التكييف القانوني لعملية تأجير الرحم

أ / بلعباس أمال

أ / بن عزيزة حنان

كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان

ملخص

الغاية تبرر الوسيلة، قاعدة استعملها الغرب لتبرير تجاوزاتهم الناجمة عن تفاعل التقنية والعلوم البيوطبية مع ثقافاتهم الشاذّة، فاعتبروا الإنجاب بطريق الأم البديلة وسيلة لتحقيق غاية الأمومة دون مراعاة للجوانب الدينية والأخلاقية والقانونية. وكان تكييف هذه العملية من أكبر مشاغل الفقه؛ حيث ذهب فريق إلى إعطائها وصف العقد الكامل بأركانه والمرتب لأثاره القانونية، في حين ذهب فريق اخر إلى نفي صفة العقدية على تأجير الرحم كونه ينشأ باطلا منذ البداية.

الكلمات المفتاحية: تأجير رحم، أم، جنين، عقد، تقنية، بويضة ملقحة.

Résumé

la fin justifie les moyens, c'est une règle employées par Les peuples d'Occident. pour justifier ses atteintes qui sont résultant de l'interaction de techniques et de sciences biomédicale avec leurs cultures anormale, ils ont considérés la procréation par la mère porteuse comme un moyen pour réaliser l'objectif de la maternité sans prendre en compte les aspects religieux, moraux et juridiques. Et la qualification de cette opération a été une des plus grandes préoccupations de la doctrine ; une équipe lui donner à cette opération la description d'un complet contrat avec ses éléments et ses effets juridiques, alors que selon une autre équipe allait à

refuser le caractère contractuel de la surrogacy parce qu'il s'élevé nul dès le départ..
Mots-clés : Surrogacy, mère, embryon, contrat, technique, ovule fécondé.

مقدمة:

توصلت التطورات العلمية والبيوطبية الى اكتشاف عدة وسائل للتوالد منها ماساهم في اكتمال البناء الاسري بتحقيق حلم الأزواج في الانجاب كتقنية التلقيح الاصطناعي بصورها المشروعة[1]، ومنها ما كان منبعا للشذوذ والانحراف كالتلقيح الاصطناعي بتدخل طرف ثالث أجنبي عن العلاقة الزوجية.

ويعتبر الحمل بالإنابة أكبر تقنية توالد صناعي -تتم بتدخل أجنبي عن الزوجين -أثارت الجدل بين الفقه الاسلامي والقانوني، وتعرف الأم البديلة[2] بأنها المرأة التي يحل رحمها محل رحم الأم البيولوجية في حمل الجنين المخلق من بيضة الأخيرة المخصبة بمني زوجها، لتتم الأطوار الجنينية داخل رحم الأولى[3]. وانبثقت هذه التقنية عن ازدهار عمليات التلقيح لاصطناعي الخارجي بعد أن توج بالنجاح بتمام ولادة لويزة براون عام 1978، فكانت أول محاولة للدكتور"Richard Levin" بعد أن طلب منه زوجان العثور عن أم بديلة لحمل طفل لهما في مدينة Louisville بولاية Kentucky[4] الأمريكية. وكان الإنجاب بطريق الأم البديلة من مستجدات ثمانينات القرن الماضي، فامتدت بعد ذلك هذه العملية الى أوربا واستراليا وتم فتح مكاتب متخصصة لها، وأصبحت منظمة في شكل شركات ووكالات لتأجير الأرحام[5]. إذ انتشرت العملية بشكل مخيف، فصارت الفنانات يبحثن عن أمهات للحمل بدلا عنهن ربحا للوقت وحفاظا على رشاقتهن، وبذلك تحولت دواعي الحمل البديل جمالية أكثر منها علاجية.

وقد ذهب المجمع الفقهي الاسلامي الى تحريم تقنية الحمل بالإنابة بكل صورها[6]، لأنه وبالرغم من تحقيقها للرغبة الغريزية للأمومة إلا ان لها عواقب وخيمة على الدين والمجتمع والأخلاق. فبعد توغل أفكار الغرب في المجتمعات الإسلامية أصبحنا نسمع دعوات في لبنان ومصر والعراق بإجازة عملية تأجير الرحم خدمة لمصلحة الاسرة [7]؛ متجاهلين تنافيه مع الشرع والطب، هذا الأخير الذي يعتبر منحة من الخالق سبحانه وتعالى ينبغي أن تسخر انجازاته لتحسين حياة الانسان ولحماية صحته ومصالحه، وينبغي أن لا يستخدم لمعارضة الفطرة التي فطر الله البشر عليها[8].

ولم يتفق الفقه على التوصيف القانوني لإيجار الرحم فاستبعد بعضهم صفة العقد عن العملية، في حين ذهب فريق اخر إلى اعتبارها عقدا مرتبا لآثاره القانونية، فإلى أي مدى وُفّقت الآراء المؤيدة والمستبعدة لصفة العقدية على عملية تأجير الرحم ؟ وما هو تكييفه في النظام القانوني الجزائري؟

نتناول الموضوع باستعراض الآراء الفقهية حول اعتبار تأجير الرحم عقدا من عدمه (المبحث الاول)، ثم نبحث عن التكييف القانوني لعملية تأجير الرحم في القانون الجزائري (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الاختلاف الفقهي حول اعتبار عملية تأجير الرحم عقدا من عدمه

إن العقم والحالات المستعصية للإنجاب وحاجة الأزواج إلى الولد والخلفيات الاجتماعية والدينية والأخلاق والقانون، كلها كانت سببا في اختلاف الفقهاء حول إعطاء الوصف القانوني الدقيق لعملية تأجير الرحم. فاستبعد فريق إلحاق صفة العقد بالعملية (المطلب الاول) وذهب فريق اخر اعتبارها عقدا كاملا بأركانه ومرتبا لأثاره(المطلب الثاني).

