



مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية

اسم المقال: الأم البديلة في القانون المدني السوري

اسم الكاتب: د. طاهر عثمان دامر جي

رابط ثابت: <https://political-encyclopedia.org/index.php/library/616>

تاريخ الاسترداد: 2025/05/14 07:14 +03

الموسوعة السياسية هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.

لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسية – Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسية – Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام

<https://political-encyclopedia.org/terms-of-use>

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والسياسية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسية
مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكرية ومتطلبات رخصة المنشاع الإبداعي التي يتضمن المقال تحتتها.



الأم البديلة في القانون المدني السوري

* د. طاهر عثمان دامرجي

الملخص

قدم الطب الحديث أسلوب "الأم البديلة" كحل لعلاج حالة العقم التي قد تصيب بعض النساء بسبب مشكلات الرحم؛ مما يحرمنهن من القيام بوظيفة الأمومة التي جبت عليها المرأة والتي تشكل أهم آثار من آثار الزواج، ومن خلال هذا الأسلوب يتافق زوجان يرغبان بإنجاب الذرية ولا تستطيع الزوجة الحمل بسبب مشكلات في الرحم، مع امرأة تقدم رحمة لتوضّع اللقحة المخصبة مخبرياً فيه، المكونة من نطفة الزوج وبويضة المرأة، ولتحملها في أحشائها حتى اكتمال مدة الحمل، وتسلم المولود للزوجين بعد وضعه مقابل أجر تلقاه من الزوجين، أو دون أجر في بعض الأحيان.

شكّل هذا البحث محاولة للتوصّل إلى التكييف القانوني الصحيح الذي ينبغي أن يوصف به الاتفاق الجاري بين الزوجين صاحبي اللقحة والمرأة صاحبة الرحم، ومن ثم بيان المركز القانوني السليم للأم البديلة، وهي المرأة صاحبة الرحم، كما تناول هذا البحث حكم هذا الاتفاق من حيث مشروعيته، وذلك على ضوء الأحكام النافذة في القانون المدني السوري، وذلك بسبب غياب تشريع خاص يتناول هذه المسألة في سوريا.

* مدرس في قسم القانون الخاص - كلية الحقوق - جامعة دمشق.

المقدمة:

إن أهم غاية من غaiات الزواج هي إنجاب الأولاد قد تصطدم بمانع العقم عند أحد الزوجين أو كليهما، ولذلك حاول الأطباء وما يزالون يحاولون إيجاد الحلول الطبية الممكنة التي تضعف أثر هذا المانع، وتحقق للزوجين مبتغاهم من الحصول على الذرية.

وقد تفتقت عن هذه الحلول أساليب طبية مستحدثة عدّة تعالج موضع العقم، تدخل كلها تحت مضمون

ما بات يعرف "بالتلقيح الصناعي" In vitro fertilization أو "الإنجاب المساعد طبياً", Medical Procreation

وأصبحت تلقى صدى في المجتمعات العربية الآن، ما يعرف "بالأم البديلة" Surrogate Mother ويقصد بها تلك المرأة التي تعرض منفعة رحمها لزوجين للتحقيق لقحة (بيضة مخصبة مخبرياً) مكونة من نطفة الزوج وبويضة الزوجة داخل رحم هذه المرأة، لتحمل بهذه اللقحة جنيناً حتى تضعه مولوداً، وتسلمه إلى الزوجين صاحبى اللقحة لقاء أجر أو دون أجر، في بعض الأحيان، وتستخدم هذه الوسيلة الطبية في حالات عقم الزوجة بسبب عيوب في الرحم تمنع من الحمل، أو بسبب عدم وجود الرحم أصلاً، إما لعنة خلقية أو بعد استئصاله، وتخترar بعض النساء هذه الوسيلة ترفاها لمجرد عدم رغبتهن مكافحة ظروف الحمل وتبعتاه.

وقد انتشرت هذه الوسيلة انتشاراً كبيراً في العالم حتى بات لها مكاتب في بعض الدول التي تسمح بها لِتنَظُّم فيها هذه العملية، يكون عمالوها من جهة النساء اللواتي يرغبن بتقديم منفعة أرحامهن، ومن جهة ثانية الأزواج الذين يرغبون بالإنجاب منن أعاقة لهم أسباب مختلفة من تحقيق هذه الرغبة بالطريقة الطبيعية، كما ظهرت مؤخراً عدّة مواقع على الشبكة (الإنترنت) تروج لهذه الوسيلة بحيث شكلت سوقاً الكترونياً للأم البديلة.

لكن استخدام هذه الوسيلة الطبية كان يصطدم باستمرار بالقواعد الدينية والأخلاقية للمجتمعات التي انتشرت فيها، كونها تشكل هاجس اختلاط الأنساب، لذلك تصدّى المشرعون في بعض الدول لهذه المسألة، وأصدرت نصوصاً تشريعية تقضي بتحريم هذه الوسيلة بل تجريمها، كما هو الحال في فرنسا وسويسرا وأسبانيا والسويد والنرويج وكندا، في حين سمحت بعض الولايات المتحدة الأمريكية في قوانينها لهذه الوسيلة بشرط أن تكون تبرعاً دون مقابل⁽¹⁾، في حين بقيت دول كثيرة ومن ضمنها

1- Gabriela Lupsan, Certaines aspects juridiques concernant la "mère porteuse", Juridica, Acta universitatis Danubius. Nr. 1/2006, p 46-47

سورية، دون أن تصدر قوانين تعالج هذه المسألة بوضوح وصراحة. لذلك قمنا من خلال هذا البحث بوضع هذه الوسيلة الطيبة تحت مجهر القانون المدني السوري تحديداً على القواعد العامة لهذا القانون.

إشكالية البحث:

تتركز إشكالية هذا البحث في تحديد الوصف القانوني السليم لهذه الوسيلة الطيبة، ومن ثم تحديد الحكم القانوني الصحيح لها، ذلك كله في ضوء أحكام القانون المدني السوري وقواعده الحالية.

أهمية البحث:

إن تطور الأفكار والوسائل الطبية الحديثة التي تعالج المشكلات المستعصية بالعقم ومن بينها فكرة أو وسيلة "الأم البديلة"، جعلها من النوازل أو المستجدات التي تستلزم البحث الدقيق، بغية إضفاء التأصيل الصحيح لها، وبذلك نوجه كلاماً من القاضي للحل القانوني الواجب اتباعه في ضوء القواعد العامة، ونوجه كذلك الطبيب بضرورة الالتزام بما يقتضيه هذا الحل القانوني، ونوجه أخيراً وقبل القاضي والطبيب الأزواج الذين يعانون من العقم بأن يكونوا على دراية تامة بحكم القانون قبل اللجوء لمثل هذه الوسائل.

الهدف من البحث:

هدف هذا البحث إلى إعطاء الوصف القانوني الصحيح لأسلوب "الأم البديلة" الطبي في ضوء النصوص النافذة للقانون المدني السوري، ومن ثم بيان مدى مشروعيته، وتوجيهه المشرع السوري إلى ضرورة إصدار تشريع خاص، أو تعديل النصوص القانونية القائمة، بحيث تراعي هذه النازلة.

وبناءً على ما سبق قسم هذا البحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الأم البديلة.

المطلب الثاني: المركز القانوني للأم البديلة.

ويلاحظ أنه مع تحريم بعض الولايات الأمريكية لهذه الوسيلة إلا أن حالات استعمالها في الواقع يتم بوتيرة متزايدة ، وتشير تقارير إلى أن الأم البديلة تتقاضى بين 12000 دولار إلى 25000 دولار لقاء حملها، في حين تصل مجمل التكاليف على الزوجين إلى بين 40000 إلى 125000 دولار

Magdolina Gugucheva , Surrogacy in America , Council for Responsible Genetics (CRG) Cambridge 2010 , p 13-15

المطلب الثالث: حكم الأم البديلة.

