ماهية التصرف بالنطف والأجنة البشرية (*)

أ. نشوان زكي سليمان
مدرس قانون الإثبات والمرافعات المدنية المساعد
كلية الحقوق / جامعة الموصل

المستخلص

أن موضوع التصرف بالنطف والأجنة البشرية هو أحد المواضيع التي استجدت في الحياة البشرية ولاسيما للزوجين اللذين يعانيان من عدم الإنجاب بالطريق الطبيعي ، فكان الإخصاب الطبي المساعد هو الوسيلة المساعدة للإنجاب بالطريق الصناعي الذي أصبح يأخذ صوراً كثيرة وأشكالاً متعددة الانتشار في بلاد أوربا وبعض البلدان العربية، وقد أجاز الفقهاء العرب الإنجاب بطريق الإخصاب المساعد بين الزوجين اللذين يعانيان من عدم الإنجاب ، من دون إجازته لغيرهما بوصفه طريقاً محرماً وقبيحاً أشبه بالزنا في حين ان فقهاء الغرب أعطوا الحق لكل رجل وامرأة ان يتصرفا بنطفهما البشرية والإنجاب بطريق الإخصاب الطبي المساعد ، إلا أنهم اختلفوا حول الطبيعة القانونية للتصرف بالنطف والأجنة البشرية، فمنهم من وصف هذه العلاقة بأنها عقد بيع ، في حين وصفها آخرون بأنها عقد وديعة ويرى آخرون بأنها عقد إيجار ويصر آخرون بأنها عقد عمل او عقد تبرع ، في حين نجد أن وصف هذه العلاقة لا تدخل ضمن العقود المشار إليها ، ويمكن وصفها بأنها عقد من نوع خاص

Abstract

That the subject of the disposition of the sperm and human embryos is one of the topics that have taken place in human life and on the face of wicker for the couple, who suffer from infertility road normal, was the conception Medical Assistant is the way of assistance to having the road industry, which has to take too many photographs and Occla

(*) أستلم البحث في ٢٠١٠/١٠/٣١ *** قبل للنشر في ٢٠١١/١/١٢ .

multiple proliferation in the land ofEurope and someArab countries. Have been adopted by scholars Arabs reproduction path of assisted reproductive between the couple, who suffer from infertility, without his leave to others and considered it as a way forbidden and ugly like adultery, while the scholars of the West, given the right of every man and woman should act in Bntefhma human and reproductive accidentally fertilization medical assistant, but they differed on the legal nature of the disposal of Balntef and human embryos, some of them described the relationship as a contract of sale, while he described others as a contract and deposit, and others argue that the lease and others insist that a contract of employment, whereas we find that the description of this relationship does not fall within the contracts referred to, and can be described as a special kind of

المقدمة :

إن من الأمور العلمية التي استجدت على الساحة البحثية موضوع التصرف بالنطق والأجنة البشرية ، بوصفه وسيلة للتغلب على عجز الزوجين أحدهما أو كليهما عن أتمام عملية الإخصاب اللازمة لإنجاب الأطفال ، لذا كان لزاماً على الباحث والباحثين في مثل هكذا مواضيع ان يدلوا بدلوهم ويتقدموا بأبحاثهم لكشف الحقيقة والإجابة عن تساؤل مهم إلا وهو مدى مشروعية وجواز التصرف بالنطف والأجنة البشرية ؟ لأنه لابد من كبح جماع التقدم أو وضع سياجاً من الأمان له صيانة لكرامة الإنسان ، ان كان ذلك يؤدي إلى تدهور أركان المجتمع أو يهين إفراده او يشوه صورته ، فإذا كان علماء الطب قد أجابوا بالإمكان العلمي من خلال التجارب التي أسفرت عن تمام نجاح العملية فقد وجب على علماء القانون أن يجيبوا عن مدى جواز هذا الإجراء قانوناً ومشروعيته مع أحكام الشريعة الإسلامية لهذه المشكلة الحية التي ظهرت كغيرها من مستجدات العصر على الساحة الاجتماعية ، ثم ما هي الضوابط التي يمكن من خلالها إباحة هذا العمل ولاسيما ان المواثيق الدولية قد أكدت على حق الفرد في الإنجاب بحسب نص المادة (١٦) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في سنة ١٩٤٨، بأنه من حق الفرد الإنجاب وكان هذا الحق من

الحقوق المعترف بها عالمياً ومحلياً، لأن لكل إنسان الحق في تكوين أسرة، والإخصاب الطبي المساعد هو أحد الوسائل المهمة التي تساعد بوصفه أسلوباً علمياً حديثاً على حل بعض مشاكل العقم لدى الزوجين ومساعدتهما على حقهما في تكوين أسرة ، لذا فلا بد من الوقوف على مدى مشروعية هذه التقنية الحديثة ومطابقتها للقانون ، لأنه لازال استعمالها موضع خلاف بين فقهاء الطب والقانون والشريعة الإسلامية .

أهمية البحث :

نظر لتطور التقنية الحديثة في مجال العلاج بالإخصاب الطبي المساعد نتيجة العجز في الإنجاب بالطريق الطبيعي ، العضوي ،إذ أثارت طريقة العلاج هذه كثيراً من المشاكل والتساؤلات عن مدى مشروعية العلاج بالإخصاب الطبي المساعد عند العجز في الإنجاب بالطريق الطبيعي ومطابقتها للقانون وأحكام الشريعة الإسلامية ؟ وما هو حكم التصرف بالنطف والأجنة البشرية عند تدخل طرف ثالث من غير الزوجين في عملية الإخصاب الطبي المساعد سواء أكانت بالمني أو بالبيضة أو بالرحم البديل ؟ ثم ما هي طبيعة العلاقة القانونية مابين الزوجين وصاحبة الرحم البديل ؟ إذا ما تُعد أن مثل هذه العلاقة توصف انها عقداً فما هو أذن نوع العقد ؟

منهجية البحث :

سوف نتبع في دراسة البحث المنهج المقارن من الناحيتين الشرعية والقانونية متى ما تيسر لنا ذلك، لان القانون العراقي والقانون المصري المقارن قد خلت من نصوص قانونية تعالج مثل هذه المسائل المهمة جداً وترك أمر حكمها بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية والأخذ بآراء الفقهاء المسلمين ومن ثم ترجيح أحد هذه الآراء بما يتلائم وقانوننا الوضعي .

خطة البحث :

سوف نقسم دراسة موضوع ماهية التصرف النطف والأجنة البشرية إلى المباحث الثلاثة الآتية:-

المبحث الأول : التطور التاريخي للتصرف بالنطف والأجنة البشرية وأهدافه .

المطلب الأول: التطور التاريخي للتصرف بالنطف والأجنة البشرية .

المطلب الثاني: أهداف التصرف بالنطف والأجنة البشرية .

المبحث الثاني: مفهوم النطف والأجنة البشرية وأنواعهما .

المطلب الأول: التعريف بالنطف البشرية وأنواعها .
المطلب الثاني: التعريف بالأجنة البشرية وأنواعها .
المبحث الثالث: التصرف بالنطف والأجنة البشرية وصوره .
المطلب الأول: التصرف بالنطف والأجنة البشرية .
المطلب الثاني: صور التصرف بالنطف والأجنة البشرية .
المطلب الثالث : أركان التصرف بالنطف والأجنة البشرية وشروطه .
الفرع الأول: أركان التصرف بالنطف والأجنة البشرية ما بين الزوجين وشروطه.
الفرع الثاني: أركان التصرف بالنطف والأجنة البشرية بالنسبة الى الغير وشروطه.

المبحث الاول

التطور التاريخي للتصرف بالنطف والأجنة البشرية وأهدافه

أن الطريق الذي رسمه الله تعالى للإنجاب غالباً ما يتم عن طريق الالتقاء بين الرجل وزوجه وهو الطريق الطبيعي الذي يتم من دون وساطة أو عامل خارجي ، ولكن قد يتم الالتقاء بين الرجل وزوجه ويجامعها وعلى الرغم من ذلك لا يحدث الإنجاب أو التخصيب لسبب أو لآخر، وهنا من الممكن التدخل بطريق الإخصاب الطبي المساعد .ولكن متى ظهر مثل هذا الطريق للاخصاب وكيف ؟ وما هي أهدافه ؟ وللاجابة على ذلك يتطلب الأمر تقسيم المبحث إلى المطلبين الآتين :-

المطلب الأول : التطور التاريخي للتصرف بالنطف والأجنة البشرية .
المطلب الثاني : أهداف التصرف بالنطف والأجنة البشرية .

المطلب الأول

التطور التاريخي للتصرف بالنطف والأجنة البشرية

يلحظ ان العلماء القدامى قد تطرقوا إلى الإخصاب الطبي المساعد وذكروا له وصفات على وفق معارف عصورهم وخصصوا له باباً بعنوان معالجة عدم الحمل[١].

(١) ينظر: جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ، الرحمة في الطب والحكمة، ط١، الفجر الجديد للطباعة بيروت، دون سنة طبع ، ص١٠٥.

ومنهم من بحث في الأعضاء التناسلية لكل من الرجل والمرأة والإمراض التي تصيبهما والعلاج منها ، وكيفية معرفة نوع الجنين[١] وعرفه فقهاؤنا المسلمون الأوائل ونصوا عليه في كتب الفقه ،في الوقت الذي لم تتعرض له القوانين الحديثة بالتنظيم بعد ، إذ أن الفقهاء ، نصوا عليه بكثرة رغم اختلاف المصطلحات في أبواب مختلفة في الفقه ولاسيما تلك المتعلقة بالأسرة، بالأحوال الشخصية من عدة ونسب وأمهات أولاد ... الخ . فمثلاً بين الفقيه [٢] ، في سياق حديثه عن كيفية ثبوت أم الولد الآمه فأشترط لذلك ان يكون الماء محترماً بأن يكون الإنزال والأستدخال في حال حياة السيد فقال : وخرج بقولنا في حال حياته ما إذا أستدخلت منية المنفصل في حال حياته ، أما بعد موته فلا يثبت به أمية الولد لأنها بالموت انتقلت إلى ملك الوارث، كما جاء في فقه الأمام جعفر[٣]، إذا واقع رجل زوجه ، ولما قام عنها ساحقت بكراً فانتقلت نطفة الزوج إلى البكر وحملت ، فما هو الحكم في الحد ومهر البكر والحمل ؟ وغير ذلك من نصوص الفقهاء القدامى المتعلقة بالإخصاب الطبي المساعد وإحكامه وهذا الطريق بطرائقهِ المختلفة ليس جديداً كما ذكرنا إذ كان معروفاً من قبل لدى العلماء الأجانب وكان يمارس في جنس الحيوانات لتحسين سلالاتها[٤] ، والإخصاب الطبي المساعد عرفته العامة من الناس أيضا عندما كان الطب في أيدي القساوسة وأيدي القابلات، إذ كانت

(١) ينظر أبن النفيس ، علاء الدين علي بن أبي الحزم القرشي ، الموجز في الطب ،ط٢، تحقيق أ. عبد الكريم العزباوي ، صادر عن وزارة الأوقاف ، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ،١٩٩٠،ص٢٤٨-٢٥٠.

(٢) ينظر: محي الدين يحيى بن شرف أبي زكريا النووي ، مغنى المحتاج ، تقديم محمد الشربيني الخطيب ،ج٤، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، دون مكان طبع ، ١٩٥٨، ص٥٣٩.

(٣) ينظر: جعفر الصادق ، قصة الإمام جعفر الصادق ،ط٤، دار الجواد، بيروت ، ١٩٨٢م،ص٢٦٠.

(٤) في عام١٧٨٠ م قام عالم فسيولوجي ايطالي بتشريح السائل المنوي لذكور الكلاب وقام بوضعه صناعياً في داخل الاجهزة التناسلية للكلاب فحدث الحمل وكذلك قام عالم روسي بإجراء دراسات عام١٩٠٠م في الاتحاد السوفيتي على الحيوانات المختلفة بدأها بالخيل ، وأستطاع ان يصف طريقة كاملة لتلقيح الخيل صناعيا ، وقام بدراسة طرائق التلقيح الصناعي للأغنام والماشية . نقلا عن د. عبد الرحمن محمد البردي ، ود. اشرف هشام برقاوي ، ود صالح عبد الحميد إبراهيم ، فسيولوجيا التناسل ، مركز جامعة القاهرة للطباعة والنشر ،١٩٩٧القاهرة، ص١٧٠-١٧٥.

الزوجات اللاتي لم تنجبن تذهبن الى القابلات فتعطيهن " صوفة " يلبسنها أو يضعنها في موضع الجماع ، وهذه الصوفة عبارة عن قطعة من القطن تلوثها القابلة بسائل منوي لرجل آخر ، وقد تنجح في حمل المرآة إذا كان نقص التخصيب بسب من زوجها ، ففي مثل هذه الحالة تعتقد المرأة التي لم تحمل من قبل أن هذه القابلة قد نجحت معها في إزالة السبب المانع للحمل وتمدها بالهدايا والمال وهي لا تدري أمر الصوفة التي تستعملها ، إلى أن انتهى أمر هذه المسالة بقضية أحيلت الى المحاكم قبل حوالي ٣٠ عاماً إذ كانت امرأة لا تحمل فذهبت إلى أحدى القابلات في مدينة شبرا فألبستها صوفة ثم حملت السيدة ووضعت ولدا اسود اللون في حين كانت المرأة وزوجها ذي بشرة بيضاء ، ووصلت القضية إلى المحاكم فأتضح أن القابلة نفسها كانت سوداء البشرة وكانت تأخذ السائل المنوي من أخيها ذي البشرة الأسود مثلها[١] ونلحظ ان هذه الصورة بعينها تطبق اليوم في البلاد غير الأسلامية إذ يتم تلقيح الزوجة بمني غير الزوج ، وهي الطريقة ذاتها التي كانت تطبق في الجاهلية وقبل الإسلام بصورة واضحة للجميع وكانت تسمى بنكاح الأستبضاع ، واليوم شاع استخدام الإخصاب الطبي المساعد منذ خمسينيات القرن الماضي ولاسيما في أمريكا وبريطانيا واليابان ، إذ تم تلقيح المرأة بمني رجل آخر غير زوجها أول مرة في فرنسا عام١٩١٨، وانتشر بسرعة إلى الدول الأجنبية الأخرى [٢] ولكن مع مرور الوقت قبل رجال الدين الغربيين مثل هذا الأسلوب للعلاج ، ولكن بتحفظات وقيود عديدة، وفي عام١٩٧٨ ظهرت أول طفلة أنبوب في بريطانيا تدعى لويزا براون التي لفتت الأنظار في ذلك الوقت ، وقد وضح هذا الحدث إمكانية إخصاب بيضة المراة صناعياً من دون حاجة للممارسة العملية الجنسية ، وفتح هذا الحدث نقاشاً واسعاً حول مشروعية هذه العملية وأثار عديداً من التساؤلات حول الحقوق التي يمكن أن يتمتع بها هذا النوع من الجنين، وبهذا أصبح الإخصاب الطبي المساعد يأخذ صوراً كثيرة وإشكالا متعددة في بلاد أوربا وبعض البلدان العربية .

---

(١) ينظر:د.علي إبراهيم ،ود.محمد سالم الجراح ، التلقيح الصناعي في نظر الدين ، بحث منشور في مجلة لواء الإسلام ، مجلة شهرية تصدر عن كلية الحقوق، جامعة القاهرة ، العدد (١٢) ،السنة(١٨)، ١٩٦٤،ص٧٤٤-٧٥٩.

(٢) ينظر:د.علي حسين نجيدة ، التلقيح الصناعي وتغيير الجنس ، منشورات لجنة الطباعة والنشر ، مطبعة كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ،١٩٩١، ص٤.

المطلب الثاني

أهداف التصرف بالنطف والأجنة البشرية

للإخصاب الطبي المساعد أهداف كثيرة، تختلف على وفق اختلاف الناس في عقائدهم وأخلاقهم ،ومن المعلوم ان القيم الأخلاقية أمر نسبي تختلف من مجتمع لآخر، فما يعد عملاً نبيلاً وحسناً في مجتمع فانه يوصف بالقبح والفحشاء في مجتمع آخر، ففي المجتمعات الغربية والتي طغت عليها الناحية المادية ولم تتقيد بقيم أو دين ، فأنهم يرون أن التبرع بالنطف والأجنة البشرية المعدة للحفظ لغرض أعطائها لمن تريد الإخصاب بها بأنه أمر يوصف بالنبل والرجولة وبالشيء الحسن ، وان المرأة التي تحمل وتنجب عن طريق السائل المنوي المحفوظ لزوجها في المراكز المخصصة لهذا الغرض بعد وفاته يعد وفاءً وإخلاصاً وعرفاناً منها. وفي الوقت ذاته ترى مجتمعات أخرى كالمجتمعات الإسلامية التي حكمتها وتحكمها دين سماوي وقيم أخلاقية رفيعة ان مثل هذه الأمور قبيحة وغير مقبولة لمنافاتها الشرائع والأديان السماوية والقيم الأخلاقية التي تؤمن بها وتحكمها وتسير ضمن إطارها ولا يقبلها عقل سليم او فطرة سليمة[١] استناداً لقوله تعالى: { فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ }[٢].

