

مجلة جامعة تكريت للحقوق
السنة (٢) المجلد (٢) العدد (٢) الجزء (٢)
أذار ٢٠١٨ م - رجب ١٤٣٩ هـ



عقد إشغال الرحم
تكييفه القانوني ومدى مشروعيته
(دراسة مقارنة)

م.د. إحسان أحمد رشيد

جامعة دهوك - كلية القانون والعلوم السياسية



عقد إشغال الرحم تكييفه القانوني ومدى مشروعيته (دراسة مقارنة)

م.د. إحسان أحمد رشيد

الخلاصة :

تثير الأعمال التي يفرزها التطور العلمي في المجال الطبي والبيولوجي جدلاً كثيراً في مختلف الاختصاصات لا سيما القانونية والشرعية والأخلاقية. ومن بين هذه الأعمال ما يعرف اليوم بتأجير الرحم أو الحمل البديل. ولما كانت آثار مثل هذه الأعمال تنعكس على حقوق الإنسان الذي هو محور العلاقات القانونية فإن هذا الموضوع يكتسب أهمية كبرى لتعلقه بمنظومة الأسرة التي تعتبرها الدساتير نواة المجتمع والأساس الذي يقوم عليه.

ولقد وجدت إرهابات تأجير الرحم في بعض البلدان الإسلامية والعربية وإن كانت تجري في الخفاء، ولعل الظروف في بعض البلدان الأخرى تفتح الباب على مصراعيه أمام الكثير من الأسر والنساء للجوء إلى هذه الظاهرة لا سيما في العراق ولأسباب كثيرة من أهمها العقم والتشوهات التي ترافق المواليد بسبب آثار الحروب المدمرة التي خلفت ولايات كثيرة في المنطقة.

من هذا المنطلق يحاول الباحث في هذا البحث تسليط الضوء على هذه الظاهرة في محورين مهمين جداً، الأول تكييف العملية وفيما إذا كان بالإمكان تنظيمها في عقد، وتكييف العقد بعد مقارنته بالعقود التي يمكن أن ترد على هذه العملية، والثاني هو مدى مشروعية العقد في ضوء نصوص القانون العراقي والشرعية الإسلامية الغراء.

ولأن المشرع العراقي لم يعالج هذه المشاكل في القوانين ذات العلاقة وخاصة المدني والأحوال الشخصية، ولعل القواعد العامة التي فيها لا تسعف في إيجاد حلول لكل هذه

المسائل فإن الباحث رجع إلى نصوص الشريعة الإسلامية وحاول بعد إجراء دراسة تحليلية مقارنة وبرؤية حديثة وفهم جديد أن يتوصل إلى بعض النتائج، وأهمها:

إمكانية تنظيم العملية بعقد وتسمية هذا الأخير بعقد إشغال الرحم، نظراً لكون كلمة الإشغال من الناحية اللغوية والأصطلاحية والفنية أدق من غيرها في هذا المجال، والتي في ضوء معناها يتحدد عدم مشروعية هذا العقد تأسيساً على أن الأصل في الأشياء الحل ما لم يحرم بنص، خلافاً للبضع وما في حكمه حيث الأصل فيه التحريم ما لم يحلل بنص. وإشغال الرحم ينطوي على حمل غير مشروع، ومعنى هذا أنه حتى في حالة الزوجة الثانية لا يمكن لها أن تقوم بإشغال رحمها بجنين ضررتها على فرض كونها زوجة للرجل إذ يحل أن يدخل مأواه في رحمها، وذلك لأن ماء الضرة غريبة عن الزوجة الثانية، وليس من مسوغ شرعي لقبول هكذا حالة من الزوجة الثانية بناءً على الأصل المذكور آنفاً.

ولهذا يعتبر هذا العقد باطلاً وفقاً للقانون العراقي لمخالفته للنظام العام، ولكن لأن هذا الأخير نسبي زماناً ومكاناً ولكون الشريعة الإسلامية أحد مصادر القانون المدني تبين لي عدم مشروعية العقد في ظل النصوص والقواعد الفقهية. أما بالنسبة لمشكلة النسب فإن الباحث لا يتردد في القول بكون الأم صاحبة البويضة هي الأم الحقيقية وإليها ينسب الطفل وذلك بناءً على فهم جديد لنص القران "إن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم" والذي يترأى للباحث أنه حجة على من استند إليه في الحكم بأومة صاحبة الرحم لا لهم. وأخيراً نقول حيث إن النصوص التشريعية متناهية والتطورات لا تنتهي عندها لهذا يا حبذا لو أن المشرع العراقي وغيره أخذ بمواكبة هذه التطورات الحديثة منعاً للتأويلات التي قد يؤدي إلى الكثير من الإرباك لا سيما في سوح القضاء في ظل غياب تشريعي لمعالجة هذه المسائل.

Abstract :

Scientific progress in the medical and biological domain raises a lot of controversy in various disciplines, especially legal, religious and ethical. These include what is now known as uterine or alternative pregnancy. Since the effects of these acts are reflected in human rights, which are at the axis of legal relations, this issue is of great importance in relation to the family system which constitutions consider to be the nucleus and the basis of society. In some countries, conditions may be created for families and women to resort to this phenomenon, especially in Iraq, for many reasons, including infertility, devastating wars that have left many problems in the region.

