أثر تأجير الرحم على جنسية المولود (دراسة مقارنة)

د. سناريا محمد نهاد مصطفى
جامعة صلاح الدين /أربيل
كلية القانون والعلوم السياسية/قسم القانون
sanaryamada@yahoo.com

المقـــدمـــة

إن مشكلة العقم شغلت الإنسان منذ القدم، ومنذ زمن حاول الانسان معالجة هذه الحالة، وقد ساهم التقدم العلمي والتكنلوجي الهائل في مجال الطب في التوصل إلى وسائل تقنية حديثة لمعالجة العقم، ولم يؤدي اللجوء إلى المعالجة الطبية والوسائل الحديثة أية اشكالات قانونية أو شرعية أو أخلاقية إلا بعد ظهور عمليات الاخصاب الاصطناعي التي يمكن معها امكانية توجيه الانجاب والتلاعب فيه بإدخال عنصر أجنبي، حيث ظهرت تقنية جديدة في نهاية القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين وهي تقنية استئجار الرحم.

بدأت هذه التقنية في عالم الحيوان عندما تم استخلاص مجموعة من بيضات بقر قوية ذات صفات وخصائص ممتازة ووضعت هذه البيضات في أنابيب اختبار ثم تم نقله إلى أرحام بقرات عادية ليست ممتازة الصفات أو غير اقتصادية لحماً وحليباً...، أما ظهور تقنية الأُم البديلة (استئجار الرحم) في عالم البشر فقد بدأت وانتشرت في أوروبا وأمريكا بوصفها وسيلة لمعالجة العقم لدى غير القادرين على الانجاب بالطرق الطبيعية ،حيث اجريت اول عملية اخصاب خارج الرحم في الولايات المتحدة سنة ١٩٤٥، ثم توالت العمليات في جميع دول العالم ،ونتيجة لعدم الالتزام بالضوابط الدينية والاخلاقية حيث أن رغبة الحصول على الولد لم يمنع الاطراف من

تحقيق رغبتهم ولو بتدخل طرف ثالث في العلاقة بينهما، فأصبحت هناك شركات ووكالات متخصصة لتأجير الأرحام.

وقد أنشأت مراكز لتأجير الأرحام في العديد من دول العالم وفي مقدمتها ألمانيا وعدة ولايات في الولايات المتحدة الامريكية ،وقد تم تأسيس جمعية في لوس أنجلوس اطلق عليها اسم (جمعية الأمهات البديلات) حيث يتوافد عليها عدد كبير من الأزواج القادرين على دفع آلاف الدولارات للنساء الراغبات في حمل أجنة لهم في أرحامهن.

إن عقد تأجير الرحم قد يتم عن طريق الوكالات المتخصصة وتكون على مرحلتين:

الأولى : بين الزوجين والمركز المتخصص.

الثانية: بين المؤسسة والمرأة المؤجرة لرحمها.

أما خارج إطار المراكز المتخصصة فالعقد يتم بين الزوجين وبين المرأة صاحبة الرحم.

والمرأة الأجنبية هي التي تقبل زرع البويضة الملقحة من الطرفين في رحمها، وتقوم بحمـــــل الجنين بدلا عن الأم الأصلية ويطلق عليها الأم البديلة، وفي حالات أخرى قد يحدث أن يكون هناك زوج للمـرأة الأجنبية، مما يعني خروج عملية الحمل والإنجاب عن أطرافها الحقيقية وهما :الزوج والزوجة، وذلك بدخول أطراف أجنبية عن العلاقة الزوجية في عملية التخصيب، وهو ما يجعل الحكم على هذه المســـائل بصورها المتعددة مختلف من حالة إلى أخرى.

سنحاول في هذا البحث أن نلقي الضوء على جانب من جوانب اشكاليات التكنلوجيا المتقدمة في مجال الانجاب المتمثلة في بيان الجنسية للمولود عن طريق تأجير الرحم، وآثر جنسية كل من الام صاحبة البويضة والام صاحبة الرحم والأب البيولوجي على جنسية المولود.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في ايجاد آلية قانونية لمنح الجنسية للمولودين بالوسائل التكنلوجية الناجمة عن استخدام التقنيات الجديدة في الانجاب المتمثلة بتأجير الرحم، هذه التقنية منتشرة بشكل كبير في المجتمعات، وهناك العديد من الدول التي قامت بتنظيم مسألة الانجاب عن طريق تأجير الرحم لكنها لم تتطرق لمسألة الجنسية، وهناك دول لم تنظم مسألة تأجير الرحم على الرغم من انتشار هذه الظاهرة في مجتمعاتها، ان وجود نقص في التشريع بشأن مسألة الجنسية قد يؤدي إلى المساس بحق الطفل في أن يكون له جنسية، ان القواعد العامة في الجنسية قد لا تتلاءم مع الوسائل الحديثة في الانجاب؛ لأن التقنيات الحديثة قد تؤدي إلى اختلاط الانساب وبالتالي تؤثر على مسألة الجنسية، سنحاول في هذا البحث ايجاد آلية قانونية لمنح الجنسية لحالات الولادة بطريق تأجير الرحم (الأم البديلة).

منهجية البحث:

اعتمدنا على المنهج التحليلي والمنهج المقارن، من أجل الاحاطة بجميع جوانب الموضوع وذلك من خلال استقراء النصوص القانونية لقوانين الدول المنظمة لمسألة تأجير الرحم والقرارات القضائية الصادرة في هذا الشأن لبيان مواقف التشريعات والقضاء في تلك الدول من مسألة جنسية المولود، مع بيان موقف الشريعة الاسلامية الغراء من الطفل المولود عن طريق تأجير الرحم.

هيكلية البحث:

اقتضت طبيعة دراستنا لموضوع منح الجنسية للمولود من الأم البديلة، تقسيم البحث إلى مبحثين، الاول نبحث في مفهوم عقد تأجير الرحم وموقف الشرع والقانون منه، ونتحدث فيه عن الطبيعة القانونية لعقد تأجير الرحم في الفرع الاول ثم نبحث في عقد تأجير الرحم في نظر الشرع والقانون في الفرع الثاني .

وفي المبحث الثاني قمنا بدراسة ماهية الجنسية الاصلية واسس فرضها للمولود من الأم البديلة من خلال بيان أساس الدم لفرض الجنسية الاصلية في الفرع الاول، وأساس الإقليم لفرض الجنسية الاصلية في الفرع الثاني.

وأخيراً ختمنا موضوع بحثنا بأهم الاستنتاجات والتوصيات التي توصلنا اليها من خلال بحثنا هذا.

المبحث الاول

مفهوم عقد تأجير الرحم وموقف الشرع والقانون منه

تطورت تكنلوجيا الانجاب المساعد خلال فترة قصيرة وقدمت العديد من العمليات المتعلقة بجمع الحيوانات المنوية والبويضات الناضجة وحفظها، واجمع الفقهاء على ان هناك أسلوبين للتلقيح الصناعي الداخلي، والتلقيح الصناعي الخارجي، وجميع طرق التلقيح الصناعية لا تخرج عن احدى الفرضيتين، الاولى أن تكون كل عناصر التناسل الاساسية (الحيمن والبويضة والرحم) عائدة للزوجين، أو أن تكون احداها أجنبيي عن الزوجين .

سنعرض فيما يلي الطبيعة القانونية لتقنية تأجير الرحم ثم نبين موقف الشرع والقانون من تقنية تأجير الرحم.

المطلب الاول

الطبيعة القانونية لعقد تأجير الرحم

ان عقد تأجير الرحم عبارة عن عقد تقدم فيه المرأة القادرة على الحمل والانجاب رحمها ليحوي اللقيحة التي تأتي من تلقيح بويضة وحيمن زوجين أو ثنائيين وإكمال الحمل والولادة للطفل المطلوب، وقد يكون بأجر أو بدون أجر وتسمى الأم البديلة وأحيانا تقدم المرأة رحمها وبيضتها .

إن عقد إجارة الأرحام مصطلح فقهي وقانوني، فالعقد في اللغة يعني الأحكام والربط[١]، وفي القانون فالعقد هو توافق إرادتين او أكثر على إحداث أثر قانوني معين وهذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاءه[٢] .

وقد عرف القانون المدني العراقي المعدل العقد في المادة(٧٣) حيث تنص المادة على:

(العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه).

فالعقد يقوم على أمرين أساسيين هما: توافق الارادتين ،وقصد إحداث أثر قانوني.

أما مصطلح الإجارة لغة فهو اسم للأجر والأجرة التي تؤخذ عن عمل شخص أو منفعة أو ملكية[٣] .

وقد عرف الفقه الإسلامي الإجارة بأنه : (تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من العين المؤجرة في الشرع ونظر العقلاء بعوض يصلح أجرا) [٤] .

وينقسم عقد الايجار في الشريعة الاسلامية إلى :

١- إيجار يرد على منفعة الأشياء كاستئجار الأراضي، ...

٢- إيجار يرد على منفعة العمل كاستئجار شخص للبناء، للمداوات، ...

---

١. د. جمال الدين بن منظور، لسان العرب، دار بيروت للطباعة والنشر، بيروت،١٣٧٥هجري،ص٣٠.

٢. د.عبد المجيد الحكيم، أ.عبد الباقي البكري، أ.محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الاول، مصادر الالتزام، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩، ص١٩.

٣. د. سمير تناغو، عقد الايجار، طبعة جديدة ،منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٨،ص٥ .

٤. المصدر السابق نفسه.

وقد عرفت المادة(٧٢٢)من القانون المدني العراقي عقد الإيجار على الشكل التالي: (الإيجار تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة وبه يلتزم المؤجر ان يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور).

إن إلزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة هي صفة أساسية في عقد الإيجار، فإذا اتفق الطرفان على مقدار الاجرة وجب على المستأجر الوفاء بالأجرة وإذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الأجرة تولى القاضي تحديدها [١]، وكما هو واضح في التعريف فإن القانون لا يسمي العقد عقد إيجار إلا أذا كان محل الإيجار شيئاً من الأشياء (الأعيان) أما ما يعرف بإجارة الأشخاص والخدمات فإنه لا يسمى في القانون إيجاراً وإنما يسمي عقد عمل أو مقاولة.

