأة أخرى، وتتنازل عن الطفل المولود اليها فور ميلاده، والتي حملت فيه نتيجة الإخصاب الصناعي بنطفة غير زوجها، ثم حددت المحكمة السؤال المطروح عليها، وهو هل يتفق الطلب المقدم من زوجة الأب مع القانون ومصلحة الطفلة أم لا، وقد أكدت انها غير مطلوب منها البحث حول صحة الاتفاق من عدمه.

وقد بحثت المحكمة حول مدى توافر الشروط المنصوص عليها قانونا للتبني وفقا للمادة ٣٤٣ من القانون المدني الفرنسي، ورأت أن المدعية متزوجة من والد الطفلة، وأن زوجها يوافق على هذا التبني، وأن الطفلة تقيم في منزل المدعية منذ أكثر من ٦ سنوات، وانه وفقا للاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية حقوق الطفل والموقع عليها من جانب فرنسا وذلك في ٢٦ يناير ١٩٩٠، والتي تنص في المادة الثالثة منها أن مصلحة الطفل هي الاعتبار الأول في كل القرارات المتعلقة به، فإن المحكمة رأت أن مصلحة الطفلة تقتضى إجابة المدعية في طلبها الخاص بالتبني التام للطفلة، خاصة وأن أمها غير معروفة[١].

([1]) Larribou (lerneyre),"note sous la C-A de Pau, 19 Fev. 1991", D., 1991, II, P. 380.

وتعد تلك الدعوى أول دعوى يعلن فيها القضاء صراحة بطلان اتفاقية الأمومة بالإنابة، وظل الأمر كما هو فالقضايا المطروحة على القضاء لم تتعلق بمدى مشروعية الوسيلة ذاتها، وانما بالنزاع القانوني على الطفل، فلا يعنى أطراف النزاع مسألة المشروعية في شيء، وانما ما يعنيهم التمسك بنسب الطفل وتبنيه.

ثم جاء المشرع الفرنسي ليقضي ببطلان وسيلة الحمل لحساب الغير وأي اتفاق من شأنه أن تقوم امرأة بالحمل بالنيابة عن أخرى، وذلك بنص المادة الثالثة من القانون رقم ٩٤/٦٥٤ والتي أضافت المادة ٧/١٦ للقانون المدني، ويؤخذ على المشرع الفرنسي إنه وعلى الرغم من إبطاله لوسيلة الحمل لحساب الغير لأنها تتعارض وتخالف مبدأ حظر التصرف في حالة الأشخاص، فلا يجوز أن ينسب الطفل لغير والديه وأي أتفاق يقضي بخلاف ذلك يقع باطلا بطلانا مطلقا، إنه سمح بتدخل الغير بمساهمته بحصته الجينية في عمليات الإخصاب الصناعي على الرغم من إنها تؤدي إلى نسب الطفل لغير أبيه أو أمه الحقيقيين وهذا الأمر يخالف مبدأ حظر التصرف في حالة الشخص، بل إنه سمح أيضا بالتنازل عن البويضة المخصبة الزائدة لزوجين آخرين (المادة ٤/١٥٢ من قانون الصحة العامة، المادة الثامنة من القانون رقم ١٩٩٤/٦٥٤)، أليس في ذلك تنازل أيضا عن طفل بحسب المآل، فهذه النصوص القانونية تثير العديد من علامات الاستفهام حول مخالفتها لمبدأ حظر التصرف في حالة الشخص، فكيف يسمح بمخالفة هذا المبدأ في حالات التبرع ببذور الإنجاب، ويمنع مخالفته في حالات الحمل لحساب الغير.

الفرع الثاني

مشروعية عقد الحمل لحساب الغير في القانون المصري

إن وسيلة الحمل لحساب الغير ذاتها تعتبر غير مشروعة بالنسبة للقانون المصري، حيث تنص المادة رقم ٤٥ من لائحة آداب مهنة الطب رقم ٢٠٠٣/٢٣٨ "..... كما لا يجوز نقل بويضات مخصبة، لزرعها في أرحام نساء غير الأمهات الشرعيات لهذه البويضات".

وبناء عليه فإن أي اتفاق يقضي بأن تقوم امرأة بحمل البويضة الملقحة الخاصة بزوجين آخرين أو أن تلقح بويضاتها بنطفة الزوج، على أن تقوم بالحمل لحساب هذه الزوجة وتتنازل لهما عن المولود فور ولادته يقع باطلا بطلانا مطلقا وفق للقانون المصري لما في ذلك من شبهه اختلاط الأنساب ومخالفة قواعد النسب التي تعتبر من النظام العام.