In this context, the researcher tries to shed light on this phenomenon in two important axes. First, adapting the process and whether it can be organized into a contract, adapting the contract after comparing it to contracts that can respond to this process in Iraqi law and Islamic law, since the Iraqi legislator did not address these problems in the relevant laws, especially civil and personal, and perhaps general rules that do not help in finding solutions to all these issues, the researcher returned to the texts of Islamic law and tried - after conducting a comparative analytical study, with a modern vision and a new understanding - to arrive at some results, the most important:

The possibility of organizing the process through the contract

and naming contract of occupancy of uterine, because the word (occupancy) linguistically and terminologically is more accurate in this area, which in the light of its meaning the illegality of this contract is determined, based on rule: the thing is originally permissible unless it is forbidden by text. While the vagina is originally forbidden unless permitted by text. This means that even in the case of the second wife, she cannot occupy her womb with a fetus. It is legitimate to accept such a case from the second wife based on the above mentioned origin.

Therefore, this contract is invalid according to Iraqi law for violation of public order, but because the last is relative time and place, and because Islamic law is one of the sources of civil law, It appears the illegality of the contract under the texts and jurisprudential rules. As for the problem of descent, the researcher does not hesitate to say that the real mother is the owner of the egg, based on a new understanding of the text of Koran, "Non can be their mothers accept those who gave them birth". Finally, we say that the legislative texts are endless and that developments do not end. So, preferably the Iraqi legislator and others take these recent developments in order to prevent interpretations that may lead to much confusion, especially in the absence of legislation to deal with these issues.

مقدمة :

تفرز التطورات العلمية في المجال الطبي أعمالاً جديدة تثير جدلاً كثيراً لدى مختلف الاختصاصات لا سيما القانونية والشرعية والأخلاقية. ومن بين هذه الأعمال ما يعرف اليوم بتأجير الرحم أو الحمل البديل. فقد أصبحت إجارة الأرحام واقعاً لا يجد المجتمع الإنساني منها فكاكاً في هذا العصر، مما يتطلب تدخلاً من قبل الجهات المعنية لبيان أحكامها، وهذا ما حدا بالبلدان المتقدمة في هذا المجال أن تعالج هذا الأمر لإيجاد حلول قانونية للمشاكل المترتبة على ذلك سواءً على المستوى التشريعي أو القضائي.

وأياً كانت الأسباب وراء تأجير الرحم فقد وجدت إرهاصات له في بعض البلدان الإسلامية العربية وإن كانت تجري في الخفاء، مما دفع جانباً من الفقه إلى بيان بعض أحكامه من الناحية القانونية والشرعية في بعض المحاولات التي لم تكن وافية لجمع شتات أحكام هذا الموضوع الحيوي.

ولعل الظروف تُلجئ الكثير من الأسر إلى هذه الظاهرة لا سيما في العراق ولأسباب كثيرة من أهمها العقم والتشوّهات التي ترافق المواليد بسبب آثار الحروب المدمرة التي خلفت ولايات كثيرة في المنطقة لا سيما وأن الدراسات تبين أن نسبة لا بأس منها من نساء العراق مصابات بما لا يسمح للحمل أن يستمر معهن نتيجة معاناتهن من مشاكل صحية عموماً وفي الرحم خصوصاً مما يزيد من ظاهرة العقم لديهن.

خلفية الدراسة:

بدأت أوروبا والولايات المتحدة الأمريكية تشهد عمليات الأرحام المستأجرة منذ الثمانينات من القرن الماضي حتى أصبحت منظمة في شكل شركات ووكالات لتأجير الأرحام. وقد أنشئ أول مركز لذلك في فرانكفورت بألمانيا تبعها في ولايات ميتشيغان ولوس أنجلوس وكاليفورنيا الأمريكية. أما الهند فقد تحولت على مدار العقد الماضي إلى واحدة من

أبرز البلاد النشطة في هذا المجال، بل وأطلق البعض عليها «عاصمة تأجير الأرحام عالمياً» مع وصول قيمة نشاط «سياحة الخصوبة» إلى أكثر من ٥٠٠ مليون دولار سنوياً. ولعل من بين أسباب اللجوء إلى هذا العمل عدم تمكن الزوجة من حمل الجنين لعدم صلاحية رحمها أو لأستأصاله بعملية جراحية في وقت تحتفظ الزوجة بأسباب الذرية مما لا يمنعها عن الإنجاب سوى رحم حاضن، وربما تدفع بعض النساء دوافع اقتصادية للحصول على المال مقابل ذلك فقد بلغت قيمة إيجار الرحم إلى حوالي ١٧ ألف دولار دُون في العقد المبرم بين المركز وبين المرأة مما يعني فتح الباب أمام النساء وخاصة العوائل الفقيرة في العالم الثالث لاستضافة الأجنة في أرحامهن لتصبح بضاعة للبيع والإيجار يستغلها الأغنياء، وربما تكون دوافع بعض النساء التخلص من مشاكل الحمل وآلام الوضع.