أما الرحم في اللغة فهو موضع تكوين الجنين ووعاءه في البطن، وفي الاصطلاح يعرف الرحم بأنه حويصلة صغيرة الحجم في اسفل التجويف البطني للمرأة يتسع ويكبر تبعاً لنمو الجنين بداخله حتى يكتمل نموه[٢].

و حاول بعض الفقهاء إيراد تعريف لعقد إجارة الأرحام على الشكل التالي:

أما عقد تأجير الرحم فهو عقد تتعهد بمقتضاه امرأة بشغل رحمها (بأجر أو بدون أجر) بحمل ناشئ عن نطفة امشاج مخصبة صناعياً لزوجين استحال عليهما الإنجاب لفساد رحم الزوجة[٣].

---

١. المصدر السابق ، ص٥٦ .

٢. الغزالي، ابي حامد محمد بن محمد، احياء علوم الدين،ط٤،دار الكتب العلمية، بيروت،لبنان،١٤٢٦هجرية-٢٠٠٥م،ص٧١ .

قال تعالى في سورة الزمر الآية (٦): بسم الله الرحمن الرحيم [يَخْلُقُكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلْقاً مِن بَعْدِ خَلْقٍ فِي ظُلُمَاتٍ ثَلَاثٍ] صدق الله العظيم.

٣. د.حسني عبد الدايم، عقد اجارة الارحام بين الحظر والاباحة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص٥٦.

وبما ان إجارة الرحم هو عقد فإن مثل هذا العقد يخضع للقواعد العامة الواردة في العقود من حيث تطابق الايجاب والقبول وشروط صحة الرضا والمحل والسبب، كما ان عقد اجارة الرحم عقد ملزم للجانبين حيث ترتب التزامات متبادلة بين الطرفين، وقد يكون عقد تأجير الرحم عقد معاوضة عندما يكون تأجير الرحم بمقابل وقد يكون عقد تبرع عندما يكون تأجير الرحم بدون مقابل.

هذا وقد أطلقت عدة تسميات على هذا النوع من وسائل الإنجاب منها: الرحم الظئر، البطن المؤجر، البيع حسب الحالة المستقبلية، الأم البديلة ،لكن تأجير الرحم هو الذي ذاع وانتشر في أوروبا وأمريكا[١].

وكلمة(SURROGARE) تستعمل مع كلمة الحمل أو الامومة وتعني الانابة ويستعمل بعض الاحيان فيقال الامومة بالنيابة[٢].

ويثير عقد استئجار الرحم تساؤلات عديدة حول طبيعته القانونية، حيث يقترب في تكييفه من عقود كثيرة منها عقد الإيجار وعقد البيع وعقد الوديعة وعقد المقاولة وذلك للتشابه الحاصل بينهم، ومن ثم يصعب تصور نظام قانوني يعطي مشروعيته لمثل هذا العقد، حيث تشترط القوانين المدنية لصحة العقد أن يكون المحل والسبب مشروعين أي أن يكون محل العقد مما يجوز التعاقد فيه شرعاً، وأن يكون لغاية مشروعة يجيزها القانون، وإذا نظرنا إلى عقد تأجير الرحم نجد أنه عقد باطل بطلانا مطلقا للأسباب التالية:

أولا: عدم مشروعية المحل حيث أن هذا العقد يرد على محل هو رحم امرأة وهو جزء من جسدها تضعه تحت تصرف الغير وهو مما لا يجوز التعامل فيه أصلا.

---

١. انظر الموقع الالكتروني www.alawsat.com سحبت بتأريخ ٢٠١٣/١/٣٠.

٢. د. سعدي اسماعيل البرزنجي وسعيد شيخو السندي، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنلوجيا الانجاب الجديدة، ،(اطفال الانابيب I.V.F تجميد الاحياء التناسلية وحفظها– عمليات الهندسة الوراثية والاستنساخ البشري)، دراسة مقارنة في ضوء القانون العراقي والمقارن والاخلاق والشريعة،ط١ ،مطبعة جامعة صلاح الدين، اربيل، ٢٠٠٢،ص١١٦

ثانيا: عدم مشروعية السبب حيث أن أحد اطراف العقد يلتزم بدفع مبلغ مالي في مقابل أن يحصل على المولود ونسبته إليه على غير الحقيقة، بينما يلتزم الطرف الأخر بحضن البويضة الملقحة في الرحم لمدة الحمل كاملة مقابل الحصول على المبلغ المالي وهذه غاية لا يعتد بها في القانون لمخالفتها مقتضيات النظام العام[١].

ومن الملاحظ ان عقد إجارة الرحم يتشابه في بعض خصائصه بعدة عقود مسماة متعارف عليها مما يصعب بيان الطبيعة القانونية لعقد إجارة الرحم.

وهذا الخلاف حول الطبيعة القانونية يعود إلى طبيعة هذا العقد ومحله، فمحل العقد هنا هو رحم المرأة فهل يعد الرحم من الاشياء وبالتالي يصح التعامل فيه؟ أم هو من الأشخاص؟ ومن المعروف ان رحم المرأة جزء من جسدها ولجسد البشر (وهذا هو الاتجاه في الفقه) مكانة سامية، فالجسد الذي يتكون من أجزاء تمثل عناصر له ،تدخل في طائفة الأشخاص وبالتالي تخرج من دائرة التعامل به[٢].

أطراف العلاقة في عقد تأجير الرحم هم:

- الأم البايولوجية وهي الأم التي تقدم البويضة .
- الأب البايولوجي وهو صاحب الحيوان المنوي الذي يلقح به البويضة .
- الأم البديلة (الرحم الظئر)أي المرأة الأجنبية: وهي التي تقبل زرع البويضة الملقحة من الطرفين في رحمها، وتقوم بحمل الجنين بدلا عن الأم الأصلية ويطلق عليها الأم البديلة، وفي حالات أخرى قد يحدث أن تكون للأم البديلة زوج، مما يعني خروج عملية الحمل والإنجـــــــــاب عن أطرافها الحقيقية وهما : الزوج والزوجة البيولوجيين ، إلى الام البديلة وزوجها الشرعي.

وألام البديلة هي المرأة التي تستطيع الحمل والولادة تتقدم إلى اسرة لا تستطيع فيها الزوجة أن تحمل أو تلد، وقد يكون ذلك بسبب مرض أو انعدام الرحم نتيجة

١. انظر المواد ١٢٦الى ١٣٢ من القانون المدني العراقي المعدل.

٢. د. حسني محمود عبد الدايم ،البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الاثبات دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،٢٠٠٨، ص١٩٠ .

استئصالها بجراحة طبية، أو عدم رغبة الزوجة بالحمل تجنباً لمشاق الحمل والولادة، فتأتي المرأة المستعدة للحمل وتقوم بإتمام العملية مقابل أجرة ويوثق ذلك بعقد .وهناك مراكز عالمية تقوم بإبرام مثل هذه العقود، حيث تشير الاحصائيات إلى وجود اكثر من ١٥ مركز لعمليات تأجير الرحم في الولايات المتحدة وحدها، والعدد في تزايد ويصل معدل الاجرة إلى ١٧ الف دولار[١]، وفي روسيا يعد الاخصاب الصناعي والامومة البديلة مشروعاً حيث يمكن للمتزوجين ابداء رغبتهم بإقرار خطي للأخصاب الصناعي أو زرع الجنين في رحم امرأة اخرى لغرض الحمل[٢].

ومن الجدير بالذكر أن في العراق لا توجد احصائيات دقيقة حول مدى انتشار هذه العقود، فقد نشرت مجلة سكاي بريس الإلكترونية تحقيقاً صحفياً نشر بتأريخ ٢٠١٦/١/١٣ حول مسألة استئجار الرحم في العراق وبموجب هذا الموقع فان هذه الظاهرة وجدت في أواخر سنة ٢٠١٠ ولاقت رواجاً لدى السماسرة في المستشفيات السرية ولدى بعض الاهالي الذين امتلكوا المال وفقدوا البنين. ويرى الخبير القانوني طارق حرب انه لا يوجد نص في القانون يجرم مرتكبي ظاهرة استئجار الرحم؛ لأن العقد يتم برضا الأطراف، ويبين ان القانون لا يتدخل إلا عندما ترفع شكوى امام القضاء ، ولذلك نجد أن القضاء العراقي خالية من مثل هذه القضايا.

هناك عدة اتجاهات في تحديد الطبيعة القانونية لعقد تأجير الرحم وهي:

أولاً: عقد تأجير الرحم وعقد الإيجار

عرف المشرع العراقي عقد الإيجار في المادة (٧٢٢) بأنه (تمليك لمنفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة وبه يلتزم المؤجر ان يكمن المستأجر من الانتفاع بالمأجور).

---

١. انظر الموقع الالكتروني www.lahaonline.com تأريخ ٣٠ الزيارة ٢٠١٥/٤/٢٦ .

٢. احسان احمد رشيد ئاميدي، حقوق الجنين في ضوء تطور التقنية البيولوجية الحديثة–دراسة مقارنة، رسالة مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة بجامعة صلاح الدين وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص،٢٠٠٤،ص٤٦ .

ويتميز عقد الإيجار بالخصائص التالية:

١- عقد الايجار عقد رضائي: لأنه يتم بالإيجاب والقبول بين كل من المؤجر والمستأجر ولا يشترط لانعقاده شكل خاص ومع ذلك يجوز للمتعاقدين الخروج على قاعدة الرضائية باشتراطهما شكلية معينة كتحريره في ورقة رسمية.

٢- الإيجار عقد ملزم للجانبين: فهو من العقود التبادلية التي ترتب التزامات متبادلة.

٣- الإيجار عقد من عقود المعاوضة لأن كلا الطرفين يعطي مقابل ما يأخذ. فالمؤجر يأخذ الأجرة مقابل تمكين المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة.

٤- الإيجار عقد من عقود المدة: فالالتزامات تتطلب زمناً معيناً لتنفيذها. والزمن عنصر جوهري في تحديد التزامات المؤجر والمستأجر فالمنفعة تقل أو تزيد لطول المدة أو قصرها، والأجرة تنقص أو تزيد حسب مدة الانتفاع.

٥- عقد الإيجار عقد محدد المدة، اي تكون لمدة زمنية محددة.

٦- يرد على المنفعة لا الملكية لأن المؤجر يملك المستأجر منفعة الشيء وليس ملكية الشيء فالملكية تبقى في يد المؤجر، فيقتصر على انشاء التزامات شخصية ويرد على الاشياء الغير القابلة للاستهلاك[١].