حكم الحمل لحساب الغير:

رأينا انه في الحمل لصالح الغير تضع المرأة الحاملة طاقتها التناسلية تحت تصرف ولمصلحة المرأة صاحبة البويضة الملقحة، وذلك يمثل صورة من صور استغلال الجسد الإنساني، أي وضع جسم الإنسان

مشار إليه لدى د. رضا عبد الحليم، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، مرجع سابق، ص٣٨٥.

تحت تصرف الغير، وأن ظاهرة الحمل لصالح الغير لا تجد لها أي مبرر سوى مساعدة المرأة العقيم في الحصول على ولد، وهو الدافع من وراء ظهور تلك النظام، إلا أن نبل الغاية لا يبرر هذه الوسيلة مطلقا، خاصة وإنها تخالف النظام العام والآداب العامة، وذلك للأسباب الآتية:

١: عدم مشروعية المحل:

يعد عقد الحمل لحساب الغير باطلا بطلانا مطلقا، ويرجع ذلك البطلان إلى عدم مشروعية المحل، لمخالفته لمبدأ حرمة الجسد الانساني وعدم جواز المساس به، حيث انه لا يجوز وضع جسد الإنسان تحت تصرف الغير، وإن كان المشرع قد سمح ببعض الحالات على سبيل الاستثناء، ولكن بشرط ألا يكون المساس بجسم الإنسان جسيما أي أن تكون المخاطر مقبولة عقلا ومنطقا، أما المخاطر المحتملة بالنسبة للحمل لحساب الغير، فهي وإن كانت بسيطة بالنسبة للمرأة الحاملة فهي لا تخرج عن مخاطر الحمل عموما، إلا إنها ليست كذلك بالنسبة للطفل ثمرة البويضة الملقحة، فالتصرف هنا لا يرد على جسد المرأة نفسها وإنما على الطفل نفسه، فإذا كانت مخاطر هذه الوسيلة مقبولة بالنسبة للمرأة الحاملة، فإنها غير مقبولة تماما للطفل، ذلك أن هذا النظام يقوم في أساسه على تنازل المرأة صاحبة الرحم البديل للطفل إلى المرأة صاحبة البويضة الملقحة والتي أوصت عليه وذلك عقب ولادته، وذلك يمثل نوعا من الترك أو الهجر من جانب الأم لوليدها، كذلك قد ترفض المرأة الحاملة تنفيذ التزامها وترفض تسليم الطفل للمرأة التي أوصت عليه، الأمر الذي يؤثر سلبا على هذا الطفل سواء اجتماعيا أو نفسيا الى جانب تأثيره قانونيا على نسبه الحقيقي، كذلك من الممكن أن ترفض الأم صاحبة البويضة استلام الطفل لأى سبب كأن يكون مصابا بتشوهات أو غير ذلك من الأسباب، ويجد الطفل نفسه دون أي أسرة تأويه، وهى بالتالي مخاطر غير مقبولة تماما بالنسبة للطفل، فإذا كان يجوز استثناءا التعامل على الجسد الإنساني إذا كانت المخاطر المترتبة على التصرف بسيطة ويمكن تقبلها، فإنه لا يجوز الاتفاق على الحمل لحساب الغير لما يترتب عليه من مخاطر جسيمة لا يمكن تقبلها بالنسبة للطفل المولود، حيث يكون التصرف حينئذ باطلا وذلك لعدم مشروعية المحل، فالمحل في هذا العقد ليس فقط الأم الحاملة وإنما أيضا يرد على الطفل.

٢: عدم مشروعية السبب:

إذا كنا قد انتهينا إلى أن عقد الحمل لحساب الغير باطلا لعدم مشروعية المحل، فإننا نرى أن هذا العقد باطلا أيضا لعدم مشروعية السبب، ذلك أن المرأة الحاملة إنما تبرم ذلك العقد إما للحصول على مقابل مالي نظير قيامها بالحمل لحساب الغير، وإما أن يكون تبرعا منها لمساعدة الاسرة العقيمة في تحقيق حلمهم في الإنجاب، اما التزام المرأة صاحبة البويضة الملقحة والتي أوصت على الطفل يكمن سببه في رغبتها في الحصول على المولود ونسبته إليها، وبالتالي فإن هذا السبب غير مشروع فمن شأنه الحصول على الطفل

المولود ونسبته الى غير أمه الحقيقية، مما يخالف مبدأ حظر التصرف في حالة الشخص، ذلك أن قواعد النسب إنما تتعلق بالنظام العام ومن ثم لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

وبالتالي فإن عقد الحمل لحساب الغير يقع باطلا بطلانا مطلقا، ويلاحظ هنا أن هذا البطلان له أثر رجعى حيث يؤدي إلى إعادة المتعاقدين للحالة التي كانوا عليها قبل ابرام العقد، إلا أن تنفيذ هذا الأثر يكون مستحيلا في هذا العقد خصوصا إذا تقرر البطلان بعد حدوث الحمل أو بعد ولادة الطفل، حيث لابد وأن يتحدد مصير هذا الطفل بتحديد نسبه.