المطلب الأول: استبعاد إلحاق صفة العقد عن عملية تأجير الرحم

يرى بعض الفقه عدم الحاق صفة العقد بعملية تأجير الرحم (الفرع الأول) مستندا على حجج نتناولها في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: عرض الرأي المنكر لصفة العقد في عملية تأجير الأرحام

ينفي هذا الفقه وصف العقد عن عملية ايجار الرحم، ويرى بأنه مجرد تفاهم على وضع معين[9]، وهذا الوضع لا يرتب أي التزام في ذمة الطرفين. كون هذه الالتزامات غير قانونية؛ فالأم البديلة هي الأم القانونية كونها من تحمل وتضع المولود فهي غير ملزمة بتسليم مولودها إلى الزوجين[10]، ولا القضاء يستطيع الزامها بذلك.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية الى تأييد هذا الموقف واعتبرت أن كل ممارسة متعلقة بتأجير الرحم هي باطلة وأن دفع المقابل المالي أو عدم دفعه لا يغير من المسألة[11]. كما اعتبرت نفس المحكمة ان العقد الذي بواسطته تلتزم امرأة، ولو تبرعا، ان يزرع في رحمها وان تنجب جنينا لأجل ان تتنازل عنه منذ ولادته يخالف مبدأ معصومية جسم الانسان ومبدأ عدم امكان المساس بالأحوال الشخصية[12].

الفرع الثاني: حجج الرأي المنكر لصفة العقد في عملية تأجير الأرحام

استند معارضو إسقاط وصف العقد على تأجير الرحم على عدة حجج كلها تقرر بطلان الاتفاقات أو العقود التي تهدف الى الإنجاب عن طريق الرحم المؤجّر، وأبرز هذه الحجج:

- إن رحم المرأة غير قابل للبذل والإباحة وبهذا الوصف لا يجوز هبته ولا تأجيره[13]، وبذلك لا يصح أن يكون محلا لأي عقد سواء عن طريق التبرع أو المعاوضات. ولا يجوز للمرأة أن تجعل جسدها محلا للتعامل فيه، وإن

الزام الأم بالتنازل عن وليدها قبل ولادته هو أمر يتنافى مع النظام العام وفطرة الأمومة، وكل اتفاق بهذا الشأن يعتبر باطلا[14].

- إن عدم عقدية تأجير الرحم راجع إلى كونه اتفاق غير قانوني؛ بسبب عدم مشروعية الحمل،الذي يجعل الجسد الآدمي محلا للتصرف بالرغم من أنه يخرج من دائرة الأشياء القابلة للتعامل فيها[15]. وذهب هذا الاتجاه الى القول بأنه يقع باطلا كل عقد محله وسببه غير مشروعين، وبالتالي فعقد تأجير الرحم نشأته غير صحيحة؛ كون محله متعلق بالجسم البشري وسببه مخالف للنظام العام.

- ومن الحجج التي استند إليها هذا الفقه هو تنافي أثار عقد تأجير الرحم مع غريزة الامومة[16]؛ كون تخلي الأم الحمالة عن مولودها يشكل أكبر إخلال بالتزامها الفطري والطبيعي المتمثل في تربية وليدها ورعايته.

- إن أغلب التشريعات في العالم ذهبت الى الحظر صراحة من اللجوء الى تكنولوجيا الانجاب بطريق الام البديلة، وهناك من جعله جريمة في حالة ما اذا كان بمقابل مالي[17].

هذا موقف أقلية من الفقه نرى بأن رأيه جانب من الصواب، فلا توجد تشريعات عربية اعترفت بعقدية الاتفاق على الحمل البديل، وأغلب الدول في العالم لا تعترف به كألمانيا والنمسا وايطاليا وغيرها ولكن هناك دول قليلة كقوانين بعض الولايات المتحدة الأمريكية نصت على مشروعية الحمل عن طريق الأم البديلة وضيقت من نطاقه من خلاله تقييده بشروط، وحتى إننا وجدنا بعض الفقه ينادي باستبدال مصطلح استئجار الرحم من القانون الايراني – الذي يجيز العملية- بمصطلح الرحم البديل. وعلى نقيض هذا الرأي ظهر فقه يعترف بعقدية تاجير الرحم.

المطلب الثاني: الموقف المؤيد لاعتبار تأجير الرحم عقدا

تبنى اتجاه من الفقه وجود فكرة العقد في الحمل لحساب الغير (الفرع الأول)، محاولين وضع خصائص له ومقاربته بعقد الإيجار (الفرع الثاني).

الفرع الأول: عرض الرأي المؤيد لاعتبار تأجير الرحم عقدا وحججه

يرى أنصار هذا النهج بأن العلاقة التي تحكم الزوجين والأم البديلة هي عبارة عن عقد معللين رأيهم بما اتجهت إليه بعض التشريعات الغربية[18]، وما نادى به دعاة الحرية الذين أجازوا إبرام اتفاقات الحمل لحساب الغير كسبيل لتحقيق حلم الزوجين في الحصول على الولد وإعطاء أمل للأم العقيمة لإشباع فطرتها.