ورغم وجود اوجه التشابه بين عقد اجارة الرحم وعقد الايجار إلا ان هناك اختلافات جوهرية بين العقدين منها:

١- عقد الايجار هو عقد معاوضة كما سبق وان ذكرنا، بينما عقد اجارة الرحم قد يكون معاوضة وقد يكون تبرعاً بدون مقابل.

٢- إن المحل في عقد الايجار يجب ان يكون مما هو قابل للتعامل به، وفي عقد اجارة الرحم فإن المحل هو رحم المرأة التي تعد ضمن دائرة الاشخاص فتخرج بذلك عن دائرة التعامل.

١. د. سمير تناغو، مصدر سابق، ص٦ .

٣- إن محل التزام المؤجر هو تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة طوال فترة الايجار ولا يتحقق ذلك إلا بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر، ومن المستحيل في عقد اجارة الارحام تسليم رحم المرأة للمستأجر للانتفاع به منفصلاً عن جسم المرأة.

٤- قد يترك الانتفاع لجسم المرأة امراً جوهرياً على جسم المرأة ذاتها وقد يؤثر على صحتها النفسية والجسمية، وهذا ما يتعارض مع عقد الايجار الذي يرد على اشياء غير قابلة للاستهلاك[١].

لذلك ليس من الممكن عد عقد اجارة الارحام عقد ايجار.

ثانياً: عقد اجارة الرحم وعقد البيع:

عرف المشرع العراقي عقد البيع في المادة(٥٠٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل حيث تنص المادة على ان: (البيع مبادلة مال بمال).

وعقد البيع هو العقد الذي يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء او حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي[٢].

ويتميز عقد البيع بعدة خصائص منها:

١- عقد البيع من العقود الرضائية، لأن المشرع لم يشترط لانعقاده شكلية معينة، فالبيع ينعقد بتوافق الارادتين.

٢- عقد البيع من العقود الملزمة للجانبين، فعقد البيع يرتب التزامات متبادلة بين البائع والمشتري، بحيث يكون كل منهما دائناً ومديناً في نفس الوقت.

٣- عقد البيع من عقود المعاوضة فكل من طرفي العقد يعطي مقابل ما يأخذ.

٤- عقد البيع من اعمال التصرف لأنها تنشئ على عاتق البائع التزاماً بنقل ملكية العين المبيعة إلى المشتري[٣].

---

١. د. خميس خضر، العقود المدنية الكبيرة–البيع والتأمين والايجار، دار النهضة العربية، الطبعة الاولى، ١٩٧٩، ص٩٢، ود. سمير تناغو، مصدر سابق، ص٧٨.

٢. د. خميس خضر، مصدر سابق، ص١٣.

٣. د. خميس خضر، مصدر سابق، ص٣١ .

ويطلق البعض على تأجير الرحم (رحم للبيع) مما يوحي للوهلة الاولى ان العقد ما هو إلَّا عقد بيع[١]، حيث يلتزم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري وتلتزم الام البديلة بتسليم الجنين إلى المرأة صاحبة البويضة في عقد تأجير الرحم، لكن في اجارة الرحم المرأة صاحبة الرحم لا تملك الجنين حتى تقوم ببيعه.

ان لعقد البيع شروط يجب ان تتوافر لكي ينعقد العقد صحيحاً ومنها الشروط التي تتعلق بالمبيع حيث تنص المادة (٥١٤) من القانون المدني العراقي على ان (١- يلزم ان يكون المبيع معينا تعينا نافياً للجهالة الفاحشة، ٢- ويصح بيع الاشياء والحقوق المستقبلة إذا كانت محددة تحديداً يمنع الجهالة والغرر).

وبموجب هذه المادة فإن البائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري بحسب المواصفات المتفق عليها، والطفل المولود في عقد اجارة الارحام هو امر مستقبلي، لكن لا يمكن ان يعد الطفل شيئاً قابلاً للتعامل، إذن لا يصح ان يكون محلاً للعقد، ولا يعد الانسان حتى قبل ولادتهِ شيئاً او حقاً مالياً حتى يمكن القول بجواز بيعه.

- في عقد اجارة الارحام فإن الام صاحبة الرحم والام صاحبة البويضة (البائع والمشتري) كلا الطرفين يوجد ما يربطهما بالطفل المولود فالطرفان ليسا بغرباء عن الطفل المولود ولا يمكن للشخص ان يشتري شيئاً يملكهُ.

فهل يعد الطفل في هذه الحالة مالاً مملوكاً على الشيوع بين المرأتين؟

يتبين من نصوص القوانين ان محل الالتزام إذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب فيعد العقد باطلاً، وكل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته او بحكم القانون يصح ان يكون محلاً للحقوق المالية، فالأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع احد ان يستأثر بحيازتها وأما الخارجة عن التعامل بحكم القانون فهي التي لا

١. انظر الموقعين الالكترونيين www.safital.com و www.muslim.net بتأريخ ٢٠١٣/١/٣٠ .

يجيز القانون ان تكون محلاً للحقوق المالية[١]، وبما ان محل العقد في الام البديلة لا يصح التعامل فيه ولا يمكن ان يكون محلاً للبيع والتملك فلا يصح ان يكون محلاً للشراكة ولا الملكية على الشيوع.

ثالثاً: عقد اجارة الرحم وعقد المقاولة:

عرفت المادة (٨٦٤) من القانون المدني العراقي عقد المقاولة بأنها(عقد يتعهد به أحد الطرفين أن يصنع شيئاً او أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر)، ومن هذا التعريف يتبين ان عقد المقاولة يرد على صنع شيء او اداء عمل ويرتب التزاماً على طرفي العقد ومن خصائصه:

١- انه عقد ملزم للجانبين.

٢- المقاولة من عقود المعاوضة كل طرف يعطي مقابل ما يأخذ.

٣- هي من العقود الرضائية.

٤- عقد المقاولة من عقود المدة.

٥- عقد المقاولة عقد وارد على العمل ،المقاول دون غيره هو الذي يقوم بعمله مستقلاً ودون اشراف او توجيه من احد[٢].

وأما عقد العمل فهو العقد الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الأخر وتحت ادارته وإشرافه، مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الأخر، ومن خصائصه:

١- انه عقد رضائي.

٢- عقد العمل في العقود الزمنية.

٣- عقد العمل في عقود المعاوضة.

---

١. د.محمد طه البشير ود.غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر ،جامعة الموصل،العراق،١٩٨٠،ص١٠-١١ .

٢. د. عدنان ابراهيم سرحان، شرح القانون المدني-العقود المسماة-المقاولة-الوكالة-الكفالة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،٢٠٠٩، ص١٦-١٧ .

٤- عقد العمل في العقود الملزمة للجانبين.

٥- عقد كل طرف يعلم ما يأخذه وليس من العقود الاحتمالية[١].

والاختلاف الواضح بين عقد اجارة الارحام وعقد المقاولة ان التزامات المقاول وصاحب العمل تكون بعد اتمام المقاول لعملهِ، اما في اجارة الارحام فإن الالتزام يبدأ منذ الحمل وينتهي بعد انتهاء الحمل[٢]، وعليه لا يمكن اضفاء الطبيعة القانونية لعقد المقاولة على عقد اجارة الارحام.

رابعاً: عقد اجارة الرحم وعقد الوديعة:

عرفت المادة (٩٥١) من القانون المدني العراقي الوديعة بانها (عقد به يحيل المالك او من يقوم مقامه حفظ ماله إلى اخر ولا يتم الا بالقبض) فعقد الوديعة في خصائصها انها:

١- عقد رضائي.

٢- عقد الوديعة قد يكون من عقود المعاوضة عندما يكون بأجر ،وقد يكون من عقود التبرع عندما يكون بدون أجر.

٣- عقد الوديعة ملزم لجانب واحد.

٤- الوديعة عادةً تكون في المنقولات.

رغم التشابه بين عقد الوديعة وعقد اجارة الرحم إلا ان ثمة اختلافات جوهرية، ومن اهمها ان المودع لديه يلتزم برد الشيء المودع لديه بعينها، اما في عقد اجارة الرحم فالمرأة صاحبة الرحم لا ترد نفس البويضة والنطفة وانما تسلم كائناً حياً.

محل الوديعة تكون المنقولات القابلة للتعامل اما المحل في ايجار الارحام فهو الكائن الحي الذي يخرج من دائرة التعامل ولا يعد شيئاً.

---

١. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المقاولة، الوكالة، الوديعة والحراسة،ج٧،المجلد الاول، منشأة المعارف، مصر،٢٠٠٤، ص٣٧٨.

٢. انظر المادة ٩٠٠ من القانون المدني العراقي المعدل.

أما عقود الاعارة فقد عرفتها المادة (٨٤٧) من القانون المدني العراقي بأنها(عقد به يسلم شخص لآخر شيئاً غير قابل للاستهلاك يستعمله بلا عوض على ان يرده بعد الاستعمال ولا تتم الاعارة إلا بالقبض)[١].

فإذا كان محل عقد العارية رحم المرأة وهو جزء من جسم الانسان ولا يجوز التعامل معه، فلا يمكن القول أن عقد تأجير الرحم هو عقد إعارة.

هذا ومن الجدير بالذكر ان قانون الحمل الصناعي الاسترالي الصادر سنة ١٩٨٥ قد اطلق تسمية النائبة أو الزوجة البديلة على الأم البديلة[٢] .

بعد كل ما استعرضناه من اراء وافكار حول بيان طبيعة عقد ايجار الارحام تبين لنا انه لا يمكن تكييف عقد ايجار الارحام وبيان الطبيعة القانونية بمثل هذا النوع من العقود لأن الركن الاساسي في أي عقد مدني هو محل العقد الذي يشترط فيه أن يكون قابلاً للتعامل بهِ، ولا يمكن تصور ذلك في ايجار الرحم لأن محل العقد وهو رحم المرأة والطفل المولود والاثنين غير قابلان للتعامل معهما بحكم القانون، فهو عقد منفعة غير مشروعة لأن الرحم جزء من أدمية حرة لا تصلح أن تكون معقوداً عليه.