المطلب الأول

مفهوم الأم البديلة

لابد لنا إذا أردنا أن نحدد المفهوم الصحيح للأم البديلة من أن نتعرض أولاً لمفهومها الطبي بوصفها أحد أنواع التلقيح الصناعي، ثم ننتقل لبيان مفهومها القانوني، إذ لا يمكن الوصول إلى مفهوم واضح ودقيق للأم البديلة دون فهم حقيقتها الطبية أولاً، لنبني عليه بعد ذلك الفهم القانوني.

الفرع الأول: المفهوم الطبي للأم البديلة

الأم البديلة تعد إحدى صور التلقيح الصناعي الذي ظهر في بدايات القرن العشرين عندما استطاع علماء روس تلقيح بعد الحيوانات كالأغنام والأبقار، ثم ما لبث أن استُخدِّم على الإنسان من أجل علاج حالات العقم في بداية الأمر، إلى أن تطورت أشكاله وصوره وأساليب الداعية إليه، ولم يغلق باب الاجتهاد الطبي فيه حتى هذه اللحظة.

والتلقيح الصناعي هو اتحاد الخلية الجنسية للذكر (الحيوان المنوي أو النطفة) مع الخلية الجنسية للمرأة (البويضة) بغير الطريقة الطبيعية التي تنشأ عن الجماع بين المرأة والرجل⁽¹⁾، والتلقيح الصناعي ينقسم بشكل عام إلى نوعين رئيسيين هما: التلقيح الداخلي والتلقيح الخارجي، أما الأول فهو أن تأخذ الحيوانات المنوية للرجل وتحقن داخل رحم المرأة ويسمى أيضاً بالإخصاب الداخلي⁽²⁾، وأما الثاني فهو أن تُلْقَحُ الحيوانات المنوية والبويضات في وعاء مخبري طبي، ثم تحقن هذه اللقحة في رحم امرأة⁽³⁾، ومن صور هذا التلقيح أن يكون بين زوجين وتحقق اللقحة في رحم الزوجة، فهذا ما يعرف طبياً بـ طفل الأنابيب، أما إذا حققت اللقحة في رحم امرأة أخرى غير الزوجة صاحبة البويضة، فهذه صورة ما بات يسمى طبياً وقانونياً بالأم البديلة، لأن الأم التي ستحمل الجنين عندئذ ستكون غير الأم صاحبة

-1- Magdolina Gugucheva , op cit p3 وانظر نجيب ليوس، التلقيح الصناعي للرحم - حقن الرحم، موقع الدكتور نجيب ليوس على الشابكة (الإنترنت) www.layyous.com تاريخ الدخول 2016/10/7
وانظر زياد أحمد سلامة، أطفال الآباء بين العلم والشريعة، دار البيارق، بيروت، ط 1، عام 1996، ص 53، صفاء محمود العياصرة، المستجدات العلمية وأثرها على الفتوى في الأحوال الشخصية، دار عmad الدين،الأردن، ط1 عام 2008، ص 251.
-2- انظر عبد الله أبو زيد، فقه النوازل، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1 عام 1995، ج 1، ص 262.
-3- انظر علي بن محي الدين القره داغي، فقه القضايا الطبية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط3، 2008، ص 567.

البيوية^(١)، ويطلق على هذه الصورة أيضاً بألم الحاضنة أو استئجار الرحم، أو الرحم البديل، وغيرها من المسميات التي تتكلم عن مضمون واحد^(٢).

فالألم البديلة بحسب المفهوم الطبي هي المرأة التي تقبل أن تحقن في رحمها لقيحة مكونة خارج رحمها من اتحاد حيوان منوي بيويضة ليست لها، وتقوم بحمل الجنين بذرة هذه اللقيحة حتى تضعه مولوداً بانتهاء مدة الحمل^(٣).

ومن الأسباب الطبية التي تؤدي إلى لجوء الزوجين إلى الأم البديلة، عدم قدرة الزوجة على الحمل بسبب ضعف الرحم أو تشوهها أو عدم وجودها أصلاً بعد استئصالها مع كون مبایض الزوجة سليمة^(٤)، وقد تكون هناك أسباب غير طبية، كعدم رغبة الزوجة في الحمل ترفاها أو تهريباً من تبعات الحمل السلبية على جسمها من حيث الرشاشة والحيوية^(٥)، أو تخلصاً من آلام الحمل والولادة^(٦)، فتلجأ إلى امرأة أخرى لتقوم عنها بهذا الحمل، إماً بدافع إنساني، أو بدافع اقتصادي^(٧)، أو لمجرد الرغبة بخوض تجربة الحمل والولادة، كما ادعت بعض من قمن بدور الأم البديلة.^(٨)

الفرع الثاني: المفهوم القانوني للألم البديلة

انطلاقاً من المفهوم الطبي للألم البديلة نستطيع أن نحدد المفهوم القانوني لها، فالألم البديلة هي المرأة التي تتفق مع زوجين بأن تحمل في رحمها لقيحة تعود لهذين الزوجين، على أن تسلم المولود الناتج عن هذه اللقيحة عند وضعه إلى هذين الزوجين، وذلك لقاء عوض أو دون عوض^(٩)، فتكون بذلك المرأة أماً لهذا المولود بالحمل والولادة وليس بالنسبة^(١٠).

1- Gabriela Lupsan, op cit , p 45

2 - Obid. p 45

3- انظر عيسى نضال، الطب الوقائي بين العلم والدين، دار المكتبي - دمشق 1997 ص 253 ،

Vasanti Jadva, Clare Murray, Emma Lycett, Fiona MacCallum and Susan Golombok, Surrogacy: the experiences of surrogate mothers, human reproduction. Vol. 18,2003, p. 2196.

4- عبد الرحمن البسام، أطفال الأنابيب، بحث مقدم لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة لعام 1984، مجلة الفقه الإسلامي، المجلد (١)، العدد (٢)، ص 264.

5- المرجع السابق ص 264، صفاء العياصرة، المرجع السابق ص 291 .

6- علي بن مشتبه بن عبد الله البكري، استئجار الأرحام، دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة ماجستير في العدالة الجنائية، في كلية الدراسات العليا بجامعة أيف للعلوم الأمنية عام 2011، ص 58.

7-Magdolina Gugucheva , op cit p23

8- Vasanti Jadva & others, op. cit p.2197

9- انظر شوقي زكريا الصالحي، الرحم المستأجرة وبنوك الأجنة، دار العلم والإيمان، مصر 2005، ص 15، وانظر صفاء العياصرة، المرجع، ص 289.

10- حسني محمد عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 134.

وبعبارة أخرى فإن الأم البديلة هي امرأة تكون طرفاً أولاً في عقد يكون فيه زوجان هما الطرف الثاني، وموضوع هذا العقد استخدام رحم هذه المرأة لتحمل فيه لقيحة مكونة من الحيوان المنوي للزوج وبويضة زوجته، غالباً ما يطلق الفقهاء مصطلح الأم البديلة "surrogate mother/ la mère porteuse" على هذا العقد بحد ذاته الذي يتضمن عملية الحمل لحساب الزوجين كما أظهرنا ذلك سابقاً.

وفي هذا العقد يتلزم الزوجان بدفع المقابل المتفق عليه كأجر للأم البديلة، إذ كان العقد بعوض، فضلاً عن تحمل المصاريف عن الأعمال الطبية، والعلاجية حتى وضع الجنين⁽¹⁾، كما يتلزمان بتسلّم المولود عند ولادته، أو في المدة المتفق عليها بعد الولادة⁽²⁾، حتى ولو كان به تشوه أو عيب خلقي⁽³⁾، في حين حين تلتزم الأم البديلة بتقديم رحمها خالياً من الحمل⁽⁴⁾، بعد أن تقوم بالفحوصات الطبية قبل عملية زرع زرع اللقيحة وبعدها للتأكد من خلوها من الأمراض المعدية وكل ما يعيق الحمل⁽⁵⁾، وتستمر في حمل هذه اللقيحة جنيناً في رحمها حتى تضعها مولوداً بنهاية الحمل، فلا تقوم بعمل يؤدي إلى الإجهاض⁽⁶⁾، ثم تلتزم بتسلّم هذا المولود في الزمن المتفق عليه، ليتولى الزوجان بعد ذلك رعاية المولود وتربيته ويكون ولداً قانونياً لهما⁽⁷⁾.