أهمية البحث:

لما كانت آثار مثل هذه العمليات تنعكس على حقوق الإنسان الذي هو محور العلاقات القانونية فإن هذا الموضوع يكتسب أهمية كبرى لتعلقه بمنظومة الأسرة التي تعتبرها الدساتير نواة المجتمع والأساس الذي يقوم عليه. وذلك لأن هذه العمليات تتم في إطار عقد مما يؤدي إلى مشكلات إجتماعية وقانونية واسعة بحسب الكثير من الفقهاء، عليه فقد تصدى البعض لإيجاد حلول قد لا تكون بعضها وافية أو كافية، وربما بعض الآراء لم يكن له الأساس الصحيح. لا سيما وأن القانون العراقي لم يعالج هكذا مسألة من قبل.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في التكييف القانوني للإنجاب بنظام الرحم البديل ومدى مشروعية العقد الذي يبرم لإجراء هذه العملية، وليس هذا بالأمر الهين لمساسه بالكثير من الثوابت الإسلامية والمبادئ التي تعتبر من قبيل النظام العام والآداب وغيرها من القواعد.

فرضية البحث:

نظراً لأن هذا الموضوع قد طرح من قبل بعض الباحثين وقد استعملوا عبارة تأجير أو إجارة أو استئجار الرحم وذكروا عدداً من الحالات التي يتم فيها عمليات الانجاب المساعد، فإننا نضع فرضية في هذا البحث وهي حالة وجود زوجين يرغبان في الحصول على طفل لهما ولكن في غير رحم الزوجة صاحبة البويضة سواء كان الرحم لزوجة أخرى أم لأمراة غريبة عن الزوج.

أهداف البحث:

تهدف هذه الدراسة إلى بيان تكييف هذه العملية وحكمها في ضوء التسمية التي نحاول إطلاقها عليها، وبيان الأساس الدقيق لذلك الحكم في ضوء الآراء المختلفة فيه، ومن الأهداف أيضاً محاولة توظيف الكلمة القرآنية في خدمة النظام القانوني وبيان مدى دقتها ومواكبتها للتطورات الحديثة.

منهجية البحث:

ولحداثة هذا الموضوع بالنسبة للبلدان الإسلامية والعربية ومنها العراق ولعدم مواكبة تشريعاتها الموجودة لتلك التطورات مما جعل الباحث يعتمد في كتابة هذا البحث على منهج التحليل المقارن، مستعينا باللسان العربي الذي به نزل القرآن الكريم ونطق الرسول الأمين، وبالقواعد الفقهية التي في ظلها كان الفقيه ينظر إلى المسائل المستجدة، ومناقشة الآراء التي قيلت في هذا الصدد وبيان مواضع النقد لدى أصحابها.

خطة البحث:

تتطلب دراسة هذا الموضوع تقسيم البحث إلى مبحثين، وعلى النحو الآتي:

المبحث الأول: تكييف عملية تأجير الرحم.

المبحث الثاني: مدى مشروعية عقد إشغال الرحم.

وختمنا البحث بخاتمة بيّنا فيها أهم ما توصلنا إليها من استنتاجات وتوصيات.

المبحث الأول

تكييف عملية الإنجاب عن طريق رحم غير صاحبة البويضة

إذا افترضنا أن تأجير الرحم يفقد الغرض العلاجي بالمعنى الكامل لهذا الأخير فهو في الحقيقة لا يعني إلا إحلال امرأة محل امرأة أخرى في القيام بأخطر مراحل دورها في عملية الإنجاب، ففي هذه الفرضية التي لا يمكن تطبيق قواعد العمل الطبي عليه للقول بمشروعية التصرف يثور التساؤل عن الطبيعة القانونية للعلاقة بين صاحبة الرحم والزوجين صاحبي البويضة المخصبة؟

اختلف الرأي حول مدى تمتع هذه العلاقة بوصف العقد وتوافر مقوماته فيها من عدمه، فثمة من يذهب إلى عدم اعتبار كون هذه العلاقة عقداً من حيث إنه ليس إلا مجرد تفاهم على وضع معين لا يرتب أي التزامات على عاتق الطرفين، لذلك لا يعدو الأمر مجرد تنظيم غير ملزم لعملية الحمل ومصير المولود بعد ولادته وليست فيه ثمة عقد. بينما هناك اتجاه يذهب إلى أن العقد - أي عقد - ينعقد بمجرد تبادل طرفيه التعبير عن ارادتين متطابقتين يمثلان الإيجاب والقبول^(١)، وهذا الاتجاه قد لا ينسجم مع أحكام القانون المدني العراقي الذي تسوده النزعة الموضوعية التي تتميز بأن ارتباط الإيجاب بالقبول يجب أن يكون على وجه يثبت أثره في المعقود عليه لا لمجرد انشاء التزامات بين الطرفين^(٢). وسنرى إذا ما كان هذا سيتحقق في العملية محل البحث أم لا؟

وأهمية تكييف تصرف ما بالعقد تتجلى في أن العقد يعتبر نظاماً فذاً وعلاقاً من أنظمة القانون، ويعد بعد القانون نفسه أهم الأنظمة التي تستظل بظله. وهو أكثر الأنظمة القانونية شيوعاً في حياة الناس وأقدمها منذ أن اجتمعوا وشعروا بضرورة التعامل مع غيره لتأمين

^١ ينظر: عرض الخلاف لدى: د. محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية، وحدوده الشرعية، ط١، ذات السلاسل، القاهرة، ١٩٩٠، ص ٢٦٥، والمصادر التي أشار إليها.