لذلك فإننا نرى إنه يؤخذ على كل من المشرع الفرنسي والمصري عدم ملاحقة الأزواج والمرأة صاحبة الرحم البديل بالعقوبة التي تشكل بلا شك رادع مهم يمنعهم من الإقبال على هذه الوسيلة منذ بداية الأمر خوفا من تطبيقها، أما النص على عدم إجازة هذه الوسيلة فحسب دون ملاحقة فاعليها بالعقوبات الرادعة يجرد النص من قيمته الإلزامية، فخلو القانون من العقوبات المدنية أو الجنائية لا يتحقق معه الردع الكافي لراغبي هذه الوسيلة.

المطلب الثالث

مشروعية عقد الوساطة في الحمل لحساب الغير

أوضحنا أن الزوجين راغبي هذه الوسيلة قد يلجئا إلى مكتب يقوم بدور الوسيط للبحث عن امرأة تقبل زرع البويضة الملقحة في رحمها أو تلقيحها بنطفة الزوج، وذلك ليتم الحمل إلى أن تضع المولود وتقوم بتسليمه للزوجين صاحبي البويضة الملقحة أو للأب البيولوجي، فدور الوسيط لا يتوقف عند البحث عن المرأة صاحبة الرحم البديل، وإنما لابد من قبول هذه المرأة إتمام عملية الحمل لحساب الزوجة، وسنقوم بدراسة مشروعية عقد الوساطة المبرم بين الزوجين ومكتب الحمل لحساب الغير في ضوء القانون الفرنسي والمصري وذلك من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول

مشروعية عقد الوساطة في الحمل لحساب الغير في القانون الفرنسي

في ظل انتشار الجمعيات الخاصة بنشاط الحمل لحساب الغير، وتزايد أعدادها بشكل ملحوظ، تم انشاء جمعية جديدة ليكون الهدف منها ليس فقط تنظيم هذا النشاط، بل يمتد نشاطها الى تنظيم العمل بين الجمعيات المختلفة القائمة على ممارسة نشاط الحمل لحساب الغير، والتوفيق بين مصلحة الأم بالإنابة ومصلحة الزوجين الراغبين في الحمل بهذه التقنية الجديدة، وبالفعل تم انشاء هذه الجمعية عام ١٩٨٥ في مارسليا لتمارس نشاطها في التوفيق بين الراغبات في الحمل البديل، والأزواج الراغبين في إتمام الحمل بهذه

الوسيلة، وكان هذا النشاط أساس إشهارها[1]، وقد أعلنت الجمعية عن المقابل المالي الذي تحصل عليه المرأة الحامل وحددته جزافيا بميلغ يتراوح بين ٥٠ إلى ٦٠ ألف فرنك فرنسي وذلك للمرة الواحدة، ووصفت ذلك المبلغ بأنه يعد مكافأة جزافية للحامل نظير ما تقوم به من خدمة جليلة في مساعدة الأسرة العقيمة على الإنجاب، وذلك خوفا من الانتقادات التي يمكن أن تنال الإعلان عن المقابل المادي.

إلا أن النائب العام لم يقتنع بما أعلنته الجمعية وذلك لمخالفته للمواد ٩/٣١١، ٢/٣٧٦، ١١٢٨ من القانون المدني الفرنسي، وكذلك المادة ١/٣٥٣ من قانون العقوبات، وقد حرك ضد هذه الجمعية دعوى مطالبا بحلها لمخالفة نشاطها للمواد السابقة، وكانت هذه الدعوى من نصيب محكمة مارسيليا والتي انتهت الى حل الجمعية لمخالفة نشاطها للقانون والآداب العامة، وعندما استأنفت الجمعية الحكم تم تأييده في الاستئناف، وواصلت التقاضي أمام محكمة النقض التي أيدت أيضا الحكم، وسنتناول بيان أوجه مخالفة هذا النشاط للمواد سالفة الذكر، مع بيان وجهه نظر النائب العام ودفاع الجمعية:

أولا: مخالفة نشاط الجمعية لنص المادة ١١٢٨ والخاص بحظر التصرف في الجسد الإنساني لأنه يخرج عن دائرة المعاملات القانونية:

استند النائب العام إلى نص المادة ١١٢٨ لإبطال نشاط الأم بالإنابة، حيث أن هذا النشاط يتضمن وضع المرأة الحاملة لحساب الغير لجسدها تحت تصرف الزوجين، والتزامها بتسليم الطفل عقب ميلاده للزوجين مقابل مبلغ مالي متفق عليه مسبقا، مما يجعل جسدها والطفل محلا للتصرفات القانونية، ويدخلهما في نطاق المعاملات القانونية والمالية، حيث يتجلى ذلك في المقابل المادي المتفق عليه مسبقا لإتمام العملية، وذلك يعد مخالفة واضحة لنص المادة السابقة والتي تحظر التصرف في الجسد الإنساني وتنأى به عن الدخول في دائرة التصرفات القانونية.