وأرى أن تتضمن نماذج هذه العقود بنداً تقر فيها المرأة صاحبة الرحم المستخدم صراحة بأن من ستصبحه سيكون ابنًا للزوجين، وأن ليس لها أي حق يتعلق بهذا الطفل، وذلك درءاً لاحتمال وقوع نزاع، فقد تغير هذه المرأة إليها وتقرر الاحتفاظ بالطفل، بعد أن تكون لديها مشاعر الأمومة في أثناء الحمل. ويجب أن تُجزى قبل إبرام هذا العقد فحوص طبية مختلفة لهذه المرأة لإثبات خلو رحمها من أي حمل مسبق، وإذا كانت هذه المرأة متزوجة فيجب أن يحتوي العقد شرطاً يضمن عدم اقتراب زوجها منها مدة

1 -Gabriela lupsan,op.cit.P.45

2-حسني عبد الدايم، المرجع السابق ص 135 ، وانظر Magdolina Gugucheva , op cit p23

3-عقيل فاضل الدهان، رائد صيوان المالكي، المشاكل القانونية والشرعية لعقود إجارة الأرحام، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، العدد 2، عام 2011، ص 243، وانظر عبد الحميد عثمان محمد، أحكام الأم البديلة بين الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة 1995، ص 131.

4-حسني عبد الدايم، المرجع السابق ص 137.

5-شوقى زكريا الصالحي، التقييم الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص 99.

6-عقيل الدهان ورائد المالكي، المرجع السابق، ص 243

7- انظر كريمة عبدو جبر، استئجار الأرحام والآثار المترتبة عليه، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، جامعة الموصل، المجلد 241 العدد 3 عام 2010، ص 29.

كافية قبل الحمل وبعده للتأكد من عدم إشغال الرحم بأي حمل آخر⁽¹⁾، كما يمكن أن يتفق طرفا العقد على سرية عملية الحمل برمتها⁽²⁾.

ونحن في هذه الزاوية، وكما هو واضح، لم ننطرق إلى التكليف القانوني للعقد الذي تجريه الأم البديلة صاحبة الرحم مع الزوجين، بل اكتفينا بتوضيح الترجمة القانونية للمفهوم الطبي للأم البديلة تاركين مسألة التكليف القانوني لهذا العقد عند تناولنا للمركز القانوني للأم البديلة فيما يأتي:

المطلب الثاني

المركز القانوني للأم البديلة

إن معرفة المركز القانوني للأم البديلة تعتمد على التكليف القانوني للعقد الذي تبرمه مع الزوجين صاحبى القيمة، وعملية التكليف القانوني للعقود، كما هو معلوم، يجيئها ويحددها محل التزامات أطراف العقد، ومحل الالتزام في القانون المدني السوري هو الشيء الذي يلتزم المدين بعمله أو بالامتناع عن عمله⁽³⁾، وانطلاقاً سبق بيانه من التزامات الأم البديلة والزوجين صاحبى القيمة، نستطيع أن نصل إلى توصيف صحيح للعقد المبرم بينهم الذي قد يكون - وهو الغالب في الواقع العملي - بعوض تأخذ الأم البديلة أجرأ لقاء ما تقوم به وقد يكون بلا عوض، لا تأخذ الأم البديلة فيه أي أجر لقاء ما تقوم به.

ويجدر بنا الإشارة هنا إلى أننا نتكلم في هذا المقام عن مسألة توصيف هذا العقد فقط، دون أن نتعرض لمشروعيته التي ستكون مثار البحث في المطلب الثالث عندما نتكلم عن حكم الأم البديلة.

الفرع الأول: الأم البديلة المعاوضة

حينما تتقاضى الأم البديلة (صاحبة الرحم) أجرأ بموجب الاتفاق الذي تم بينها مع الزوجين صاحبى القيمة التي سترعر في رحمها، فإن هذه العملية برأيي لا تعدو أن توصف، إما عقد إيجار، وإما عقد مقاولة.

1- ممدوح خيري هاشم، الإنجاب الصناعي، القاهرة، ط1، 1996، 256.

2- شوقي الصالحي، التقني الصناعي، المرجع السابق، ص .99.

3- انظر المواد (132-136) من القانون المدني السوري، وانظر محمد حاتم البيات ، أيمن محمد أبو العيال، القانون المدني المقارن بالفقه الإسلامي، الالتزامات، جامعة دمشق 2010، ص 127 وما بعدها، عبد الفتاح عبدالباقي، نظرية العقد والإرادة المتفقة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، 1984، ص 407 ، مصطفى عبد الجود، مصادر الالتزام-المصادر الإرادية-نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الكتب القانونية، مصر 2005، ص 337-338.

أولاً: الأم البديلة مؤجرة

إيجار عقد يتلزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم⁽¹⁾، والحقيقة أن الغالبية العظمى من الفقهاء الذين تناولوا موضوع التنافي الصناعي بشكل عام، يطلقون مسمى "إيجار الأرحام" أو "تأجير الرحم" أو "الرحم المستأجر" على موضوع الأم البديلة، فهم يعتقدون أن المرأة صاحبة الرحم إنما تقوم بتمكين الزوجين صاحبى اللقيحة من الانتفاع برحمها حينما تقبل أن تُرَزَّع هذه اللقيحة في رحمة وتحمل بها، وتأخذ مقابلًا لذلك الانتفاع الأجر المتفق عليه. فالزوجان صاحبا اللقيحة بالنسبة إلى هؤلاء هما الطرف المستأجر، ووجه انتفاعهما هو استخدام رحم المرأة المؤجرة للحمل، وذلك مدة زمنية محددة هي مدة الحمل لقاء عوض مالي.

إذا أردنا إسقاط الالتزامات التي تقع على عاتق المؤجر والمستأجر التي نص عليها القانوني السوري⁽²⁾ على عملية الانتفاع برحم المرأة، وجدنا أن العديد من الالتزامات لا تختلف مع طبيعة هذه العملية، فلا تقوم المرأة صاحبة الرحم أصلًا بتسليم رحمة (المؤجر)، حتى يقوم الزوجان صاحبا اللقيحة بردها لها، كما يقتضي الالتزامان الجوهريان للمؤجر بتسليم المأجور والمستأجر برد العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار في عقد الإيجار⁽³⁾.

إذا أردنا أيضًا بالحالة المعاكسة إسقاط الالتزامات التي عادةً ما تتضمنها عملية الانتفاع بالرحم، والتي ذكرت أعلاه، على التزامات المؤجر والمستأجر وجدنا بين النوعين اختلافاً كبيراً. ولذلك لا أرى أن الاتفاق الجاري بين الأم البديلة والزوجين صاحبى اللقيحة هو عقد إيجار بحسب القانون السوري.

ثانياً: الأم البديلة مقاولة

ال مقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً، أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر⁽⁴⁾، ويلتزم المقاول بشكل رئيسي بإنجاز العمل المعهود إليه بموجب عقد المقاولة، وتسلیم

1- المادة 526 من القانون المدني السوري.

2- راجع المواد 532-564 من القانون المدني السوري.

3- انظر على سبيل المثال في التزامات المؤجر والمستأجر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 6، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت 2000، ص 205 وما بعدها، محمد لبيب شنب، الوجيز في شرح أحكام الإيجار، دار النهضة العربية، القاهرة 1967، ص 116 وما بعدها ، محمد حسن قاسم، القانون المدني ، العقود المسماة: البيع- التأمين - الإيجار، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2001، ص 805 وما بعدها

4- المادة 612 من القانون المدني السوري.