وترى المجتمعات التي أخذت بالإخصاب الطبي المساعد طريقاً للعلاج بأن له من الأهداف النبي تختلف باختلاف العقائد والقيم الأخلاقية ، ويمكن تحديد هذه الأهداف على وفق الآتي:

أولاً: الهدف العلمي من الإخصاب الطبي

قد يكون الهدف من الإخصاب الطبي علمياً ، إذ تمت عمليات نقل للأعضاء البشرية بشكل كبير[٣] ، في القرن التاسع عشر الميلادي مثل الأوتار

---

(١) ينظر:د. عطا عبد العاطي السنباطي ، بنوك النطف والأجنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص٣١.

(٢) سورة الروم، الآية (٣٠) .

(٣) العضو من الناحية البيولوجية البحتة، يعني مجموعة من الخلايا المتشابكة والمختلفة التي تجمعت معاً لأداء وظيفة محددة، وقد اختلفت مفاهيم العضو باختلاف وتقدم العلوم الحديثة وهي في الأصل كلمة مشتقة من organon وتعني الآلة أو الأداة المستخدمة في

والجلد والأعصاب والغضاريف والقرنيات والغدة الدرقية والمبايض والحيوانات المنوية ونقل الدم وأجزاء من الأمعاء والمثانة والحالب ، فضلاً عن استحداث عديد من الوسائل الفنية المستخدمة في هذا المجال تستفيد منها البشرية جمعاء [١].

ثانياً: الهدف العلاجي

قد يكون الغرض من الإخصاب الطبي المساعد لعلاج نقص أو عدم الإخصاب والأنجاب بين الزوجين بالطريق الطبيعي، وقد يختلط مصطلح نقص الإخصاب ومصطلح العقم مع أن هناك فارقاً جوهرياً وأساسياً بينهما ، فالعقم قد يستعصى في بعض صوره الآن عن العلاج ومثاله الإمراض الخلقية والوراثية الشديدة التي تصيب الجهاز التناسلي ولاسيما الغدة التناسلية ، أما نقص الإخصاب فهو تعبير يشمل الحالات التي يمكن ان تعالج بالإخصاب الطبي المساعد[٢] . لذا جاء التعبير القرآني دقيقاً جداً في ذلك إذ يقول الله تعالى: { لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاء يَهَبُ لِمَنْ يَشَاء إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَاء الذُّكُورَ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَن يَشَاء عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ }[٣] والإخصاب الطبي المساعد ، يراد به أجراء عدة عمليات مختلفة يتم بموجبها إخصاب البيضة بحيوان منوي

العمل، وينصرف لفظ العضو ليس فقط إلى العضو نفسه أنما الى المواد التي يفرزها ولا يتحدد إطلاقا هذا اللفظ على مساحته لأن أي عضو في جسم الإنسان يتحدد تكوينه وأداء وظيفته على سرعة الأعضاء الأخرى في امتصاص المواد التي يفرزها العضو الآخر وتنصرف لفظة العضو أيضاً إلى الإنزيمات والهرمونات والجينات بما فيها الحيوانات المنوية التي تؤدي مجموعة من الوظائف تماماً ،وتصرف الى القلب والكلى والرئة والبنكرياس والأعضاء التناسلية وما تفرزه وغيرها

ينظر:

Dale cowan Joanne Kantorowitz ,Jay Maskowitz ,peter Rheintein :Human organ trans plantantaion(societal,medical–legal,regulartory,and,Reimbursement)issues p.(6)heath.administratration press,Anne Arber Michigan 1987.Dorland,s illustrated medical Dictionary,p.g 933 26ed.1981

(١) ينظر:د. محمد السيد عمران، التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، القاهرة ،١٩٩٢،ص٦.

(٢) ينظر:د.محمد عبد الجواد محمد ، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون ،ط١، منشاة المعارف ،الأسكندرية ، ١٩٩١، ص١١٤-١١٨.

(٣) سورة الشورى الآيتان (٤٩-٥٠).

بغير طريق الاتصال الجنسي الطبيعي الذي يسمى بالتلقيح الصناعي الذي يتطلب من الزوجين أجراء التحاليل والفحوصات اللازمة لبيان سبب عدم الإنجاب وتشخيصه وتقرير العلاج المناسب له ، فإذا اقتضى الأمر العلاج بالأدوية والجراحات قام الطبيب بذلك ، وأما إذا لم يجد العلاج بالأدوية حينئذ يلجا الطبيب إلى الإخصاب الطبي المساعد(١) ، ولا خلاف بين الفقهاء(٢)، حول مشروعية التداوي من الأمراض التي تصيب الإنسان ومن تلك الأمراض عدم الإنجاب بين الزوج وزوجه بالطريق الطبيعي، لأنه من المفترض أن كل من بلغ او بلغت سناً معينة يكوناً صالحين للإخصاب فإذا ما بلغا أو احدهما هذا السن من دون أن يتحقق الإنجاب على الرغم من تمام الجماع في النكاح الصحيح فان هذا يدل على وجود علة أو مرض يقتضي العرض على الطبيب المختص ، وقد يحتاجان إلى التدخل الطبي المساعد، لان عدم الإنجاب أو عدم الإخصاب يعد مرضاً من الأمراض التي يندب لها التداوي فتحديد نوع العلاج يتوقف على تحديد سبب عدم الإنجاب الطبيعي من الزوجين(٣).

ثالثاً: الهدف تحسين النسل وأختيار نوع الجنين

يعد هذا الهدف من أسوا أهداف الإخصاب الطبي المساعد، فقد تلجا إليه بعض الأيدولوجيات أو الجنسيات وهذا فيه من الخطر على الإنسان فضلاً عن ان تحسين النسل هدفاً من أهداف أجراء الإخصاب المساعد يصيب كرامة الإنسان وشرفه، ومن ذا الذي يحدد المعيار والنموذج المختار لتوليد النسل المحسن، فإذا كانت كرامة الإنسان تدين التدخل الايجابي لتحسين النسل فإنها أيضاً لا تتوانى عن إدانة التدخل السلبي للهدف نفسه، فأنه لا يجوز تحسين بعض الأشخاص أو الأجناس تحت أي مسوغ أو هدف كانحطاط مستوى نسلهم من حيث القدرات

(١) ينظر د.علي حسين نجيدة ، مصدر سابق،ص٨.

(٢) ينظر:محمد أمين بن عابدين ، رد المختار على الدار ، شرح تنوير الأبصار ، ط٢،ج٣، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، دون مكان طبع،١٩٩٦ ،ص٢١١؛ محي الدين يحيى بن شرف النووي ، مغنى المحتاج، مصدر سابق ،ص١١٣ .

(٣) ينظر:د.عبدالله مبروك النجار، ضوابط العلاج بالرقية في الشريعة الإسلامية ، بحث منشور في مجلة لواء الأسلام، مجلة شهرية تصدر عن كلية الحقوق، جامعة القاهرة ، العدد(١٦)،١٩٩٨م،ص٢٠٩.

وإلامكانيات الذهنية أو البدنية، مما حمل البعض من المغالين والمتطرفين التساؤل عن المانع من أن يتخذ من الإنسان قياساً مع ما يتخذ من الحيوان والنبات مع انتقاء للسلالات المتميزة ؟ على الرغم من الفارق بينهما ، وان الإجابة على ذلك بسيطة ، لأنه ما يقبل في الحيوان والنبات لا يقبل في الإنسان[١] الذي كرمه الله تعالى بقوله{وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً }[٢]، وان بني آدم هنا مطلق من دون تفرقة او تمييز عنصري بسبب الجنس أو اللون أو الدين أو السلالة أو الايدولوجية ...الخ فضلا عن أن الحيوانات والنباتات لا تحكمها قيم وضوابط ولا ينظم علاقاتها الجنسية أو التناسلية قانون أو نظام ، لانه يتزاوج ولكن لا يرتبط بأسرة ولا يتفاخر أو يحافظ على الأنساب، بل أن إنجاب أنثى الحيوان قد يتم بالتزاوج مع أبنها وأن ذلك ليس بالأمر القبيح شرعاً في الواقع الحيوانيً،خلافاً لبني آدم المحكوم بقيم وضوابط تنظم حياته ومن ثم لا يستطيع الخروج عنها وتجاوزها، وإلا عُد أمرا قبيحاً شرعاً وقانوناً، وعلى ذلك فانه لايجوز قطعاً قياس الإنسان على الحيوان النبات .

رابعاً: التجارة بالأرحام

ويتحقق هدف الإخصاب الطبي المساعد هنا بالنظر إلى صاحبة الرحم البديل التي تحمل أو تؤجر رحمها لزوجين لحمل جنين يرغبان في إنجاب طفل ، بصرف النظر عن النطفة الملقحة ، مقابل مبلغ معين، وهذا الهدف الذي من اجله نشأت مراكز حفظ النطف والأجنة البشرية في بلاد الغرب ، ففي مدينة لوس انجلوس مثلاً هناك جمعية تسمى بـ "جمعية الأمهات البديلات" التي يتوافد عليها عدد كبير من الأزواج لديهم الاستعداد لدفع مبالغ من الأموال لامرأة منتمية في هذه الجمعية تحمل لهما طفلاً عن طريق التلقيح الصناعي[٣] وانتقل هذا النوع من أمريكا إلى فرنسا ودول أوربية أخرى، وفيه يطلب زوجان عقيمان من سيدة أن تحمل لهما طفلاً مقابل عائد مادي، أو أن تلك السيدة تلقح صناعياً بمني الزوج او

---

(١) ينظر د.عبد السلام عبد الحليم السكري، التلقيح الاصطناعي بين الحل والحرمة،مطبعة حمادة الحديثة ، القاهرة ،١٩٩٥،ص٢٤؛ د. علي حسين نجيده ، مصدر سابق، ص١١-١٢.

(٢) سورة الإسراء، الآية(٧٠) .

(٣) د. علي حسين نجيدة ، مصدر سابق، ص٢٨.

أن تزرع بها بيضة مخصبة في أنبوب على أن تتعهد السيدة التي تحمل بالطفل بتسليمه إلى هذين الزوجين بعد ولادته، لأن هذه المسالة أثارت مشاكل عديدة في الدول التي أجازت الإخصاب الطبي المساعد لهذا الغرض، إذ أن عدد من هؤلاء النساء اللائي قمن بتأجير أرحامهن رفضن التقيد بالعقد وتسليم الطفل بعد ولادته[١]، وهذا ما حكمت به محكمة بريطانية في حكم لها بان الأم بالوكالة بإمكانها أن تحتفظ بالطفل الذي حملته، الأمر الذي أدى إلى اختلاف الآراء الفقهية والقانونية حول الهدف من الإخصاب الطبي المساعد والممارسات والعقود للتصرف بالنطف والأجنة البشرية[٢].

المبحث الثاني

مفهوم النطف والأجنة البشرية وأنواعهما

من المعلوم أن الإنجاب الطبيعي يتم عن طريق الاتصال الجنسي بين الزوجين بموجب عقد نكاح شرعي صحيح ، وتكمن مهمة الزوج في إيصال المني إلى بيضة الزوجة لإخصابها في داخل الرحم ،ولكن ما المقصود بالنطف والأجنة البشرية وما هي أنواعها ؟ وللاجابة على هذا التسأول لابد من تقسيم المبحث إلى المطلبين الآتين :-

المطلب الأول : التعريف بالنطف البشرية وأنواعه .

المطلب الثاني : التعريف بالأجنة البشرية وأنواعه .

المطلب الأول

التعريف بالنطف البشرية وأنوعه

تتطلب دراسة النطف البشرية معرفة المدلول اللغوي والفقهي لهذا المصطلح وأنواعه، الذي سوف نتناوله في فرعين :

الفرع الأول: التعريف بالنطف البشرية.

الفرع الثاني: أنواع النطف البشرية.

---

(١) د. عطا عبد العاطي السنباطي، مصدر سابق، ص٣٣.

(٢) tribunal de brdeaux , 27/8/1993 citpar _terras_y_l,hamo inseminationt dans raitement de sterilite these nantes_ 1994_P_75 .

الفرع الأول

تعريف النطف البشرية

النطفة في اللغة، تعني الماء الصافي ِقل أو كثر بالكسر ونطَفان الماء بفتح الطاء سيلانه[١] وتأتي بمعنى المني والجمع نطف [٢] وقد عرف الفقه الإسلامي النطفة بأنها ، المني من النطف بمعنى التقاطر ، ويعبر بها عن ماء الرجل ، لان أجزاء الإنسان معظمها مخلوق من ماء الرجل ، والحق أن النطفة كما يعبر عنها بمنى الرجل فأنه يعبر عنها بالمنى مطلقا سواء كان مني الرجل أو المرأة ، والظاهر إن المراد من النطفة التي يخلق منها كل واحد بلا وساطة [٣] وذهب احد الفقهاء[٤]، في أثناء كلامه عن انقضاء العدة بوضع الحمل ، بأن النطفة ، هي التي تبقى في الرحم أربعين يوماً، أما العلقة ، فهي التي تكون في الرحم مابين الأربعين يوماً إلى الثمانين، وإما العلقة هي السقط الذي يكون في الرحم أكثر من ثمانين يوماً.

(١) ينظر: محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، دون سنة طبع ،ص٦٦٦ .

(٢) ينظر:مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، قاموس المحيط ،ج٣، الهيئة العامة للكتاب ، دون مكان طبع ، ١٩٧٩ ، ص١٩٤.

(٣) ينظر: جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، تفسير الجلاليين ، تحقيق مروان سوار ، مطبعة دار المعرفة ، بيروت ، دون سنة طبع ،ص٤٣٣.

(٤) ينظر: محمد حسن ترحيني ، الزبدة الفقهية في شرح الروضة البهية ، مطبعة دار الهادي ،ج٧، بيروت ،١٩٧٩م،ص١٠٢ .

الفرع الثاني

أنواع النطف البشرية

تتنوع النطف البشرية إلى الأنواع الثلاثة الآتية :-

الأولى : النطف الذكرية

وهي النطفة المذكورة في القران الكريم بقوله تعالى:{أَلَمْ يَكُ نُطْفَةً مِّن مَّنِيٍّ يُمْنَى ثُمَّ كَانَ عَلَقَةً فَخَلَقَ فَسَوَّى فَجَعَلَ مِنْهُ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى }(١) وقوله تعالى:{وَأَنَّهُ خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى مِن نُّطْفَةٍ إِذَا تُمْنَى}(٢)، والمراد من قوله تعالى:(نُطْفَةً مِّن مَّنِيٍّ يُمْنَى) أي نطفة ضعيفة من ماء مهين يراق من الأصلاب في الأرحام الذي يقذف من الرجل (٣)، والنطفة ،عبارة عن جزء يسير من الحيوانات المنوية وليست هي كل المني، وهذا ما أثبته العلم الحديث(٤) ، لان الحيوانات المنوية(النطف المذكرة) في مني الرجل لم تكتشف أعدادها بشكل دقيق إلا في عام ١٩٥٠م بعد اختراع المجهر(٥) ، وهذه الحيوانات المنوية الدقيقة التي تتكون من رأس وذيل تعدادها في كل (ا سم٣) ٦٠ مليون حيمن ، إذ يقذف الرجل في كل مناسبة من٢ الى٤ سم٣ وهي تتكون في غدة الخصية ومنها يكون الذكر والأنثى مصداقاً للآيات السابقة ، فقد أثبت الأبحاث العلمية إن النطف المذكرة للرجل نوعان ، نوع يحمل عنصر الذكورة ، ويرمز إليه برمز(y) فالخلية الذكرية من الرجل مع كرومزوم (x) من المرأة تعطي جنيناً ذكراً ، والنوع الثاني يحمل عنصر الأنوثية ويرمز إليه برمز (x) وباجتماعه مع كروموزم (x) من المرأة يكون جنيناً أنثى ، فالحيوان المنوي للرجل هو الذي يقرر ما إذا كان الجنين ذكراً

---

(١) سورة القيامة، الآيات (٣٧-٣٨-٣٩) .

(٢) سورة النجم ، الآيتان (٤٤ - ٤٥) .

(٣) ينظر: الحافظ عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي، تفسير القران العظيم ، دار الغد العربي، ج٤، دون مكان أو سنة طبع ،ص٤٥٢-٤٥٩.

(٤) ينظر: د.محمد علي البار ، الجنين المشوه والأمراض الوراثية ، الأسباب والعلامات والاحاكم ، دار المنار للطباعة ،جدة ،ط١،١٩٩١،ص٣٦.

(٥) ينظر:د.عبد الرزاق الكيلاني ، الحقائق الطبية في الإسلام ، دار القلم للطباعة، دمشق ، ط١،١٩٩١،ص٣١.

أم أنثى[١] ومما يدل على هذه الحقيقة العلمية ، قوله تعالى: {فَلْيَنظُرِ الْإِنسَانُ مِمَّ خُلِقَ خُلِقَ مِن مَّاء دَافِقٍ يَخْرُجُ مِن بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ } [٢] .