وقد يرى البعض[٣] أن عقد تأجير الرحم قريب من عقد الرضاعة ،ولا يمكن التسليم بهذا الرأي اذ ان المنفعة في عقد الرضاعة منفعة مشروعة اجازتها النصوص الشرعية والقانونية أما المنفعة في عقد تأجير الارحام فغير مشروعة لأنها تؤدي إلى نشوب نزاع بين الام صاحبة الرحم والام صاحبة البويضة في احقية كل منهما امتلاك الجنين ونسبته اليها، بينما لا يحدث مثل هذا النزاع في الرضاع فلا يمكن للأم المرضعة ادعاء نسب الطفل اليها بعد ارضاعه.

---

١. انظر المواد ٨٥١-٨٦٠ من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل للاطلاع على التزامات المستعير .

٢. احسان احمد رشيد، مصدر سابق، ص٤٧.

٣. د. سعدي اسماعيل البرزنجي ود. سعيد شيخو السندي، مصدر سابق، ص١٢٦-١٢٧ .

المطلب الثاني

التقنيات الحديثة في الانجاب في نظر الشرع والقانون

ان اشكاليات التقنيات الحديثة في الانجاب في نظر الشريعة الاسلامية الغراء بدأت عند بدء انتهاك كرامة الانسان والحط من شأنه وذلك بإدخال عنصر اجنبي عن الزوجين . ولم يجد رجال الدين في تقنيات الانجاب الحديثة ما يخالف الدين اذا ما اجريت بين الزوجين ،فالشريعة الاسلامية السمحاء تبيح للزوجين الاستعانة بالتقنيات الحديثة للحصول على ولد شرعي[١]، اذا لم يتمكن الزوجان من الانجاب بالطرق الطبيعية أي عن طريق الاتصال الجنسي وهي الوسيلة التي خلقها الله عزّ وجلّ، حيث يبيح الاسلام الاستعانة بالوسائل العلمية الحديثة والمشروعة التي تخلوا من ارتكاب معصية أو مخالفة للشريعة لمعالجة ما يعيق حدوث الحمل والانجاب [٢].

وعليه اذا ثبت قطعاً ان البويضة من الزوجة والمني من زوجها وتم تفاعلهما داخل الرحم أو خارجها في انابيب، وأعيدت البويضة الملقحة إلى رحم المرأة دون الاستبدال أو الخلط بمني انسان آخر أو حيوان، وكانت هناك ضرورة طبية لذلك، فهذا جائز شرعاً، وهذا ما أقره مجلس المجمع الفقهي الاسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الاسلامي [٣].

ومسألة تأجير الرحم محرم في الشريعة لأن فيها عنصر اجنبي عن الزوجين وهي المرأة المؤجرة لرحمها.

---

١. السيد فؤاد محمد الكبيسي، الانجاب، دراسة مقارنة في الشريعة والقانون، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة ،جامعة بغداد، ١٩٨٩، ص١٤٣ وما بعدها .

٢. راجع الفتاوى الاسلامية، المجلد التاسع، الرقمين ٣٢١٣و ٣٢٢٨، فتوى صادرة عن دار الافتاء المصرية بتأريخ ٦ جمادي الاول ١٤٠٠ هجرية، ٢٣ مارس ١٩٨٠، فتوى الشيخ جاد الحق علي جاد الحق .

٣. راجع قرار مجمع الفقه الاسلامي الدولي رقم ٤ لسنة ١٩٨٦ المتعلق بحكم اطفال الانابيب.

أما في نظر القانون فقد اختلفت مواقف الدول من مسألة التقنيات الحديثة وبالأخص تأجير الرحم من دول نصت عليها صراحة في قوانينها الداخلية، ودول سكتت ولم تتطرق للموضوع ومنها العراق.

ويرى المانعون له أن فيه خطرا على الولد وأنه يفتح الباب للإتجار بالأطفال وسرقتهم، واستغلال للنساء ولاسيما الفقيرات والمعدمات وهذا ما لوحظ في الهند ودول أوربا الشرقية وجنوب شرق آسيا. غير أن المجيزين يتعاطفون فيه مع العاقرة وحقها في الحصول على طفل من جهة وحق المرأة في التصرف بجسدها مثلما شاءت من جهة اخرى.

من بين القوانين التي تعرضت لمسألة تأجير الرحم القانون الفرنسي حيث أظهر المشرع الفرنسي اهتماما بالغا بضبط وتقنيين المساس بالأمشاج الآدمية وهذا ما يعكسه القانون المدني الفرنسي رقم (٦٥٣/٩٤) الصادر في ١٩٩٤/٧/٢٩م في المادة (١/١٦) حيث حظر التعامل المالي على جسم الإنسان، وفي الفقرة (٧) من ذات المادة جعل كل اتفاق بشأن الإنجاب أو الحمل لحساب الغير باطلا، وهو ما يعني أن القانون الفرنسي يحظر أي اتفاق بموجبه يتم التناسل أو الحمل لحساب الغير سواء أكان بمقابل أم بدونه [١].

أما التشريعات العربية فتشهد في غالبيتها فراغا قانونيا في كل ما يتعلق بالممارسات الطبية المستحدثة ومن ضمنها ما يتعلق بالأمشاج واللقائح البشرية، أما تأجير الرحم محل الدراسة فلم يحسم إلى الآن بنص قانوني بالرغم من خطورته. وتقتضي مواكبة التطورات الطبية والعلمية الحديثة من المشرع العربي وجوب تنظيم هذه المسألة وإضفاء الوصف القانوني لكل جوانبها كما فعلت القوانين التي عالجت مسألة تقنيات الانجاب والتي أجازت تأجير الرحم لأنها اصبحت واقعاً .

---

١. علي سنوس، القانون وبيع الامشاج ،من الجزائر، بحث منشور على الموقع الالكتروني www.oudnad.net بتأريخ ٢٠١٧/١/٢٧، عود الند مجلة ثقافية فصلية للناشر د. علي الهواري، العدد 4212 – ISSN 1756

وقد ثار خلاف في الفقه القانوني العربي مع تسليمهم بعدم مشروعية الوسيلة محل البحث ومخالفتها للنظام العام والآداب العامة حول تحديد الأم هل هي صاحبة البويضة أم التي حملت؟ وهذه الاشكالية مازالت موجودة حتى في الدول التي نظمت المسألة في قوانينها، حيث ذهب جانب من شراح القانون إلى أن الأم هي صاحبة البويضة، لأن الجنين هو التحام خلية من رجل وهو الحيوان المنوي بخلية من الأنثى هي البويضة، ويتم هذا الالتحام في أنبوب فتنتج البويضة الملقحة وهي التي توضع في الرحم، ومن ثم فالطفل لا يستفيد بعد غرسه في رحم المستعارة غير الغذاء ومن ثم يكون أشبه بطفل تغذى على حليب المرأة. وذهب جانب أخر إلى أن الأم الحقيقية هي التي حملت، لأن العبرة في تحديد الأمومة هي بواقعة الحمل والولادة، فالولادة واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات، وإذا ثبت النسب بالولادة فلا يمكن نفيه بعد ذلك[١].

وقد ذهب رأي ثالث إلى أنه مع التسليم المطلق بحرمة هذا الأسلوب إلا أنه إذا وقع إنجاب فإنه يرجع في تحديد الأم إلى ما وقع الاتفاق عليه بين أطرافه في حالة الالتزام به رغم بطلان الاتفاق، ولكن مصلحة الطفل تقتضي تركيز الأمومة بالنسبة له في وقت مبكر، وفي حالة حدوث خلاف ورفع الأمر إلى القاضي فإن على القاضي أن يلتمس مصلحة الوليد في شأن نسبه فيختار الأصلح له.

وحظيت الاعضاء الادمية باهتمام التشريعات باعتبارها تدخل في باب معصومية جسم الانسان[٢]، وقد نظمت تشريعات بعض الدول ومنها كندا مسألة تقنيات الانجاب الحديثة حيث حظرت التلاعب في الخلايا أو الاجنة البشرية وتلقيح النطف الانسانية مع نطف حيوانية أو استبدال المكونات الجينية ...الخ، وعرف القانون الكندي الام البديلة بأنها المرأة التي تحمل للغير طفلاً تكون من بويضة أو حيوان منوي أو

١. د. سعدي اسماعيل البرزنجي وسعيد شيخو السندي، مصدر سابق ،ص١١٨ .

٢. د. بلحاج العربي، احكام التجارب الطبية على الانسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة(دراسة مقارنة)،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان، الاردن،١٠١٢، ص١٦١ وما بعدها.

لاقحة، اعطيت من قبل واهب بشرط تسليمه بعد الولادة، ولا يجوز اعطاء أجر مقابل عمل المرأة كأم بديلة[١].

وفي استراليا فان قانون الحمل الصناعي لسنة ١٩٨٥ بينت الاحكام المتعلقة بالتلقيح والحمل الصناعيين، وبموجب هذا القانون فان وضع الجنين في رحم امرأة ثالثة خارجة عن الزوجين يؤدي إلى مشاركتها الامومة مع الام صاحبة البويضة وتسمى زوجة بديلة أو نائبة .أما في فرنسا فقد صدرت قوانين الاخلاقيات الحياتية سنة ١٩٩٤، ووضعت قيوداً على بعض العمليات، حيث نصت المادة (١/١٦) على عدم قابلية الجسم البشري بكافة عناصره ومشتقاته لأن يكون محلا لحق مالي. وأوجبت المادة (٤/٥٥١) من قانون العقوبات الفرنسي عقوبة الحبس والغرامة المالية على نشاطات الإتجار بالمشتقات والمنتجات البشرية بما في ذلك عمليتي الاستئصال والتنازل وأعمال الوساطة طالما كانت في مقابل مادي [٢].

ولعل السبب في فرض هذه القيود المشددة في القانون الفرنسي يرجع كما يرى بعض فقهاء القانون إلى عدم قناعة المشرع الفرنسي بهذه الممارسة، التي تعتبر عملا شاذا خارجا عن نطاق المألوف والمستساغ.

أما بالنسبة لموقف الفقه في الدول العربية، فقد ذهبوا إلى عدم مشروعية التصرف بالسائل المنوي والبويضة الأنثوية بغرض التلقيح الصناعي بواسطة الغير، واعتبروا العقد المبرم على بيع الأمشاج الآدمية بغرض المساعدة على الإنجاب باطل بطلاناً مطلقا. وقد استدلوا بعض على ذلك بما يلي:

أولا: عدم مشروعية المحل الذي يقع عليه التصرف لأن الأمشاج واللقائح هي أحدى منتجات الجسم البشري فلا يمكن أن تكون محلا للتعامل لما في ذلك من امتهان لكرامة الإنسان ومخالفة للآداب العامة.