وأهم ما يبرر الحاق صفة العقد بتأجير الأرحام هو إمكانية إسقاط أحكام العقود على هذه العملية، إذ يمثل كل من الزوجين صاحبي اللّقيحة والمرأة المستقبلة للبويضة الملقحة في رحمها أطرافا لهذا العقد، وتنجم عنه مجموعة من الالتزامات المتبادلة. كما ذهب أيضا أنصار شرعية عقد تأجير الرحم الى حاجة الزوجين الى الولد وانزالها منزلة الضرورة.

اضافة إلى أن هذا العقد يرتب التزامات على طرفيه كالتزام الزوجين بتحمل مصاريف ونفقات هذا العقد من فترة الحصول على البيضة الملقحة إلى غاية وضع الأم البديلة لحملها، في حين تلتزم هذه الأخيرة بالمحافظة على الجنين وتسليمه للزوجين عند ميلاده[19].

الفرع الثاني: خصائص عقد إجارة الرحم ومقاربته بعقد الايجار

ظهرت عدة محاولات فقهية تحاول اضفاء طابع الشرعية ووصف العقد على ايجار الرحم، فحاولوا وضع خصائص تميزه (أولا)، واختلوا في مقاربة عقد تأجير الرحم ببعض العقود المسماة في العقد المدني كعقد البيع والعارية

وعقد العمل والمقاولة و بما أن العملية هي ايجار رحم امرأة من أجل الحمل فإننا نكتفي بمقاربته بعقد الايجار(ثانيا).

أولا: خصائص عقد اجارة الرحم

1- عقد رضائي: يتم بمجرد تلاقي الايجاب الصادر من الزوجين مع القبول من الام البديلة، وما تقوم به المكاتب الخاصة بإجارة الأرحام في الدول الغربية من كتابة لهذه العقود؛ إنما فقط من أجل الاثبات حفاظا على حقوق أطراف العقد[20].

2- **عقد ملزم لجانبين:** بمعنى أنه ينشئ التزاما متقابلة في ذمة عاقديه، فيصبح كل منهما دائنا ومدينا في نفس الوقت منذ نشوء العقد[21]. فتلتزم الأم الحمالة بتقديم رحمها خاليا من الشوائب والمحافظة على صحتها طيلة فترة الحمل وتسليم المولود إلى والديه بعد الولادة، ويلتزم الزوجين بدفع تكاليف العلاج والولادة وتقديم المقابل المالي للعملية وغيرها من الالتزامات.

3- من عقود المدة: إذ يعتبر الزمن عنصرا جوهريا فيه، بحيث يبقى العقد قائما طيلة فترة الحمل ابتداء من تاريخ زرع البويضة الملقحة في رحم الأم الحمالة[22] إلى غاية الولادة الطبيعية أو القيصرية.

4- **عقد محدد:** العقد المحدد هو العقد الذي يعرف فيه أطرافه مقدار ما يأخذ وما يعطي، وقت ابرام العقد[23]. فيتحدد مسبقا مقدار ما تأخذ الأم البديلة عند تسليم الطفل ويعلم الزوجين مقدار ما يعطيانه من مال للام البديلة -ان تمت العملية بمعاوضة- في مقابل تسلمهما للمولود عند انتهاء فترة الحمل بالإنابة.

5- **قد يكون عقد معاوضة أو عقد تبرع:** يكون عقد تأجير الرحم عقد معاوضة؛ في حالة ما اذا أخذت المرأة الحمالة مقابلا ماليا عن تحملها عناء الحمل والولادة . وقد يكون الحمل البديل عقد تبرع أي بدون مقابل مالي

لكي تنتفي الصفة التجارية عن عقد تأجير الرحم، وذهبت بعض التشريعات الى حظر كل تعويض مالي عن العملية [24] .

6- عقد يرد على منفعة: لأنه عقد على منفعة رحم لمدة تمتد من زرع اللّقيحة إلى غاية الولادة، وهذه المنفعة تتمثل في احتواء وتغذية الجنين المخلق من بويضة ونطفة الزوجين.

ثانيا: مقاربة عقد تأجير الرحم بعقد الايجار

عقد الايجار هو اتفاق يتم بين شخصين، بحيث يأخذ كلاهما مركزا قانونيا أحدهما المؤجر والثاني المستأجر، فيلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة ومقابل بدل ايجار معلوم. وقد ذكر المشرع الجزائري اركانه في نص المادة 1/467 من القانون المدني (قانون رقم2007-05).

وهو عقد ملزم لجانبين حيث يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من العين المؤجرة وفي المقابل يلتزم المستأجر بدفع بدل الايجار الذي يمكن ان يكون مبلغا نقديا أو عملا آخر (المادة2/467) ق.م.

ويتقارب عقد تأجير الرحم مع عقد الايجار في أن كلاهما ملزم لجانبين، ومن عقود المعاوضات؛ فكل طرف يأخذ مقابلا لما التزم به. وكلاهما من عقود المدة فالإيجار ينتهي بانتهاء المدة المحددة وتأجير الرحم ينتهي بالولادة. إلا ان السبب والمحل في إجارة الرحم لهما طبيعة خاصة، كما أن عقد الايجار أيضا يرد على منفعة لأن المؤجر يملك المستأجر منفعة العين لا ملكية الشيء المؤجر.

يبدو ظاهريا التشابه بينهما لكن الحقيقة غير ذلك فعقد الايجار يرد على شيء جائز التعامل فيه والا كان باطلا، اما الرحم فهو جزء من الجسم البشري لا يجوز ان يكون محلا للمعاملات. ثم ان مقاربة عقد ايجار الرحم

بعقد الايجار في القانون المدني مردود عليه، اذ يعتبر بدل الايجار ركن في الاخير في حين يمكن ان تتم اجارة الرحم بدون مقابل.