الثانية : النطف المؤنثة

إن النطفة المؤنثة لم ترد في القران الكريم بشكل صريح كالنطفة المذكرة ويمكن الاستدلال على النطفة المؤنثة من قوله تعالى: { إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنسَانَ مِن نُّطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَّبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا}[٣] .

وأن نطفة الأمشاج مكونة من نطفة الرجل(الحيوان المنوي) ونطفة المرأة(البيضة)، ونطفة المرأة هي البيضة التي يفرزها المبيض التي تم اكتشافها عام١٨٢٧، وتعد من الأعضاء التي يتكون منها الجهاز التناسلي للأنثى الذي فيه مبيضين أحدهما على يمين الرحم والآخر على يساره يتناوبان بإفراز بيضة كل ثمانية وعشرين يوماً، وبوق الرحم (قناتا فالوب) هذا البوق مزدوج تبعاً لازدواج المبيض وهما همزة الوصل بين المبيض والرحم[٤] .

الثالثة: نطف الأمشاج

لا يتم الإخصاب بالنطفة المذكرة وحدها ، وأنه لا يتم بالنطفة المؤنثة وحدها ، ولكي يتم الإخصاب لابد من اتحاد البيضة بالحيوان المنوي للرجل داخلياً وخارجياً وتلقيحها به[٥]، فالمراد من نطفة الأمشاج ، تلك الخلية المكونة من اتحاد البيضة بالحيوان المنوي للرجل داخلياً وخارجياً التي ينشأ عنها جنين ، فان اختلاط نطفة الرجل بنطفة المرأة تسمى أمشاجاً[٦]، التي ذكرت في القران الكريم صراحة

---

(١) لمزيد من التفصيل ، ينظر: د.عبد الرحمن محمد البردي ، وآخرون ، مصدر سابق، ص٦٠.

(٢) سورة الطارق، الآيات (٥-٦-٧) .

(٣) سورة الإنسان ، الآية(٢) .

(٤) لمزيد من التفصيل ينظر: د. عبد الرزاق الكيلاني ، مصدر سابق ، ص٣١-٣٥.

(٥) ينظر :د.محمد رأفت عثمان ، ود.علي احمد مرعي ، مقارنة المذاهب الإسلامية ، فيما يتصل بالطهارة والصلاة والزكاة والصيام والحج من قضايا ، القاهرة ، ط١٩٩٧،١، ص٥٦-٥٧.

(٦) ينظر:محمد بن أدريس الشافعي، أحكام القران ،ج٢، دار الكتب العلمية للطباعة، بيروت ، دون سنة طبع، ص١٨٩.

، بقوله تعالى:{ثم جعلناه نطفة في قرارٍ مكين}[١] قوله تعالى:{ثم جعلناه نطفة في قرار مكين}[٢]وقوله تعالى: {وَنُقِرُّ فِي لْأَرْحَامِ مَا نَشَاء إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى}[٣] .

المطلب الثاني

التعريف بالأجنة البشرية وأنواعها

بعد إن تم تعريف النطفة البشرية وأنواعها لابد من التعريف بالأجنة من حيث مدلولها اللغوي والفقهي وأنواعها ، لذا سنقسم المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول : تعريف الأجنة البشرية .

الفرع الثاني : أنواع الأجنة البشرية .

الفرع الأول

تعريف الأجنة البشرية

الأجنة في اللغة،جمع جنين، والجنين الولد ما دام في البطن وجمعه أجنة ، والجُنة بالضم ، ما استترت به من سلاح ، وأستجن بجنة ، أستتر بسترة، والجنة، البستان ومنه الجنات والعرب تسمى النخيل جنة، والجَنات بالفتح ،القلب ، فالجنين ،هو المستور في رحم أمه بين ظلمات ثلاث ،[٤]قال تعالى : { يَخْلُقُكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلْقًا مِن بَعْدِ خَلْقٍ فِي ظُلُمَاتٍ ثَلَاثٍ}[٥] .

أما اصطلاحاً فقد عرف الجنين بأنه المادة التي تتكون في الرحم من عنصري الحيوان المنوي البيضة[٦] .

---

(١) سورة الإنسان ، الآية(٢) .

(٢) سورة المؤمنون ، الآية (١٣)

(٣) سورة الحج، الآية(٥)

(٤) ينظر:محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، مصدر سابق ،ص١١٤.

(٥) سورة الزمر، الآية(٦) .

(٦) ينظر: محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة ، مطبعة دار النفائس، ط١، الأردن ، ١٩٩٦ ، ص٥٢-٥٥.

وذهب أحد الفقهاء[١] .الى أن الجنين يطلق على البيضة المخصبة بالحيوان المنوي للرجل من بداية تكوينها حتى الولادة ، سواء تم هذا الإخصاب في داخل الرحم أو في خارجه ، وسواء أستمر الحمل في رحم طبيعي أم في رحم صناعي، هذه البيضة المخصبة هي المقصودة بالحماية الشرعية والقانونية في أية مرحلة من مراحل تطورها.

الفرع الثاني

أنواع الأجنة البشرية

بعد إن تم تعريف الجنين لغة واصطلاحاً لابد من بيان أنواع الجنين ،لان الجنين يتنوع بحسب كمال الأعضاء ونقصانها إلى جنين سوي ، وجنين مشوه ويتنوع بحسب الغرض منه إلى جنين احتياطي، وجنين مخصص للأبحاث [٢] على وفق الآتي:

أولا : الجنين السوي

كي يتصف الجنين بكونه سوياً لابد من أن يمر بمراحل تطوره وهي: مرحلة الطين أو التراب ، ومرحلة النطفة، ومرحلة العلقة ،ومرحلة المضغة، ومرحلة كمال الخلقة والسلامة من العيوب ، ومرحلة نفخ الروح ، ومن ثم مرحلة الولادة، فلا بد للجنين من تخطي المراحل المشار إليها كي يوصف بأنه جنين سوي ، لابد من أن يجتازها سليما من العيوب كامل الخلقة ، وإلا فانه أذا أصيب بأي نقص أو آفة في تلك المرحلة ، فانه لا يوصف بالجنين السوي، إنما يوصف بالجنين المشوه[٣] ،ويمكن الاستدلال على تلك المراحل المشار إليها للجنين في القران الكريم قوله تعالى: {يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِن كُنتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن تُرَابٍ ثُمَّ مِن نُّطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِن مُّضْغَةٍ مُّخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لِّنُبَيِّنَ لَكُمْ وَنُقِرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاء إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ وَمِنكُم مَّن

(١) ينظر:د. كارم السيد غنيم ، الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء ، مطبعة دار الفكر العربي، ط١، القاهرة ،١٩٩٨م، ص٢٧٣-٢٧٤.

(٢) ينظر:د عبد الرزاق الكيلاني، مصدر سابق، ص٣٠-٣١

(٣) ينظر:د.عطا عبد العاطي السنباطي ،مصدر سابق ، ص٥١ .

يُتَوَفَّى وَمِنكُم مَّن يُرَدُّ إِلَى أَرْذَلِ الْعُمُرِ لِكَيْلَا يَعْلَمَ مِن بَعْدِ عِلْمٍ شَيْئًا وَتَرَى الْأَرْضَ هَامِدَةً فَإِذَا أَنزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاء اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ وَأَنبَتَتْ مِن كُلِّ زَوْجٍ بَهِيجٍ }[١].

ثانياً: الجنين المشوه

إذا ما خلقت المضغة كاملة من دون أن يعتريها نقص أو آفة فأن الجنين غالباً ما يكون جنيناً سوياً ، وهذا ما أثبتته الأبحاث الطبية ، في أن تشوهات الأجنة معظمها تحدث في مرحلة مبكرة جداً من تكوين الجنين ، بل أنها قد تحدث قبل أن يتكون الجنين في الحالات معظمها ، لأن الخلل قد يكون في النطفة المذكرة (الحيوان المنوي للرجل) ،أو في النطفة المؤنثة (بيضة المرأة)،أو في نظفه الأمشاج (النطفة المختلطة)، وان الأجنة أغلبها التي تصاب في هذه المرحلة المبكرة تسقطها الأرحام ، لأن فترة تكوين الأعضاء والتي تمتد من الأسبوع الثالث إلى الأسبوع الثامن هي أحرج فترة في عمر الجنين ، لان أخطر التشوهات الخلقية تحدث غالباً في هذه الفترة ، ولكن هذا لا يعني عدم حدوث تشوهات بعدها ، لان تشوهات الجنين قد تحدث في أية مرحلة من مراحل الحمل وهذا أمر وارد ، إلا ان خطورته تكون أقل من خطورة التشوهات التي تحدث في الفترة الأولى وللتشوهات الخلقية في الجنين لها أسباب عديدة ، فقد تكون أسباب بيئية أو أسباب وراثية، أو قد تجتمع من الأسباب البيئة والوراثية كلها معاً، أو قد تكون لعوامل خارجية ، والعوامل الخارجية محددة الأثر في إحداث التشوهات الخلقية أو الإجهاض عند حالات الضرب على البطن أو الضغط عليها بقوة ، أو إدخال مواد مالحة مثلاً ، أو إدخال إبرة معقوفة إلى عنق الرحم[٢]، وتشكل التشوهات الخلقية أثنين وسبعة بالمئة من المواليد جميعها وقد اكتشفت في مرحلة الطفولة مجموعة أخرى من التشوهات الخلقية ، لذا تصبح نسبة التشوهات ثلاثة بالمئة من مجموع المواليد [٣].

---

(١) سورة الحج ، الآية (٥)

(٢) ينظر:د. محمد علي البار ، مصدر سابق ، ص٧١-٧٤.

(٣) لمزيد من التفصيل ينظر: د.أحمد شوقي الفنجري ،، الطب الوقائي في الإسلام ،ط٣، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة،١٩٩١،مصدر سابق ، ص٢١٢-٢١٥؛ د.عبد الرزاق الكيلاني ،مصدر سابق ،ص٣٠-٣٥.

ثالثاً: الجنين الاحتياطي

يطلق مصطلح الجنين الاحتياطي ، في الحالات التي يتعذر فيها الإنجاب بالطريق الطبيعي بين الزوجين ، ولكي يشاء لهما أن يتمتعا بالأبوة ، فيكون من الضروري عليهم اللجوء إلى الإنجاب بوساطة الإخصاب الطبي المساعد، خارجياً ، فيؤخذ من الزوج الحيوانات المنوية الصالحة للتخصيب ، وكذلك يؤخذ من زوجه أكثر من بيضة لتخصيبها خارجياً ، وبعد ان تتم عملية التخصيب بوساطة الإخصاب الطبي المساعد ، يتم زرع نطفة الأمشاج، البيضات المخصبة ، بالعدد الذي يطيقه الرحم على وفق ما يقرره الطبيب المختص ، وأما البيضات المخصبة الزائدة للمرأة يتم تخزينها أو حفظها أو تجميدها في إحدى مراكز النطف والأجنة المخصصة لهذا الغرض ، فالمبيضات المخصبة التي زرعت في رحم الزوجة تسمى (أجنة أصلية) في حين يطلق على الأجنة المجمدة(بالأجنة الاحتياطية) ، لزيادة فرص الحمل في حال فشل العملية الأولى لتكون الأجنة الاحتياطية جاهزة لتكرار العملية[١] .

رابعا : الجنين المخصص للأبحاث

أن هذا النوع من الأجنة غالباً ما يكون نتيجة تبرع الرجل لحيواناته المنوية أو تبرع المرأة بيضات للمراكز المتخصصة لهذا الغرض ، ويتم تخصيب هذه البيضات المتبرع بها بتلك الحيوانات المنوية المتبرع بها أيضا و تجميدها وإعدادها بشكل قصدي منذ البداية لتكون محلاً للأبحاث المتخصصة لتحسين وسائل الإنجاب بشكل علمي وتطويرها ،ولكن الفارق مابين هذا النوع من الأجنة وبين الجنين الاحتياطي، في أن النوع الأول (الجنيين المخصص للأبحاث) غالباً ما يكون نتيجة نطفة أمشاج متبرع لها من الطرفين كليهما ، ولا يكون صاحب الحيوانات المنوية الذكرية المتبرع بها زوجاً لصاحبه البيضة المتبرع بها ، بل ربما يجهل احدهما الأخر ،ولا تربطهما أية علاقة أو صلة، وعند تخصيب بيضة المرأة يكون لأجراء البحوث عليها على خلاف الجنين الاحتياطي، حيث يكون صاحب الحيوانات المنوية الذكرية غير متبرع بحيواناته المنوية ، فضلاً عن صاحبة البيضات غير متبرعة بها ، بل إن كل منهما هو زوج للآخر وعند تخصيب بيضة الزوجة خارجيا لم يكن القصد منها إجراء التجارب أو الأبحاث

(١) ينظر:د.عطا هبد العاطي السنباطي ، مصدر سابق ، ص٢٠.

العلمية ، إنما يكون القصد منها احتياطيا لزيادة فرص الحمل بالنسبة الى الزوج [١] عن طريق الإخصاب الطبي المساعد إذ يمر هذا الطريق من الإخصاب بمراحل تطور عديدة .

المبحث الثالث

التصرف بالنطف والأجنة البشرية وصوره

تقسم مكونات الجسم الإنساني التي يمكن أن ترد عليها بعض الممارسات بالتصرف والأجراء كالعقود إلى ثلاثة أقسام:

الأول: تشمل الأعضاء غير المتجددة، وهي أعضاء ضرورية لبقاء الإنسان ، أو التي لا غنى عنها لحياة الإنسان ليقوم الجسم بوظائفه على أكمل وجه كالقلب والكليتين والعينين مثلاً.

والثاني: يشمل الأعضاء المتجددة ، وهي غير الضرورية لبقاء الإنسان ،أو هي الأعضاء التي لديها القدرة على التجدد تلقائيا ، كالدم ، ولبن المرآة ، والسائل المنوي للرجل ، وهي ما تسمى بمنتجات الجسد الإنساني .

والثالث: بقايا الجسم الإنساني ، او فضلات الجسم وهي الأجزاء المتبقية بعد أجراء بعض العمليات الجراحية أو المتخلفة عنه بحكم طبيعتها، كالمشيمة ،أو اللوزتين بعد انفصالها أو الشعر والأظافر بعد قصهما ، وتتميز هذه الفضلات بوجه عام بإنعدام فائدتها بالنسبة إلى من أخذت منه ،وان أستفاد منها الآخرون [٢] .

ومن ذلك يتضح بأن النطف والأجنة البشرية سواء أكانت من ذكر أو أنثى تدخل ضمن النوع الثاني من التقسيم أي الأعضاء المتجددة أو منتجات الجسد الإنساني ، ولمعرفة التصرفات التي تقع عليه يتطلب الأمر تقسيم المبحث إلى المطالب الثلاثة الآتية:-

المطلب الأول: التصرف بالنطف والأجنة البشرية .

المطلب الثاني: صور التصرف بالنطف والأجنة البشرية.

المطلب الثالث: أركان التصرف بالنطف والأجنة البشرية وشروطها.

---

(١) ينظر:د.علي حسين نجيدة ، مصدر سابق، ص٤-٩؛ د. احمد شوقي الفنجري ، مصدر سابق ،ص١٤٠.

(٢) ينظر:د.عطا عبد العاطي السنباطي، مصدر سابق،ص١١٥.

المطلب الأول

التصرف بالنطف والأجنة البشرية

نظراً للتطور الحديث في مجال الإخصاب الطبي المساعد بوصفه علاجاً لعدم الإنجاب بسبب أحد الإمراض التي يمكن علاجها بهذا الطريق، يتدخل طرف ثالث غير الزوجين في هذه العملية ، الأمر الذي يدعو الى التعرض للحديث عن حكم التصرف بالحيوانات المنوية،فضلاً عن البنوك التي أنشات لحفظ تلك الحيوانات المنوية والبيضات لسنوات طويلة،ولكن السؤال الذي يطرح هنا هل انه من الممكن التصرف بالحيوانات المنوية بوصفها من الأعضاء المتجددة أو منتجات الجسد الإنساني؟ وللإجابة على هذا التساؤل أنقسم الفقه الى قسمين الأول يجيز التصرف بالنطف والأجنة البشرية والثاني لا يجيز التصرف بها وهذا ما سنتناوله في الفرعيين الآتيين:

الفرع الأول: جواز التصرف بالنطف والأجنة البشرية .

الفرع الثاني: عدم جواز التصرف بالنطف والأجنة البشرية .