١. احسان احمد رشيد ئاميدي، مصدر سابق، ص٤٧.

٢. المصدر السابق، ص٤٦.

ثانيا: عدم مشروعية السبب لمخالفته مقتضيات النظام العام والآداب العامة حتى ولو كان الباعث على التصرف بالسائل المنوي أو البويضة مشروعا في بعض المجتمعات (مثل مساعدة زوجين عقيمين على التغلب على مشكلة العقم)، لأنه يؤدي إلى الفوضى الجنسية على أساس قيام شخص أخر غير الزوج بأداء وظيفة من أهم وظائف الزواج وهي الإنجاب. وهذا يعد عمل غير أخلاقي ويتعارض مع الركائز الأساسية التي تقوم عليها المجتمع الإسلامي، كما أن القيام بنزع بويضة امرأة وإعطائها لأخرى يتعارض مع نظام الأسرة والبنوة، لأن التلقيح الصناعي بواسطة الغير يثير مشكلات عدة تتعلق بنسب المولود حيث ينسب طفل لغير أبيه وأمه . وهذا يتعارض مع أحكام النسب الذي يعد من النظام العام[١].

ثالثا: عدم قيام حالة الضرورة العلاجية فيما يخص العقم، حيث أن العقم لا يعد في حد ذاته مرضا يهدد استمرار الحياة أو السلامة الجسدية وتكاملها، بل إن الأضرار المترتبة على التصرف بالأمشاج الآدمية خارج اطار العلاقة الزوجية أكثر خطورة من العقم ذاته.

المبحث الثاني

أثر تأجير الرحم على اسس فرض الجنسية

ان هناك بعض الحقوق الانسانية لا يمكن التمتع بها الا بعد انتماء الانسان لدولة ما لذلك فان ثبوت الحق في الجنسية منذ ولادة الانسان امر مهم اولى المجتمع الدولي اهتماماً كبيراً بها، ولا يتقيد حق الانسان في الجنسية بوقت معين او مرحلة معينة من عمره بل تكون ملازمة له منذ الولادة [٢]، والجنسية هي رابطة قانونية سياسية تربط الفرد بالدولة تبين حقوقه داخل الدولة والواجبات المفروضة عليه. ومنها ما تفرض

١. د. راجي عباس التكريتي، السلوك المهني للأطباء، مطبعة العاني،بغداد، ١٩٧٠، ص٢٩١.

٢. جبار صابر طه، حقوق الانسان والقانون الدولي الخاص(الجنسية) دراسة تحليلية مقارنة في الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية، اطروحة مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة بجامعة صلاح الدين،٢٠٠٣،ص١٨٩

منذ الولادة وتسمى بالجنسية الاصلية وهو حق من حقوق الفرد اكدت عليه الاتفاقيات والمعاهدات الدولية ، واكدت عليه المادة (١٥) من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨ حيث نصت على : ((١-لكل فرد حق التمتع بجنسية ما.٢- لا يجوز حرمان شخص من جنسيته تعسفاً أو انكار حقه في تغييرها)) ، ونصت اتفاقية حقوق الطفل في المادة السابعة منه على ان يكون للطفل الحق في الجنسية فور ميلاده[١].

ان اسس فرض الجنسية الاصلية وهي الجنسية التي تمنح منذ الولادة قد تكون على الاساس العائلي ويسمى بحق الدم، وقد يكون على أساس الولادة على اقليم دولة معينة ويسمى حق الاقليم، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب تأثير تأجير الرحم على فرض الجنسية الاصلية على أساس حق الدم، وفي المطلب الثاني نتناول بالبحث عن تأثير تأجير الرحم على فرض الجنسية الاصلية على أساس حق الاقليم :

المطلب الأول

تأثير تأجير الرحم على فرض الجنسية الأصلية على أساس حق الدم

وتسمى بحق العائلة ويتم منح الجنسية للطفل المولود عن طريق أبويه أو أحدهما، وتسمى بجنسية البنوه؛ لأن أساس هذه الجنسية هي رابطة النسب، ويمنح الطفل جنسية ابيه أو جنسية أبويه أو جنسية أمه بغض النظر عن مكان الولادة [٢].وبهذا الأساس أخذت العديد من الدول ومنها العراق ، وحق الدم له شروطها في

١. للمزيد عن حقوق الطفل انظر د.عبد الهادي فوزي العوضي، الحماية القانونية لحقوق الطفل المدنية، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية،القاهرة،٢٠٠٨،ص٥٩-٦٠ .

٢. د.غالب علي الداودي، الجنسية والمركز القانوني للأجانب وأحكامها في القانون العراقي، جامعة الموصل،١٩٨١ ، ص٢٣ .

القانون ومن اهم شروطه ثبوت نسب المولود من والده اذا كان عن طريق الأب وثبوت النسب من والدته اذا كانت الجنسية تمنح عن طريق الأم .

سنبحث فيما يلي في تحديد نسب المولود بشكل عام وحالة تحديد النسب في حالة تأجير الرحم.

أولاً – تحديد نسب المولود

أولت الشريعة اهتماماً كبيراً بحفظ النسب، وجعلت له سوراً محكماً، حتى لا يدخل إليه من هو ليس منه، ولا يخرج منه من هو فيه وتوسع الفقه الاسلامي في اثبات النسب، حيث تقبل الشهادة ولا يطلب الدليل عند الاقرار بالنسب مادام واقع الحال لا ينافيه، الا ان الشريعة الاسلامية حرصت وبشدة على نظافة النسب ونقائه، فحرّم الإسلام التبني، فالابن المتبنَّى غريب عن العائلة، بعيد عن نسبها، وأوجب أن يُدعى كل إنسان لأبيه، حيث يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : " من ادعى إلى غير ابيه، وهو يعلم أنه غير ابيه فالجنة عليه حرام "[١].

ان للنسب آثار مهمة من الناحية الشرعية، إذ تترتب عليه أحكام تتعلق بالآباء والأبناء أو بهما معاً، منها بر الوالدين، ونفقة الاباء على الابناء، والولاية في النكاح، والولاية على المال بالنسبة إلى الصغير، والحق في الرضاعة باعتباره حقاً واجباً على الأبوين، وحق الحضانة، والرعاية وحق الطفل في النفقة عليه والحق في التعليم والرعاية الصحية...الخ[٢].

هناك اجماع من الفقهاء المسلمين على حرمة الاستعانة بحيمن رجل آخر غير الزوج أو بويضة امرأة اخرى غير الزوجة من اجل الحصول على الانجاب مهما كانت

١. د.حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الاثبات –دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي،ط١، دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،٢٠٠٨، ص٧٧٣ .

٢. د.عبد الهادي فوزي العوضي، مصدر سابق،ص١٢٠-١٦٢

الاسباب والدواعي، لأن الاصل في هذه الشريعة السمحاء حفظ النسب والعرض من الاختلاط[١] .

واذا تم التيقن من مصدر الجنين أي واقعة الولادة، سيتم نسب الطفل إلى أمه بمجرد الولادة وفي هذه الحالة تنتفي الحاجة إلى الاقرار، ويترتب عن هذا النسب جميع الحقوق المتفرعة من الامومة والبنوة [٢].

أما إثبات النسب من الاب فيكون بعقد الزواج، واكدت على ذلك الشريعة الاسلامية استناداً على قول الرسول (صلى الله عليه وسلم): "الولد للفراش وللعاهر الحجر" لأن سبب اثبات النسب من الزوج هو لأن المولود مخلوق من مائه، أما من تزوج فولدت امرأته لأقل من ستة اشهر، أو اذا ولدت زوجة الصغير، فالولد لا ينسب للزوج اجماعاً، ولو نسب اليه المولود بحسب الظاهر[٣]، وأخذ بنفس الحكم المادة (٣١٤) من القانون المدني الفرنسي حيث حددت اقل مدة للحمل بستة اشهر[٤].

ان الطفل المولود من الام البديلة لا يلحق زوج المرأة صاحبة الرحم الحامل، لأن التلقيح تم خارج رحمها من بويضة ليست لها، ومن مني ليس لزوجها، فالحمل ليس من مائه قطعاً ولا علاقة جينية بينهما، فلا يجوز نسبته إليه قطعاً، ولو نسب إليه بحسب الظاهر وجب نفيه .

---

١. د. عارف علي عارف، مدى شرعية التصرف في الاعضاء البشرية، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة جامعة بغداد،١٩٩٣، ص٢٦٦ ، وحول حفظ الانساب واهميتها في الشريعة الاسلامية راجع ابن قيم الجوزية، تحفة المولود بأحكام المولود، مطبعة الجفان والجنابي، دار البشائر الاسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت،لبنان،١٩٨٩، ص٢٣٠-٢٣٨ .

٢. د.احمد عبيد الكبيسي، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون،ج١،الزواج والطلاق واثارهما، مطبعة عصام، بغداد،١٩٧٧،ص٣٤٧ .

٣. يجوز للزوج بموجب المادة (٣١٤) انكار نسب الطفل ،الا اذا كان عالماً بالحمل قبل الزواج او حاضراً عند الولادة ومضى على سجل الانساب ...

٤. د.سعدي اسماعيل البرزنجي وسعيد شيخو، مصدر سابق، ص١٠٢

أما نص الحديث النبوي الشريف فإنه يحكم به في حالة ما إذا شك في الجنين، ولم يحصل القطع واليقين في مصدره .

ثانياً – تحديد نسب المولود في الام البديلة

ظهرت فكرة تحديد النسب في الام البديلة عندما رفضت السيدة ماري وايتهد تسليم الطفلة التي حملتها بالنيابة بعد يومين من ولادتها إلى الزوجين اليزابيث ووليام ستيرن اللذان تعاقدا معها بواسطة مركز نيويورك للعقم وذلك مقابل (١٠) آلاف دولار للسيدة وايتهد، و(١٠) آلاف دولار للمركز، اضافة إلى ٥٠٠ دولار لتغطية النفقات الاخرى . وفي حالة ثانية فقد وافقت ريتا باركر على أن تكون أماً بديلة ورحماً مستعاراً لزوجين هما بولين وهاري تايلر وذلك مقابل أجر، وحملت الأم المستعارة لقيحة الزوجين، وبدأ هاري تايلر يتردد على المرأة التي حملت له ولده، ووقع في غرامها، وعندما وضعت رفضت تسليم الوليد الذي حملته إلى الزوجين تايلر، ورفع الامر إلى القضاء. وفي بريطانيا وضعت أم بديلة تدعى كيم كوتون طفلة لزوجين لا تعرف عنهما شيئاً، بواسطة وكالة تقاضت مبلغ ١٤ ألف جنية من الزوجين للأم البديلة و ٦٥٠٠٠ جنيهاً لها منها ألف جنية لتغطية نفقات العلاج، ورفضت كذلك هذه الأم تسليم وليدتها[١].