والأمر الخطير في هذه العملية انها تبدو ظاهريا اجارة رحم من اجل تغذية الجنين ونموه ثم الولادة، لكن الحقيقة غير ذلك فالأم الشرعية والقانونية للطفل هي التي ولدته، اذا فتسليم الام البديلة وليدها للأبوين البيولوجيين مقابل مبلغ ايجار رحمها يعتبر عملية بيع بشر، وبيع الحر محرم شرعا، كما ان الدساتير والاتفاقات الدولية تمنع الاتجار بالبشر.

وبالتالي فالحجج التي استند عليها هذا الفريق ضعيفة جدا فنستبعد اعتبار عملية تأجير الرحم عقدا ونراها باطلة ولا اساس لها، وبعد استعراض تضارب الفقه حول عقدية عملية تأجير الرحم، نحاول الان البحث عن تكييفها في القانون الجزائري.

المبحث الثاني: تكييف عملية إجارة الرحم في القانون الجزائري

يعتبر العقد أهم المصادر الارادية للالتزام، ومتى تم اعتبار عملية ايجار الرحم عقدا من طرف أغلب الفقه فإنه يجب علينا التعريج على القواعد العامة للعقد في القانون الجزائري لنرى مدى مشروعيته (المطلب الاول) لننتقل بعد ذلك الى أسس عدم اعتراف مشرعنا بعملية ايجار الرحم (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مدى مشروعية إجارة الأرحام في القواعد العامة للعقد

يعرف العقد بانه توافق ارادتين على احداث اثر قانوني، ويعتبر الفقه أن الرضا ركن في العقد اما المحل والسبب فركنان في الالتزام، وسوف نتعرض في الفرع الاول الى التراضي في عقد تأجير الرحم والفرع الثاني نتناول فيه مدى مشروعية سببه لنتبين مدى مشروعية محله في الفرع الثالث.

الفرع الأول: التراضي في عقد تأجير الرحم

التراضي هو تطابق الايجاب مع القبول[25]، ويجب أن يكون الإيجاب واضحا وباتا متضمنا جميع العناصر الجوهرية للاتفاق المراد إبرامه[26].والرضا في عقد تأجير الرحم يصدر من الزوجين صاحبي البذرتين الجنسيتين برغبتهما في ايداع اللّقيحة في رحم الأم البديلة من أجل إكمال أطوار حياتها الى غاية الولادة، أما القبول فيكون مطابقا لهذا الايجاب فتبدي المرأة الحمالة موافقتها على هذه العملية بالشروط المتفق عليها.

ويستلزم التراضي تمام أهلية من يصدر عنه التعبير عن الإرادة وهي 19 سنة كاملة، مع خلوه من موانع الأهلية وعوارضها من غلط واكراه وتدليس واستغلال التي تجعل العقد قابلا للإبطال لمصلحة من تقرر لمصلحته البطلان.ولكن في حالة ما اذا افترضنا ان عملية تأجير الرحم هي عقد بأركانه؛ كيف سيتم ابطال هذا العقد اذا ثبت ابرامه بإرادة معيبة؟

فالإشكال لا يثور اذا كان البطلان في مرحلة ما قبل القيام بالعملية ولكن في حالة الشروع في تنفيذ عقد إجارة الرحم وزرع اللقيحة في رحم المرأة الحمالة، واكتشف بعد ذلك ان عيبا قد أصاب إرادة أحد الأطراف أثناء الاتفاق على الحمل بالإنابة، فلا يمكن في هذه الحالة تطبيق نظرية البطلان لأننا حينذاك سوف نكون أمام جريمة الاجهاض المعاقب عليها بالحبس من (01) سنة الى خمس (05) سنوات وبغرامة بمقتضى نص المادة 304 من قانون العقوبات[27]. أما تطبيق الفسخ أو البطلان بعد تمام الولادة فيطرح اشكال نسب المولود في الدول التي لا تفرق بين النسب البيولوجي والنسب الشرعي. وبالنسبة للدول المسلمة فتطبق قاعدة الولد

للفراش وبالتالي فالولد ينسب لصاحب الفراش وهو زوج الأم الحمالة وينسب لهذه الاخيرة من جهة الأمومة.

الفرع الثاني: مدى مشروعية السبب

سبب العقد هو الغرض المباشر الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدان[28]، وجاء في نص المادة 97 من ق.م أنه:" اذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب، كان العقد باطلا". ويشترط في السبب أن يكون موجودا و مشروعا. إن وجود السبب في العقود لا يهدف فقط لإكمال أركان العقد بل يهدف إلى حماية الالتزام، وتوفير ضمان مشروعيته وصحته وتوافقه مع النظام العام والآداب العامة. فاذا تخلف السبب أو فقد أحد مقوماته أدى ذلك الى بطلان العقد أو انعدامه[29].

والسبب المباشر[30] بالنسبة للمرأة الحمالة هو حصولها على الأجر من الزوج والزوجة أصحاب البذرتين الجنسيتين، أما بالنسبة للزوجين فيرجع سبب التزامهما إلى الحصول على موافقة صاحبة الرحم على شغل رحمها بجنينهما إلى غاية مرحلة الولادة[31] .