الفرع الأول

جواز التصرف بالنطف والأجنة البشرية

يذهب بعض الفقه[١]،إلى أن النطف والاجنة البشرية ، هي أشياء يجوز التصرف بها ، بل أنهم ذهبوا إلى ابعد من ذلك حينما أجازوا التصرف في الجسد الإنساني ككل بوصفه أيضا من الأشياء ،والأشياء كما عرفها المشرع العراقي هي (١- كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو يحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية ٢- والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع احد أن يستأثر بحيازتها ، والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون ،هي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية) [٢] ،ويفرق أصحاب هذا الرأي بين

(١) ينظر: د.محمد المرسي زهرة ، الإنجاب الصناعي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،١٩٩٩٠،ص٣٨٣-٣٨٥؛ د.رضا عبد الحليم عبد المجيد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي ، دراسة مقارنة ،ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٩٦ ، ص١٦٣-١٦٥.

(٢) ينظر: المادة(٦١) من القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة١٩٥١ المعدل، والمادة(٨١) من القانون المدني المصري رقم(١٣١) لسنة١٩٤٨ المعدل.

الجسد الإنساني وبين الشخص القانوني وحجتهما في ذلك، انه بأستطاعة الشخص أن يتعاقد مع شخص آخر يمكنه أن يرفع دعوى ، ولكن لا يمكنه إبرام عقد مع جثة ميتة أو زجاجة دم أو عضو مقطوع ،لأن الجسد الإنساني وأن كان هو دعامة الشخصية الطبيعية ، إلا أنهما غير مترادفين ومن ثم لا يمكن أعطاء الأعضاء الجسدية والمنتجات الإنسانية الحماية الممنوحة للشخصية الطبيعية نفسها، فالأعضاء الجسدية الموجودة لدى مركز او بنك الأعضاء والمشيمة المتنازل عنها بالولادة تعد محلاً للتعاقد، ويلزم أن يمتد هذا التكييف إلى الانبولات التي تحوي نطف الإنسان في المراكز المعدة لهذا الغرض، وأما مسالة المقابل فليس لها تأثير على طبيعة محل العقد فلن يغير الوصف من شيء إلى شخص، ومن ثم إذا ما سمحنا بالتبرع بالسائل المنوي فلا يفسر ذلك إلا بوصفه شيئاً يدخل في أطار التعامل وان كان شيئاً ذات طبيعة خاصة[١] .

وعلى الرغم من الحجج التي ساقها أصحاب هذا الرأي لا نتفق معهم لأنه بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني العراقي والمقارن، نلحظ انه لا يجوز التصرف بالنطف والاجنة البشرية بالبيع، لان جسم الإنسان جزء واحد لا يتجزأ عن باقي أعضائه ، فضلاً عن أن جسم الإنسان يخرج عن دائرة التعامل لأنه ليس من الأشياء التي تصلح أن تكون محلاً للعقد بيعاً أو شراءً إستادا وأحكام الفقرة (٢) من المادة (٦١) من القانون المدني العراقي هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، فان الحيوانات المنوية والبيضات البشرية بعد انفصالها من جسم الإنسان فإنها لا تعد جزءً منه ، ولا تتمتع بالحماية القانونية التي يتمتع بها جسم الإنسان ، لأنه عندئذ يطلق عليها وصف شيء، مثلها مثل الدم الذي يعبأ في كيس أو زجاجة، أو الكلى بعد انتزاعها من متبرعها ، ومن ثم لا تتمتع بأي حق من الحقوق الشخصية لمن أنفصلت عنه ، ومن ثم فان النطف والاجنة البشرية تُعد أشياء لا يجوز التصرف بها بالبيع أو الشراء لعدم مشروعية المحل لمخالفته النظام العام والآداب العامة، فضلا عن عدم مشروعية السبب وهو الباعث الدافع على التعاقد.

ويرى بعض الفقهاء[٢] ، بأن الباعث من التصرف وأن كان مشروعا في بعض المجتمعات ، كأن يكون الهدف من التبرع بالحيوانات المنوية أو البيضات مساعدة زوجين عقيمين على قهر العقم والتغلب عليه ، فان هذا الباعث لا يعتد به

---

(١) ينظر: د.عطا عبد العاطي السنباطي، مصدر سابق، ص١١٦-١١٧.

(٢) ينظر: د. سامح السيد جار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص ، دار الإتحاد العربي للطباعة ، القاهرة ،١٩٨٨،ص١١٣.

في مجال القصد الجنائي، إذ لا يعد من عناصره ومن ثم فانه لا يجوز المساس بجسم الإنسان كمبدأ عام إلا في الحدود التي رسمها القانون ، فإذا قام الطبيب أو مركز النطف والأجنة باستحلاب مني الرجل أو بشفط بيضة المرأة بأي طريق بغير قصد العلاج للزوجين المأخوذ منهما أو من أحدهما تلك النطفة البشرية، حينئذ يتوفر في حق أي منهما جريمة هتك عرض أو جرح بحسب توفر أركان الجريمة في أي منهما، وما يستتبع ذلك من قيام للمسؤولية المدنية المتمثلة في التعويض عن الأضرار التي لحقت بمن تم الاعتداء على جسده .

ويرى فقهاء المسلمين من المالكية وبعض الحنابلة(١)، جواز إجارة الفحل للضراب من دون بيعه، وأستدلوا على جواز ذلك بالقياس على سائر المنافع المباحة لان الحاجة تدعو إليه فأجازوه ، كأجارة الظئر للرضاع، والبئر ليستقي منها الماء لأنها منفعة تستباح بالأعارة فتستباح بالأجارة كسائر المنافع وان استئجار الفحل على لقاح الأنثى ، ان يحمله عليها دفعات معلومة لذلك فهو جائز، إذ هو معلوم في نفسه ومقدور على تسليمه ، فيكون العقد واقعاً على العمل المقدر بمرة او مرتين او أكثر ولا يقدر بمدة، لان من أراد اطراق فرسه مرة فقدره بمدة تزيد على قدر العقل لم يمكن استيعابها به، وأن اقتصر على مقداره فربما لا يحصل الفعل فيه ، ويتعذر أيضاً ضبط مقدار الفعل فيتعين التقدير بالفعل الا ان يكترى فحلاً لأطراق ماشية كثيرة ، كفحل يتركه في إبله او تيس في غنمه فان هذا إنما يكترى مدة معلومة .

ورد البعض من الفقهاء على ما استدل يه المالكية ومن وافقهم على جواز إجارة الفحل للضراب ، بأنهم قدموا القياس على النص وهو غير جائز ، وأنهم جعلوا الأحاديث محتملة لمعاني أخرى لا تجوز إذ أن النبي (ﷺ) نهى عما يعتادونه من أستئجار الفحل للضراب وسمى ذلك بـ (بيع العسب) فلا يجوز حمل كلامه على غير الواقع والمعتاد وأخلاء الواقع من البيان مع أن الذي قصده النهي ، ومن المعلوم أنه ليس للمستأجر غرض صحيح في نزو الفحل على الأنثى الذي له دفعات معلومة وانما غرضه نتيجة ذلك وثمرته لذا بذل ماله ، كما أن المعقود عليه وهو الماء الذي يخلق منه الولد غائب وغير مقدور على تسليميه لان ذلك يعود إلى

---

(١) ينظر: القاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، الإشراف على مسائل الخلاف ، مطبعة الارادة، السعودية، دون سنة طبع،ص١٦٩؛ الامام علاء الدين ابي الحسن بن سليمان المرداوي ، الانصاف ، مطبعة دار أحياء التراث العربي ،ط٢، بيروت ،١٩٨٠،ص٢٥٩.

الفحل نفسه ولا يمكن استخراجه منه ، كمن يكترى الديك ليوقظه وقت الصلاة فأنه لا يجوز ، لان ذلك يقف على فعل الديك ولا يمكن استخراج ذلك منه بضرب ولا غيره وقد يصيح وقد لا يصيح وربما صاح بعد الوقت، فكذلك الفحل [١] .

الفرع الثاني

عدم أجازة التصرف بالنطف والأجنة البشرية

يذهب أنصار هذا الرأي إلى أن الحيوانات المنوية للرجل وبيضات المرأة هي ليست من الأشياء، كما وأنه لا يمكن أن يعد من الأشخاص أو من الأعضاء البشرية ، إنما هي من منتجات الجسد الإنساني ، وهي ليست مثل منتجات الجسد الأخرى كالدم واللبن لان فيها تكمن القدرة الأنجابية للجنس البشري ، ومن ثم لها وضع خاص بوصفها الوظيفة التي يؤديها الإنسان للإنجاب والتي خصها الله تعالى به، مما يستدعى أن يوضع لها من النظام والحماية القانونية ما يسوغ خصوصيتها وخطورة الآثار المترتبة عليها في النسب والتي تظل محكومة بقواعد الأسرة والبنوة ، ولاسيما وان التصرف في النطف والأجنة البشرية بين الزوجين ضمن أطار الإخصاب الطبي المساعد لا يمكن أن يُعد مشكلة[٢] ،ولكن التصرف بحسب أنصار هذا الرأي بالحيوانات المنوية والبيضات لغير الزوجين أمر محظور، ويؤيدون ما أقرته كثير من المعاهدات الدولية، كمعاهدة نيويورك المعقودة سنة ١٩٩٠ التي نصت في الفقرة (١) من المادة (٧) منها على انه(من حق الطفل أن يكون له أبوان وان يربى بوساطتهما)، أي أنهم لا يجيزان التصرف بالحيوانات المنوية والبيضات البشرية بيعا أو شراءً أو تبرعاً وحجتهم في ذلك هي مخالفة محل الالتزام وسبب العقد للنظام العام والآداب العامة ، وأنه إذا ما ألتزم أحد الأشخاص ببيع الحيوانات المنوية أو البيضات البشرية أو بأي منهما تجاه احد المراكز المتخصصة لهذا الغرض أو لأي شخص أخر، فان هذا الالتزام بعد باطلاً قانوناً ولا يجوز المطالبة بتنفيذه من المتلقي أو المستفيد من هذا البيع ،

(١) ينظر: الإمام محي الدين يحيى بن شرف أبي زكريا النووي، مغنى المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ؛ مصدر سابق ، ص١٣٣-١٣٩.

(٢) ينظر: د. رضا عبد الحميد، مصدر سابق، ص١٦٦-١٦٩.

وانه إذا ما تم فالعقد يعد غير مشروع لمخالفته النظام العام والآداب العامة[١] مما يستوجب مسؤولية أطراف هذا الالتزام مثله مثل الالتزام ببيع المخدرات وما شابهها من الممنوعات قانونا[٢] ، ولم يكن الفقه الإسلامي أقل اعتراضاً ًللتصرف بالنطف والأجنة البشرية حيث أعتبرها خطيرة على مستقبل الإنسان وعلى كيان أسرته التي هي أساس المجتمع ونواته الأولى، لأنه إذا ما أنهدمت تلك النواة أو دمرت فان ذلك سيعود سلباً على المجتمع كل تباعاً، فلم يجيزوا التصرف بالنطف والأجنة البشرية لأنهم اشترطوا أن يكون المعقود عليه مالا متقوماً ، وان يكون هذا المال له قيمة معتبرة شرعاً ، فقالوا بان الخمر وان عد مالا عند أهل الذمة إلا انه لا قيمة له في الإسلام وذلك لان الشرع قد حرمها[٣] .

من ذلك يتضح بأنه لا يجوز التصرف بالنطف والأجنة البشرية بيعاً أو شراءً ، كما لا يجوز أبتذاله وأمتهانه لحرمته وتكريمه من الله تعالى ، بخلاف لبن المرأة فقد أبيح الانتفاع به للضرورة ، والضرورة تقدر بقدرها ولا يقاس عليها غيرها .

في حين يرى الفقهاء المسلمين من الحنفية والشافعية والحنابلة والشيعة الأمامية [٤] ، عدم جواز بيع وإجارته الفحل للضراب، وأستدلوا في ذلك عن قول رسول الله محمد (ﷺ) انه قد نهى عن عسب الفحل، وعسب الفحل أي منيه ، وقد

---

(١) ينظر المواد (١٣٠،١٣١،١٣٢) من القانون المدني العراقي المعدل، والمواد(١٣٥،١٣٦،١٣٧) من القانون المدني المصري المعدل .

(٢) ينظر:د.عطا عبد العاطي السنباطي، مصدر سابق، ص١١٨-١١٩.

(٣) ينظر: محي الدين يحي بن شرف أبي زكريا النووي ، مغنى المحتاج ، مصدر سابق،ص٥-١٠

(٤) ينظر: ابن الهمام ،الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود، شرح فتح الغدير،ج٨،ط١، المطبعة الكبرى الاميرية ، دون مكان طبع ،١٣١٥هـ ، ص٣٩ ؛ الأمام محي الدين يحيى بن شرف ابي زكريا النووي، مصدر سابق، ص١٣٣؛ ابن تيمية، شيخ الإسلام ابي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم ، الفتاوي الكبرى ،ط٣، مطبعة الغد العربي، ١٩٩١، ص١١٤ ؛ أبو الطيب صديق بن حسن علي الحسيني القنوجي، الروضة الندية في شرح الدور البهية ،ج٢، مطبعة دار المعرفة ، بيروت ، دون سنة طبع ،ص٩٤.

سمى رسول (ﷺ) أجرة ضرابه بيعاً، لكون المقصود هو الماء له ، فالثمن في مقابل عين مائه في حقيقته بيعاً، وأما أنه سمى أجارة الفحل للضراب بيعاً لأنه عقد معاوضة وهي بيع المنافع ، والعادة أنهم يستأجرون الفحل للضراب، وهذا هو الذي نهى عنه الرسول (ﷺ)، والعقد الوارد عليه باطل سواء أكان بيعاً أو إجارة .

وتجدر الإشارة هنا إلى ان رابطة العالم الإسلامي في قرار لها بهذا الشأن المنعقدة في مكة سنة ١٩٨٦ المنشور السابع جاء فيه: ان حاجة المرآة المتزوجة للحمل وحاجة زوجها الى الولد يُعد غرضاً مشروعا يبيح معالجتهما بالأساليب المباحة من أساليب الإخصاب الطبي المساعد ، وان الأسلوب الذي تؤخذ فيه النطفة الذكرية من متزوج ثم تحقن في رحم زوجه نفسها في طريقة التلقيح الداخلي هو أسلوب جائز شرعاً بعد أن تثبت حاجة المرأة إلى هذه العملية لاجل الحمل .

وزيادة في الإيضاح لرأي الدين الإسلامي في هذا الموضوع فأننا نورد رأي فضيلة مفتى جمهورية مصر العربية الصادر عن دار الإفتاء المصرية برقم(٦٣) لسنة١٩٨٠ جاء فيه : لما كان الهدف الأسمى من العلاقة الزوجية هو التوالد حفاظاً للنوع الإنساني وكانت الصلة العضوية بين الزوجين ذات دوافع غريزية في جسد كل منها أضحى هذا التواصل والأختلاط هو الوسيلة الأساسية والوحيدة لأفضاء كل منهما بما أستكن في جسده واعتمل في نفسه حتى تستقر النطفة في مكمن نشوئها ، كما أراد الله (سبحانه وتعالى) بالوسيلة التي خلقها في كل منهما ألا يعدل عنها إلا أذا دعت داعية كأن يكون لواحد منهما ما يمنع حدوث الحمل بهذا الطريق الجسدي مرضا او فطرة وخلقاً من الخالق سبحانه فإذا كان شيء من ذلك وكان تلقيح الزوجة بذات مني زوجها من دون شك في استبداله او اختلاطه بمنى غيره من إنسان او مطلق حيوان جاز شرعا أجراء هذا التلقيح فإذا ثبت النسب على من استدخلت مني زوجها في محل التناسل منها[١] .

(١) نقلاً عن د. شوقي زكريا الصالحي ، التقليح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،٢٠٠١،ص٣٣.

المطلب الثاني

صور التصرف بالنطف والأجنة البشرية

خلى التشريع العراقي ، والمقارن من نص قانوني يحكم التصرف بالنطف والأجنة البشرية، وأحال القانون فيما يتعلق بهذا الشأن إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، والواقع أن التصرف بالنطف البشرية الذكرية ونقلها من الزوج إلى زوجه عن طريق الإخصاب الطبي المساعد مطلب شرعي يمارسه الزوجان من دون ان يشاركهما طرف ثالث ، إلا أن نقل النطف البشرية إلى رحم بديل لامرأة أخرى ، لا نجد ما يسوغه سوى نبل الغاية أو لكسب المال ولكنه يرمي في حقيقته إلى مساعدة امرأة عقيمة في تحقيق رغبتها للحصول على طفل، ولكن هذه الغاية مهما كانت لا تكفي إطلاقاً للقول بمشروعية نقل النطفة البشرية الذكرية إلى رحم بديل عن الزوجة العقيمة ،لأن الغاية لا تسوغ الوسيلة إن كانت مخالفة لأساسيات النظام العام والآداب العامة[١] ولكن السؤال الذي يثار هنا ما هي طبيعة العلاقة القانونية مابين الزوجين وصاحبة الرحم البديل اذا ما نقل إليها مني الزوج أو بيضة الزوج لغرض الأنجاب بطريق الإخصاب الطبي المساعد ؟

أن بعض الفقهاء الذين أجازوا هذه العملية ،[٢] وان اتفقوا على أن هذه العلاقة هي ذات طبيعة عقدية إلا أنهم اختلفوا في طبيعة العقد مابين الزوجين وصاحبة الرحم البديل ، فالبعض يرى انه عقد تصرف بأرادتين كعقد بيع او كعقد وديعة او كعقد إيجار بينما يرى رآي رابع انه عقد عمل، في حين يرى آخرون انه تصرف بإرادة واحدة كعقد تبرع وللوقوف على حقيقة هذا العقد ، يتطلب الأمر تقسيم المطلب إلى الفروع الآتية:-

---

(١) ينظر: د.حسني محمود عبد الدايم ، عقد أجارة الأرحام ، بين الحظر والإباحة ، دار الفكر الجامعي ، الأسكندرية ،٢٠٠٦،ص١٩٧-١٩٨.