^٢ المادة ٧٣ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

الحاجات اللازمة^(١). والعقد له الأثر الأساسي الأعظم في دنيا المال بين الناس، ولكن نظام العقد . على جليل خطره في مجال المال . يتجاوز إلى غيره من مظاهر الحياة، فهو . مثلاً . السبيل إلى إنشاء هذا الرباط المقدس^(٢) بين الرجل والمرأة والمتمثل في الزواج^(٣). ولا يقف أثره

^١ ينظر: د. عاطف النقيب، نظرية العقد، منشورات عويدات، ط١، بيروت، ١٩٨٨، ص ٣٧.

^٢ لقدسية رباط الزواج يرى البعض أن الله تعالى أطلق عليه في كتابه الكريم لفظ الميثاق ووصفه بالغليظ لأهميته، حيث قال تعالى "وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً" سورة النساء / الآية ٢٠، ينظر: د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، دراسة مقارنة بالقانون، ط٢، مطبعة اراس، أبريل، ٢٠١٠، ص ١٣. ويؤيد الباحث هذا الرأي لأن الميثاق الغليظ أطلق في القرآن الكريم على الرسالات السماوية التي بعث الله تعالى بها رسله تترأ، ولا يخفى على أحد عظم مسؤولية هذه المهمة المنوطة بالرسول. يقول الله تعالى "وإذ أخذ الله من النبيين ميثاقهم" سورة آل عمران / الآية ٨١، ويقول تعالى "وإذ أخذنا من النبيين ميثاقهم ومنك ومن نوح وإبراهيم وموسى وعيسى بن مريم وأخذنا منهم ميثاقاً غليظاً". سورة الأحزاب / الآية ٧.

^٣ الزواج عقد يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع جاعلاً لكل منهما حقوقاً والتزامات على الآخر، ويدخل في هذا المعنى اقتران الرجل بالمرأة للاستئناس والتناسل. ينظر: د. محمد يوسف موسى، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، ١٩٥٨، ص ٣٧. وفي الوقت الذي شاع فيه استعمال الزواج أكثر من غيره من المصطلحات فإن كتب الفقه الإسلامي تنظم هذه المسألة تحت باب النكاح، والنكاح لغة هو الضم والجمع وشرعاً هو جمع وضم مخصوص المراد به حقيقة الوطء لأن الزوجين حالة الوطء يجتمعان وينضم كل واحد منهما إلى صاحبه حتى يصيرا كالشخص الواحد. ينظر: عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج ٣، دار الدعوة، اسطنبول، ١٩٩٦، ص ٨١. أما المشرع العراقي فقد ذكر الزواج في قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، وبين كونه بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته انشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل. (المادة ٣/ ف ١).

على النطاق الداخلي للدولة بل يتعدى إلى نطاق ما بين الدول انفسها عن طريق المعاهدات التي من أهم خصائصها أنها ذات صفة تعاقدية^(١).

وإذا كان المشرع العراقي - على غرار المشرعين الوضعيين - يضع للأعمال غير المباحة نصوصاً مقتضبة أقام عليها نظام المسؤولية، فقد جاء بنصوص كثيرة نظم بها العقد في إنشائه وإبطاله وتنفيذه وإنهائه، ولأهمية بعض العقود وتداولها في الحياة العملية كثيراً فإن المشرع يتولى تنظيمها بشكل خاص ويخصها باسم معين، وتسمى هذه العقود بالعقود المسماة تمييزاً لها عن العقود غير المسماة التي لا ينظمها المشرع لقلّة شيوعها بين الناس في معاملاتهم فتخضع للقواعد العامة التي وضعت لسائر العقود^(٢)، والمشرع إذ لا يرى ضرورة لتفصيل أحكام العقود غير المسماة فإنه وحسب الرأي الراجح في الفقه فإنه لا حصر للعقود غير المسماة استناداً إلى مبدأ حرية الإرادة في إنشاء ما تريد هذه الأخيرة من العقود في حدود النظام العام والآداب^(٣).

^١ المعاهدة هي اتفاق مكتوب بين شخصين أو أكثر من الأشخاص الدولية من شأنه أن ينشئ حقوقاً والتزامات متبادلة في ظل المعاهدة هي اتفاق القانون الدولي العام مهما كانت الصيغة التي كتب بها ومهما تعددت الوثائق التي تضمنته، بغض النظر عن الاسم الذي يطلق عليه. والاتفاقية تعبر عن النقاء إرادات موقعيها على أمر ما، فهي ذات صفة تعاقدية الغرض منها إنشاء علاقة قانونية بين الأطراف المتعاقدة. ينظر: د. محمد عزيز شكري، مدخل إلى القانون الدولي العام، ط٤، مطبعة جامعة دمشق، مديرية الكتب الجامعية، دمشق، ١٩٩٠، ص ٤١٥-٤١٩.