وبالتالي فالسبب موجود في عملية تأجير الرحم، لكنه مخالف للنظام العام والآداب العامة، وما يؤكد عدم مشروعيته هو المنع الوارد في نص الفقرة الأخيرة من المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، وبالتالي فالعقد لا أساس له لعدم مشروعية سببه، وهو باطل بطلانا مطلقا.

الفرع الثالث: مدى مشروعية المحل

إن محل العقد هو العملية القانونية التي يريد المتعاقدان تحقيقها، أي أن الالتزامات المراد انشاؤها هي وسيلة لتحقيق العملية القانونية[32]. وبما أن العقد مصدر من مصادر الالتزام؛ فان محله هو محل الالتزام المترتب عنه، فيمكن أن يكون إعطاء شيء أو قياما بعمل او امتناعا عنه.

والمحل قانونا يعد ركنا من أركان العقد، بحيث لا يقوم العقد بدونه وأوجب القانون المدني توافر شروطا في المحل بنص المواد 93 و94، وهي:

- أن يكون المحل موجودا أو ممكنا (المادة 93 من ق.م) بمعنى ألا يكون المحل مستحيلا استحالة مطلقة،
- أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين،
- أن يكون المحل مشروعا جائزا التعامل فيه.

ومن خصائص عقد تأجير الرحم –اذا اعتبرناه عقدا- أنه ملزم لجانبين، فكل من الزوجين صاحبي الخلايا الجنسية والأم البديلة يحوزا صفتا الدائن والمدين، فمحل التزام المرأة الحمالة هو تقديم رحمها خاليا من أي حمل، وسالما من الأمراض ومن كل ما يعيق الحمل[33] وصحة الجنين. أما محل التزام صاحبي البذرتين الجنسيتين فهو دفع المقابل المالي المتفق عليه.

والسؤال الذي يطرح نفسه، هل يجوز أن يكون رحم المرأة محلا للعقد؟

والإجابة على هذا السؤال تقتضي الرجوع الى عناصر المحل المذكورة أعلاه، فرحم المرأة غير مشروع التعامل فيه كون المحل متعلق بجسم الانسان، وهو أيضا ما يخالف النظام العام والآداب العامة وكذلك بالنسبة للمقابل المالي الذي يلتزم الزوجان بدفعه، فهو غير مشروع لأننا لسنا بصدد عقود مالية بل إن الأمر متعلق بجسم الانسان، وهذا ما يفتح الباب أمام المتاجرة بجسم الانسان. وعدم مشروعية المبلغ المدفوع يمنع القضاء من التدخل[34] في حالة ما رفع أصحاب اللقيحة دعوى لاسترجاع المبلغ أو التعويض إذا أخلت الأم البديلة بالتزاماتها.

وبما أن المحل غير معين قانونا ومخالف للنظام العام فهو يفتقد الى عدة عناصر في المحل، اذا فعقد تأجير الرحم باطل بطلانا مطلقا.

ومما سبق ذكره فان عملية ايجار الرحم غير جائزة في القانون الجزائري لبطلان أركان العقد ، إلى جانب المنع الصريح الوارد في الفقرة الأخيرة من المادة 45 مكرر من قانون الأسرة التي نصت على شروط عملية التلقيح الاصطناعين، وهذا المنع الصريح له عدة أسس قانونية وأخرى نفسية واجتماعية نحاول جمع بعضها في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: أساس عدم الاعتراف بعملية تأجير الرحم في القانون الجزائري

نص المشرع الأسري على عدم جواز اللجوء الى الحمل البديل استنادا على اسس قانونية (الفرع الاول) و أخرى اجتماعية ونفسية (الفرع الثاني).

الفرع الاول: الأسس القانونية

جاء في نص المادة 04 من قانون الأسرة أن:" الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الانساب". وبالتالي فإن هذه المادة اعتبرت أن الزواج هو الوسيلة الطبيعية والشرعية للتناسل، وأن عقد الزواج يتم بين رجل وامرأة، ولا يمكن أن يتدخل طرف ثالث في هذه العلاقة المقدسة من أجل الانجاب كما في حالة الأم البديلة أو استخدام بذور جنسية لغير الزوجين. وبذلك فالمشرع الجزائري يؤكد على بناء الأسرة بشكل شرعي حفاظا على العلاقة الزوجية والنسب.

إضافة إلى ذلك فإن الأمومة بالنسبة لمشرعنا تكتمل بالولادة بنص المواد 41 و42 و43 من قانون الاسرة التي تنص على التوالي على إمكانية الاتصال بين الزوجين، و بين أدنى وأقصى مدة للحمل.

كما جاء النص صراحة في الفقرة الاخيرة من المادة 45 مكرر من قانون الاسرة على انه:"لا يجوز اللجوء الى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم

البديلة." وهذه الفقرة تجعل هذه العملية غير مشروعة في الجزائر وكافية لإبطال كل عقد سببه الإنجاب بطريق الرحم الظئر. وعقد تأجير الرحم غير مسمى في القانون المدني، وسببه ومحله غير مشروعين، ما يجعله باطلا بطلانا مطلقا، ولا يرتب أي آثار قانونية[35].

وما يعاب على المشرع الجزائري هو اكتفاؤه بالنص على منع عملية إيجار الأرحام دون ترتيب جزاء على مخالفي هذه القاعدة القانونية، فكان من المفروض أن يقرر عقوبات جزرية وخاصة بالعمل الطبي، والزوجين، وكل امرأة تقوم بتأجير رحمها.