أما دفاع الجمعية فقد رأى انه ليس هناك في وسيلة الحمل لحساب الغير أي مخالفة لنص المادة ١١٢٨ من القانون المدني، ذلك أن العمل الذي تقدمه المرأة الحاملة هو عمل انساني لمساعدة زوجين في تحقيق حلمهما بالإنجاب، لذلك لا يمكن عد هذا الفعل بأنه تصرف في جسدها أو في طفلها، كما أن القانون ذاته قد أباح عمليات نقل الأعضاء التي تعد أخطر بكثير من هذه الوسيلة وأكثر مساسا بجسم المتبرع، فلماذا إذاً الاعتراض على الانتفاع برحم المرأة الحاملة مدة الحمل فقط، على الرغم من إنها تتفق في الطابع الإنساني مع عمليات نقل الأعضاء.

وعندما نقضت الجمعية الحكم أمام محكمة النقض لقصور الحكم في التسبيب فيما يتعلق ببيان أوجه مخالفة نشاط الجمعية لنص المادة ١١٢٨، أكدت محكمة النقض أن وضع المرأة الحاملة لجسدها تحت تصرف الغير وتنازلها عن الطفل بعد مولده مقابل مبلغا من المال، يجعل هذه العملية تدخل في دائرة

([1]) Hariehaux (Michele), op. cit., p.554.

التصرفات القانونية التجارية، ويمثل ذلك مساسا لجسد الحاملة والطفل لمعاملتهما كالأشياء وذلك يتعارض مع نص المادة ١١٢٨ من القانون المدني[١].

ثانيا: مخالفة نشاط الجمعية لنص المادة ٩/٣١١ المتعلقة بحظر التصرف في حالة الأشخاص:

من الأسباب التي دعت النائب العام إلى المطالبة بحل هذه الجمعية مخالفة نشاطها لنص المادة ٩/٣١١ والتي تحظر التنازل عن دعاوى الحالة والبنوة، وبناء على ذلك فإن كافة الاتفاقات التي تؤدى إلى التنازل عن دعاوى النسب والبنوة تقع باطلة سواء المتعلقة بإثبات النسب أو نفيه، ولا شك أن اتفاقيات الحمل لحساب الغير أو الأمومة بالإنابة تؤدى إلى تنازل صاحبة الرحم البديل عن الطفل مقدما وقبل ميلاده، ومن ثم فهي تخالف المادة المذكورة.

إلا أن الجمعية المدعى عليها قد دفعت هذه الحجة بأن الأمومة بالإنابة لا تقدم سوى عملا إنسانيا يبدأ بالحمل وينتهي بالولادة دون أن يلزم صاحبة الرحم البديل بالتنازل عن الطفل مقدما التي لا يمكن أن تتمسك به لعلمها انه ليس طفلها، فكيف لها أن تتنازل عما هو ليس من حقها، فعلاقتها بالأم صاحبة البويضة تقتصر على هبتها الحمل دون تطلعها إلى التمسك بهذا الطفل.

وقد أيدت محكمة النقض حكم محكمة مارسليا، لأن الأمومة بالإنابة تهدف إلى تغيير حالة الطفل المدنية ونسبته الى غير أمه، والاتفاق على ذلك مقدما من شأنه تنازل الأم بالإنابة عن دعاوى الحالة المتعلقة ببنوة الطفل المولود للزوجين بالمخالفة لنص المادة ٩/٣١١ من القانون المدني الفرنسي.

ثالثا: التحايل على النصوص القانونية المنظمة للتبني لإلحاق الطفل للزوجين:

ذكر النائب العام أن نظام الأمومة بالإنابة يتحايل على النصوص المنظمة للتبني بهدف إلحاق الطفل الى الزوجين، حيث أن التبني يفترض عدم معرفة أبويين الطفل المراد تبنيه، أما وسيلة الأم بالإنابة فمعلوم لكافة أطراف العملية أم الطفل التي حملت فيه، وعلى الرغم من ذلك تتقدم الأم البيولوجية لتطالب القضاء بضم الطفل إليها بالتبني، وذلك يعد تحايل على القواعد الخاصة بالتبني يهدف إلى الحاق الطفل الى غير أمه.