ذلك العمل بعد إنجازه، في حين يلتزم رب العمل في المقابل بدفع الأجر للمقاول لقاء العمل المنجز بعد تمكينه من إنجاز ذلك العمل وتسلمه بعد إنجازه^(١).

وقد يبدو للوهلة الأولى أن الاتفاق بين الأم البديلة والزوجين صاحبى اللقيحة هو أقرب منه لعقد المقاولة من عقد الإيجار، وهذا صحيح لأن عملية الحمل للقيقة التي تقوم بها الأم البديلة إنما هو عمل يتم إنجازه ويتم تسليم نتيجته وهو المولود، وليس مجرد تسليم شيء يمكن الانتفاع به، فكيف إذا كان هذا الشيء (الرحم) أصلاً يبقى لدى المؤجر (الأم البديلة) بحسب طبيعة الأشياء.

لكن هل هذا العمل المذكور قامت به الأم البديلة؟ أو أهي من قامت بصنع المولود نتيجة هذا العمل حتى نستطيع أن نصنف مركّزها في هذا الاتفاق بأنها مقاول؟

كما نعرف أن دور المرأة عموماً في الحمل هو مجرد حفظ اللقيحة في رحمها، لتنمو بعد ذلك هذه اللقيحة وتمر بمراحل التخلّق والتكون كلّها حتى الولادة بفعل الخالق سبحانه وتعالى، ويبقى دور المرأة بالغذاء والعناية بالحمل ثانوياً ومتمنماً لعملية النمو والتكون، ومن ثم لا يمكننا أن ننسب هذا العمل المذكور للأم البديلة صاحبة الرحم، وبالتالي لا يمكن أن تعدّ مقاولاً بحسب القانون السوري، فضلاً عن أن معظم الأحكام التي وردت في القانون السوري فيما يتعلق بالالتزامات كل من المقاول ورب العمل في عقد المقاولة^(٢)، لا تنسجم مع طبيعة الالتزامات التي أشرنا إليها سابقاً لكل من الأم البديلة والزوجين صاحبى اللقيحة.

الفرع الثاني: الأم البديلة المتبرعة

نادراً ما يحدث في الواقع العملي آلا تتناقض الأم البديلة أجراً لقاء حملها للقيقة، خصوصاً بعد انتشار ما يعرف بسوق تأجير الأرحام، حتى باتت هناك مواقع عبر شبكة الإنترنت تسوق لهذه العمليات^(٣)، ولكن تبقى هناك حالات إنسانية محدودة تتبرع فيها امرأة بمنفعة رحمة لتزرع اللقيحة فيها دون أن

1- انظر على سبيل المثال في التزامات المقاول ورب العمل، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 7، ص 64 وما بعدها،
وانظر الفرق بين الإيجار والمقاولة عند محمد قاسم ، المرجع السابق، ص 672

2- انظر المواد 612 – 626 من القانون المدني السوري.

3- من هذه المواقع على سبيل المثال:

تتقاضى أي مقابل لذلك العمل، وعندما تكون هذه العملية بلا مقابل، فإن أقرب تكييف يكون بحسب رأيي هو إنما العارية أو الوديعة بلا أجر.

أولاً: الأم البديلة معيرة

العارية عقد يلتزم به المعيير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض مدة معينة أو في غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال⁽¹⁾؛ لذلك كانت العارية من عقود التبرع، إذ يستعمل المستعير الشيء المعاشر بلا عوض، ولو كان هناك عوض للعارية لانقلبت إيجاراً⁽²⁾، فالمجانية هي قوام العارية، وهي تخوله استعمال الشيء لا استغلاله.⁽³⁾

ويلتزم المعيير في هذا العقد بأن يسلم الشيء المعاشر للمستعير بالحالة التي كان عليها وقت انعقاد العارية، وأن يتركه للمستعير طول مدة العارية⁽⁴⁾، على أن يلتزم المستعير بأن يستعمل الشيء المعاشر على الوجه الواجب طبقاً لما بينه العقد أو تقبلاه طبيعة الشيء أو يعنيه العرف⁽⁵⁾، وبالمحافظة عليه⁽⁶⁾، وبرده عند انتهاء العارية⁽⁷⁾.

ومرة أخرى نقول، لو قمنا بإسقاط هذه الالتزامات على ما يلتزم به كل من الأم البديلة والزوجين صاحبى اللقيحة، لما استطعنا توصيف اتفاقهما بأنه عقد عارية، فإذا كان رحم المرأة هو الشيء المستعار، وكانت من ثم الأم البديلة هي المعيير لكن عليها تسليم هذا الرحم للمستعير، وهما الزوجان ليستعملاه، وهذا ليس من طبيعة اتفاقهما فضلاً عن أنه ليس من طبيعة الأشياء أصلاً.

1- المادة 602 من القانون المدني السوري.

2- المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري (مجموعة الأعمال التجريبية للقانون المدني المصري، ج 3، ص 666)، والعارية بالنسبة إلى الإيجار كالهبة بالنسبة إلى البيع، فالبيع نقل المالك معاوضة والهبة نقله تبرعاً، وكذلك الإيجار فهو الانفصال بالشيء معاوضة، في حين العارية الانفصال به تبرعاً (انظر السنورى، المرجع السابق ج 6 ص 1511 - 1521).

3- محمود جمال الدين زكي، مبادئ القانون المدني في العقود المسماة، الصلح-الهبة-القرض-الدخل الدائم- العارية، دار الفكر العربي، مصر 1952، ص 238 ، محمد قاسم ، المرجع السابق، ص 678

4- المادة 603 من القانون المدني السوري

5- المادة 605 من القانون المدني السوري

6- المادة 607 من القانون المدني السوري

7- المادة 608 من القانون المدني السوري، انظر في التزامات المعيير والمستعير بالتفصيل عند محمود زكي، المرجع السابق، ص 240 وما بعدها

ولا يمكن القول: إن الإعارة وقعت على اللقيحة التي يسلّمها الزوجان لتصبح بذلك الأم البديلة هي الطرف المستعير، لأن من المسلم به أن المستعير هو المنتفع بالشيء، والأم البديلة هنا ليست هي الطرف المنتفع، بل إن الزوجين هما اللذان ينتفعان من رحم المرأة باستعماله لحمل لقيحتها.

ثانياً: الأم البديلة مودع عندها (الوديع)

نصت المادة 684 من القانون المدني السوري على أن: "الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلّم شيئاً من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشيء وعلى أن يرده علينا"، وبذلك فهي تتفق مع العارية في أن المستعير والمودع عنده يتسلّمان شيئاً للغير ويقومان بحفظه ثم رده بانتهاء العقد، ولكنها تختلف عن العارية في أن المودع عنده يقتصر دوره في حفظ الشيء دون أن يستعمله، أما المستعير فإنه يتسلّم الشيء بهدف الانتفاع به وليس مجرد حفظه⁽¹⁾، وبهذا تختلف الوديعة مع الإيجار أيضاً⁽²⁾، فكل من الإيجار والعارية يردان على الانتفاع بالشيء.

وبحسب منطوق المادة 684 المذكورة أعلاه فإن المودع عنده يلتزم بأن يتسلّم الشيء المودع ويحفظه ويرده للمودع عند انتهاء الوديعة، في حين يلتزم المودع وهو صاحب الوديعة أن يرد إلى المودع عنده ما أنفقه في حفظ الوديعة، وأن يعوضه عن كل ما لحقه من خسارة بسببها⁽³⁾، وإذا كانت الوديعة بأجر وجب على المودع أن يؤديها⁽⁴⁾.

إن الأم البديلة في اتفاقها مع الزوجين صاحبي اللقيحة إنما تتسلّم هذه اللقيحة وتحفظها داخل رحمها، ثم تردها مولوداً عند الوضع لهذين الزوجين، على أن يتكلّلا بالمصروف، والنفقات الالزامية لإتمام هذا الأمر.