(٢) ينظر: د احمد شوقي الفنجري ، مصدر سابق ، ص٢٣١؛ د. محمد المرسي زهرة ، مصدر سابق، ص٣٨٣؛ د.رضا عبد الرحيم عبد الحميد، مصدر سابق، ص١٦٣.

الفرع الأول

عقد من عقود التصرف بأرادتين

يرى البعض ان طبيعة العقد مابين الزوجين وصاحبة الرحم البديل ،انه عقد بيع او عقد وديعة ويرى آخر انه عقد إيجار في حين يرى رأي رابع انه عقد عمل، وسنعرض هذه الآراء على وفق الآتي:

أولاً: عقد البيع

ذهب البعض من الفقه[١] ،إلى ان طبيعة العلاقة مابين أصحاب النطفة البشرية ،الزوجين ،وصاحبة الرحم البديل يمكن وصفها بأنها عقد بيع ، والبيع كما عرفه المشرع العراقي بأنه (مبادلة مال بمال) [٢] ، في حين عرفه المشرع المصري بأنه (عقد يلزم به البائعأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا أخر في مقابل ثمن نقدي) [٣] .

وعرفه فقهاء الشريعة الإسلامية[٤] ،بأنه (تمليك مال بمال)،لذا يقع على البيع والشراء يقال باع داره أي ملكها غيره بثمن، وباع دار فلان بكذا أي اشتراها به .

وهذا يعني بان البيع نقل ملكية المبيع إلى المشتري مقابل نقل ملكية الثمن للبائع ، ففيه تمليك كل من العوضين للآخر، أو معاوضة المال بالمال ، ومعلوم ان عقد البيع عقد رضائي ، وملزم للجانبين ، وهو عقد معاوضة يلتزم فيه البائع بضمان العيوب الخفية ودفع تعرض الغير في حدود معينة، على أن يلتزم فيه المشتري بان يدفع الثمن للبائع في المكان والزمان المتفق عليهما ، ويشترط في المبيع ما يشترط في المحل عموماً [٥] وان تطبيق الأحكام السابقة على العلاقة بين

---

(١) ينظر: د.رضا عبد الحليم عبد الحميد، مصدر سابق، ص٥٢٨-٥٣٠.

(٢) ينظر: المادة (٥٠٦) من القانون المدني العراقي المعدل.

(٣) ينظر: المادة (٤١٨) من القانون المدني المصري المعدل.

(٤) ينظر: الشيخ نجم الدين بن حفص النفسي، طلبة الطلبة في الأصطلاحات الفقهية ، دار القلم للطباعة ، بيروت ، دون سنة طبع ،ص٢٢٦.

(٥) ينظر: د أسامة أحمد بدر، دروس في العقود المسماة، عقد البيع، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٣، ص١٩-٢٠.

الزوجين وصاحبه الرحم البديل بوصفها عقد بيع يتبين بانه على الحامل ان تلتزم بنقل ملكية الطفل،محل العقد، الذي سيولد مقابل التزام الأب البيولوجي بدفع المقابل ، الثمن ، وعلى الحامل(البائع) أن تضمن عدم تعرض الغير للمشتري كزوجها أو أي شخص آخر، كما أنها تضمن العيوب الخفية التي تظهر في المبيع (المولود) كالتشوهات مثلا ،وعلى ذلك فللأب البيولوجي (المشتري) الحق في طلب إنقاص الثمن إذا كان هذا العيب غير جسيم في المبيع(المولود) ، وإلا فله الحق في الامتناع عن تسلم المبيع (المولود) في هذه الحالة والمطالبة بفسخ العقد ، فإذا ما وفى البائع (الحامل) بالتزاماته هذه فعلى المشتري أن يتسلم المبيع ويدفع الثمن المتفق عليه بينهما[١] .

ومن سياق البحث يتضح بأنه يوجد فارق جوهري ما بين العقدين فمحل العقد في البيع هو الشيء في حين في الرحم البديل هو(المولود) ، أو جسم المرأة ذاته ، فضلاً عن أن البيضة المخصبة إذا كانت من الزوجين فهي ملك لهما ، ومن ثم ليست ملكاً للحامل ، فكيف تبيع حينئذ ما لا تملك ، ومن ثم كيف تضمن العيوب الخفية أو الأمراض الوراثية في المبيع (المولود) ، لو ثبت أنها ناتجة عن أمراض وراثية في الأبوين أو أحدهما ، لهذه الأسباب يتضح بأنه لا يوجد تطابق بين العقدين ، ما يستدعي القول بأنه لا يمكن تطبيق الأحكام العامة لعقد البيع على هذه العلاقة بين الزوجين والحامل صاحبة الرحم البديل .

ثانيا : عقد وديعة

عرف المشرع العراقي الإيداع بأنه (عقد به يحيل المالك أو من يقوم مقامه حفظ ماله إلى آخر ولا يتم إلا بالقبض) [٢]، في حين عرفه المشرع المصري بأنه (عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشيء وعلى أن يرده عيناً) [٣] .وعرفه الفقه بأنه عبارة عن أستنابة في حفظ المال [٤]، لأن (الأصل في الوديعة أن تكون بغير أجر فإذا اتفق على اجر وجب على المودع أن يؤديه وقت انتهاء الوديعة ما لم يوجد اتفاق يقضي يغير ذلك) [٥] ، ولكن على

(١) ينظر:د. عطا عبد العاطي السنباطي ، مصدر سابق،ص١٤٩.

(٢) ينظر: المادة (٩٥١) من القانون المدني العراقي المعدل .

(٣) ينظر: المادة (٧١٨) من القانون المدني المدني المصري المعدل.

(٤) ينظر: د، علي حسين نجيدة، مصدر سابق، ص٢٨.

(٥) ينظر: المادة(٧٢٤) من القانون المدني المصري المعدل.

المودع أن يرد إلى المودع عنده ما أنفقه في حفظ الشيء وعليه أن يعوضه عن كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة[١] .

ويرى البعض من الفقه، بأن عقد الوديعة من أقرب العقود المدنية إلى عقد النطف والأجنة البشرية إذ أنهما يشتركان في أن كل منهما عقد رضائي، وقد يكون كل منهما ملزما لجانب واحد إذا لم يكونا بأجر أو ملزما للجانبين إذا كانا بأجر، وكذلك قد يكونا تبرعا ، او معاوضة كما أن شخصية المودع لديه هي محل اعتبار في العقدين كلاهما ، لان الغرض من العقدين ، حفظ الشيء المودع ورد عينه في نهاية العقد أن كانت باقية[٢]

ولكن هذا الرأي منتقد ، لاختلاف محل العقد في كل منهما مختلف حيث نجد أن عقد الوديعة يرد على الأشياء، في حين ان محل عقد النطف والأجنة البشرية محل العقد فيه يرد على كائن حي لا يدخل في مفهوم الشيء ، مما يجعل العقد باطلاً ، فضلاً عن أن المودع لديه في عقد الوديعة ملزم يرد عين الشيء المودع في نهاية العقد لانه عقد لايتم الا بالقبض ، في حين تلتزم الأم البديلة بتسليم المولود إلى المتعاقدين معها في نهاية العقد ، واعتقد أن هذا المولود ليس عين الشيء المودع ابتداءً، الذي كان نطفة أمشاج وأصبح في نهاية العقد أنساناً متكاملا ! ومن ثم فانه لا يمكن وصف العلاقة مابين الزوجين وصاحبة الرحم البديل بأنها عقد وديعة .

ثالثا : عقد أيجار

ذهب البعض من الفقه[٣] ،إلى ان طبيعة العلاقة مابين الزوجين وصاحبة الرحم البديل يمكن وصفها بأنها عقد إيجار يستأجر فيه الزوجان رحم الحامل خلال مدة الحمل في مقابل أجر تتلقاه الحامل (صاحبة الرحم البديل) .

ونعتقد أن هذا الرأي منتقد أيضاً ، لان محل عقد الإيجار (الانتفاع بالعين المؤجرة) لن يكون إلا بتسليم العين المؤجرة محل الانتفاع إلى المستأجر، فإذا ما طبقت أحكام عقد الأيجار على العقد الوارد مابين الحامل (صاحبة الرحم البديل)

---

(١) ينظر: د.محمد عرفة ، القانون المدني وفقاً لآخر التعديلات ، دون مكان او سنة طبع ، ص١٧٨.

(٢) ينظر:د.عطا عبد العاطي السنباطي، مصدر سابق، ص١٥١

(٣) ينظر:د.علي حسين نجيدة، مصدر سابق، ص٢٨؛ د.عطا عبد العاطي السنباطي، مصدر سابق، ص١٥٣

وبين الزوجين يتبين بان هناك فارق مابين العقدين، لأن محل العقد بناء على هذا التصور، هو الانتفاع برحم الحامل بشغله بالحمل لحساب الزوجين خلال فترة زمنية هي فترة الحمل، وطالما أن رحم المرأة جزء من جسدها فانه لا يدخل تحت مفهوم الأشياء التي تدخل في دائرة التعامل، لان الأشياء التي حددها المشرع العراقي في المادة(٦١) من القانون المدني وحدها التي تصلح أن تكون محلاً للعقود ومنها عقد الإيجار، كذلك فانه من الاستحالة تسليم الرحم الذي هو محل المنفعة للمستأجر (الزوجين) للانتفاع به طوال الفترة المتفق عليها منفصلا عن جسدها الذي لم يرد عليه التعاقد ، وأيضاً فان الرحم لا يستقل بعملية حفظ الجنين وغذائه وحده بل تساعده في القيام بهذه العملية أعضاء أخرى في الجسم أن لم يكن الجسم كله ، فضلاً عن أن هناك فرقا ما بين عقد الإيجار والعقد بين الزوجين وصاحبة الرحم البديل، فعقد الإيجار لا يكون إلا معاوضة ، في حين العقد بين الزوجين والحامل معاوضة وقد يكون تبرعاً .

رابعا : عقد عمل

عرف المشرع العراقي عقد العمل بأنه(عقد يتعهد به احد طرفيه بان يخصص عمله لخدمة الطرف الآخر ويكون في أدائه تحت توجيهه وإدارته مقابل اجر يتعهد به الطرف به الطرف الأخر ، ويكون العامل أجيراً خاصا) [١] ، في حين عرف المشرع المصري عقد العمل بأنه (عقد بتعهد فيه احد المتعاقدين بان يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته وإشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر) [٢] ، ونلحظ أن المادة (٦٠٠) من مرشد الحيران نصت على انه (تجوز إجارة الآدمي للخدمة أو لغيرها من أنواع العمل مع بيان المدة أو تعين قدر وكيفيته) .

وعرف الفقه [٣]،عقد العمل بأنه اتفاق يقصد به أن يقوم شخص بأداء عمل لحساب شخص آخر وتحت أدارته وإشرافه مقابل اجر، لان عقد العمل من العقود الرضائية ، ومن العقود الزمنية المستمرة ، وهو من عقود المعاوضة ، وعقد ملزم للجانين ، وانه من العقود التي ترد على العمل الإنساني العقلي أو البدني أو كليهما

(١) ينظر: المادة (٩٠٠) من القانون المدني العراقي المعدل .

(٢) ينظر: المادة (٦٧٤) من القانون المدني المصري المعدل.

(٣) ينظر:د. حسني محمود عبد الدايم ، مصدر سابق ، ص٨٥.

معاً، وبذلك فان عقد العمل يشترك في الكثير من الخصائص بالعقد المبرم مابين الحامل صاحبة الرحم البديل والزوجين .

ونلحظ ان هذا الرأي منتقد أيضاً لأنه على الرغم من هذه الخصائص المشتركة ما بين العقدين إلا أن العامل يخضع في قيامه بالعمل لإدارة وإشراف صاحب العمل في حين أن المرأة التي تقبل شغل رحمها بالبويضة المخصبة من الزوجين لا تخضع فيما تقوم به من عمل تحت إشراف الزوجين أو رقابتهما أصحاب النطف البشرية، وأن الالتزامات المترتبة على عقد العمل يقاس مقدارها بمعيار الزمن ، أما الالتزامات المترتبة على العقد بين الزوجين وصاحبة الرحم البديل تشغل ذمة كل من الطرفين بمجرد انعقاد العقد فلا دور للزمن في تحديد مقدارها، كذلك فان محل عقد العمل يرد على النشاط الخارجي لجسد الإنسان ، في حين يرد محل عقد صاحبة الرحم البديل على الجسد ذاته لا على نشاطه .

ومن سياق البحث يتبين بان طبيعة العلاقة مابين الزوجين وصاحبة الرحم البديل لا يمكن إلحاقها بأي من العقود السابقة ، للاختلافات الجوهرية بينهما خاصة في ركن المحل ، وان التقوا مع بعضهما في بعض الخصائص ، مما يستدعي القول بأن عقد النطف والأجنة البشرية بين الزوجين وصاحبة الرحم البديل ذات طبيعة خاصة_ تميزه عن سائر العقود الأخرى ، بصرف النظر عن مشروعية العقد من عدمه ،فهو وان كان قريب الشبه من عقد الاجارة والجعالة فانه عقد غير مسمى يمكن إخضاعه للقواعد العامة ، ولكن لم يوضع له نصوص قانونية تنظم إحكامه ، لأنه لم يكن يتصور حدوثه وقت وضع التقنين المدني النافذ، فهذا الطريق من نتاج التقنية الحديثة في مجال بيولوجيا الإنجاب .

لذا نقترح على المشرع العراقي بضرورة إصدار قانون خاص بالأخصاب الطبي المساعد يتضمن إباحة نقل النطف والأجنة البشرية شرط عدم تعريض حياة المنقول منه للخطر، وبما أن مني الرجل ، وبيضة المرآة هما موضوع النطف والأجنة البشرية ، ومن الأعضاء البشرية المتجددة الألياف مثل الدم والجلد ، ومن ثم نرى انه لا خطر على حياة المنقول منه ، ولكن تبقى مثل هذه العملية في ضوء المعطيات الجديدة بحاجة إلى المزيد من التفصيلات ، ويا حبذا ان يطلق المشرع العراقي على هذا القانون بعد أصداره تسمية(قانون الآداب الطبية) على ان يتضمن هذا القانون نصاً يكون بالشكل الآتي :-

(يجوز أجراء عملية نقل النطف البشرية أو الحمل بالرحم البديل بوساطة الإخصاب الطبي المساعد بين الزوجين والغير، بشرط عدم تعريض حياة المنقول منه للخطر وأن يكون ذلك للأغراض الإنسانية تبرعاً وبدون مقابل وبموافقتهم الخطية على ان يتمتع كل من الزوجين والغير بالأهلية القانونية اللازمة) .

الفرع الثاني

عقد من عقود التصرف بأرادة منفردة

علمنا بأن التصرف بالنطف والاجنة البشرية قد يكون بتوافق ارادة الزوجان او إحداهما او قد يكون هذا العقد بإرادة منفردة من الغير من دون مقابل في صورة عقد تبرع وعلى الوجه الآتي:

أولاً: عقد تبرع

قد يكون أن التصرف بالنطف والأجنة البشرية بوساطة متبرع لأحد الزوجين او لكيهما او التبرع بالبويضات غير المخصبة يقابلها التبرع بالسائل المنوي في عملية الإخصاب الطبي المساعد ، أي استبدال بذور الإنجاب الأنثوية الغير قادرة على الإنجاب بأخرى قادرة عليه وتكمن هذه الصورة من العقد في حالتين :-

الحالة الأولى : التبرع بالبيضة المؤنثة أو منى الرجل

ان هذه الصورة لا تكون غالباً الا إذا كان مبيض المرأة فيه أفة او مرض او كان المبيض مستأصلاً او متعطلاً ولكن رحمها سليم قابل للحمل ، ففي هذه الحالة أذا كان الرجل سليماً ولا يعاني من عدم التخصيب فيؤخذ منه المني ويتم إدخاله الى الجهاز التناسلي لامرأة غير زوجه بوساطة الإخصاب الطبي المساعد الداخلي في وقت الأبياض فإذا ما لقحت البيضة يتم وضعها في رحم المرأة التي لا ينتج مبيضها او المستأصل أساساً ولا بيض لها ، وقد تمت مثل هذه العملية في الولايات المتحدة الامريكية بنجاح وانتشرت فيها[١] .