أما جمعية مارسليا فقد استندت في نفى هذا التحايل الى القواعد المتبعة في بنوك النطف والبويضات والمعمول بها في حالة استعانة الزوجين بعينة منوية أو بويضة أنثوية لإتمام الحمل، والالتزام الذي يقع على الزوجين في ألا يبحثوا عن البنوة الحقيقية للطفل والسرية المفروضة على بيانات المتبرعين، والالتزام الذي يقع على المتبرعين والزوجين بعدم التعرض لبعضهم فيما يخص مسألة النسب والبنوة، فلماذا كل هذه الاتفاقات الموقعة بين المركز والمتبرعين والمركز والزوجين المستفيدين لا تقع باطلة على الرغم من كونها تتحايل على

([1]) Seriaux (Alain), "note sous la cour de cassation 13 Dec. 1989", J.C.P, 1990, II,21526.

قواعد البنوة وتنسب الطفل لغير أبيه أو أمه؟، كما أن الغاية التي من أجلها سمح المشرع بالتلقيح الصناعي بنطفة الغير هي نفسها الغاية التي تسعى إليها وسيلة الأمومة بالإنابة، وهى مساعدة الأسر العقيمة على الإنجاب، فلم الاعتراض فقط على نظام الأمومة البديلة؟

إلا أن محكمة النقض قد أقرت حجة النائب العام، وأكدت أن هذا النظام يؤدى الى خلق نوع من التبني المسبق بشكل إرادي لإلحاق الطفل إلى أمه البيولوجية مما يعد تحايل غير أخلاقي على النظام القانوني للتبني.

رابعا: مخالفة نظام الأمومة بالإنابة للمادة ١/٣٥٣ من قانون العقوبات الفرنسي:

فهذه المادة تجرم الحصول على موافقة الوالدين المسبقة أو موافقة أحدهما بالتنازل عن الطفل الذي سيولد، وكذلك تجرم التوسط لتنازل الوالدين عن طفلهما لإتمام التبني، وهذه الجرائم تنطبق على نشاط هذه الجمعية ونظام الأمومة بالإنابة، لما تقوم به الجمعيات الممارسة لهذا النشاط من الحصول مسبقا على الموافقة الكتابية من الأم بالإنابة على التنازل عن الطفل فور ميلاده، وفى ذلك تحريضا من الجمعية للأم للتنازل عن وليدها مسبقا مقابل مبلغا من المال.

وقد دفعت الجمعية هذا الاتهام بأنه لا توجد أي موافقة كتابية موقعة من المرأة الحاملة للتنازل عن الطفل فكيف تملك التنازل عن طفل ليس طفلها، فهي لا تقوم إلا بعمل إنساني.

إلا أن محكمة النقض قد أيدت الحكم الصادر من محكمة مارسليا بحل الجمعية، ومنذ ذلك الحكم بات نشاط هذه الجمعيات محظورا تماما، ولم يقتصر الأمر على حل الجمعيات فقط بل وإدانة الوسيلة ذاتها لمخالفتها للمواد القانونية سالفة الذكر ، إلا ان ذلك لا يمنع الأزواج الراغبين في الإنجاب بهذه الوسيلة من الالتجاء إليها، فقد ظهرت سياحة الإنجاب حيث يذهب الأزواج الراغبين في هذه الوسيلة الى البلاد التي يسمح نظامها القانوني بهذه الوسيلة، فيبرمون الاتفاقات المتعلقة بها ويتم الحمل ، ثم يتقدموا بطلبات التبني الى القضاء الذي يحكم به مراعاه لمصلحة الطفل، وعلى الرغم من رفض القضاء لهذه الوسيلة، إلا أن المشرع قد حسم هذا النزاع لصالح الاتجاه القائل ببطلان هذه الوسيلة وكافة الاتفاقات المبرمة بمناسبتها وذلك بنص المادة ٧/١٦ من القانون المدني المضافة بمقتضى نص المادة الثالثة من القانون رقم ١٩٩٤/٦٥٤ والتي تقضي ببطلان أي اتفاق للحمل بالإنابة عن الغير[١]، وأضافت الفقرة التاسعة من ذات المادة أن الأحكام التي وردت في هذا الفصل من القانون المدني تتعلق بالنظام العام[٢]، فهو رتب البطلان كجزاء مدنيا على هذه الاتفاقيات، أما بالنسبة للجزاء الجنائي فقد تعقب المشرع الفرنسي هذه المكاتب والجمعيات التي تقوم بدور الوسيط في عمليات الحمل لحساب الغير، ولاحقهم بالعقوبة حيث جرم فعل الوساطة بين المرأة صاحبة

)[1](Art 16/7 " tout convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle".

)[2](Art 16/9 "Les disposition du present chapitre sont d'ordre public".

الرحم البديل والزوجين راغبي هذه الوسيلة، حيث يعاقب الوسيط بينهما بالحبس مدة سنة وبالغرامة التي تقدر بمائة ألف فرنك، وتضاعف هذه العقوبة إذا اتخذت الوساطة شكل الاعتياد أو كانت بغرض الربح، وعلى الرغم من أن الشروع في الجنح غير معاقب عليه، إلا أن المشرع استثنى من هذه القاعدة أعمال الوساطة في الحمل بالإنابة وقضى بتطبيق نفس العقوبة الأصلية في حالة الشروع (م/٤ من القانون رقم ٩٤/٦٥٤)[١].