أن قيام الزوجية يعد دليلاً لأثبات النسب ،فقد اجمع الفقهاء على ان الزواج (الفراش) هو اقوى دليل لأثبات نسب الولد لأبويه، واذا وقعت هذه العملية فالولد يثبت نسبه من (صاحبة البويضة) أي الزوجة لأن الفقهاء لا يقصدون بالفراش حقيقة الجماع والوطء، انما يقصدون به مظنته وهي قيام الحالة الزوجية الصحيحة[٢] .

لكن الدراسات العلمية اكدت بشكل قطعي ان الحمض النووي الذي ينقل الصفات الوراثية موجودة في نواة الخلية وفي سيتوبلازم الخلية، وهذا الجزء من الحمض يتأثر بالبيئة المحيطة به اثناء نمو الجنين ما يؤدي إلى ان الجنين يحمل الصفات الوراثية

١. www.almoslim.net سحبت بتأريخ ٢٠١٤/٧/١٧ .

٢. د. فاروق عبد الكريم، شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، جامعة السليمانية،٢٠٠٤،ص٢٥٠

لـلأم صـاحبة الـرحم، واغلـب الفقهـاء يـرون ان الام صـاحبة الـرحم هـي الام الشـرعية واستدلوا بقولـه تعالى فـي سورة لقمـان الآيـة (١٤) بقولـه تعالى ((حملته أمـه)) وهذا مـا يؤكد قول الله تعالى في سورة المجادلة الآية(٢) ((ان امهاتهم الا اللاتي ولدنهم))، وهم استندوا على الرحم كبيئة للجنين الذي يتأثر بالعوامل الوراثية الموجودة فيه[١] .

ان حق الدم هو الاساس في منح الجنسية الاصلية من الابوين إلى الابناء أي النسب، وان اختلاط النسب في حالة الام البديلة يطرح بعض التساؤلات حول امكانية اثبات نسب المولود بموجب احكام الشريعة الاسلامية إلى الابوين أي ثبوت الزواج بين الابوين من جانب ؟ ومن هو الاب أو الام الشرعيين للطفل؟

ان اثبات النسب من جهة الام هي المشكلة الاساسية التي حرص الاسلام على المحافظة عليها، فالرحم عنصر اساسي من عناصر تكوين الجنين من حيث التأثير في الصفات الوراثية للجنين [٢].

اما نسب المولود من جهة الأب فقد انقسمت الآراء إلى رأيين: الفريق الأول ذهبوا إلى ان نسب المولود هو لزوج صاحبة الرحم على الرغم من عدم وجود علاقة جينية بينهما، وبرأي الفريق الأول فأن نسب الطفل لا يتبع الزوج صاحب المني، واستدلوا بالحديث الصحيح الذي رواه البخاري ومسلم عن عائشة (رض) ان النبي صلى الله عليه وسلم قال "الولد للفراش وللعاهر الحجر" وجاء هذا الحديث في الحكم في قضية عرضت على الرسول صلى الله عليه وسلم ،وعد الحديث الشريف قاعدة عامة من قواعد الشرع يحفظ به الانساب وتؤكد على حرمة الاعراض والنكاح، فاذا حملت الأم البديلة ذات زوج نتيجة لزرع لقيحة في رحمها لزوجين اخرين، فإن الطفل

١. د. احسان احمد رشيد، مصدر سابق، ص١٧٥ .

٢. احسان احمد رشيد ئاميدي، المصدر السابق، ص١٠٢ .

المولود ينسب للزوج وزوجته التي حملت به ووضعته، ولا ينسب إلى صاحبة اللقيحة وزوجها [١].

واتفق الفقهاء على ان الولد الذي تأتي به المرأة المتزوجة زواجاً صحيحاً ينسب إلى زوجها[٢] . وقد حدد المشرع العراقي شرطين فقط لأثبات النسب بالفراش أي الزوجية بموجب المادة (٥١) من قانون الاحوال الشخصية العراقي وهما :

أ–ان يمضي على عقد الزواج اقل مدة الحمل

ب–ان يكون الاتصال البدني قد حصل بين الزوجين، أو كان ذلك ممكناً، فاذا كانت الزوجة في بلد آخر بعيداً عن الزوج وتم الزواج بالوكالة، فان النسب لا يثبت . ولا يملك الزوج نفي النسب الا في حالتين هما: أ– أن لا يكون قد صدر من الزوج اقرار سابق بنسبة ولو ضمناً.

ب–ان يلاعن زوجته على نفي الولد، وبعد الملاعنة يلحق الولد بأمه [٣].

أما الفريق الثاني فقد ذهب إلى ان المولود ينسب إلى ابيه (زوج صاحبة البويضة) الذي لقحت بويضتها بمائه، ولا ينسب إلى زوج صاحبة الرحم، ويستندون في ذلك إلى ان الطفل المولود انما جاء من لقيحة من بويضة امرأة لقحت بماء زوجها، وبعد التلقيح الذي هو الاساس في تكون الجنين زرعت في رحم امرأة اخرى، فالجنين تكون من بويضة امرأة وماء رجل بينهما نكاح شرعي بموجب عقد صحيح، ولما كان

---

١. وقد حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم بهذا الحكم في قضية تنازع فيها سعد بن ابي وقاص وعبد بن زمعة في ولد جارية زمعة حيث ادعى سعد ان ابن اخيه عتبه عهد اليه ان ابن وليدة زمعة منه، فاقبضه فقبضه، وقال عبد بن زمعة : انه اخاه وابن وليدة ابيه،ولد على فراش ابيه، فقال الرسول صلى الله عليه وسلم " هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحتجبي منه يا سودة"، لما رأى قرب شبهه بعتبة مع العلم انه اخو سودة لأبيها في ظاهر الحكم . انظر د. مصطفى ابراهيم الزلمي، موانع المسؤولية الجنائية في الشريعة الاسلامية والتشريعات الجزائية العربية، مكتب القطان للطبع والنشر ،بغداد،١٩٩٨،ص٢٧٢ .

٢. احسان احمد رشيد ئاميدي، المصدر السابق، ص١٠٢ .

٣. د. فاروق عبد الكريم، مصدر سابق، ص٢٥١ .

الامر كذلك فان الجنين ينسب اليهما، وكون تأجير الرحم عمل محرم وغير شرعي، الا انه لا يؤثر على نسبة الولد إلى ابويه الطبيعيين، لأن القصد من النسب هو النسب الحقيقي ومجرد اقرار من الاب أن الابن هو ابنه يكفي لأثبات نسبه من الأب ولا يتوقف ثبوته على الزواج الصحيح أو الفاسد أو الوطء بشبهة [١]. ويذهب مؤيدوا هذا التجاه إلى أن الوالد يسمى اباً على أساس ان الحيامن منه وهذا هو العامل الوراثي الذي يثبت الابوة[٢] .يذهب رأي من الفقه ان اثبات النسب من جهة الأم يكون بموجب الحديث النبوي الشريف "الولد للفراش وللعاهر الحجر" مستندين في ذلك على الحكم الذي حكم به الرسول صلى الله عليه وسلم في قضية ابن زمعة حيث استند على مبدأ (الولد للفراش)، وحيث ان الحقيقة العلمية قد تختلف مع الحقيقة الشرعية ،وليس بالضرورة ان يكون الظاهر مطابقاً للواقع، والحقيقة الشرعية يحكم بالظاهر بهدف استقرار العلاقات الاسرية لكن الحقيقة علمها عند الله، ان مؤيدي هذا الاتجاه يرون ان نسب المولود من رحم مؤجرة يعود للأم صاحبة الرحم أي للأم التي تلد طفلها وزوجها الشرعي ولا قيمة لصاحب الحيوان المنوي وصاحبة البويضة في هذه الحالة لأن الزواج يجب ان يكون شرعياً صحيحاً، وتعددت الآراء حيث يرى آخرون ان الطفل المولود من الرحم المؤجرة لا ينسب إلى امه البيولوجية ولا لأمه صاحبة الرحم على عكس رأي آخر يذهب إلى ان نسب المولود من الرحم المؤجرة يثبت للأم صاحبة الرحم والأم صاحبة البويضة [٣].

ان الحقيقة الواقعية هي ان الجنين في الأم البديلة نتج من تلقيح بويضة امرأة وماء رجل بينهما نكاح شرعي صحيح، وما دام الأمر كذلك فإن الجنين ينسب إليهما، وكون مسألة تأجير الرحم محرمة ،فان هذا لا يؤثر في نسب الولد إلى أبويه، لأن التحريم قد جاء بعد الانعقاد والتلقيح، بسبب استعمال رحم المرأة المستأجرة استعمالاً

١. المصدر السابق، ص٢٥٠
٢. احسان احمد رشيد ئاميدي، المصدر السابق، ص١٧٦
٣. د. احمد عبيد الكبيسي، مصدر سابق، ص٣٦٨

غير مأذون به شرعًا، وعليه فالتحريم لم يدخل في أصل تكوين الجنين بل جاء من طريق تغذيته التي نتج عنها نماؤه وتكامله.

ولا يزال النقاش محتدماً في القانون الوضعي حول هذا الموضوع، لذلك لم يتفقوا على نتيجة حاسمة ونهائية في هذه القضية، فهناك تيار قوي في الغرب يعطي حق الأمومة القانونية للأم البديلة، كما في ولاية فرجينيا في الولايات المتحدة الامريكية، وفي القانون الإنكليزي أيضًا. أما في ولاية كاليفورنيا، فتعد الأم صاحبة البويضة هي الأم القانونية للطفل. اما في التشريعات الاسرائيلية التي تمنح الجنسية الاصلية عن طريق الام، فإن الانجاب عن طريق تأجير الرحم غير مسموح به، واليهودي هو من كانت أمه يهودية، فالأم عندهم هي التي تحمل وتلد، وايضاً الكنيسة الأرثوذوكسية لا ترحب بالرحم المستأجر. والقانون الإيطالي يمنع استئجار رحم امرأة لزرع بويضة ملقحة ولكن يقبل إذا كان بشكل تطوعي إنساني، بشروط ومنها ان يكون الأبوان معروفين ويكونا على قيد الحياة .