^٢ عدد المواد التي نظم بها المشرع العراقي العقد فقط باعتباره مصدراً للالتزام حوالي ١١٠ مواد مقارنة بغيرها من المصادر حيث عالج كلها في ٦٢ مادة فقط. أما العقود المسماة فقد عالجها في ٥٩٢ مادة، مع ملاحظة أنه قد حذفت ٥٨ مادة متعلقة بعقد الشركة، فإذا كان عدد مواد القانون المدني العراقي ١٢٦٣ مادة بعد حذف ٥٨ مادة متعلقة بعقد الشركة و ٦٢ مادة متعلقة بآثار الالتزام فإن هذا يعني أن المواد التي عالجتها العقد يربو عددها على نصف مواد القانون المدني.

^٣ د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع، الإيجار، المقاولة، مديرية دار الكتب، الموصل، ١٩٨٩، ص ٧.

ورغم ذلك فليس في وسع أي مشرع ان يحيط بكل ما يطراً على الواقع من مشاكل ومستجدات، لذلك نجده يترك للقاضي إعمال فكره ليجد حلولاً لها في ضوء مبادئ تفسر النص أو تكمله دون أن تخرج عنه في مبناه أو تشوّهه في معناه^(١). وإذا كانت للإرادة الحرية في إبرام ما تشاء من العقود وفقاً لحاجات أصحابها في مختلف المجالات فإن أخطر ما يبرز فيه دور العقد بسبب التقدم العلمي الكبير هو مجال علوم الطب والبيولوجيا وخاصة في تقنية الإنجاب المساعد (ART) Assisted Reproductive Technology^(٢) التي تطورت خلال فترة قصيرة لتقدم لنا العديد من العمليات المتعلقة بجمع الحيوانات المنوية وحفظها والبويضات الناضجة، وخرن الأجنة (تجميدها) ونقلها وهبتها، والأمومة البديلة، والحمل المتنوع وغيرها.

وال (ART) يمكن أن يظهر في عدة صور تختلف باختلاف الاعتبار الذي ينظر إليه، فبحسب مكان التلقيح هناك تلقيح صناعي داخلي وخارجي، وبحسب النطفة هناك تلقيح ذاتي بأن تكون عناصر التناسل من الزوجين سواء أكانت الزوجية قائمة أم لا، وتلقيح أجنبي بأن تكون عناصر التناسل أجنبية عن أحد الزوجين أو كليهما. وبالنظر إلى مكان احتضان

^١ ينظر: د. عاطف النقيب، المصدر السابق، ص ٣٧ و ٣٨.

^٢ حيث وجدت أسباب كثيرة دفعت العلماء والباحثين إلى إيجاد طرائق جديدة تساعد على الإخصاب والحمل، والإنجاب يتم بصورة صناعية أي دون حصول جماع - من غير أن تحول دون الاستمتاع باللذة عن طريق الاتصال الجنسي بين الطرفين - وهذه الطرائق تعتمد تماماً على مبادئ من العلوم الآتية: القانون، الفيزياء، الكيمياء الحياتية، الغدد الصم، الصيدلة وتركيب العقاقير والجينات البشرية.

See: Hamid Arshat, Ethics in Assisted Human Reproduction – MED J MALAYSIA
VOL 44 NO 1 MARCH 1989, at online:

<<http://www.mma.org.my/Portals/0/MED%20J%20MALAYSIA%20VOL%2044%20NO%201%20MARCH%201989.pdf>> last visited: (Oct. 12, 2010)

البويضة المخصبة فهناك ثلاث حالات وهي رحم الزوجة صاحبة البويضة ورحم زوجة أخرى، ورحم امرأة أجنبية^(١).

ويرى الباحث أن جميع هذه الأساليب لا تخرج عن كون عناصر التناسل الأساسية (الحimen و البويضة) والمساعد (الرحم) إما عائدة للزوجين أو إنها أجنبية عن أصحابها أو كون أحدها أجنبياً عن الزوجين أو عن الزوج عند استعمال رحم زوجة ثانية أو عائداً لغير المرأة كأن يزرع في بطن الرجل^(٢)، وقد يكون الرحم صناعياً بحيث يتم عملية الحمل كله خارج رحم المرأة في عملية تسمى ECTOGENESIS^(٣).

ومن هنا يأتي دور إرادة الأطراف تحت مظلة حرية التعاقد للحصول على طفل باستعمال وسيلة الرحم البديل أو الأمومة البديلة، والعقد الذي بموجبه كانت تتم هذه العملية

^١ د. حسني محمود عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام، بين الحظر والإباحة، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ١٠-١٣.

^٢ وردت في جريدة البيان الإماراتية مقالة ذكرت حصل في بريطانيا أول حالة حمل ذكري في التاريخ، حيث تم زرع الجنين في أحشاء رجل يدعى (لي). وقال طبيبه أن (لي) شعر بحالة الوحم مثل النساء الحوامل وأن الولادة ستتم عن طريق عملية قيصرية وإن حالة الجنين كانت طبيعية جداً. ينظر: مصطفى خليفة، (لي أول رجل يحمل جنيناً)، جريدة البيان الإماراتية، الخميس ٢٠ ذي الحجة ١٤٢١ هـ الموافق ١٥ مارس ٢٠٠١ على الموقع الآتي:

<<http://www.albayan.co.ae/albayan/2001/03/15/mnw/56.htm>> Last visited (Dec. 5, 2002).