فهل هذا الشبه الكبير بين الالتزامات الجارية في اتفاق الأم البديلة مع الزوجين صاحبي اللقيحة من جهة والالتزامات المودع والمودع عنده في عقد الوديعة من جهة أخرى، يجعل من اتفاق الأولين وديعة تكون فيه الأم البديلة مودع عندها؟

1- محمد علي عرفة، شرح القانون المدني الجديد، في التأمين والعقود الصغيرة، مطبعة جامعة فؤاد الأول، ط2، 1950 ، ص 452-455 ، وتخالف الوديعة عن العارية كذلك في كونها تقع لمصلحة المودع، في حين تكون العارية في مصلحة المستعير

(محمود زكي، المرجع السابق، ص 238)

2- محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 23

3- المادة 691 من القانون المدني السوري.

4- المادة 690 من القانون المدني السوري.

لا أرى أنه يمكن وصف هذا الاتفاق بالوديعة، لأنه يقوم بشكل أساسي على الانتفاع برحم الأم البديلة، ويكون المثل الأصلي فيه هو الرحم وليس اللقيحة، فالزوجان هما من يسعian للانتفاع برحم الأم البديلة، وليس هي التي تسعى إلى حفظ اللقيحة، والغرض الأساسي لهذا الاتفاق هو أن يتم اكتمال نمو هذه اللقيحة وتكونيتها في الرحم من خلال عملية الحمل حتى مرحلة الوضع، وهذا ليس من طبيعة عقد الوديعة إذ لا يقوم على الانتفاع بالشيء، والأصل أن يمتنع المودع عنده من استعماله أو استغلاله.⁽¹⁾

وفي نهاية حديثنا عن المركز القانوني للأم البديلة، نصل إلى مسلم قانوني فيما يتعلق بتوصيف الانتفاع الجاري بينها وبين الزوجين صاحبى اللقيحة، وهو أنه لا يقف بالأساس عند مسألة الانتفاع برحم امرأة حتى نصفه إيجاراً إذا كان بأجر وعارية إذا كان بلا أجر، كما أنه لا يقف على عمل تتجزء هذه المرأة ليوصف فعلها مقاولة، ولا يقف أخيراً على حفظ اللقيحة من قبل المرأة حتى يوصف بأنه وديعة.

إن عملية الحمل وما يتضمنها من تكوين ونمو للقيحة المزروعة داخل رحم المرأة، هي عملية بيولوجية تجري بفعل الخالق سبحانه وتعالى وبشكل آلي لا يكون للمرأة صاحبة الرحم أي دور أساسى في ذلك. إن الالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق المرأة صاحبة الرحم كما مرّ بنا، هو قبول الحمل، إما الالتزامات الأخرى التي يقتضيها الاتفاق، من العناية في أثناء الحمل وتسليم المولود بعد الوضع وغيرها فهي التزامات متممة وتابعة للالتزام الرئيسي بالحمل.

ولذلك فإننا نرى أن الانتفاع الجاري بين الأم البديلة والزوجين صاحبى اللقيحة بحسب القانون السوري إنما هو عقد غير مسمى، لا تتطبق أحكامه مع أي من العقود المسماة، ويمكن أن نطلق عليه عقد "الحمل في رحم الغير" ولما كان لا يشبه أي عقد من العقود المسماة وجب تطبيق القواعد العامة في العقود عليه.

ولكن هل يجعل هذا التوصيف النهائي الذي توصلنا إليه الانتفاع الجاري بين الطرفين، مشروعًا ويرتب الآثار القانونية الكاملة لها كما يرتبها أي عقد صحيح؟ هذا ما سنعرفه في المطلب الثالث.

1 - محمد علي عرفة، المرجع السابق، ص 463

المطلب الثالث

حكم الأم البديلة

ذكرنا سابقاً أن الفقه درج على إطلاق اصطلاح "الأم البديلة" على العقد الذي تجريه المرأة صاحبة الرحم مع الزوجين صاحبى اللقيحة بحد ذاته، لذلك عنونت هذا المطلب بحكم الأم البديلة فاقصدأ به حكم العقد المذكور.

ومن المعلوم أنه يمكن للأطراف أن ينشئوا فيما بينهم الاتفاques التي يرون أنها تحقق أغراضاً لهم وتتبىء مصالحهم، لكن القانون لا يعتد بهذه الاتفاques مالم تقم على مصالح يحميها، فلا يكفي أن يتم التراضي بين الأطراف ليرتب الاتفاق أثراً قانونياً، ويكون ومن ثمًّ صحيحاً، مالم يقع على محل مشروع، ويكون له سبب مشروع، وعندئذ يمكن القول: إنَّ هذا الاتفاق جائز أو صحيح قانوناً⁽¹⁾.

فهل يمكن عَدَ الاتفاق التي تجريه الأم البديلة مع الزوجين صاحبى اللقيحة، كما عُرض آنفاً صحيحاً من الناحية القانونية؟

كما توصلنا سابقاً فإن هذا الاتفاق هو عقد غير مسمى، إذ لم يسمه القانون ولم ينظم أحکامه، فلا يوجد نص قانوني يتعلق بهذا النوع من الاتفاques، ومن ثمًّ لا يوجد جواب صريح في القانون حول في هذا الاتفاق من حيث كونه صحيحاً أم باطلأ.

وفي مثل هذه الحال نحن أمام آليتين للحل، إماً تطبيق القواعد العامة للعقد، المتعلقة خصوصاً بمحل العقد، التي تقضي بأنه إذا كان محل العقد غير مشروع لمخالفته القانون والنظام العام والأدب العامة فإن العقد يعد باطلأ⁽²⁾، ومادام جسم الإنسان هو محل العقد المذكور، ويتمثل هنا بعضو الرحم فضلاً عن نطفة الزوج وبويضة الزوجة، فإن العقد الذي يقع عليه يعد باطلأ لأن أعضاء الإنسان ليست محلأ مشروعأ للالتزام لمخالفته النظام العام إلَّا ما سمح به القانون بنص خاص، كما هو الحال بعمليات التبرع بالأعضاء التي نص عليها قانون زرع الأعضاء البشرية ونقلها رقم 30 لعام 2003، ومن قبله المرسوم التشريعي رقم 99 لعام 1970 المتعلق بالتلعع بالدم ، فضلاً عن أن مسألة الأم البديلة وما يكتنفها من شبهة اختلاط الأنساب - كما سوف نرى - فيها مساس بالأدب العامة للأسرة والمجتمع.

1- مصطفى عبد الجود، المرجع السابق، ص 138 ، عبد الفتاح عبدالباقي، المرجع السابق، ص 421

2- مصطفى عبد الجود ، ص 350 ، عبد الفتاح عبد الباقي، ص 421

أمّا الآلية الثانية للحل فهي تطبيق نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني السوري التي تقضي بأنه في حال عدم وجود نص تشريعي، يحل القاضي المسألة بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية.

وقد اختلفت آراء فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين في هذا الموضوع، وظهر اتجاهان متعاكسان، اتجاه يحرم هذا العقد، وهو الموقف الذي اتخذه أغلبية الفقهاء ، وسار عليه مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي⁽¹⁾، والمجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي⁽²⁾، ومع ذلك ظهر هناك اتجاه آخر يقول بباباحة هذا الاتفاق.

الفرع الأول: الاتجاه المميز لاتفاق الأم البديلة

هذا الاتجاه هو المجمع عليه عند الشيعة الإمامية⁽³⁾، وأفتى به الدكتور المرحوم عبد المعطي بيومي عضو هيئة كبار علماء الأزهر، وعضو مجلس البحث الإسلامي بمصر، لكنه اشترط أن تكون الأم البديلة هي زوجة ثانية للرجل صاحب النطفة أي ضرة الزوجة صاحبة البويبة⁽⁴⁾، وكان المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي قد أجاز هذه الصورة من الأم البديلة في قراره رقم (5) من دورته السابعة المنعقدة في مكة المكرمة عام 1404 هـ - 1984م؛ وذلك عندما تتطوع الضرة بمحض إرادتها بهذا الحمل عن ضرتها المنزوعة الرحم، ثم عاد المجمع وقضى بتحريمها في قراره رقم (2) في دورته الثامنة المنعقدة في مكة المكرمة عام 1405 هـ - 1985م أسوة بكل صور الأم البديلة⁽⁵⁾.

1- قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته مؤتمر الثالث بعمان من 11-16 تشرين الأول 1986 موجود على موقع المجمع www.fiqhacademy.org

2- قرار مجلس مجمع الفقه الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي رقم (2) الصادر في دورته الثامنة المنعقدة في مكة المكرمة عام 1405 هـ 1985م، منشور على موقع الرابطة www.themwl.org

3- كريمة جبر، المرجع السابق، ص 246.

4- عبد المعطي بيومي، حلال حلال، مقال في زاوية قضايا وآراء في جريدة الأهرام المصرية عدد 41802 (19/5/2001)، منشور على موقع جريدة الأهرام www.ahram.org

والغريب أن كل من نقل عن بيومي رأيه لم يشر إلى أنه اشترط أن تكون الأم البديلة هي ضرة الزوجة صاحبة البويبة كما هو واضح في المقال المذكور، والحقيقة أن الدكتور بيومي كان قد أفتى بجواز إيجار الرحم بشكل عام في مقابلة تلفزيونية، ثم عاد واشترط في هذا المقال أن تكون المرأة صاحبة الرحم هي زوجة ثانية للرجل صاحب النطفة المتعددة ببويبة ضرتها.

5- انظر هذين القراراتين على موقع رابطة العالم الإسلامي www.themwl.org

وينطلق أصحاب هذا الاتجاه من قاعدة أن الأصل في الأشياء الإباحة مالم يحرم بنص قطعي⁽¹⁾، ويررون أن المسألة شبيهة بالرضاخ، فكما يجوز تملك منفعة الثدي وما يفرزه من حليب ينتسب للرحم وينشر العظم لدى الطفل زمن الرضاعة، فإنه يجوز قياس الرحم على الثدي فيما يفرزه من أمصال تنتسب للرحم وتنتشر العظم لدى الجنين زمن الحمل⁽²⁾، لأن العلة متحدة في الحالتين على المنفعة المتشابهة وهي التغذية، وهي واضحة بين الثدي والرحم في القرآن الكريم إذ جعل الله الحمل والفصال (انتهاء الرضاع) مرحلة واحدة "وحمله وفصاله ثلاثة شهراً"⁽³⁾، فيكملان بعضهما بعضاً في مرحلة تكون الإنسان من الرحم إلى الثدي بشكل متواصل ويؤديان وظيفة واحدة هي التغذية لإنبات اللحم وإنشار العظم⁽⁴⁾.

ورداً على القول: إنَّ هذه العملية إنما هي زنا، يقول أصحاب هذا الاتجاه: إنَّ مفهوم الزنا شرعاً يقوم على الوطء المحرم، والحمل هنا لم يحدث نتيجة وطء، ولذلك لا يقام عليه حد الزنا⁽⁵⁾، كما لا يرى أصحاب هذا الاتجاه بأنَّ في هذه العملية اختلاط في الأنساب، وبينون رأيهم على ما يعتقدونه من أنَّ الطبع مجمع على كون الرحم لا ينقل أي صفة وراثية، ولا يسهم ومن ثمَّ بأي تكوين جيني⁽⁶⁾، فالملولود الجديد هو النتاج الوراثي للسيدة صاحبة البويضة وزوجها ولا توجد أي احتمالات لخلط الأنساب⁽⁷⁾، ففي اللحظة التي يتم فيها التلقيح وتتحدد كروموزومات البويضة والنطفة، تفرز البويضة الملقة حاجزاً حولها يمنع الإسهام بأي مواد وراثية أخرى حتى تحافظ الخلية بتكوينها الجيني الذي يحتوي على

1- انظر آية الله البازدي، التلقيح الصناعي، بحث منشور في مجلة فقه أهل البيت وشركة الغدير، العدد 7، ص 5، عبد المعطي بيومي، المقال المذكور.

2- ولذلك وجب تحريم من الحمل ما يحرم من الرضاخ.

3- سورة الأحقاف آية 15.

4- عبد المعطي بيومي، المقال المذكور، وانظر وفاء غنيمي، الضوابط الشرعية، دار الصميحي، الرياض، ط 1430 هـ ص 202، أحمد محمد لطفي، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وأراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ط 1، 2006، ص 255

5- انظر عائشة أحمد حسن، الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت عام 2008، ص 158، أحمد لطفي، المرجع السابق، ص 256.

6- د. اسماعيل برادة، لا.....لاختلاط الأنساب، مقال في زاوية قضايا وأراء في جريدة الأهرام المصرية العدد 41816 تاريخ 2001/6/2، منشور على موقع الجريدة www.ahram.org، والدكتور اسماعيل برادة رحمة الله هو أستاذ طب النساء بجامعة تكساس الأمريكية.

7- ما دامت العملية برمتها قد تمت وفق الضوابط والضمانات التي تدعو إلى الاطمئنان من عدم حدوث اختلاط الأنساب، كضمان خلو رحم المرأة من أي حمل سابق وضمان عدم حصول حمل لاحق نتيجة اتصال جنسي.

الإرشادات الازمة كلها لتكوين مخلوق كامل ولا يمكن تغييره إطلاقاً، فالتوجيهات الوراثية تأتي من البوياضة الملقحة لا من البيئة المحيطة بها) ^(١)

ويبني أصحاب هذا الاتجاه رأيهم أيضاً على وجود الحاجة الملحة للأمومة التي تنزل منزلة الضرورة، عندما يتم اللجوء إلى هذه الطريقة في الإنجاب لوجود أسباب طيبة تمنع المرأة من الحمل، كأن تولد بلا رحم أو تكون مصابة بمرض يعيق الحمل^(٢)، ولذلك لم يجز أحد هذه الطريقة للزوجة السليمة التي لا تزيد الحمل ترفاها، كونها فاقدة لشروط الحل ابتداءً^(٣).

الفرع الثاني: الاتجاه المحرّم لاتفاق الأم البديلة

إن الأخلاقيّة من الفقهاء المسلمين يرون بتحريم هذا الاتفاق، وأهم ما يستندون إليه من أدلة، هي الأدلة الآتية:

1- قوله تعالى: "وَالَّذِينَ هُمْ لِزَوْجِهِمْ حَافِظُونَ (٥) إِلَّا عَلَى أَرْزَاقِهِمْ أَوْ مَا ملَكُتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (٦) فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ (٧)" ^(٤).

ووجه الدلالة من هذه الآيات الكرييمات أن من حفظ الفروج حفظ ما يتعلق بها من ماء الزوج وبوايضة زوجته، وإن تجاوز الزوجات وما ملكت اليدين في هذا المجال هو تعدّ لما أحل الله^(٥).

2- في اتفاق الأم البديلة مع الزوجين صاحبي اللقيحة شكل من أشكال الزنا من جهة، ويسميه بعضهم "الزنا الطبيعي"، وذلك من خلال وضع الحيوان المنوي في رحم امرأة ليست زوجة^(٦)، وهو من جهة ثانية يقاس على السحاق، لأن فيه وضع بوياضة امرأة في رحم امرأة أخرى، ولذلك يأخذ حكم التحرير^(٧).

١- د. اسماعيل برادة، المقال المذكور، ويضيف: "خلايا الدورة الدموية للجينين التي تدخل الدورة الدموية للأم الحاضنة عن طريق المشيمة لا تعدُّ بأي حال اختلاطاً في الأنساب، إذ أنَّ هذه الخلايا لا تؤثُّ في التكوين الجنيني، وهي تُنْفَى بعد اتمام مدة حياتها التي لا تزيد على 120 يوماً".