ان مسألة تأجير الرحم لعلاج حالات العقم يفرض علينا طرح السؤال التالي:

هل يجوز التدخل في خلق الله ومخالفة سنة الله في الخلق؟

وللجواب على هذا السؤال نقول أن العقم مرض، وهو خلاف الأمر الطبيعي إذا كان المبيض سليمًا، وقد يوجد خلل في الرحم ويكون علاج بعض أنواع العقم بأسلوب علمي تقني حديث، والعلاج الطبي حق من الحقوق المشروعة في هذه المسألة ما دام لا يدخل في العملية طرف ثالث أجنبي غير شرعي، فالتكييف الشرعي لهذه المسألة هو أن العقم أو عدم الإخصاب مرض، والأحاديث في طلب التداوي كثيرة وقد ورد في الحديث النبوي قوله صلى الله عليه وسلم "تداووا عباد الله"، ولا شك ان الإنجاب ووجود النسل من الحاجات الضرورية للإنسان، والمساعدة على الإنجاب ليس فيها ما يخالف سنة الله في خلقه، وللإنسان أن يطلب ذلك بكل وسيلة ممكنة، دون أن يتعدى حدود

الشرع وضوابطه،انما التحريم يكون عند اللجوء إلى ما يمس حرمة جسد الانسان ومخالفة الاحكام الشرعية بادخال طرف اجنبي في العلاقة الزوجية الشرعية .

ولقد كان القانون الفرنسي واضحاً في حضر عمليات تأجير الرحم ، إلا انه في مسألة النسب فقد جاءت في المادة(٣٤٢) من القانون المدني الفرنسي ما يسمح لكل طفل طبيعي(مولود خارج نطاق العلاقة الزوجية) ولم يستطع اثبات نسبه من الاب ان يطالب بالنفقة من الشخص الذي كان على علاقة بوالدته اثناء مدة الحمل ويمكن للطفل ان يثبت هذه العلاقة بكافة وسائل الاثبات ومنها البصمة الوراثية ولا يشترط توفر ادلة او قرائن مسبقة ويعتمد على نتائج التحاليل في اثبات نسب الطفل [١].وقد يواجه كل من يحصلون على الاولاد عن طريق رحم مستأجر الرفض من قبل دائرة النفوس في فرنسا بتسجيل الطفل باعتباره من نسلهما ،فقد أثارت قضية زوجين فرنسيين حصلا على طفلهما بتأجير رحم امرأة في الولايات المتحدة الامريكية، الكثير من النقاشات على الرغم من أن القانون ينطوي على شيء من المرونة إزاء الحالات الإنسانية الخاصة. فقد أفرجت محكمة في ضاحية كريتاي قرب باريس، عن الزوجين العائدين من لوس انجلوس مع طفلتين توأمتين حصلا عليهما من رحم مؤجرة في أميركا. وعلى الرغم من أن الطفلتين بلغتا سن الثالثة لكن القضية لم تحسم في أروقة المحاكم ولا في دائرة التسجيل المدني حيث طالب الزوجان بتسجيل التوأمتين وكأنهما مولودان من صلبهما [٢].

وفرنسا ليست البلد الأوروبي الوحيد الذي يمنع تأجير الأرحام ففي إيطاليا تحول القوانين دون اللجوء إلى شخص آخر لتحقيق الأمومة.

ان فرض الجنسية الاصلية على أساس حق الدم في حالات تأجير الرحم قد تكون صعبة في حالات وجود خلاف بين الاطراف حول اثبات نسب الجنين ،ان القضاء لم يستطع حسم مسألة اثبات النسب في مسائل الولادة عن طريق الرحم المؤجرة

١. سركول مصطفى احمد، مصدر سابق،ص١٢٤ .

٢. نقلاً عن مجلة الشرق الاوسط في ٣٠ رمضان ١٤٣٣هجرية،٢٠١٢/٨/١٩،العدد ١٢٣١٨ .

فنراها تارة تحكم للأم صاحبة البويضة وتارة تحكم للأم صاحبة الرحم. ان فرض الجنسية الاصلية على أساس حق الدم قد يؤدي إلى حالات التعدد في الجنسية عندما تختلف جنسية الاطراف أو قد يكون احد الاطراف متعدد الجنسية وكل من هذه الدول تفرض الجنسية على أساس حق الدم.

المطلب الثاني

تأثير تأجير الرحم على فرض الجنسية الأصلية على أساس حق الاقليم

يقصد بحق الاقليم منح الطفل جنسية الدولة التي ولد على اقليمها وبغض النظر عن جنسية والديه[١]، وتمنح الجنسية على أساس الرابطة المادية بين المولود واقليم الدولة، والحقيقة ان أساس الاقليم لمنح الجنسية منذ الولادة يساعد على القضاء على اشكالية انعدام الجنسية التي قد تحدث في الواقع نتيجة الاخذ بحق الدم كأساس لمنح الجنسية الاصلية، ولذلك نصت معظم الدول التي اخذت بحق الدم كأساس لمنح الجنسية الاصلية في قوانينها على حق الاقليم كاستثناء في بعض الحالات لمنع وقوع حالات انعدام الجنسية [٢]، وهذا ما نص عليه القانون العراقي من حالات منح الجنسية على أساس حق الاقليم للمولودين على الاراضي العراقية من أبوين مجهولين وفي حالة اللقيط. واذا ظهر للمولود احد الوالدين فانه يلحق بجنسيتهما ويحتاج إلى اثبات النسب.

وتعد الولايات المتحدة الامريكية في مقدمة الدول التي اخذت بهذا الأساس في فرض الجنسية الاصلية، وهي تعتمد على مكان ولادة الطفل، إلا انه يجوز للمولودين

١. د.سعيد يوسف البستاني ،الجنسية والقومية في تشريعات الدول العربية(دراسة مقارنة)،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،٢٠٠٣ ، ص١٢٥ .

٢. سناريا محمد نهاد مصطفى، الجديد والقديم في قانون الجنسية العراقية(دراسة مقارنة)، مطبعة الند، السليمانية،٢٠٠٩، ص١٤٦ .

من ابوين امريكيين في الخارج الحصول على الجنسية الامريكية اذا كان احد الابوين أو كلاهما حاملاً للجنسية الأمريكية [١].

ان موقف القضاء الامريكي غير واضح في مسألة الأم البديلة لعدم وجود حكم قضائي موحد في مسألة تحديد النسب، فبعض المحاكم تبنت في بعض القضايا العوامل الجينية، فيكون صاحب الحيمن وصاحبة البويضة هما الابوان الشرعيان للطفل، وحكمت محكمة كاليفورنيا عام ١٩٩٣ على الاساس الجينات الوراثية في قضية عرضت امامها، بينما اتجهت محاكم اخرى في امريكا إلى اثبات النسب من الام على أساس الحمل والولادة[٢].

أن العديد من الدول نظمت مسالة تأجير الرحم قانوناً كما في الولايات المتحدة الامريكية. وبموجب قانونها فأن الأم التي تلد الطفل هي الأم القانونية(البيولوجية). حيث اشترط القانون الأمريكي لإعطاء الجنسية للطفل أن يكون أحد أبويه البيولوجيين أو كلاهما حاملاً للجنسية الأمريكية [٣].

وفي بريطانيا يعتبر الطفل الناتج من العمليات التكنلوجية للولادة والتي تدخل فيها عنصر اجنبي غير شرعي ،على الرغم من أن القانون البريطاني يسمح بإجراء مثل هذه العمليات[٤].

ويبدوا أن قرارات المحاكم الفرنسية متباينة في هذا المجال ، حيث قررت محكمة استئناف باريس في قرار لها بتأريخ ١٩٩٠/٥/١٥ بصحة تبني الاطفال المولودين بطريقة الأم البديلة، ونقضت محكمة النقض الفرنسية قرار محكمة الاستئناف في قرار صدر بتأريخ ١٩٩١/٣/٣١ ، حيث جاء في القرار أن المرأة التي تلتزم بمقابل أو تبرعاً

١. معلومات مأخوذة من الموقع الالكتروني www.travel.state.gov بتأريخ ٢٠١٧/١/٣٠ .
٢. إحسان أحمد رشيد، مصدر سابق، ص ١٧٠-١٧١ .
٣. المصدر السابق نفسه.
٤. د. سعدي البرزنجي وسعيد شيخو، مصدر سابق، ص١٠٩.

أن تحمل جنيناً لأجل أن تتنازل عنه منذ ولادته يخالف مبدأ معصومية جسم الانسان ومبدأ عدم إمكان المساس بالأحوال الشخصية[١] .

وفي ألمانيا عرض على القضاء قضية تعد الأولى من نوعها، حتى إنها لفتت الأنظار إلى نقص في التشريع هناك، فقد حدث أن امرأة اتفقت مع امرأة أخرى على استضافة بيضة منها مخصبة من زوجها حتى تتم الولادة، نظير أجر وصل إلى ٢٧ ألف مارك ألماني يستحق الدفع عند الطلب، وبعد تمام مدة الحمل وهي الأشهر التسعة، ولدت طفلة، وتم تسليمها لأبويها وفقا لما هو متفق عليه، وقبضت الأم البديلة المبلغ الذي تم الاتفاق عليه بين الطرفين، ولم يحصل أي شك عند جميع الأطراف في نسب الطفلة إلى أن حدث واجري تحليل لدم الطفلة بعد عام من حدوث الولادة، وأكدت البحوث أن الطفلة نتجت عن العلاقة العادية بين الأم البديلة وزوجها، وأن عملية زرع البيضة الملقحة من الزوجين صاحبي البيضة والحيوان لم تنجح، وعلى الرغم من ذلك فإن الأم البديلة لم تسترد طفلتها، لأنها كانت تسلمت المبلغ المتفق عليه، فأدى هذا العمل إلى سوق للنخاسة جديد يتفق مع العصر الحديث، وهو أن يبيع الإنسان أطفاله نظير ثمن معين. ويقول الدكتور جمال أبو السرور أستاذ أمراض النساء والتوليد وعميد كلية الطب في جامعة الأزهر، أنه حدث اتفاق بين زوجة وزوجها من ناحية وامرأة أخرى من ناحية لتوضع البيضة الملقحة من الزوجين في رحم المرأة الأخرى، وزرعت البيضة الملقحة في رحمها، ونما الجنين، وبالفحص الطبي تبين أن الجنين به بعض العيوب الخلقية التي يمكن علاجها بالتدخل الجراحي أثناء فترة الحمل، فرفضت الأم الحاضنة هذا الإجراء، نظرا لأنه سيعرضها لمخاطر التخدير والجراحة، وضربت بعرض الحائط ما قد يحدث الجنين من أضرار نتيجة عدم علاج العيب الخلقي الذي

١. يقول فرانسوا تيري أنه في حالة النزاع على طفل بين الام صاحبة البويضة وبين الام الحاملة بالنيابة فالغلبة تكون للأم الحاملة من الأم صاحبة البويضة (الأم البيولوجية) ، اذ ان لواقعة التوليد أهمية كبرى، فالقانون الفرنسي يعاقب المرأة التي تدعي ولادة طفل منها وضعتها غيرها نقلاً عن المصدر السابق، ص١٢١ .