³ See: Craig A. Butler, Ectogenesis solution to abortion, Daily Lobo (U.New Mexico) Feb. 20, 2002, at online: <<http://www.dailylobo.com/>> Last visited (May 5, 2003). See also:

International web site of (ECTOGENESIS) at online:

<<http://www.stanford.edu/dept/HPS/ectogenesis/introduction.html>> Last visited: (July 25,2003).

يسمى عند أغلب الباحثين والكتاب بعقد تأجير الرحم أو إجارة الرحم. من هذا المنطلق سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتكلم في الأول منه عن مدى صحة تسمية العقد بإجارة أو تأجير الرحم، وفي المطلب الثاني سنحاول بيان التسمية المناسبة للعقد.

المطلب الأول: مدى صحة تكييف العملية بعقد إجارة الرحم أو تأجير الرحم

يتراءى للقارئ من هذه التسمية لأول وهلة أن موضوع عقد تأجير أو إجارة الأرحام مشابه لموضوع عقد الإيجار. ولهذا السبب لا بد من بيان معنى الإجارة ومدى امكانية تسمية هذا العقد بهذه التسمية، وأهمية هذه المسألة تكمن في تكييف العقد هل هو عقد مسمى أو عقد غير مسمى، لأنه من القواعد الفقهية المختلف فيها هي قاعدة (هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها أو بهما معاً) حيث إن اللفظ قد يتضمن حكماً ويكون المعنى متضمناً لحكم آخر^(١)، وإذا كان المشرع العراقي قد أنهى هذا الخلاف حيث نص على أنه "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"^(٢). فإن المسألة لا تنتهي عند هذا الحد، لأن المتعاقدين قد يخطئان في التكييف وقد يتعمدان إخفاء العقد الحقيقي تحت اسم العقد الظاهر^(٣).

و المشرع العراقي عرّف العقد بأنه "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه"^(٤)، وبهذا جرى الفقه الإسلامي الذي تسوده والفقهين الألماني والإنكليزي النزعة الموضوعية المتمثلة في إثبات أثر العقد على المعقود عليه أي بتغيير المحل من حالة إلى حالة خلافاً للنزعة الذاتية التي تسود الفقه اللاتيني

^١ د. عبد العزيز محمد عزام، القواعد الفقهية، دار الحديث، للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٣٧٠ وما بعدها.

^٢ الفقرة الأولى من المادة ١٥٥ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

^٣ د. جعفر الفضلي، المصدر السابق، ص ٩.

^٤ المادة ٧٣ من القانون المدني العراقي.

المأخوذ من القانون الروماني والمتمثلة في إنشاء التزامات شخصية في جانب المتعاقدين^(١). وعموما يعدّ العقد بموجب النزعة الموضوعية لإدراك مقاصد شرعية عامة وبموجب النزعة الذاتية يعتبر أداة لتحقيق مصلحة شخصية لكل من المتعاقدين^(٢).

لما تقدم نقول إن إجارة الرحم سواء لم يكن عقداً أو كان بالإمكان القول بتقدير كونه عقداً ولكن مهدداً بالبطلان لسبب ما فالأمر هنا سواء، لأن النتيجة المترتبة على كلا الحالتين هي نفسها. أما القول بأنه عقد جائز حسب اختلاف الآراء فإن الأمر حينئذ يدخل في إطار عقدي، لذلك سنجاري من يستعمل عبارة (عقد إجارة الأرحام) وبالتالي تحليل هذه العبارة ومدى إمكانية تسمية هذا العقد بعقد إجارة، أو عقد مسمى آخر حسب القانون العراقي.

أما الإجارة فهي اسم من أجّر يأجر، وهو ما أعطيت من أجر، وأجر يأجر المملوك فهو مأجور، وأجره (على وزن أفعل) يؤجر إيجارا ومؤجرة تقول آجرت عبيد أوجره إيجاراً فهو مؤجر ولا يقال مؤاجر لأنه خطأ وقبيح^(٣)، والأجر الجزاء على العمل، والأجر الثواب^(٤)، والأجرة الكراء، وأجر المرأة مهرها^(٥)، وآجرت البغية نفسها مؤجرة إذا أباحت نفسها بأجر،

^١ د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج ١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بلا سنة، ص ٧٧.

^٢ د. حسني محمود عبد الدايم، المصدر السابق، ص ٤٠.

^٣ ينظر: العلامة جبار الله أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري، أساس البلاغة، دار صادر، بيروت، ١٩٧٩، ص ١٢.

^٤ ومنه حديث أم سلمة مما رواه الإمام مسلم عن رسول الله ﷺ أنه قال "ما من عبد تصيبه مصيبة فيقول إنا لله وإنا إليه راجعون، اللهم أوجرنني في مصيبتني واخلف لي خيراً منها إلا أجره الله تعالى في مصيبته وأخلف له خيراً منها". راجع: الإمام محي الدين يحيى بن شرف النووي، رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين، مؤسسة المعارف، بيروت، ٢٠٠٤، باب ما يقال عند الميت وما يقوله من مات له ميت، رقم الحديث ٩٢٣، ص ٢١٧.