إلا أن تدخل المشرع الذي جاء متأخرا لم يجرم سوى أعمال الوساطة فقط تاركا الأزواج والأم البديلة دون أي توقيع عقوبة عليهم على الرغم من كونهم الفاعلون الأصليون لهذا الجرم، فهل من يقترف الفعل نفسه لا عقاب عليه؟ أم أن المشرع أباح جنائيا هذا النشاط إذا تم بدون وساطة فلا عقوبة على الأب البيولوجي ولا على المرأة الحاملة، الأمر الذي يمثل خللا في هذا القانون يجب تداركه للقضاء على هذه الوسيلة تماما.

الفرع الثاني

مشروعية عقد الوساطة في الحمل لحساب الغير في القانون المصري

انتهينا إلى عدم مشروعية وسيلة الحمل لحساب الغير في القانون المصري طبقا لنص المادة ٤٥ من لائحة آداب مهنة الطب رقم ٢٠٠٣/٢٣٨، وعقد الوساطة في الحمل لحساب الغير يبرم بين الزوجين راغبي هذه الوسيلة وجمعية أو مكتب متخصص في الوساطة بين راغبي هذه الوسيلة والنساء اللائي تقبلن الحمل لحساب الغير، أي تقبل بزرع بويضة ملقحة لحساب الزوجين صاحبي تلك البويضة أو لتلقيحها بنطفة الزوج، على أن تتنازل عن الطفل فور ميلاده للزوجة، وبالتالي لا صعوبة في الحكم على هذا العقد بالبطلان، فالعملية التي بصدد تحقيقها باطلة.

فعقد الوساطة لا يعني بالبحث عن المرأة صاحبة الرحم البديل فقط وإنما لابد وأن تقبل هذه المرأة الحمل لحساب الزوجين بكافة شروط الحمل لحساب الغير والتي تشمل التنازل عن الطفل، وبالتالي فالوسيط لا يعتبر قد وفى بالتزاماته إلا بإتمام عقد الحمل لحساب الغير الذي هو غير مشروع ويقع باطلا بطلانا مطلقا لعدم مشروعية المحل والسبب لمخالفته الصريحة لقواعد النسب التي تعد من النظام العام ولمبدأ عدم جواز التصرف في حالة الشخص ولشبهه اختلاط الأنساب، وبالتالي فالوساطة لإتمام هذا العمل الغير مشروع يصيبها أيضا البطلان المطلق، بل ولا يستحق الوسيط أجره، وعقد الوساطة ما هو إلا عقد سمسره وقد نصت المادة ١٩٧ من قانون التجارة المصري رقم ١٩٩٩/١٧ على إنه "إذا توسط السمسار في إبرام صفقة ممنوعة قانونا، فلا يستحق عنها أجرا".

)[1]("est puni des peines prevus ou deuxieme alinea le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur rémettre, lorsque ces fait ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées ou double, la tentative des infractions prevues par les deuxiéme et troiseme alineas du présent article est punie des memes peines"

الخاتمة

لقد قال الله في كتابه العظيم " لله ملك السموات والأرض، يخلق ما يشاء، يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور أو يزوجهم ذكرانا وإناثا، ويجعل من يشاء عقيما، إنه عليم قدير"، لذلك فإن العقم هو قضاء الله سبحانه وتعالى، وأن على من ابتلاه الله سبحانه وتعالى به أن يسلك طرق العلاج التي تتفق والشريعة الإسلامية الغراء، فإنجاب الذرية هو زينة الحياة الدنيا، لذلك فقد عنيت مختلف الشرائع السماوية بتنظيم هذا المطلب وإخراجه في أفضل صورة له وهو الزواج، حيث يعد الزواج هو أفضل وأنقى السبل للإنجاب لما يحققه من نقاء الأنساب واستقرار المجتمع ورقيه.

وقد تعددت اليوم وسائل الإنجاب الصناعي وتقنياته للتغلب على العقم ومكافحته بشكل ملحوظ نتيجة التطور والتقدم العلمي في المجال البيولوجي، الأمر الذي أحدث انقلابا على عادات وتقاليد المجتمعات، بل وانقلابا على القواعد القانونية، فكان لابد من تدخل المشرع لتنظيم تلك الوسائل والتقنيات، ووضع حدود لها والإبقاء فقط على الشرعي القانوني منها واستبعاد ما عدا ذلك، وتعد ظاهرة الحمل لحساب الغير واحدة من تلك التقنيات التي تخالف بشكل صارخ مبادئ الشريعة الإسلامية والنظام العام والآداب العامة بالمجتمع، فقد توصلنا من خلال هذا البحث إلى عدة نتائج وهي:

نتائج البحث:

١)أن عقد الحمل لحساب الغير هو عقد بموجبه تقوم امرأة بالموافقة على شغل رحمها ببويضة ملقحة لا تنسب إليها، لصالح زوجين يواجهان صعوبة في الإنجاب بصورة طبيعية، لأسباب طبية، ويكمن جوهره في تعهد المرأة صاحبة الرحم بتسليم الطفل لهما بعد ولادته، وقد يكون ذلك الاتفاق بأجر معين أو قد يكون تطوعا.