٢- عائشة حسن، المرجع السابق، ص 157، أحمد لطفي، المرجع السابق ص 256 وانظر كذلك اسماعيل برادة، المقال المذكور.

٣- كريمة جبر، المرجع السابق، 245.

٤- سورة (المؤمنون) ، الآيات 7-5.

٥- علي بن مثقب البكري، المرجع السابق، ص 112

٦- من الملاحظ أن هذه الحجة تنتهي في حال كانت المرأة البديلة هي زوجة ثانية.

٧- عمر سلمان الأشقر وآخرون، دراسات فقهية في قضايا طيبة معاصرة، ط 2 ، 2000 ص 7 ص 19.

وقد رأينا رد أصحاب الاتجاه الأول على الزنا، أما بالنسبة للسحاق فيرد هؤلاء أن القياس غير صحيح، لأنَّه قياس مع الفارق، فالقصد من السحاق المتعة والشهوة، أمَّا اتفاق الأم البديلة مع صاحبي اللقيحة فالملائكة والشهوة فيه مدعومتان لكنَّ المرأة، وإنما القصد منه الاستيلاد فقط، ومن ثُمَّ لا يمكن عَدْ نقل بويضة من امرأة لامرأة سحاقاً⁽¹⁾.

-3 رد أصحاب هذا الاتجاه على مسألة قياس الرحم بالثدي عند المجبزين لاتفاق الأم البديلة، بأنه قياس غير صحيح، لأنَّه قياس مع الفارق أيضاً، والفرق بين المقيس والمقيس عليه من عدة وجوه، أهمها أنَّ الرضاع لا يترتب فيه مفسدة اختلاط الأنساب، وأنَّ الرضيع يستطيع أن يتغذى بالطعام بدل الحليب. أمَّا الجنين فلا يستطيع الاستفادة عن الغذاء الذي يصله عبر المشيمة من دم المرأة صاحبة الرحم⁽²⁾.

-4 يترتب على مثل هذه الاتفاقيات مفسدة، وهي شبهة اختلاط الأنساب **Genealogical Bewilderment**⁽³⁾. إذ إنَّ حفظ الأنساب من الضرورات الخمس التي صانها الإسلام وحرم ما يؤدي إلى الإضرار بها، والمعلوم أنَّ درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، وليس أدل على ذلك من الخلاف الحاصل بين العلماء في نسب المولود الناتج عن هذا الاتفاق بالنسبة إلى جهة الأم، بين الأم البيولوجية صاحبة البويضة وبين الأم صاحبة الرحم وهي الأم البديلة⁽⁴⁾.

كما أنَّ مسألة أنَّ الرحم لا يسهم في نقل الصفات الوراثية للجنين هي محل نظر وخلاف في الطب وليس أمراً مجمعاً عليه⁽⁵⁾، بخلاف ما يدعى أصحاب الاتجاه الأول، فهناك دراسات تثبت أنَّ الحمض النووي الذي يننقل الصفات الوراثية ليس موجوداً في نواة الخلية فقط وإنما في سيتوبلازم الخلية، وهذا الجزء يتتأثر بالبيئة المحيطة به في أثناء الحمل، ولذلك فإنَّ الأم البديلة صاحبة الرحم يمكن أن تضيف بعض الصفات الوراثية إلى الجنين، وبهذا قال العديد من علماء الطب والوراثة⁽⁶⁾.

-1 المرجع السابق، ص 821.

-2 انظر أحمد لطفي، المرجع السابق، ص 256.

3 -Matthew Tieu , The Problem of Surrogacy , Bioethics Research Notes 19(1) , Southern Cross Bioethics Institute , Adelaide, South Australia, March 2007, p 3-4

-4 انظر في ذلك زياد سلامة، المرجع السابق، ص 139 وما بعدها، حسني عبد الدايم، المرجع السابق، ص 256، الدهان والماليكي، المرجع السابق، 246، وانظر op cit p6

5-Matthew Tieu , op cit p 4-6

-6 انظر هند الخولي، تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد

27، العدد 3، 2011، ص 292.

5- ردأ على أن الأصل في الأشياء الإباحة ما لم يوجد دليل تحريم، فإن هذا الاتفاق يظهر أنه محل نزاع ومحل نظر، ومن ثم لا يمكن الجزم بعدم وجود دليل تحريم له، ثم إن قاعدة الأصل الإباحة لا يعمل بها على إطلاقها بل تختص بقاعدة الأصل في الإباضع التحرير⁽¹⁾.

6- ردأ على الحاجة الملحة بالإنجاب، والأمومة التي تنزل منزلة الضرورة، برى المحرمون لها هذا الاتفاق أن عمل الإنجاب لا يكون ضرورة بياح في سياقها هذا التبذل والهبوط⁽²⁾، والنظر إلى الرحم نظرة مادية بحثة سيؤدي إلى فتح الباب لكثير من النساء الفقيرات في العالم لأداء مثل هذه الاتفاques تحت وطأة العوز وال الحاجة المادية⁽³⁾، ثم إن هناك وسائل أخرى يمكن للمرأة التي ابتنىت بمرض يمنعها من الإنجاب أن تشبع حاجتها بواسطتها مثل كفالة الأيتام وتربيتهم⁽⁴⁾.

وأمام أدلة الاتجاهين، نرى بترجح تحريم هذا النوع من الاتفاques، وعلى ذلك الأغلبية الساحقة في الفقه الإسلامي، وهذا ما نوجه بضرورة الأخذ به من قبل القضاء السوري إذا ما عرض عليه نزاع يتعلق بمشروعية هذا الاتفاق.

ونشير في هذا الصدد إلى أن القانون المدني الفرنسي يعد أن كل اتفاق يتعلق بالإنجاب أو الحمل لمصلحة الآخرين هو باطل، ويجرم قانون العقوبات الفرنسي على الاتفاق الذي يتم بين شخص أو عائلة ترغب بالحصول على طفل مع امرأة لتحمل به من أجل أن تعطيهم إياه بعد الولادة، وتضاعف العقوبة في حال التكرار، أو في حال كانت العملية لغایات مادية⁽⁵⁾.

1- المرجع السابق، ص 290.

2- بكر أبو زيد، المرجع السابق، ص 257.

3- صفاء العياصرة، المرجع السابق، ص 293.

4- هند الخولي، المرجع السابق، ص 291.

وهناك دراسة حديثة في أهمية الرابطة التي تجمع بين الطفل والأم التي حملت به، تفيد بأن مادة الأوكسيتوسين Oxytocin وهي مادة تصنف على أنها شبيهة بالهرمون، تشرع بالتحرر من الجسم بعد الولادة بالنسبة إلى الأم والطفل في وقت واحد، وهذا ما يساعد الأم باستعادة صحتها ويسهم بالعمليات النفسية المهمة للطفل الوليد في أثناء نموه ، كما تؤدي هذه المادة عند تحررها إلى تعزيز أنساط الترابط بين الأم والطفل وتخلق الرغبة للمزيد من الاتصال .

فضلاً عن هذا الترابط البيولوجي فإن دراسة نفسية أخرى تشير إلى أن هناك نافذة من الزمن تفتح بعد لحظة الولادة ببدأ فيها الطفل بتكونن ملفات معرفية من خلال التفاعل الشخصي بينه وبين الأم التي ولدته، فالطفل يتلقى آلية معرفية وقدرات نفسية بتفاعلها مع أمها، ولذلك تنتهي هذه الدراسة إلى أن أسلوب الأم البديلة إنما يمزق رابطة الأمومة ، وهو بديل مُخفِّق ليس في مصلحة الطفل ونموه النفسي ، وإن كان يشكل بديلاً مقبولاً للزوجين . (Matthew Tieu , op cit p2, p6)

5- Gabriela Lupsan.op. cit. p.47-48.

الخاتمة:

الأم البديلة وسيلة من وسائل الطب الحديث لمعالجة العقم عند المرأة التي تعاني من مشكلات صحية في رحمها تمنعها من الحمل وتحرمها من الأمومة، تلك الفطرة والحاجة الإنسانية التي ميز الله بها المرأة عن الرجل.