الفرع الثاني: الأسس الاجتماعية والنفسية

إن منع الحمل بتقنية تأجير الرحم له أسس نفسية و اجتماعية؛ فالأم الحمالة في حد ذاتها قد تنعكس عليها الاثار السلبية لهذا الحمل، فهي تتعلق بالجنين الذي ترعرع في أحشائها، فتنشأ بينهما رابطة غريزية قد تجعلها تتمسك بالطفل وتحتفظ به[36]، وتخل بالتزامها بتسليم الطفل غلى والديه البيولوجيين. فتنشأ بينهما رابطة غريزية، قد تجعلها تتمسك بالطفل وتحتفظ به[37]، ولا تسلمه إلى والدين البيولوجيين. وقد اعترف الفقه الفرنسي بحق الأم الحمالة في الاحتفاظ بالوليد لنفسها لأن أمومتها تطرد أمومة الغير[38] على حد تعبيره.

والأمرُّ من ذلك أنه قد يتم العقد وتفي الأم الحمالة بالتزامها وكذلك صاحبي البذرتين الجنسين ويتم الحمل بصورة طبيعية، ولكن عند ولادة الطفل يتبين بأنه مشوه أو معاق فيمتنع الزوجين عن تسلُّم الجنين، وهو ما يسبب في الكثير من المشاكل القانونية[39].

ولا يمكن للقانون الاعتراف بعملية تأجير الرحم لما فيه من الزام الأم البديلة بقطع علاقتها بوليدها ، وما يمكن أن يفتحه بطريق بيع الأطفال وكذا

استغلال النساء الفقيرات في الحمل بمقابل[40]. إضافة إلى ما قد يعانيه الطفل من آثار سلبية جراء تخلي أمه التي ولدته عنه بمجرد انفصاله عنها، وكذلك أزمة الهوية التي تنجر عن ذلك[41].

ثم إن رابطة الأم بابنها تتكون من أمرين، أولهما : رابطة التكوين الوراثي، منبعها نواة البويضة(الخلية الجنسية)،وثانيهما: رابطة الحمل والولادة منبعها الرحم، وان استعمال الأم البديلة تقطع هذه الأخيرة[42].

واذا قامت الأم البديلة بتأجير رحمها لأكثر من أسرة؛ فالاختلاط في النسب مفترض، ولما كانت الأسرة هي اللبنة الأولى لبناء المجتمع[43] يتأثر بصلاحها فينمو ويزدهر، ويتقهقر بتكسر أواصرها، فخوفا من هذه النتيجة الأخيرة حظر المشرع الجزائري الإنجاب بطريق الأم البديلة، لما فيه من تهديد لوحدة واستقرار الاسرة.

ويعتبر الإنجاب بطريق تأجير الأرحام منبعا للانشقاق والظلم في كل مناحي الحياة، لما ينتج عنه من شكوك في النسب، وخلط بين الأبوة والأمومة الشرعية والبيولوجية، وتزعزع الثقة بين الآباء والأبناء يشكل أكبر اشكالات الحمل البديل، فإيجاد الأسرة المتماسكة بالثقة بين أفرادها مقصد شرعي[44].

الخاتمة:

إن منشأ الخلاف الفقهي حول تكييف عملية تأجير الرحم عقدا من عدمه راجع إلى الخلفيات الدينية والقانونية للفقه، فالفريق الذي ذهب إلى اعتباره عقدا هو المتأثر ببعض الفتاوى الشاذة والمفتقرة الى الدليل الشرعي، والتي جعلت العملية مشروعية، وكذلك يبدو تأثره جليا بالتشريعات التي أجازته. فحاول هذا الفريق وضع خصائص تميزه وتقرّبه من عقد الايجار.

لكن كل ما ذهب إليه هذا الفقه منتقد. فعقد تأجير الرحم يرد على رحم آدمي، وهو غير جائز التعامل فيه بالنسبة للتشريعات الوضعية.

أما اعتبار عقد تأجير الرحم يتشابه مع عقد الايجار، فهو كلام مردود عليه من عدة أوجه ولعل أهما أن عقد ايجار الرحم يمكن أن يكون بمقابل مالي، وهو ما تمنعه التشريعات التي تجيز العملية كونها تضفي طابع التجارية إليها، أما ان تمت العملية بدون مقابل مالي فلا يمكن أن تكون عملية ايجار لأن بدل الايجار في عقد الايجار يعتبر ركنا وإذا تخلف يؤدي الى بطلان العقد. والأمّر من ذلك أن العملية تبدو ظاهريا عقد تأجير الرحم ولكن الواقع غير ذلك؛ فالأم البديلة هي الأم القانونية والشرعية، وتسليمها الولد لأبويه البيولوجيين بمقابل مالي يجعل العملية بيع بشر. لذلك نرجح الرأي الذي يستبعد وصف العقد عن العملية.

وبعد إسقاط قواعد الأحكام العامة للعقد في القانون الجزائري على عقد تأجير الرحم وجدنا أن محله وسببه غير مشروعين، كما يصعب تطبيق نظرية البطلان في حالة ما أصاب الإرادة عيبا ما وخاصة بعد البدء في تنفيذ العقد لأننا حينذاك سوف نكون أمام جريمة الاجهاض.

وعدم الاعتراف بعقدية تأجير الرحم يستند إلى عدة أسس قانونية وأخرى اجتماعية ونفسية؛ فالقانونية هي اعتبار عقد الزواج يتم بين رجل وامرأة وآثاره أيضا محصورة بين الزوجين فقط ولا يمكن لطرف ثالث التدخل في الإبرام ولا الاثار الناجمة عنه. وكذلك المواد الخاصة بالنسب كلها تؤكد على أن الأم هي التي تحمل وتلد وثبوت النسب إلى صاحب الفراش.