أما اذا كان الرجل ايضا غير صالح للتخصيب لسبب من اسباب عدم التخصيب الخاصة به فانه في تلك الحالة يتم تلقيح الأجنبية هذه بمنى غير منى هذا الزوج ، واذا ما تم تلقيح البيضة فيتم غرزها في رحم الزوجة العاقر وهذه تشبه الصورة السابقة الآ أن المني هنا لغير زوج العاقر ، وقد تكون المرأة التي تزرع فيها البيضة المخصبة غير متزوجة أصلاً [٢] ، أو قد تكون المرأة المتبرعة

---

(١) لمزيد من التفصيل ، ينظر: د. محمد علي البار، طفل الأنابيب والتلقيح الصناعي ، نظرة إلى الجذور ، مطبعة الدار السعودية،١٩٨٧، ص٤٨.

(٢) ينظر:د. عطا عبد الهادي السنباطي، مصدر سابق ، ص٧٨.

بالبيضة او المانحة لها بواعثها على التبرع، فهناك المتبرعة التي تربطها بالمرأة العقيمة رابطة قرابة سواء أكانت أخت لها او صديقة او بنت عم او من الممكن ان تكون أم لها أي من الأسرة او الحواشي ، و يغلب على هذه العلاقة طابع المساعدة لشخص معين ولرابطة معينة ، وقد تكون المتبرعة بالعاطفة غايتها حب مساعدة الآخرين ليس إلا، او قد تكون المتبرعة لديها فائض وليس لديها مشروع آخر للإنجاب وترغب في المساعدة ، وفي هذه الاحوال يترتب إدخال أجنبي بيولوجياً في الأسرة يتمتع قانونا بنفس الحقوق وتحميه القرينة القانونية التي لا تقبل إثبات العكس ، فالأمومة ثابتة لاشك للأم التي وضعت الطفل ،على خلاف التبرع بالسائل المنوي الذي يمكن للزوج ان ينكر نسب الطفل اليه ، فأنصار مشروعية هذا الرأي يرون فيها علاج لحالات العقم بحسب المفهوم الواسع للكلمة، كما هو عمل خيري يتم عن المحبة لمساعدة الآخرين ويجب تشجيعه لكن بشرط ان تكون المتبرعة تبلغ من العمر (٣٨سنة) وان يكون لديها طفل على الأقل لتلافي النزاع بين المتبرعة والحامل فيما بعد [١] .

في حين يرى اتجاه أخر[٢]، عكس ذلك بان هذه الوسيلة لم تعد علاماً بالمفهوم الضيق او الواسع لمصطلح التبرع بماء الرجل تماماً، ولا توجد اية ضرورة علاجية في التدخل الجراحي ومن ثم من الناحية المدنية يبطل أي عقد للعلاج من هذا النوع بطلاناً مطلقاً ، لبطلان المحل والسبب ، لان هذا الأسلوب يؤدي الى أن يكون الطفل أبناً أجنبياً لغير التي حملته، فهو خرق لسنة الحياة في مضمونها الطبيعي .

ونرى أن الاتجاه الثاني المعارض هو الاتجاه الذي نميل إليه ، وعلى وجهِ الخصوص نعارض قيام شخص آخر غير الزوج لأداء وظيفة من أهم وظائف الزواج وأخطرها وهي الإنجاب ، ولاسيما وان نظام البنوة يعد من النظام العام وكل اتفاق يخالف ذلك يعد باطلا بطلانا مطلقاً .

الحالة الثانية: التبرع بالرحم

يفترض في هذه الصورة ان الزوجة يكون مبيضها سليماً إلا أن رحمها غير سليم ولا يقدر على حمل جنين لإصابته بمرض خطير يحول من دون الحمل ، ففي هذه الحالة ان كان زوجها سليماً أيضا فأنها ، الزوج والزوجة ، يكونان صالحين ، للتخصيب وإنجاب الولد ، إذ يتم التلقيح بينهما داخليا سواء بالطريق

(١) ينظر:د. رضا عبد الحليم عبد المجيد، مصدر سابق، ص٩٥.

(٢) ينظر :د. شوقي زكريا الصالحي ، المصدر السابق ، ص٧٢.

الطبيعي او بالاخصاب الطبي المساعد ، وبعد تلقيح بيضة الزوجة تزرع في رحم امرأة أخرى متبرعة برحمها إلى حين ولادة الطفل بصرف النظر عن تسليمه لوالديه من عدمه ، وهذه المتبرعة بالرحم تسمى أم حاضنة او صاحبة الرحم المستعار او الرحم الظئر ، وقد تكون صاحبة الرحم البديل زوجة أخرى لزوج صاحبة البيضة، او قد تكون أماً لها او أختاً او بنتاً او أجنبية عنها ، إذ ظهرت مثل هذه الطريقة للإنجاب في الولايات المتحدة الأمريكية وعلى وجه الخصوص في لوس انجلوس فقد أنشات جمعية تسمى (جمعية الأمهات البديلات) ، يتوافد عليها عدد كبير من الأزواج ، إذ وافقت الولايات المتحدة الأمريكية مؤخراً على قيام شركات لبيع الأرحام او استئجارها لقاء عقود بمقابل ، في حين لم توافق دول في أوربا على هذه التجارة بل استهجنتها وسمحت بالتبرع فقط دون البيع [١].

وقد أختلف الفقهاء حول مشروعية الحمل عن طريق الرحم البديل: إلى ثلاثة آراء:

الرأي الأول: ذهب أنصار هذا الرأي[٢] ، إلى جواز الحمل عن طريق رحم الأم البديل مطلقاً سواء أكانت الحامل زوجاً أخرى ، ضرة أم أجنبية ، وأستدلوا في رأيهم على ان دور صاحبة الرأي البديل يشبه تماماً دور المرضعة لأنها لا تعطيه الغذاء ولا تعطيه أي توريث لأية صفة وراثية فتقاس صاحبة الرحم البديل على الأم من الرضاع بجامع ان الله تعالى جمع بين الحمل والإرضاع في المدة اللازمة لهما في قوله {وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا } [٣] ، فضلاً عن الأصل المشترك بين التغذية بوساطة كل منهما، الرحم والثدي، فالتغذية تتم بواسطة الطعام المهضوم في أحشاء الأم ، وهذه المواد في الأصل غير مستساغة المذاق ، فتغذية الجنين بها يكون بوساطة الحبل السري ولا تحتاج الى تغيير في الطعم ، أما تغذية الطفل عن طريق الفم فهذه تتطلب تغييراً في المذاق حتى يمكن

---

(١) لمزيد من التفصيل ، ينظر: د. محمد علي البار ، موقف الإسلام من علاج العقم وفوضى الإنجاب الحديث ، الدار السعودية للنشر ،ط١، ١٩٨٧،ص٥ .

(٢) ينظر:د. محمد نعيم ياسين ، الإنجاب في ضوء الإسلام ، ط٢، الكويت ،١٩٩١،ص١٣٠؛د. محمد علي البار ، موقف الإسلام من علاج العقم وفوضى الإنجاب الحديث ، مصدر سابق ،ص٦٨؛ د. رضا عبد الحكيم عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص٤٥.

(٣) سورة الأحناف من الآية (١٥) .

أن تستساغ لأنها تلامس اللسان مركز التذوق عند الكائن الحي لقوله تعالى" {وَإِنَّ لَكُمْ فِي الأَنْعَامِ لَعِبْرَةً نُّسْقِيكُم مِّمَّا فِي بُطُونِهِ مِن بَيْنِ فَرْثٍ وَدَمٍ لَّبَنًا خَالِصًا سَآئِغًا لِلشَّارِبِينَ } [١] ، فضلاً عن العلاقة الطردية بين نمو الثدي للحامل ونمو الجنين، فنمو الاول مرتبط بنمو الثاني، حتى يكون مستعداً ليحل محل الرحم في التغذية عندما يخرج الجنين طفلاً، وعليه فانه اذا كان لا جناح في قيام أمراة وجنينها على غير ولدها بإرضاعه وتربية اذا ما أسند إليها أمر تربية ونقل الطفل من حضن أمه الى حضن أسرة مرضعة خلال فترة الرضاعة ، وقد يكون أحيانا من دون سبب او علة تمنع الأم الوالدة من القيام بأمر الرضاع والتربية فانه يصبح من الممكن حلول رحم امرأة بديلة محل صاحبة الرحم المعطوب لحمل جنين لها ، وإذا كان في انتقال الطفل من أسرته إلى أسرة مرضعته في سن مبكرة من الخطورة بمكان ، نظراً للدور الذي يؤديه العامل البشري في نشأة الطفل وصقل شخصيته ، فان في الحمل لحساب الغير لا أثر مباشر لهذا العامل على الجنين ، لان الدور الغالب في فترة الحمل يكون للعوامل الطبيعية التي لا تخضع في عملها لإرادة الإنسان ومشيئته[٢] .

ويلحظ على هذا الرأي انه جاء بحجج قوية ونؤيد ما اذا كانت المرأة صاحبة الرحم البديل متبرعة بالحمل من دون مقابل غرضها أنساني يتمثل بمساعدة صاحبة الرحم المعتل وتم تخصيب البيضة بمنى زوج المراة المراد مساعدتها، أما إباحة أستئجار النساء لإرضاع الأطفال أنما شرع للضرورة ،خلافاً للأصل ، وهذه الضرورة تتمثل بحاجة الطفل وحياته، والضرورات تبيح المحظورات إذا ما تعلق الأمر بهلاك نفس او إتلاف جزء منها وما جاز للضرورة لا يقاس عليه غيره ومن ثم لا يجوز قياس الأم البديلة على الأم بالرضاع .

---

(١) سورة النحل من الآية (٦٦).

(٢) ينظر: د.عبد الحميد عثمان محمد ، روح القوانين ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، مجلة شهرية تصدر عن كلية الحقوق ، جامعة طنطا، العدد (١١)سنة١٩٩٥،ص٨٣-٨٤.

الراي الثاني : ذهب أنصار هذا الرأي [١]، إلى عكس ما ذهب إليه أنصار الرأي الأول بعدم جواز اللجوء الى الحمل عن طريق رحم إلام البديلة ، سواء أكانت زوج أخرى ضرة أم أجنبية ، وحجتهم في ذلك ان الحمل عن طريق رحم الأم البديلة لا يرحب به الفقه الإسلامي ولا يطمئن إليه ولا يرضى عن نتائجه وآثاره ، أنما يحث على منعه، لانه يفسد معنى الأمومة ، كما فطرها الله (سبحانه وتعالى) وعرفها الناس ، لان القول به يؤدي إلى أن صاحبة البيضة وكل ما قامت به وما يصلها بهذا المولود أنها أنتجت يوماً ما بيضة أفرزتها بغير اختيارها بغير مكابدة ومشقة عانتها في إفرازها لتكون هي الأم الحقيقة ، في حين المرأة التي حملت الجنين في أحشائها وغذته من دمها شهوراً طويلة حتى أضحى جزءاً من كيانها وتحملت في ذلك مشقات الحمل وأوجاع الولادة ومتاعب النفاس ، وكل ذلك يجعل منها مجرد مضيفة أو حاضنة تحمل وتتألم وتلد ، وتأتي صاحبة البيضة تنتزع مولدوها من بين يديها دون مراعاة لما عانته من الآم وما تولد لديها من مشاعر، فالأمومة هي من أرقى عواطف البشر وأخلدها وأنقاها ولا تكون الأمومة الشريفة من مجرد بيضة افرزها مبيض أنثى ولقحها حيوان منوي من رجل ، فلولا هذه المكابدة والمعاناة ما كان للأمومة فضلها وأمتيازها وهي التي نوه بها القران الكريم في قوله تعالى { وَوَصَّيْنَا الْإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ} [٢] ، أن إباحة الحمل عن طريق الأمهات البديلات المتزوجات فيه اختلاط للأنساب ، أما إذا لم تكن المرآة متزوجة فانه سيثار حولها قائلة السوء على هذا الحمل ، ومن ثم هناك إضرار لهذه المرأة لأنها ستكون هي المظلومة في هذا الوضع ، ومما تجدر الإشارة إليه أن المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة بمقرر رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة سنة ١٩٨٥، أنه بعدما أجاز الحمل عن طريق الرحم البديل في الزوجة الأخرى الضرة ، رجع عن رأئه قائلاً :

ان الزوج الأخرى التي زرعت فيها لقيحه بيضة الزوجة الأولى قد تحمل ثانية قبل انسداد رحمها على حمل اللقيحة من ولد معاشرة الزوج لها خلال فترة متقاربة من زرع اللقيحة ثم تلد توأمين ، ولا يعلم ولد اللقيحة من ولد معاشرة

---

(١) ينظر: د. أحمد شوقي الفنجري ، مصدر سابق ، ص٢٢٠، د. محمد رأفت عثمان ، حكم الإجهاض، بحث منشور في مجلة لواء الإسلام ، مجلة شهرية تصدر عن كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، العدد (٩١٩) ، السنة(٢٢) ،١٩٩٩، ص١٦.

(٢) سورة لقمان من الاية(١٤).

زوجها لها ، ومن ثم لا يعلم أب أي منهما هذا أم ذاك ، فضلاً عن أن إباحة الحمل عن طريق الأمهات البديلات هو شيوعاً للفاحشة ويؤدي إلى تفكك الأسر ومنازعات لا حصر لها بين الأم البيولوجية وإلام البديلة ، فضلاً عن ضياع لذاتيه وشخصية المرأة والطفل في آن واحد عندما تتحول المرأة إلى حاضنة او مفرخة بشرية ويتحول الطفل إلى سلعة يناقش على ثمنها .

الرأي الثالث : يفرق أنصار هذا الرأي(١) ، بين ما اذا كانت الأم البديلة التي تقوم بالحمل لحساب الغير زوجة أخرى ، ضره ، لزوج صاحبة البيضة المخصبة ، أو أجنبية ، فاذا كانت المرآة صاحبة الرحم البديل زوجة أخرى أي ضرة لزوج صاحبة البيضة المخصبة فانه والحالة هذه يجوز للضرورة وعند الحاجة ، وينسب الولد في هذه الحالة لصاحبه البيضة المخصبة من زوجها، اما إذا كانت الأم البديلة أجنبية فأنه لا يجوز ذلك وإذا ما وقع بالفعل وحملت المرأة الأجنبية فان الولد ينسب لها لا لصاحبة البيضة المخصبة .

وجدير بالذكر أن مجمع رابطة العالم الإسلامي كان قد قرر في دورته السابعة المنعقدة في سمة١٩٨٤ ما يأتي: أن الأسلوب الذي تؤخذ فيه النطفة والبيضة من زوجين بعد تلقيحهما في وعاء الاختبار، تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى للزوج نفسه إذ تتطوع بمحض إرادتها واختيارها لهذا الحمل عن ضرتها المنزوعة الرحم ، ويظهر لمجلس المجمع انه جائز عند الحاجة، وفي حالات الجواز يقرر المجلس أن نسب المولود يثبت من الزوجين مصدر البذرتين ، ويتبع الميراث والحقوق الأخرى بثبوت النسب ، فحين يثبت نسب المولود من الرجل والمرأة يثبت الإرث وغيره من الأحكام بين الولد ومن التحق نسبه به ، اما الزوج المتطوعة بالحمل عن ضرتها ، فتكون في حكم إلام المرضعة للمولود لأنه أكتسب من جسمها وعضويتها أكثرمما يكتسب الرضيع من مرضعته في نصاب الرضاع الذي يحرم من النسب ، ويختتم مجلس المجمع الفقهي قراره قائلاً: هذا ونظراً لما في التلقيح الصناعي بوجه عام من ملابسات حتى في الصور الجائزة شرعا ومن احتمال اختلاط النطف او اللقاح في أوعية الاختبار، لاسيما اذا كثرت ممارسته وشاعت ، فان مجلس المجمع ينصح الحريصين على دينهم إن لا يلجأوا

(١) ينظر : د. محمد علي البار ، طفل الأنابيب والتلقيح الصناعي ، مصدر سابق ، ص١٣٣-١٣٥.

لممارسته إلا في حالة الضرورة القصوى بمنتهى الاحتياط والحذر من اختلاط النطف أو اللقاح [١] .

المطلب الثالث

أركان التصرف بالنطف والأجنة البشرية وشروطه

ان بعض الفقهاء الذين اجازوا التصرف بالنطف والأجنة البشرية أتفقوا على ان هذه العلاقة هي ذات طبيعة عقدية قد تصدر بإرادتين أو قد تصدر بأرادة مفردة ، على وفق لقواعد العامة بان كل عقد يجب ان يتوفر فيه من الأركان والشروط لينعقد صحيحاً قانوناً ، ولمعرفة اركان وشروط عقد النطف والاجنة البشرية ، لابد من تقسيم هذا المطلب الى فرعين، نتناول في الفرع الاول أركان عقد التصرف بالنطف والاجنة البشرية ما بين الزوجين وشروطها ، ونبحث في الفرع الثاني أركان عقد التصرف بالنطف والأجنة البشرية بالنسبة الى الغير وشروطه .