^٥ يقول الله تعالى "يا أيها النبي إنا أحلنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن". سورة الأحزاب / الآية ٥٠.

وأجر الإنسان واستأجره، والأجير هو المستأجر ويجمع على أجراء، تقول استأجرت الرجل فهو يأجرني أي يصير أجيرياً^(١).

نستنتج من المفهوم اللغوي لـ (أجر) أن الاستئجار مشتقة من المؤجرة التي تعني تملك منافع مقدرة بمال، والاستئجار تملك ذلك. أما الإجارة^(٢) فمشتقة من الأجر وهو العوض والثواب.

أما اصطلاحاً فقد عرفت الإجارة شرعاً بأنها بيع المنافع وقيل إنها عقد على المنافع بعوض^(٣)، وهناك من يعرف الإجارة بأنها تملك منفعة بعوض^(٤)، وعرفت أيضاً بأنها عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبدل والإباحة بعوض معلوم وضعاً^(٥).

ومحترزات هذا التعريف، هي أنه يخرج بقولهم: (منفعة) العين لأن العقد عليها بيع وهبة، وبهذا فالإجارة تملك أيضاً ولكن على المنفعة. ويخرج بالمنفعة أيضاً النكاح لأن الأخير يملك به الانتفاع لا المنفعة والفرق بين هذا الأخير وبين الانتفاع هو جواز تملك

^١ ينظر: العلامة محمد بن مكرم بن علي الانصاري الشهير بابن منظور، لسان العرب المحيط، المجلد الأول، دار لسان العرب، بيروت، بلا سنة، ص ٢٤.

^٢ ولأن الفعل أجر ثلاثي ومصدر الفعل الثلاثي سماعي لا قياس فيه لذلك يؤثر البعض استعمال مصطلح الإيجار لأن الإجارة أسم للأجرة ولم تسمع مصدراً قط. ينظر: د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد، ج ١، ط ٢، دار الفكر، بلا مكان، بلا سنة، ص ٥٤٦.

^٣ السيد سابق، فقه السنة، المجلد ٣، ط ٢١، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، ١٩٩٩، ص ١٣٨.

^٤ العلامة السيد أبو بكر بن السيد محمد شطا الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين للعلامة زين الدين المليباري، ج ٣، دار إحياء الكتب العربية، بلا سنة، ص ١٠٩.

^٥ للمزيد ينظر: العلامة محمد الشربيني الخطيب، ج ٢، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مطبعة البابي الحلبي بمصر، بلا سنة، ص ٣٣٨، وكذلك: د. وهبة الزحيلي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، المصدر السابق، ص ٥٤٦ و ٥٤٧.

المنفعة دون الانتفاع لغير مالكةا^(١)، فالزوج وحده له أن ينتفع بالبضع ولا يستحق منفعة البضع بدليل لو أنها وطئت بشبهة كان المهر لها لا له^(٢).

وتخرج بـ(مقصودة) المنفعة التافهة وهي التي لا كلفة فيها ولا تعب كمن استأجر طعاماً ليزين به الدكان. وتخرج بـ(معلومة) المضاربة والجمالة على عمل مجهول. وتخرج بـ(قابلة للبذل) منفعة البضع لأن العقد عليها لا يسمى إجارة. وتخرج بـ(الإباحة) إجارة الجواري للوطء. وتخرج بـ(بعوض) هبة المنافع والوصية بها والشركة والإعارة^(٣). وتخرج بـ(معلوم) الجمالة على عمل معلوم بعوض مجهول وكذلك المساقاة لأن العوض فيها مجهول. وتخرج بـ(وضعاً) الجمالة على عمل معلوم بعوض معلوم^(٤).

وفي الفقه الإسلامي الإجارة حسب المعقود عليه نوعان هما إجارة على المنافع كإجارة الدور والثياب والسيارات وغيرها، وإجارة على الأعمال، وهذه الأخيرة تهمنا لأنها تعني العقد على عمل معلوم كخياطة قميص وصباغة ثوب وغيرها، ويسمى الملتزم بالعمل أجيراً، والأجير نوعان: مشترك وهو الذي يعمل لعامة الناس كالحداد، وحكمه أنه لا يجوز لمستأجره

^١ فتمليك الانتفاع نريد به أن يباشر هو بنفسه فقط وتمليك المنفعة هو أعم وأشمل فيباشر بنفسه ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالإجارة وبغير عوض كالعارية. ينظر: الامام شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق، ج ١، قاعدة تمليك الانتفاع وبين قاعدة تمليك المنفعة، عالم الكتب، بلا مكان، بلا سنة، ص ١٨٧.

^٢ العلامة السيد أبو بكر بن السيد محمد شطا الدمياني، المصدر السابق، ص ١٠٩.

^٣ وتمليك المنافع بعوض إجارة، وبغير عوض إعارة. ينظر: الشريف علي بن محمد الجرجاني، كتاب التعريفات، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٨٣، ص ٢.