كما لا تفوتنا الأسس النفسية والاجتماعية التي تجعل المشرع لا يعترف بعقدية العملية، بل لا يعترف بالعملية في حد ذاتها. منها تعلق الأم البديلة

بالطفل وامتناعها عن تسليمه لأبويه البيولوجيين، وأيضا حالة الطفل النفسية لما يعلم بأنه كان نتاج صفقة تجارية، وأن أمه تخلت عنه بمجرد الولادة.

ولكن يؤخذ على مشرعنا أنه اكتفى بالنص على منع عملية تأجير الرحم، دون وضع جزاء على مخالف هذه القاعدة القانونية. فكان عليه أن يضع عقوبة ردعية للزوجين والأم الحمالة وكذلك لفريق العمل الطبي طبقا لقاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

الهوامش:

(1) أنظر، بلعباس أمال، ضوابط التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الفقه والقانون، عدد49، 2016، ص.85. www.m. w.

tp: https://www.majalah.new.m

(2) أطلق عليها عدة تسميات منها: الأم البديلة، الأم بالإنابة، الرحم المستعار، الرحم الظئر...

(3) زبيري بن قويدر، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2013-2014، ص. 70.

(4) François Geraud, Mére porteuse et droit de l'enfant,2016, p.06. site https://hal.archives-ouvertes.fr

(5) بلعباس آمال، المرجع السابق، ص.91. https://www.majalah.new.m .

(6) سواء كانت الام الحمالة متبرعة بالرحم او الرحم والبويضة معا فقد حرمها المجمع الفقهي الاسلامي في دورته السابعة، وكان قد اجازها اول الامر في حالة وحيدة وهي كون الرحم المستعار هو لزوجة ثانية لنفس الزوج تتبرع بالحمل لضرتها بمحض ارادتها. لكن تراجع المجمع الفقهي عن قراره في دورة لاحقة(الثامنة) بحجة أن الزوجة الثانية قد تحمل ثانية من معاشرة الزوج لها في فترة متقاربة من زرع لقيحة الزوجة الأولى ثم تلد توأما ولا يعرف ولد اللقيحة من ولد من ولد معاشرة الزوج لها، أو قد تموت علقة أو مضغة أحد الحملين ما يسبب في اختلاط الانساب من جهة الام، فقرر المجمع سحب

حالة الجواز هذه،انظر، رابطة العالم الإسلامي قرارات المجمع الفقهي الاسلامي بمكة المكرمة، القرار الثاني بشأن التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب، الدورة الثامنة، 1405هـ، 2004م، ص.143.

(7)أنظر، عقيل فاضل الدهان ورائد صيوان المالكي، المشاكل القانونية والشرعية لعقود اجارة الارحام ص.17 ، على موقع http://www.iasj.net

(8)أنظر، اسماء فتحي عبد العزيز شحاته، الحكم الشرعي في اسقاط الاجنة الملقحة صناعيا، قضايا طبية معاصرة، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الاسلامي الثاني، جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية ،المملكة العربية السعودية،المجلد الثالث،1431هـ، ص.9.

(9) أنظر، حسن محمد كاظم وآخرون، مشروعية الحمل لحساب الغير وأحكامه، مجلة رسالة الحقوق، السنة الثانية، كلية القانون، جامعة كربلاء، العدد الأول، 2010 ، ص.06.

(10) حسن محمد كاظم وآخرون، نفس المرجع، ص.06.

(11) سعدي اسماعيل البرزنجي، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الانجاب الجديدة، مصر، دار الكتب القانونية،2009، ص.158.

(12) اقتباس عن سعدي اسماعيل البرزنجي، نفس المرجع، ص.157.

(13) أنظر، هند الخولي، تأجير الارحام في الفقه الاسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 27،عدد03،2011، ص.14.

(14)أنظر، هادي حسين الكعبي وسلام عبد الظاهر الفتلاوي، عقد اجارة الأرحام، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، السنة السابعة، كلية القانون، جامعة بابل، عدد أول، 2015، ص.10.

(15) حسن محمد كاظم وآخرون، المرجع السابق، ص.06.

(16) هادي حسين الكعبي وسلام عبد الظاهر، مرجع سابق، ص.08.

(19) Mark Hansen ,As Surrogacy Becomes More Popular, Legal Problems Proliferate, article, site http://www.abajournal.com

[18]سمحت تشريعات بعض الولايات الأمريكية مثل نيويورك بتأجير الأرحام معتبرة ذلك وسيلة مشروعة للإنجاب يلجأ إليها الزوجين، انظر، ابراهيم صالح عطيه حسن، عقد إجارة الأرحام بين الإباحة و البطلان، مؤتمر الكلية الاول، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالي، ص.17، من الموقع: http://www.law.uodiyala.edu.iq

[19] أنظر، هادي حسين الكعبي و سلام عبد الزهرة الفتلاوي، تأجير الأرحام، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، العدد الأول، 2015، ص.124.

[20]عقيل فاضل الدهان ورائد صيوان المالكي، المرجع السابق، ص.07، على موقع http://www.iasj.net/iasj

[21]أنظر،الحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزامات العقد والارادة المنفردة، الاسكندرية، منشأةالمعارف، 2004، ص.23.

[22] أنظر، عقيل فاضل الدهان ورائد صيوان المالكي، مرجع سابق،ص.07، على موقع http://www.iasj.net/iasj

[23] أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص.28.