٢)ان أسباب اللجوء لتقنية الحمل لحساب الغير متعددة فقد ترجع إلى أسباب مرضية تتعلق بالزوجة كعدم قدرتها على حمل الجنين طيلة مدة الحمل، أو إصابتها بأمراض تخشى انتقالها إلى الجنين، أو لأسباب جمالية كرغبة الزوجة في المحافظة على رشاقتها، إلى غير ذلك من الأسباب.

٣)إن كافة صور عملية الحمل لحساب الغير حرام شرعا، ولولا القصور في صورة الجريمة لكانت بمثابة جريمة زنا.

٤)إن قياس الانتفاع بالرحم على الانتفاع بالثدي في حالة الإرضاع هو قياس مع الفارق، ذلك أن الجنين يتأثر بالصفات الوراثية للمرأة الحامل، فالرحم ليس مجرد وعاء لحمل الجنين.

٥)إن عملية الحمل لحساب الغير تؤدي إلى اختلاط الأنساب، بل وتثير النزاع حول نسب الطفل من ناحية الأم، هل سينسب إلى صاحبة البويضة الملقحة أم سينسب إلى من قامت بحمله ووضعه.

٦)إن عقد الحمل لحساب الغير هو من العقود غير المسماه له ذاتية خاصة تميزه عن غيره من العقود المسماه التي قد تتشابه معه، يستمد تلك الخصوصية من محله والآثار المترتبة عليه.

٧)عدم مشروعية عقد الحمل لحساب الغير لعدم مشروعية محله وسببه.

التوصيات:

١)ضرورة تدخل المشرع بإصدار قانون خاص ينظم وسائل الإنجاب الطبي المساعد وتقنياته المستحدثة، وذلك لعدم كفاية النصوص الواردة في لائحة آداب مهنة الطب رقم ٢٠٠٣/٢٣٨لتنظيم كافة هذه الوسائل.

٢) ضرورة إدراج نص يتضمن فرض عقوبات رادعة على كل من يلجأ إلى تقنية الحمل لحساب الغير، بحيث يتم ملاحقة كافة الأطراف الزوجين وصاحبة الرحم البديل والمركز والطبيب القائم بالعملية دون أن يفلت أحد من العقاب.

٣)لابد من إحكام الرقابة من قبل وزارة الصحة على مراكز التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب والعاملين بها منعا لحدوث أي خطأ سواء كان عمدا أو إهمالا يترتب عليه اختلاط الأنساب، أو إتمام عمليات الحمل لحساب الغير.

٤)لابد من تواجد لجان شرعية وقانونية مع خبراء في مجال التقنيات العلمية الحديثة من الأطباء في مراكز التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب وذلك لمتابعة كافة الحالات ومنع إجراء العمليات التي تخالف الشريعة والقانون.

٥)إنشاء مراكز لتوعية النساء اللائي يقبلن على القيام بعملية الحمل لحساب الغير من أجل توعيتهم بحرمة مثل هذه العمليات خاصة في ظل عدم الوعي الديني والطبي وانعدام الثقافة القانونية.

قائمة المراجع:

د. حبيبة سيف سالم، النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس،٢٠٠٥

د. حسام الدين كامل الأهواني، عقد الإيجار في القانون المدني وفى قوانين إيجار الأماكن، الطبعة الثالثة، ١٩٩٨

د. حسني محمود عبد الدايم، عقد اجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون، العدد السادس، الجزء الأول، ٢٠٠٥

د. حسيني إبراهيم أحمد إبراهيم هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس،٢٠٠٦

د. حمدي عبد الرحمن، شرح قوانين ايجار الأماكن في ضوء القانون(٤٩) لسنه ١٩٧٧، والقانون(١٣٦) لسنة ١٩٨١، واللوائح التنفيذية وأحكام النقض، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة ١، ١٩٨٢.

د. حمدي عبد الرحمن، أحكام عقد الإيجار، ١٩٩٦

د. خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والاستنساخ والحماية القانونية للجنين بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٤،

د. رشدي شحاته أبو زيد، تأجير الأرحام، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة حلوان، العدد السابع، يوليو–ديسمبر ٢٠٠٢

د. رضا عبد الحليم عبد المجيد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس،١٩٩٦.