شخصه الأطباء، أثناء فترة الحمل، فأدى هذا النوع من التعاقد الغريب إلى عدم علاج إنسان كان يمكن علاجه بيسر لو كان في رحم أمه الطبيعية، وقد يحدث أن الأم البديلة تحمل بتوأم مختلفين في البيضة والحيوان المنوي، بأن تؤخذ بيضة ملقحة من زوج صاحبة البيضة، وبيضة أخرى من امرأة أخرى ملقحة من زوجها، وتزرع البيضتان الملقحتان المختلفتان في المصدر في رحم الأم البديلة، فتحمل بتوأم مختلفي المصدر، مما يؤدي إلى التنازع بعد الولادة، لتحديد نسب كل طفل إلى أبويه الحقيقيين. وهذا ما حدث بالفعل، فقد نشرت صحيفة الجارديان البريطانية فضيحة من فضائح استئجار الأرحام حول السيدة إنجيلا التي تعاقدت معها أسرة غير قادرة على الإنجاب، لكن لم يقتصر الأمر على هذه الأسرة، بل قام الطبيب المختص بغرس بيضة أخرى ملقحة من زوجين آخرين وقد تم هذا في شهر سبتمبر ١٩٩٦، ونما الجنينان نموا طبيعيا في رحم هذه الأم، ومن الغريب أن أنجيلا دافعت عن نفسها وتذرعت بأنها تقوم بإدخال السرور على الأسر العاجزة عن الإنجاب [١].

ان أساس الاقليم لفرض الجنسية الاصلية يعطي المولود جنسية الدولة التي ولد الجنين على اقليمها بغض النظر عن جنسية اطراف العلاقة اي الاب البيولوجي والام البيولوجية والام صاحبة الرحم. ونحن نرى ان الاخذ بهذا الاساس لفرض الجنسية الأصلية هو الافضل بالنسبة للطفل المولود، حيث يضمن للطفل حقه في الجنسية منذ ولادته بغض النظر عن أطراف العلاقة والخلافات التي قد تحدث بين الاطراف في اثبات النسب.

١. د. كارم السيد غنيم، الاستنساخ والانجاب، ط١، دار الفكر العربي، ١٩٩٨، ص٢٤٨ .

الخاتمة

أولاً: الاستنتاجات:

ان من اهم الاستنتاجات التي توصلنا اليها في هذا البحث ما يلي:

١- ان عمليات تأجير الرحم اصبحت امراً واقعاً لا يمكن تفاديه ، ولابد للدول من أن تواكب التطور التكنلوجي في كل المجالات وتسن قوانين مناسبة وايجاد الحلول القانونية بما يناسب الاشكاليات الموجودة.

٢- ان منح الجنسية عن طريق حق الدم المنحدر من الاب قد لا يثير الاشكالية في الام البديلة.

٣- ان مسألة التطور التكنلوجي في مجال التلقيح الصناعي هي من اكثر المسائل القانونية جدلاً لارتباطه بالإنسان وحرمة جسده من جهة ومسألة النسب واختلاط الانساب من جهة اخرى، ففي نظر الشرع لا يجوز اللجوء إلى الوسائل الحديثة التي تؤدي ادخال عنصر أجنبي في عملية ولادة الطفل.

٤- ان الجنسية حق من حقوق الانسان نصت عليه المواثيق الدولية، وهو حق يثبت منذ الولادة، وولادة الطفل من الام البديلة لا ينفي هذا الحق فمن حق الطفل المولود التمتع بجنسية دولة معينة.

٥- ان الكثير من الدول لم تتطرق في قوانينها إلى مسألة الجنسية للمولود عن طريق الرحم الظئر، وقد يكون السبب هو عدم اباحة قانون تلك الدول لمسألة تأجير الرحم، أو أن تأجير الرحم منظم بالقانون ومباح لكن المشرع لم يتطرق لمسألة الجنسية.

٦- ان الكثير من الدول تعتمد على القضاء في حل اشكالات تأجير الرحم.

ثانياً: التوصيات:

من أهم التوصيات في مجال جنسية المولود هي:

١- ان الدول التي تعتمد على الاقليم كأساس لفرض الجنسية الاصلية تستطيع اتباع نفس الحكم بالنسبة للمولود عن طريق الام البديلة وبدون شروط .

٢- ان الدول التي تعتمد على الاساس العائلي أي حق الدم النحدر من الام، فإنها تستطيع العول على الاحكام القضائية؛ لأن مصلحة الطفل تقتضي أن يمنح الطفل جنسية الام التي تحكم المحكمة لها بالطفل، فوحدة الجنسية في الاسرة الواحدة من المبادئ الاساسية التي يجب أن يؤخذ بنظر الاعتبار.

٣- اقتراح قانون للدول الإسلامية التي تحرص أن تكون قوانينها موافقة لأحكام الشريعة الإسلامية من أجل تنظيم مسألة الأم البديلة، حتى يتضح الأمر لمن يقدم على هذا العمل، ليعرف كل طرف حقوقه وواجباته، وفضًا للنزاع الذي قد يحدث في المستقبل، بين مختلف الاطراف، ويمكن اتباع نفس القواعد المتبعة في منح الجنسية لمجهول الوالدين والتي تعتمد على حق الاقليم استثناءً على المولود عن طريق الام البديلة.

٤- يمكن الاستعانة بالبصمة الوراثية في مسألة منح الجنسية من جهة الأب أو الأم، لكننا نرى انه مع ذلك لابد من أن يمنح القانون فرصة للطفل المولود من حرية اختيار الجنسية (جنسية الأم البيولوجية أو الأم البديلة) عند بلوغه سن الرشد وذلك لخصوصية هذه الحالة؛ لأن مسالة تأجير الرحم فيها آراء فقهية مختلفة وهي حالة تتميز بالتعقيد في مسألة النسب.

المـلخـص:

لم تحظ مسألة جنسية الجنين المولود في حالات الاستعانة بالتقنيات المتطورة في الانجاب بالاهتمام الكاف في الكثير من الدول، وفي العراق والعالم الاسلامي بشكل خاص فإن الآراء الفقهية والقانونية متفقة على حرمة اللجوء إلى الرحم البديل كونها تتعارض مع اهداف الشريعة الاسلامية من ضرورة حفظ الانساب وعدم خلطها، لكن وعلى الرغم من ذلك فإن الواقع يؤكد وجود حالات تأجير الرحم بشكل كبير داخل المجتمعات التي تحرم مثل تلك الافعال، أما الدول التي اجازت في قوانينها مسألة تأجير الرحم لم تسلم هي ايضاً من مواجهة الاشكالات القانونية ومنها اثبات نسب الطفل المولود ومسألة الجنسية، ولما كانت الجنسية حق من حقوق الطفل بغض النظر عن طريقة ولادته، كما اكدت على ذلك المعاهدات والاتفاقات الدولية، عليه لابد من ايجاد آلية لمنح الطفل المولود جنسية دولة معينة لضمان حقوقه داخل الدولة.

إن أسس فرض الجنسية الاصلية تختلف باختلاف الدول، فالأساس العائلي (حق الدم) تؤكد على مسألة النسب وإثباتها، حتى الدول التي تأخذ بأساس الاقليم كما في الولايات المتحدة الامريكية تؤكد على النسب في حالة الرحم المستأجر، ومسألة اثبات النسب في حالات الرحم المستأجرة مسألة فيها شيء من التعقيد لتباين الآراء والأحكام القضائية الصادرة في هذا المجال، ولكون الجنسية حق للطفل المولود ،نجد من الضرورة وضع احكام خاصة تنسجم مع هذه الحالات وبشكل لا يضيع فيه حق الطفل المولود، ونرى من الضروري منح الجنسية للطفل المولود وفق أساس الاقليم في المكان الذي يولد فيه الطفل، مع بقاء حق الطفل في اختيار جنسية والديه أو احد ابويه أو الام التي حملته وولدته عند بلوغ الطفل المولود سن الرشد.

إن التناقض في الاحكام القضائية الصادرة في مسألة اثبات نسب الجنين يراها البعض بأنها غير مقبولة خاصة في ضوء التقنيات الحديثة في الاثبات المتمثلة بالبصمة الوراثية، وعليه يمكن الاستعانة بالبصمة الوراثية في مسألة منح الجنسية؛ لأن مسالة تأجير الرحم فيها آراء فقهية مختلفة وهي حالة تتميز بالتعقيد تحديداً في مسألة النسب .

ABSTRACT :

The subject of citizenship of child surrogacy, which relies on modern technology, has not been given importance in most countries. In Iraq and most Islamic countries generally this type of giving birth and method is contrary to the principle of Sharia Law (Islamic Teachings) and hence not popular. As states that it is necessary that ethnicity is not mixed and maintained. Despite this, in reality the surrogacy does exist among societies that were previously also forbidden among them. However, in the countries that legally allows surrogacy has also faced legal issues to proof the child's identity and ethnicity.

Despite of method of birth, the right to citizenship and identity is one of the rights of child as many international treaties and convention have emphasized.

Therefore, it is important to find a method and mechanism to provide child with citizenship from their designated country in order for them to be entitled for the rights given to them in the country.