الفرع الأول

أركان عقد التصرف بالنطف والأجنة البشرية ما بين الزوجين وشروطه

أولاً : أركان العقد ما بين الزوجين

ان التصرف بالنطف والاجنة البشرية هو عقد ، والعقد كما عرفه المشرع العراقي في القانون المدني بانه : (أرتباط الأيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه) [٢] ، ويصح أن يرد العقد : ١-على الأعيان منقولة كانت او عقاراً لتمليكها بعوض بيعاً او بغير عوض هبة ولحفظها وديعة أو لاستهلاكها بالانتفاع بها فرضا، ٢- وعلى منافع الأعيان للانتفاع بها بعوض أجازة أو بغير عوض أعارة ،٣- وعلى عمل معين او على خدمة معينة)

(١) نقلا عن د. عطا عبد العاطي السنباطي ، مصدر سابق ،ص٢٦٨.

(٢) ينظر : المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي المعدل .

[١] ، والعقد بوصفه أهم مصدر من مصادر الالتزام ، فانه يقوم على ثلاثة أركان هي التراضي والمحل والسبب .

الركن الاول التراضي :-

وهو توافق أرادتين أو تطابقهما لإحداث أثر قانوني معين ، أي تطابق أرادة الزوجين ولكي تحدث الارادة أثرها لابد من ان تكون الإرادة موجودة قانوناً بأن تكون صادرة من شخص مميز، وأن لا تكون الارادة معيبة بعيب من عيوب الارادة كالغلط والتدليس ، وعلى ان تتجه الارادة الى أحداث أثر قانوني ككسب حق أو نقله ، فضلاً عن أن يصدر التعبير عن الارادة، لأن الإرادة في النفس لا يعتد بها القانون ولا يرتب عليها آثراً ، فلا بد إذن لهذه الارادة من الخروج الى الحيز الخارجي ويتم ذلك بالتعبير عنها صراحة باللفظ او ضمناً اذا كانت ظروف الحال لا تدع شكاً في دلالته على حقيقة المقصود[٢] .

والركن الثاني المحل :-

قد نص المشرع العراقي في القانون المدني على أنه (لابد لكل التزام نشأ عن العقد من محل يضاف اليه يكون قابلا لحكمه، ويصح أن يكون المحل مالاً، عيناً كان أو دينا او منفعة او أي حق مالي آخر كما يصبح ان يكون عملاً أو أمتناعاً عن عمل)[٣] .

وأن محل عقد النطف والاجنة البشرية ، العملية القانونية التي يراد تحقيقها من وراء العقد هي تخصيب بيضة الزوجة لإنجاب طفل[٤] ، ويلزم في محل العقد ان يكون موجوداً او ممكناً في الوجود أو معيناً او قابلاً للتعين ، وان يكون محل العقد غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام او الآداب وإلا كان العقد باطلاً [٥] .

---

(١) ينظر : المادة (٧٤) من القانون المدني العراقي المعدل.

(٢) ينظر: د عطا عبد العاطي السنباطي ، مصدر سابق ، ص١١٤.

(٣) ينظر: المادة (١٢٦)، من القانون المدني العراقي المعدل .

(٤) ينظر:د. حسين محمود عبد الدايم ، مصدر سابق ،ص١٠٨.

(٥) ينظر: المواد (١٢٨و١٢٩و١٣٠) من القانون المدني العراقي المعدل، والمواد (١٣١و١٣٣و١٣٥) من القانون المدني المصري المعدل .

أما الركن الثالث السبب :-

فأن لكل التزام لابد من أن يكون له سبب ، فمثلاً في عقد البيع يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع ، وسببه هو الحصول على الثمن من المشتري والتزام المشتري بدفع الثمن سببه الرغبة في الحصول على ملكية المبيع من البائع ، ويجب ان يكون السبب مشروعاً غير مخالفاً للنظام العام والآداب فاذا كان سبب الالتزام التعاقدي غير مشروع أو الباعث عليه مخالف للنظام العام فان عقد التصرف بالنطف والأجنة البشرية يكون باطلاً ، كما لو تبرع رجل لامرأة لحملها على معاشرته معاشرة غير مشروعة[١] ، في حين نلحظ ان السبب الذي حمل الزوجان والدافع الباعث لديهما على التصرف بالنطف والأجنة فيما بينهما،هو سبب مشروع يتمثل في إنجاب طفل ليكون لهما زينة في الحياة الدنيا .

ومما يجدر الإشارة إليه أن المشرع العراقي نص على أحكام السبب بوصفه ركناً من أركان العقد في القانون المدني بان (١- يكون العقد باطلاً اذا التزم المتعاقد دون سبب او لسبب ممنوع قانوناً ومخالف للنظام العام والآداب ،٢- ويفترض في كل التزام ان له سبباً مشروعا ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك ، ٣- أما إذا ذكر سبب في العقد فيعتبر أنه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك)[٢] .

ثانيا: شروط العقد ما بين الزوجين :

أن التصرف بنطف الزوج وحقنها في رحم زوجه بطريق الإخصاب الطبي المساعد ، من ان يكون لهذا الطريق من الشروط والضوابط التي تؤكده من أهمها :

١-أن يكون التلقيح بين الزوجان :

ويعني ذلك أن عملية التلقيح لا تجوز الا بين رجل وأمراة تجمعها رابطة زوجية مشروعة بموجب عقد قرآن صحيح بينهما ، وهو شرط ضروري لشرعية التصرف بالنطف والاجنة بطريق الاخصاب الطبي المساعد، بوصفه

---

(١) ينظر:د. محمد عرفة ، القانون المدني، مسابق ، ص٢٨؛ د. عبد الودود يحيى ود. نعمان جمعة ، دروس في مبادىء القانون ، طبع الأسكندرية ،١٩٩١،ص٣٤٧-٣٥٠

(٢) ينظر: المادة (١٣٢) من القانون المدني العراقي المعدل ، والمادتان (١٣٦و١٣٧) من القانون المدني المصري المعدل .

وسيلة لعلاج عقم الزوجية[١] ،وهذا يعني أن العلاقة الزوجية لها من الاهمية من الناحيتين الأخلاقية والاجتماعية لجواز مرور الزوجان الى التلقيح بطريق الاخصاب الطبي المساعد بين الزوجين بل هو أساس مشروعيته .

٢-موافقة الزوجان الخطية :

يشترط للتصرف بالنطف والأجنة للزوجين رضاهما بعملية الاخصاب الطبي المساعد بشكل كتابي وليست للكتابة صورة معينة فقد تكون بخط اليد او مكتوبة على آلة الطابعة ولكن يتعين في الكتابة ان تكون بعبارات تدل بذاتها على رضا الزوجان[٢] .

٣-أن يتم التصرف بالنطف والأجنة حال حياة الزوجان:

لا يكفي أن تتم عملية الإخصاب الطبي المساعد بين رجل وامرأة تربطهما علاقة زوجية مشروعة بل يلزم أن يتم التصرف بالنطف والأجنة بين الزوجان بطريق الإخصاب الطبي المساعد والعلاقة الزوجية مازالت قائمة ، لأنه إذا ما انتهت الحياة الزوجية بالطلاق أو بوفاة أحد الزوجين يكون التلقيح بهذا الطريق غير جائز[٣] .

٤-ان يكون الغرض من لتصرف بالنطف والأجنة بين الزوجان علاجياً :

يجب أن يكون التصرف بالنطف والأجنة ما بين الزوجين بطريق الإخصاب الطبي المساعد للعلاج ، والهدف من ذلك خوفاً من لجوء بعض الايدلوجيات الى هذه الوسيلة ، فضلاً عن أن تحسين النسل يصيب في الصميم كرامة وشرف الانسان ومن ثم يجب أن لا يتم اللجوء الى هذا الطريق إلا لهدف قهري ، أي مانع من موانع الإنجاب والتغلب عليها سواء كانت من قبل الزوجين أو كليهما .

٥-أن يكون التصرف بالنطف والأجنة بين الزوجين هوالوسيلة الوحيدة الممكنة للانجاب: وهذا يعني ان يكون لجوء الزوجين للتصرف بالنطف والاجنة لطريق الاخصاب الطبي المساعد الوسيلة الوحيدة لهما ، بعد أستنفاذ الوسائل الاخرى

---

(١) David ,Gihistoire deL, insemination articiell , paris, 1974, p23

(٢) ينظر: د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الأمارات العربية المتحدة، النظرية العامة للجريمة ،ج١، دون مكان طبع ،١٩٨٩،ص٦٩.

(٣) ينظر: د. شوقي زكريا الصالحي ، مصدر سابق ،ص٤٢.

كافة الممكنة لعلاج أي مانع من موانع الأنجاب فاذا استحال العلاج أمكن للزوجين اللجوء الى هذه الوسيلة[١]

٦- أن يكون الزوجين في سن معينة:

يشترط التصرف بالنطف والأجنة ما بين الزوجان أن يكون كل منهما في سن تسمح لكل منهما ان يتفهم حقيقة عملية التلقيح بطريق الإخصاب الطبي المساعد ، بحيث يكون لكل منهما أهلية معينة ، وهي الاهلية المرتبطة بالزواج [٢] .

ونعتقد أنه اذا ما استوفيت هذه الشروط كاملة كان على الطبيب المعالج استخلاص السائل المنوي من الزوج وزرعه في رحم الزوجة بطريقة طبية معينة ، وان مثل هذه الشروط كافية بذاتها اذا ما أحسن تطبيقها لضمان عدم الشطط في استخدام هذه الوسيلة للانجاب بطريق الأخصاب الطبي المساعد.

الفرع الثاني

أركان وشروط عقد التصرف بالنطف والأجنة بالنسبة للغير

لا يقتصر عقد التصرف بالنطف والأجنة البشرية ما بين الزوجين ،إنما قد ينصرف أيضاً هذا العقد لحساب الغير، ومن صوره ، تطوع امرآة لحمل بيضة ملقحة نيابة عن اخرى ينسب اليها الطفل بعد ولادته، وهو ما يطلق عليه الحمل لحساب الغير، او اجارة الارحام [٣].

أولا: أركان العقد بالنسبة إلى الغير

مما لاشك فيه أن عقد التصرف بالنطف والاجنة البشرية،شانه شان سائر العقود الآخرى يقوم على ثلاثة أركان هي التراضي والمحل والسبب.

الركن الأول : التراضي

وهو توافق ارادتين أو تطابقهما او اكثر على احداث اثر قانوني، وحتى يقوم الرضا بهذا العقد ما بين الزوجين وصاحبة الرحم البديل ، فانه يلزم وجود الارادة

---

(١) ينظر: د. محمد عبد الجواد محمد ، مصدر سابق ، ص١١٥-١١٨.

(٢) ينظر: د. شوقي زكريا الصالحي ، مصدر سابق ، ص٤٣.

(٣) ينظر: د. محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، دراسة مقارنة،الكويت،١٩٩٣، ص ١٦٠_١٦١.

لدى كل من المتعاقدين به، فاذا لم توجد الارادة ،لأي سبب من الاسباب، فان الرضا لا يتوفر ومن ثم لا ينعقد العقد، اذ لا يتعاقد من لايريد التعاقد[١]، ويلزم ان يكون الرضا بالعقد صحيحا وسليما، بمعنى ان يكون الرضا صادراً من شخص ذي اهلية لأبرام العقد ، أي ان يكون كل من العاقدين بالغاً سن الرشد منزها عن عوارض الاهلية وموانعها [٢].

ويلحظ ان عقد التصرف بالنطف والاجنة البشرية يكون من الصعب تحقيق ابطاله بعد انعقاده، ولاسيما بعد البدء في تنفيذه، لعيب اصاب رضا احد المتعاقدين به ، لأن تنفيذ العقد يبدأ باستدخال نطفة الامشاج للزوجين في رحم المرأة التي قبلت شغل رحمها بهذه النطفة، وان ابطال العقد في مثل هذه الحالة يؤدي الى آثار غير مرغوب فيها بحمل الجنين ووضعه طفلاً سليماً.

الركن الثاني: المحل

لقد ساوت بعض التشريعات بين محل العقد ومحل الالتزام أو بين محل العقد وموضوع الالتزام، ومن تلك التشريعات، القانون المدني العراقي [٣]، والقانون المدني المصري[٤]، فمحل الالتزام، هو الأداء سواء كان أيجابياً او سلبياً، فكل ما هو واجب على الإنسان يكون إداؤه أيجابياً، وكل ما هو محظور إداؤه يكون سلبياً[٥]، ومحل الالتزام ـ المعقود عليه ـ في عقد التصرف بالنطف والأجنة البشرية، هو الالتزامات الملقاة على عاتق كل من طرفيه،فمحل التزام الزوجين صاحبا نطفة الأمشاج مصاريف الحمل والولادة، ومحل التزام المرآة التي قبلت

(١) ينظر: د.حسني محمود عبد الدايم، مصدر سابق، ص ١٠٦.

(٢) ينظر: المواد (١٠٦و١٠٧و١٠٨و١١٢و١١٧و١٢١) من القانون المدني العراقي المعدل ، والمواد (١٠٩و١١٠و١١٤و١٢٠و١٢١و١٢٥) من القانون المدني المصري المعدل.

(٣) ينظر: المواد (١٢٦_١٣٠) من القانون المدني العراقي المعدل .

(٤) ينظر: المواد (١٣١_١٣٥) من القانون المدني المصري المعدل.

(٥) ينظر: د.مصطفى ابراهيم الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق، دراسة مقارنة، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، دون سنة طبع، ص٣٩_٤٠.

شغل رحمها بحمل لحساب الغير، هو تقديم رحمها خالياً غير مشغول بحمل، وطاهراً من معوقات الحمل كلها[١]

الركن الثالث: السبب

يتطلب عقد التصرف بالنطف والأجنة البشرية فضلاً عن ركني الرضا والمحل ، وجود السبب، فهو ركن في العقد لا ينعقد بدونه، فاذا كان محل عقد التصرف بالنطف والأجنة هو جواب من يسأل بماذا التزم المدين؟ فان السبب هو جواب من يسأل لماذا التزم المدين ؟ والسبب في هذا العقد، هو الباعث الدافع الى التعاقد، ويختلف هذا الباعث من متعاقد لآخر، فالسبب في عقد التصرف بالنطف والأجنة بالنسبة الى المرآة التي قبلت شغل رحمها بحمل لحساب الغير هو حصولها على الأجر من الزوجين صاحبا نطفة الأمشاج، او إسناد خدمة لهما تبرعا من دون مقابل، اما بالنسبة الى الزوجين صاحبا نطفة الامشاج، هو حصولهما على التزام صاحبة الرحم بالحمل لحسابهما عن طريق نطفتيهما الامشاج ومساعدتهما في تحقيق رغبتهما في الحصول على ولد[٢].

ثانيا : شروط العقد بالنسبة الى الغير

يشترط في المرآة التي قبلت شغل رحمها بحمل لحساب الغير الشروط الأتية:

١ـ ان لا تكون زوجة لرجل آخر: لأن المراة التي تكون زوجة لآخر ليس لها ان تشغل رحمها بحمل من غير مالك متعتها، تحرزاً من وقوع إختلاط في الانساب، لان الحمل لحساب الغير في الرحم البديل قد يستقر وقد لا يستقر، فاذا استقر فقد يدعي به صاحب المتعة، زوج صاحبة الرحم البديل، مما يثير حوله المنازعة، وإن لم يستقر وحملت من مالك المتعة ونسب الى الزوجين صاحبا نطفة الامشاج،فقد نسب لهما من ليس منهما[٣].

٢ـ ان لا تكون المرأة صاحبة الرحم البديل معتدة من طلاق او وفاة: لأن المرأة التي تكون معتدة من وفاة او طلاق ـ رجعي او بائن ـ لا تكون صالحة لشغل

---

(١) ينظر: د.عبدالحميد عثمان محمد، المفيد في مصادر الالتزام،المصادر اللاإرادية، ط٢، دون مكان طبع،١٩٩٨، ص١٢٦.

(٢) ينظر: د.حسني محمود عبدالدايم، مصدر سابق، ص ١٠٩_١١٠.

(٣) ينظر: د. شوقي زكريا الصالحي ، مصدر سابق ، ص ٩٤_٩٥.

رحمها لحساب الغير الى حين إنقضاء عدتها،سواء كانت حساب مدة العدة بالشهور ام بالقروء ام بالحمل[١].

٣ـان تسمح حالتها الصحية وسنها بالحمل: يجب على المرأة التي تقبل بشغل رحمها لحساب الغير أن تكون في سن يسمح لها بالتصرف، ويرجع تقدير ذلك إلى الخبرة الطبية، وفي الأحوال جميعها لا يجوز ان يقل عمر المرأة عن السن القانوني للزواج، فضلا عن أن تكون خالية من الأمراض الخبيثة والمعدية، بحيث يكون من المؤكد عدم انتقالها الى الجنين[٢].