[24]François Geraud, Mére porteuse et droit de l'enfant,2016, p.69,site https://hal.archives-ouvertes.fr

[25] تنص المادة 59 من ق.م على انه:"يتم العقد بمجرد ان يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتيهما المتطابقتين، دون الاخلال بالنصوص القانونية."

[26]أنظر، هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، العقد، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية ،طبعة1،2008، جزء2، ص.73.

[27]أنظر، القانون رقم 14-01، المؤرخ في 2014/02/4، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 2014/02/16،عدد07، ص.4، يعدل ويتمم الامر رقم 66-156، المؤرخ في1966/06/08 ،المتضمن قانون العقوبات.

[28]أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار احياء التراث،لبنان،د.س.ن، جزء1،ص.414.

[29]أنظر، هدى عبد الله، المرجع السابق، ص.255.

[30] يجدر بنا التفرقة بين سبب العقد وسبب الالتزام فالأول هو ما يعرف بالسبب القصدي او الغرض المباشر وهو ما تتجه اليه الارادة عندما تنطلق الى ابرام العقد، فهو المبرر الاقتصادي للتعاقد، اما سبب الالتزام فهو السبب الدافع اي الذي يدفع الشخص

الى اجراء العقد ويتغير الباعث بالنظر الى ظروف كل عقد، هدى عبد الله، المرجع السابق، ص.254.

(31)أنظر، ابراهيم صالح عطية حسن، عقد اجارة الارحام بين الاباحة والبطلان، ص.13، موقع http://www.law.uodiyala.edu.iq

(32)أنظر، حسنين محمد، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة5، 2006 ،ص.44.

(33) ابراهيم صالح عطية حسن، مرجع سابقنص.13.الموقع:
http://www.law.uodiyala.edu.iq

(34)أنظر، سعدي اسماعيل البرزنجى، مرجع سابق، ص.158.

(35) انظر، حميدو زكية، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، م.ع.ق.إ، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، عدد 04، سنة 2006م، ص 96.

(41)انظر، تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الجديدة للعلوم الطبية والبيولوجية، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001م، ص.110.

(37) تشوار جيلالي، نفس المرجع، ص 110.

(38) سعدي اسماعيل البرزنجى ، المرجع السابق، ص.157.

(39)انظر، السديس حصة بنت عبد العزيز ، استئجار الأرحام دراسة فقهية مقارنة، على موقع http://fiqh.islammessage.com

(40) Mark Hansen ,As Surrogacy Becomes More Popular, Legal Problems Proliferate, article, op.cit ,site http://www.abajournal.com

(41) Sue A. Meinke, Surrogate Motherhood: Ethical and Legal Issues, Bioethics Research Library, Georgetown university Washington, p.03.site https://repository.library.georgetown.edu

(42) تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص .96.

(43) المادة 02 من قانون الاسرة .

(44) حميدو زكية، المرجع السابق، ص. 96.

قائمة المراجع

1- الخولي هند ، تأجير الارحام في الفقه الاسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد27، العدد3 لسنة 2011.

2- السديس حصة بنت عبد العزيز، استئجار الأرحام دراسة فقهية مقارنة، على الموقع http://fiqh.islammessage.com

3- السنهوري أحمد عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، جزء1، دار احياء التراث، لبنان، د.س.ن.

4- الكعبي هادي حسين وسلام عبد الظاهر الفتلاوي، عقد اجارة الأرحام، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، السنة السابعة، كلية القانون، جامعة بابل، العدد1 لسنة 2015.

5- بلعباس أمال، ضوابط التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الفقه والقانون، العدد49سنة 2016، https://www.majalah.new.m

6- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الجديدة للعلوم الطبية والبيولوجية، د.م.ج، الجزائر، 2001.

7- حسن محمد كاظم وآخرون، مشروعية الحمل لحساب الغير وأحكامه، مجلة رسالة الحقوق، السنة الثانية، كلية القانون، جامعة كربلاء، العدد1 لسنة 2010.

8- حسنين محمد، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، طبعة5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2006.

9- حميدو زكية، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، م.ع.ق.إ، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، العدد 04، سنة 2006.

10- زبيري بن قويدر، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2013-2014.

11- شوقي محمد عبد الرحمن أحمد، النظرية العامة للالتزامات العقد والارادة المنفردة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.

12- عبد الله هدى، دروس في القانون المدني، العقد، جزء2، طبعة1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2008.

13- عطيه حسن ابراهيم صالح، عقد إجارة الأرحام بين الإباحة و البطلان، مؤتمر الكلية الاول، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالي، من الموقع: http://www.law.uodiyala.edu.iq

14- عقيل فاضل الدهان ورائد صيوان المالكي، المشاكل القانونية والشرعية لعقود اجارة الارحام، من الموقع http://www.iasj.net

15- فتحي عبد العزيز شحاته أسماء، الحكم الشرعي في اسقاط الاجنة الملقحة صناعيا، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الاسلامي الثاني ، قضايا طبية معاصرة، المجلد الثالث، جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية ،المملكة العربية السعودية،1431هـ.

16- François Geraud, Mére porteuse et droit de l'enfant,2016, p.06. site https://hal.archives-ouvertes.fr

17- Mark Hansen ,As Surrogacy Becomes More Popular, Legal Problems Proliferate, article, op.cit ,site http://www.abajournal.com

18- Sue A. Meinke, Surrogate Motherhood: Ethical and Legal Issues, Bioethics Research Library, Georgetown university Washington, p.03.site https://repository.library.georgetown.edu