د. سعيد سعد عبد السلام، فكرة العقود المدنية الناشئة عن الإنجاب الصناعي، بدون سنة نشر.

د. سليمان مرقص، أحكام إيجار الأماكن، الطبعة السادسة، ص٦٠٢.

د. سليمان مرقص، عقد البيع، طبعة نادى القضاة.

د. شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

د. صبري خاطر، عرض لكتاب القانون وتجارب الجينات للمؤلف الفرنسي (Alian Bensoussa)، منشور في مجلة العدالة، العدد الأول، ٢٠٠١

د. طارق عبد الله محمد أبو حوه، الانعكاسات القانونية للإنجاب الصناعي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة

د. عبد الحميد عثمان محمد، أحكام الام البديلة (الأم الظئر)، بين الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر،

د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، الجزء ١، ١٩٦٤

د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء ٦، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، القاهرة، دار النهضة العربية.

د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، الجزء ٧.

د. عبد الله بن زايد أل محمود، الحكم الإقناعي في إبطال التلقيح الصناعي، بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي، العدد الثامن،١٩٩٨.

د. عطا عبد العاطي السنباطي، بنوك النطف والأجنة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولى،٢٠٠١.

د. فيصل ذكي عبد الواحد، الوجيز في عقد البيع وفقاً للقانون المدني المصرى،٢٠٠٥، الجزء الأول، دار نصر

د. كارم السيد غنيم، الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء، دار الفكر العربي، ١٩٩٨.

د. كريمة عبود جبر، استئجار الأرحام والآثار المترتبة عليه، بحث منشور في مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، جامعة الموصل، المجلد ٩، العدد٣، العدد الأول، ٢٠١٠

د. محمد المرسى زهرة، الإنجاب الصناعي، أحكامه القانونية، وحدوده الشرعية، دراسة مقارنة، ١٩٩٠

د. محمد حسن كاظم وآخرون، مشروعية الحمل لحساب الغير وأحكامه في القانون والشريعة الإسلامية، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، السنة الثانية.

د. محمد سعد الدين حافظ، استئجار الأرحام رحمة من الله، مقال منشور بجريدة الأخبار، العدد ١٥٣١٩، الأحد ٢٠٠١/٦/٣

د. محمد شكري سرور، عقد البيع، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.

د. محمد علي البار، أخلاقيات التلقيح الصناعي نظرة إلى الجذور، الدار السعودية للنشر، جدة، ١٩٨٧.

د. محمد علي عمران، عقد الإيجار، ١٩٨٧.

د. محمد لبيب شنب، أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، ١٩٨٦.

د. ممدوح محمد خيري هاشم، الإنجاب الصناعي في القانون المدني، دراسة قانونية فقهية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ١٩٩٦.

المستشار مصطفى فرغلي الشقيري، الرحم البديل فكرة تحتضر، جريدة الأخبار، العدد ١٥٢٩٦، ٢٠٠١/٥/٧.

د. نسرين سليمان حسن، مشكلات المسئولية المدنية الناجمة عن اجراء عمليات الاستنساخ على البشر، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة،٢٠٠٨

المراجع الأجنبية:

Atias (C), le contract de substitution de mere, D.,1986.

Baudouin(J.L) et Riou (C.L), Produire de l'homme, de quel droit? P.U.F., 1987

Devichi (J.R), "les preuves scientifiques et contentieux de la filiation" , Rev. Trim.dr.civ.,1983.

Devichi (J.R), La gestation pour le compte d'autrui, D., 1985.

Devichi (J.R), Les procrèations assistèes: ètat des questions, Rev. trim, droit civil,1987

Dubouis (Loiuis)," Les mèrès porteuses et le Conseil d'Etat"," Note sous .C.E 22 Jan 1988", RDSS,1988.

Edelman (B), "note sous la C.A de Paris, 15 Juin 1990, J.C.P., 1991, II, 21653

Harichaux (M), l'assurance maternite et la maternite par substitution, RDSS., 1985.

Kayser (P), Les limites morals et juirdiques de la procreation artificielle, D., 1987.

Kennedy and Grubb, Text and Materials, Butterworth's, London, 1989,

Larribou (lerneyre),"note sous la C-A de Pau, 19 Fev. 1991", D., 1991, II

Robert (Jacques)," note sous le Trib. Admin de Strasbourg 17 Juin 1986", J.C.P, 1986, 2, 20719

Seriaux (Alain), "note sous la cour de cassation 13 Dec. 1989", J.C.P, 1990, II

Swapnendu Banerjee, Gestational Surrogacy Contracts: Altruistic or Commercial? "A Contract Theoretic Approach", New Delhi, 2009

Terri James, New York Surrogacy Law, p.1, an article available on:
http:/www.surrogacy.com/legals/article/nylaw.