لكن هذه الوسيلة تحتوي على محاذير طبية واجتماعية وقانونية ودينية ألغت بظلالها منذ بدء انتشارها في العالم، وقد ركزنا في هذا البحث على الجانب القانوني، فقمنا أولاً بتحديد المفهومين الطبي والقانوني للأم البديلة، ثم قمنا بتأصيل الاتفاق الذي تجريه مع الزوجين صاحبى اللقيحة، وأضفينا الوصف القانوني الذي رأينا صحيحاً عليه، وانتهينا إلى بيان الحكم القانوني السليم لهاذا الاتفاق في ضوء الأحكام العامة في القانون المدني السوري. وقد توصلت في هذا البحث إلى النتائج الآتية:

- 1 ليس من السليم قانونياً أن تكفل العقد الذي يجري بطريقة الأم البديلة بأنه عقد إيجار للرحم، كما درج كثير من الفقهاء، لأن طبيعته والالتزامات التي يتضمنها تختلف عن طبيعة عقد الإيجار والتزماته، بل حتى عن العقود المسماة في القانون المدني السوري كلها كالإعارة والمقاولة والوديعة، لذلك آثرت استعمال مصطلح "الأم البديلة"، لأنني أراه أكثر تعبيراً عن المضمون القانوني الصحيح للاتفاق الجاري بين الزوجين صاحبى اللقيحة والمرأة صاحبة الرحم.
- 2 يعدُّ هذا الاتفاق عقداً غير مسمى، وأطلقنا عليه "عقد الحمل في رحم الغير".
- 3 الراجح في الفقه الإسلامي هو تحريم أسلوب الأم البديلة، وهذا ما يجب الحكم به بحسب رأيي في ضوء القانون المدني السوري انطلاقاً من المادة الأولى التي تحيلنا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية في حال عدم وجود نص قانوني.
- 4 كما إقترح في نهاية هذا البحث التوصيات الآتية:

 - 1 ضرورة صدور تشريع خاص في سوريا ينظم صور التلقيح الصناعي بشكل عام، وصورة الأم البديلة بشكل خاص، أو على الأقل أن يُجرى تعديل في النصوص الحالية للقانون المدني تضع الحكم القانوني الصحيح لهذه الصورة على غرار القانون المدني الفرنسي .
 - 2 إنشاء لجان حكومية مشكلة من وزارات الصحة والعدل والأوقاف تضم أطباء وقانونيين وشريعين لمراقبة أعمال المستشفيات والمراكز الطبية التي تمارس عمليات الإخصاب الصناعي أو الإنجاب المساعد طبياً، بغية التحقق من اتباعها للضوابط القانونية والأخلاقية، التي تهدف إلى عدم حدوث اختلاط في الأنساب.

المراجع

أولاً: باللغة العربية:

- 1 أبو زيد عبد الله، فقه النوازل، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، ج 1، عام 1995
- 2 الأشقر عمر سلمان وأخرون، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، ط 2 ، 2000
- 3 برادة اسماعيل، لا.....لاختلاط الأنساب، مقال في زاوية قضايا وآراء في جريدة الأهرام المصرية العدد 41816 تاريخ 2001/6/2، منشور على موقع www.ahram.org
- 4 البسام عبد الرحمن، أطفال الأنبياء، بحث مقدم لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة لعام 1984، مجلة الفقه الإسلامي، المجلد (1)، العدد (2)
- 5 البكري علي بن مشيب بن عبد الله، استئجار الأرحام، دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة ماجستير في العدالة الجنائية، في كلية الدراسات العليا بجامعة نايف للعلوم الأمنية عام 2011
- 6 البيات محمد حاتم، أبو العيال أيمن محمد، القانون المدني المقارن بالفقه الإسلامي، الالتزامات، جامعة دمشق 2010
- 7 بيومي عبد المعطي، حل حل، مقال في زاوية قضايا وآراء في جريدة الأهرام المصرية عدد 2001/5/19 (41802)، منشور على موقع جريدة الأهرام www.ahram.org
- 8 جبر كريمة عبدو، استئجار الأرحام والآثار المترتبة عليه، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، جامعة الموصل، المجلد 29 العدد 3 عام 2010
- 9 حسن عائشة أحمد، الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت عام 2008
- 10 الخولي هند، تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 27، العدد 3، 2011
- 11 الدهان عقيل فاضل، المالكي رائد صيوان، المشاكل القانونية والشرعية لعقود إجارة الأرحام، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، العدد 2، عام 2011
- 12 زكي محمود جمال الدين، مبادئ القانون المدني في العقود المسماة، الصلح-الهبة-القرض- الدخل الدائم- العارية، دار الفكر العربي، مصر 1952
- 13 سلامة زياد أحمد، أطفال الأنبياء بين العلم والشريعة، دار البيارق، بيروت، ط 1، عام 1996
- 14 السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت 2000

- 15- شنب محمد لبيب، الوجيز في شرح أحكام الإيجار، دار النهضة العربية، القاهرة 1967
- 16- الصالحي شوقي زكريا، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، 2001
- 17- الصالحي شوقي زكريا، الرحم المستأجرة وبنوك الأجنحة، دار العلم والإيمان، مصر 2005
- 18- عبد الجواه مصطفى، مصادر الالتزام- المصادر الإرادية- نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الكتب القانونية، مصر 2005
- 19- عبد الدايم حسني محمود، عقد إجارة الأرحام، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007
- 20- عبدالباقي عبد الفتاح، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، 1984 ، بلا مكان نشر
- 21- عرفة محمد علي، شرح القانون المدني الجديد، في التأمين والعقود الصغيرة، مطبعة جامعة فؤاد الأول، ط2، 1950
- 22- العياصرة صفاء محمود، المستجدات العلمية وأثيرها على الفتوى في الأحوال الشخصية، دار عmad الدين، الأردن، ط1 عام 2008
- 23- غنيمي وفاء، الضوابط الشرعية، دار الصميمي، الرياض، ط 1430 هـ
- 24- قاسم محمد حسن، القانون المدني، العقود المسماه: البيع- التأمين - الإيجار ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2001
- 25- القره داغي علي بن محي الدين، فقه القضايا الطبية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط3، 2008
- 26- لطفي أحمد محمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ط1، 2006
- 27- ليوس نجيب، التلقيح الصناعي للرحم - حقن الرحم، موقع الدكتور نجيب ليوس على الإنترنت 2016/10/7 www.layyous.com
- 28- محمد عبد الحميد عثمان، أحكام الأم البديلة بين الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة 1995
- 29- نضال عيسى ، الطب الوقائي بين العلم والدين، دار المكتبي - دمشق 1997
- 30- هاشم ممدوح خيري ، الإنجاب الصناعي، القاهرة، ط1، 1996
- 31- البزدي آية الله، التلقيح الصناعي، بحث منشور في مجلة فقه أهل البيت وشركة الغدير، العدد 7
- 32- موقع مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي www.fiqhacademy.org

33 - موقع مجمع الفقه الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي www.themwl.org

ثانياً: باللغة الأجنبية:

- 1- Gabriela Lupsan, certaines aspects juridiques. Concernant la "mère porteuse", Juridica, Acta universitatis Danubius. Nr. 1/2006 p
- 2- Magdolina Gugucheva, Surrogacy in America, Council for Responsible Genetics (CRG) Cambridge 2010
- 3- Matthew Tieu, The Problem of Surrogacy, Bioethics Research Notes 19(1), Southern Cross Bioethics Institute, Adelaide, South Australia, March 2007
- 4- Vasanti Jadva, Clare Murray, Emma Lycett, Fiona MacCallum and Susan Golombok, Surrogacy: the experiences of surrogate mothers, human reproduction. Vol. 18,2003

تاریخ ورود البحث إلى مجلة جامعة دمشق 26/12/2016