٤ـإعلام وليها قبل ابرام العقد: وعلى المرأة التي تقبل شغل رحمها بحمل لحساب الغير عليها إعلام وليها قبل ابرام التعاقد بينها وبين الزوجين صاحبا نطفة الامشاج، حتى يكون الولي على بصيرة وبينة من الامر، واذا ما كانت المرأة صاحبة الرحم البديل أجنبية، وكان محل العقد او تنفيذه في بلد الطرف الآخر وجب إعلام الممثل الدبلماسي لدولة الجنسية، وإذا كانت المرأة تحمل جنسيات متعددة، فانه يجب إعلام الممثل التابع لدولة الجنسية التي لها فيها موطن[٣].

واذا ما تم العقد مستوفياً الشروط المشار اليها، فانه يترتب من الإلتزامات في ذمة الزوجين صاحبا نطفة الأمشاج تجاه المرأة صاحبة الرحم البديل، كالتزامهما بتحمل نفقات الحمل والولادة، وتعويضها عن الأضرار التي تلحق بها، وتسلم المولود بعد ولادته، فضلاً عن الوفاء بالأجر اذا كان هناك أتفاق على اجر هذا الحمل، او من دونه اذا كان الحمل من قبل المرآة صاحبة الرحم البديل تبرعاً وفي مقابل هذه الإلتزامات للزوجين، يقابلها التزامين جوهريين من المرأة التي قبلت شغل رحمها لحساب الغير، هما، المحافظة على الجنين، وتسليم المولود بعد ولادته [٤].

ومما تجدر الاشارة اليه، ان التشريعات في العراق ومصر قد خلت من أي نص قانوني يتضمن مثل هذا العقد، في حين نجد ان التشريعات الأجنبية قد نظمت هذا العقد وسمحت بالإنجاب بطريق الإخصاب الطبي المساعد في قوانينها المدنية

---

(١) ينظر: د.عبدالحميد عثمان محمد، مصدر سابق، ص ٢٠٢_٢٠٣.

(٢) ينظر: د.عطا عبد العاطي السنباطي، مصدر سابق، ص١٥١

(٣) ينظر: د.حسني محمود عبدالدايم، مصدر سابق، ص١١٢

(٤) ينظر: د.عبدالحميد عثمان محمد، مصدر سابق، ص٣٠؛ د. شوقي زكريا الصالحي ، المصدر السابق ، ص ٩٩؛ د. حسني محمود عبد الدايم ، مصدر سابق ، ص ١٣٥_١٤١.

والجزائية، كالقانون الفرنسي المرقم (٦٥٣) لسنة١٩٩٤، والخاص باحترام الجسد الإنساني وحمايته، والقانون الأسباني لسنة ١٩٧٨، الذي يعد من أكثر القوانين الأوربية أباحة للإنجاب بطريق الإخصاب الطبي المساعد، والقانون الألماني رقم(٢٧) لسنة ١٩٨٩،والذي كان اكثر تحفظاً واكثر حماية للبويضة المخصبة للمرأة صاحبة الرحم البديل، والقانون الانكليزي لسنة ١٩٩٠ الذي تدخل فيه المشرع الانكليزي ونظم عقد الحمل لحساب الغير، لكنه في اتجاه التقييد والحظر بعض الشئ في القانون المسمى(surrojocy) وقد أضاف تعديلاً أعطى فيه القضاء رخصة من شأنها أن يُعد الطفل الذي يولد نتيجة الحمل برحم بديل سواء بطريق التخصيب في الأنبوب مع نقل البويضة، او بطريق التلقيح الصناعي، كأنه من زواج عادي، أي ان المشرع الأنكليزي لم يحظر عملية الانجاب بهذا الطريق اذا تمت من المرأة على سبيل التبرع التي ترغب بالحمل لحساب الغير متطوعة بذلك، وأستمرت هذه العملية في نطاق التبرع، في حين انصب الحظر على هذه العملية في الإنجاب إذا كانت مقابل أجر [1].

الخاتمة

بعد البحث في موضوع ماهية التصرف بالنطف والأجنة البشرية توصلنا الى جملة من النتائج والتوصيات نذكرها على وفق الآتي:-

أولاً: النتائج:

١- المراد بمراكز أو بنوك النطف والأجنة البشرية هي المؤسسات التي تقوم بحفظ الحيوانات المنوية للرجل أو البيضات للمرأة كل على حدة (الأجنة الجامدة).

٢- يطلق الجنين في هذا البحث على البيضة المخصبة بالحيوان المنوي بدءاً من تكوينها حتى الولادة سواء ثم هذا الإخصاب في داخل الرحم أو في خارجه.

٣- يراد بالإخصاب الطبي المساعد عدة عمليات مختلفة ، يتم بموجبها إخصاب بيضة المرأة بالحيوان المنوي للرجل ، بغير طريقة الاتصال الجنسي الطبيعي ، ثم حفظها إلى حين غرسها بعد ذلك في رحم المرأة.

---

(١) نقلاً عن د. شوقي زكريا الصالحي ، المصدر السابق ، ص ١٠٧_١٢١.

٤- لا يجوز التصرف بالنطف والأجنة البشرية بيعاً ولا تبرعاً إلا إذا كان هذا التبرع للأغراض الإنسانية من دون مقابل.
٥- لمشروعية الممارسات وجوازها التي تتم في أطار مراكز أو بنوك النطف والأجنة البشرية فانه لابد أن تتم على وفق ضوابط معينة منها : بأن تتم بين زوجين بالغين عاقلين وفي أثناء قيام العلاقة الزوجية بينهما وان تتم برضا الزوجين كليهما وعلى ان يصدر بحرية وإرادة كاملة ومتمشياً مع النظام العام والآداب العامة متى استهدفت هذه العملية تحقيق مصلحة للزوجين وهي إنجاب الأطفال.
٦- ان طبيعة العلاقة القانونية ما بين الزوجين وصاحبة الرحم البديل يصور بأنه عقد تتعهد بمقتضاه امرأة بشغل رحمها بمقابل أو من دون مقابل ، بحمل ناشئ عن نطفة أمشاج صناعياً لزوجين استحال عليهما الإنجاب لفساد رحم الزوجة .
٧- أن العقد ما بين الزوجين وصاحبة الرحم البديل عقد من نوع خاص لأنه يتشابه في بعض الخصائص مع بعض العقود إلا انه يفترق عنها في خصائص آخرى، كعقد البيع ، وعقد الوديعة ، وعقد العمل ، وعقد الإيجار ، وان كان لا يخرج في محله عن الأحكام الواردة في نظرية العقد ،غير أن جوهره يتمثل في قبول امرأة لشغل رحمها بحمل لحساب الغير يجعله يستقل ببعض الأحكام الخاصة .

ثانيا :التوصيات

١- يتعين أن يصدر تشريع في العراق بنظم نقل النطف والأجنة البشرية للعلاقة بين الزوجين ، على أن توضع القواعد الخاصة به، شرط تنسيق هذا التشريع مع الأحكام التي تقررها الأديان في هذا البلد ،ولا تجرى عمليات الإخصاب الطبي المساعد إلا في النطاق الذي يقره النظام العام والآداب العامة.
٢- لا يجوز أن تجري عمليات نقل النطف والأجنة البشرية إلا بوساطة طبيب رخصت له الدولة للقيام بمثل هذه المهمة ويحدد القانون الشروط التي يتعين توفرها في هذا الطبيب من شانها ضبط إجراء عمليات الإخصاب الطبي المساعد ومراقبتها .
٣- يتعين لمشروعية عملية نقل النطف والأجنة البشرية الرضا الصريح والصحيح قانوناً بين الأطراف الذين تجري بينهم العملية بشكل كتابي على

ان تودع صورة منه في إدارة خاصة مقرها وزارة الصحة ، بحيث يجوز لمن صدر الرضا عنه العدول عن رضائه في أي وقت قبل إجراء العملية .

٤- يجوز إجراء عملية نقل النطف البشرية أو الحمل بالرحم البديل بوساطة الإخصاب الطبي المساعد بين الزوجين والغير، بشرط عدم تعريض حياة المنقول منه للخطر وأن يكون ذلك للأغراض الإنسانية تطوعاً ومن دون مقابل وبموافقتهم الخطية على ان يتمتع الزوجين كلاهما والغير بالأهلية القانونية اللازمة .

المصادر

أولا: المصادر العربية

١-كتب اللغة العربية

١- محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، دون سنة طبع .

٢- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، قاموس المحيط ، ج٣ ، الهيئة العامة للكتاب ، دون مكان طبع ، ١٩٧٩ م .

٢-كتب الفقه الأسلامي

١. ابن النفيس ، علاء الدين علي بن ابي الحزم القريشي ، الموجز في الطب ، ط٢ ، تحقيق عبد الكريم العزباوي ، وزارة الأوقاف المجلس الأعلى للشؤون الأسلامية ،دون مكان طبع ،١٩٩٠ .

٢. أبو الفداء إسماعيل بن كثير ، قصص الأنبياء ، ط١ ، دار عمر بن الخطاب للطباعة ، دون مكان طبع ، ١٩٨١ .

٣. أبو الطيب صديق بن حسن علي الحسيني القنوجي، الروضة الندية في شرح الدور البهية ،ج٢، مطبعة دار المعرفة ، بيروت ، دون سنة طبع.

٤. ابن الهمام ، الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود، شرح فتح الغدير،ج٨،ط١، المطبعة الكبرى الاميرية ، دون مكان طبع ،١٣١٥هـ.

٥. ابن تيمية، شيخ الإسلام ابي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم ، الفتاوي الكبرى ،ط٣، مطبعة الغد العربي، ١٩٩١.

٦. القاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، الإشراف على مسائل الخلاف ، مطبعة الارادة، السعودية، دون سنة طبع.

٧. الإمام علاء الدين ابي الحسن بن سليمان المرداوي ، الإنصاف ، مطبعة دار أحياء التراث العربي ،ط٢، بيروت ،١٩٨٠.
٨. جعفر الصادق ، قصة الأمام جعفر الصادق ، ط٤ ، دار الجواد ، بيروت ، ١٩٨٢ .
٩. جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ، الرحمة في الطب والحكمة ، ط١ ، الفجر الجديد للطباعة ، بيروت ، دون سنة طبع .
١٠. جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ، تفسير الجلالين ، تحقيق مروان سوار ، مطبعة دار المعرفة ، بيروت ، دون سنة طبع .
١١. الحافظ عماد الدين أبو الفداء أسماعيل الدمشقي ، تفسير القران العظيم ، دار الغد العربي ، ج٤ ، دون مكان او سنة طبع .
١٢. محمد أمين بن عابدين ، رد المختار على الدار ، شرح تنوير الأبصار ، ط٢ ، ج٣ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، دون مكان طبع ، ١٩٩٦ .
١٣. محمد بن أدريس الشافعي ، أحكام القران ، ج٢ ، دار الكتب العلمية للطباعة ، بيروت ، دون سنة طبع .
١٤. محمد بن الحسين الحر العاملي ، وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة ، تحقيق محمد الرازي ، ج١٩ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٨٥ .
١٥. محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، نيل الأوطار ، من أحاديث سيد الأخيار ، شرح منتقى الأخبار ، مطبعة دار الفكر ، بيروت ، ج٦ ، دون سنة طبع .
١٦. محمد حسن ترحيني ، الزبدة الفقهية ، في شرح الروضة البهية ، مطبعة دار الهادي ، ج٧ ، بيروت ، ١٩٧٩ .
١٧. محي الدين يحيى بن شرف ابي زكريا النووي ، مغنى المحتاج ، تقديم محمد الشربيني، ج٤ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، دون مكان طبع ، ١٩٥٨ .
١٨. نجم الدين بن حفص النفسي ، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية ، دار القلم للطباعة، بيروت ، دون سنة طبع .

٣-الكتب العامة والقانونية

١. د.أحمد شوقي الفنجري ، الطب الوقائي في الأسلام ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ، ط٣ ، ١٩٩١ .
٢. د. أحمد شوقي عمر ابو خطوة ، شرح الاحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الأمارات العربية المتحدة، النظرية العامة للجريمة ،ج١، دون مكان طبع ،١٩٨٩.

٣. د.أسامة احمد بدر ، دروس في العقود المسماة عقد البيع ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ط١ ، ٢٠٠٣ .
٤. د. حسني محمود عبد الدايم ، عقد اجارة الارحام بين الخطر والأباحة ، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ، ٢٠٠٦ .
٥. د. رضا عبد الحليم عبد المجيد ، النظام القانوني للانجاب الصناعي ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط١ ، ١٩٩٦ .
٦. د. سامح السيد جار ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، دار الأتحاد العربي للطباعة، القاهرة ، ١٩٩٨ .
٧. د. شوقي زكريا الصالحي ، التقليح الصناعي بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،٢٠٠١
٨. د. عبد الرحمن البردي ، ود. أشرف هشام برقاوي ، و د.صالح عبد الحميد ابراهيم ، فسيولوجيا التناسل ، مركز جامعة القاهرة للطباعة ، ١٩٩٧ .
٩. د. عبد الرزاق الكيلاني، الحقائق الطبية في الإسلام، دار القلم للطباعة، دمشق، ط١، ١٩٩٦.
١٠.د.عبدالحميد عثمان محمد، المفيد في مصادر الالتزام،المصادر اللاإرادية، ط٢، دون مكان طبع، ١٩٩٨.
١١.د. عبد السلام عبد الحليم السكري ، التلقيح الاصطناعي بين الحل والحرمة ، مطبعة حمادة الحديثة ، القاهرة ، ١٩٩٥ .
١٢.د.عطا عبدالعاطي السنباطي ، بنوك النطف والاجنة في الفقه الأسلامي والقانون الوضعي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ .
١٣.د. علي حسين نجيدة ، التلقيح الصناعي وتغيير الجنس ، مطبعة كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، القاهرة ، ١٩٩١ .
١٤.د. كارم السيد غنيم ، الاستنساخ والأنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء ، مطبعة دار الفكر العربي ، القاهرة ، ط١ ، ١٩٩٨ .
١٥.د. محمد السيد عمران ، التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية ، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة ، ١٩٩٢ .
١٦.د. محمد المرسي زهرة ، الإنجاب الصناعي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،١٩٩٠.
١٧.د. محمد رأفت عثمان ود.علي احمد مرعي ، مقارنة من قضايا المذاهب الإسلامية ، فيما يتصل بالطهارة والصلاة والزكاة والحج من قضايا ، القاهرة ، ط١ ، ١٩٩٧ .

١٨.د. محمد عبد الجواد محمد ، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون ، منشأة المعارف ، الأسكندرية ، ط١ ، ١٩٩١ .
١٩.د. محمد عرفة ، القانون المدني وفقاً لآخر التعديلات ، دون مكان او سنة طبع .
٢٠.د. محمد علي البار، طفل الأنابيب والتلقيح الصناعي ، نظرة الى الجذور ، مطبعة الدار السعودية،١٩٨٧.
٢١.د. محمد علي البار ، موقف الإسلام من علاج العقم وفوضى الإنجاب الحديث ، الدار السعودية للنشر ،ط١، ١٩٨٧.
٢٢.د. محمد علي البار ، الجنين المشوه والأمراض الوراثية ، الأسباب والعلامات والأحكام ، دار المنار للطباعة ، جدة ، ط١ ، ١٩٩١ .
٢٣.د. محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي احكامه القانونية وحدوده الشرعية، دراسة مقارنة،الكويت،١٩٩٣.
٢٤.د. محمد نعيم ياسين ، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة ، مطبعة دار النفائس ، الاردن ، ط١ ، ١٩٩٦ .

٤-البحوث والمقالات

١. د. عبد الله مبروك النجار ، ضوابط العلاج بالرقية في الشريعة الإسلامية ، بحث منشور في مجلة لواء الإسلام ، مجلة شهرية تصدر عن كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، العدد (١٦) ، ١٩٩٨ .
٢. د.عبد الحميد عثمان محمد ، روح القوانين ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، مجلة شهرية تصدر عن كلية الحقوق ، جامعة طنطا، العدد (١١)سنة١٩٩٥.
٣. د.علي ابراهيم ، و د. محمد سالم الجراح ، التلقيح الصناعي في نظر الدين ، بحث منشور في مجلة لواء الإسلام ، مجلة شهرية تصدر عن كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، العدد (١٢) ، السنة (١٨) ، ١٩٦٤ .
٤. د. محمد رافت عثمان ، حكم الإجهاض، بحث منشور في مجلة لواء الإسلام ، مجلة شهرية تصدر عن كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، العدد (٩١٩) ، السنة(٢٢) ،١٩٩٩.

ثانيا : المصادر الاجنبية

1. Dal.Cowan Joanne Kant orowit Z, Jay Maskowitz Peter Rheintein , Human Organ Trans Plantantain , (Societak , Medical , Legal , regulartions and Reimbursement) issues P.(6)heath . administration press , Anne Arber Michigan, 1987 , Dorland , Sillustrated medical Dictionary , 1981 .
2. tribunal de brdeaux , 7/8/1983citpar_terras_y_l,hamo insemination dans raitement de sterilite these nantes_1984_P_75
3. David ,Gihistoire deL, insemination articiell , paris, 1974