^٤ للمزيد ينظر: العلامة محمد الشربيني الخطيب، ج ٢، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مطبعة البابي الحلبي بمصر، بلا سنة، ص ٣٣٨، وصالح أحمد الشامي، المهذب من إحياء علوم الدين، ج ١، ط ١، دار القلم، دمشق، ١٩٩٣، ص ٣٤١.

أن يمنعه عن العمل لغيره، وخاص وهو الذي يعمل لشخص واحد مدة معلومة، وحكمه أنه لا يجوز العمل لغير مستأجره^(١).

وهنا تتور مسألة الظئر التي تستأجر للإرضاع^(٢)، فالمرأة التي تقوم بإرضاع طفل هي بمنزلة الأجير الخاص، لذا لا يجوز لها أن ترضع طفلاً آخر معه وإلا أثمت وأساءت إن كان في ذلك ضرر للطفل الأول، أما أجراها فعلى إرضاع هذا الأخير ثابت بنص القران لقوله تعالى "وإن أرتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا سلمتم ما آتيتم بالمعروف"^(٣). أما على إرضاع الطفل الثاني فبالاستحسان لأن المعقود عليه مطلق الإرضاع، والقياس ألا أجر لها لأن العقد وقع على عملها فلا تستحق الأجر بعمل غيرها^(٤)، ولا يشترط الفقه أن تقوم المرأة بإرضاع الطفل بنفسها بل يمكن لها أن تعطيه لأمرأة أخرى تقوم بإرضاعه لأن الغرض من الإجارة غذاء الطفل وقد تحقق ذلك بعملها. وتنتقض الإجارة بوفاة الطفل لا بوفاة أبيه لأن العقد عقد للطفل، ولو قامت المرأة بإرضاع الطفل بلبن شاة أو غذته بطعام ومضت المدة، فلا أجرة لها لأنها لم تف بالتزامها الذي هو الإرضاع^(٥). والقائلون بجواز عملية إجارة الأرحام قاسوها على مسألة الظئر في الرضاعة.

^١ د. وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ص ٥٨٠ و ٥٨٣.

^٢ ينظر: العلامة محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الدين السرخسي، المبسوط، مج ٥، ج ١٥، ط ١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ٢٠٠٢، ص ١٢٠ و ١٢١.

^٣ سورة البقرة / الآية ٢٣٣

^٤ د. وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ص ٥٨٤

^٥ د. محمد رضا عبد الجبار العاني والسيد ابراهيم فاضل الدبو، فقه المعاملات والجنايات، ج ١ المعاملات، ط ١، بيت الحكمة للنشر والترجمة والتوزيع، بغداد، ١٩٨٩، ص ٢٣١

أما قانوناً فقد عرف المشرع الفرنسي الإيجار على وجهين هما إيجار الأشياء وإيجار العمل^(١). كما فرّق المشرع الألماني بين إيجار الاستعمال الذي يرد على الأشياء فقط، وإيجار الاستغلال الذي جعله خاصاً بعمل الإنسان إما في ذاته أو بنتيجته^(٢). أما المشرع المصري فقد عرف عقد إيجار الأشياء^(٣)، وسأيره في ذلك المشرع العراقي الذي عرّف عقد الإيجار بأنه "تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة وبه يلتزم المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور"^(٤).

واليوم هجر أغلب الفقه وكثير من التشريعات فكرة كون العمل محلاً لعقد الإيجار باعتباره سلعة، وبسبب تبدل النظرة الاقتصادية للعمل الذي يقوم به الإنسان، مما حدا بالكثير من التشريعات الحديثة إلى الفصل بين عقود الإيجار التي أصبحت خاصاً بالانتفاع بالأشياء، وبين عقد العمل وعقد المقاولة اللذين يردان على العمل. وهكذا أصبح الإيجار إذا أطلق لم يرد به إلا إيجار الأشياء^(٥).

^١ المادة ١٧٠٨ من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل، وعرفت المادة ١٧٠٩ عقد إيجار الأشياء، أما المادة ١٧١٠ فعرفت عقد إيجار العمل. راجع القانون الفرنسي باللغة الانكليزية على موقع:

<http://www.Legifrance.gouv.fr/home.jsp>

^٢ عرفت المادة ٥٣٥ من القانون المدني الألماني لسنة ١٨٩٦ عقد إيجار الاستعمال، أما المادة ٥٨١ فقد عرفت عقد إيجار الاستغلال. راجع القانون الألماني باللغة الانكليزية على موقع:

http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#Section%201

^٣ عرفت المادة ٣٦٢ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ هذا العقد بأنه "عقد يلتزم به المؤجر انتفاع المستأجر بمنافع الشيء المؤجر ومرافقه مدة معينة بأجرة معينة".

^٤ المادة ٧٢٢ من القانون المدني العراقي.

^٥ د. جعفر الفضلي، المصدر السابق، ص ٣٧٨.

وهنا نقول إنه لما تأكد أن محل عقد الإيجار قانوناً هو الشيء. والشيء بمعناه القانوني هو كل موجود طبيعي يمكن التعامل به سواء بطبيعته أو بحكم القانون، ولا يكون كذلك إلا إذا كان محلاً للحق المالي الذي يعرفه البعض بالمال، وبذلك يختلف الشيء عنه سواء أكان مادياً أو غير مادي^(١). والشيء من جانب آخر هو كل ما له وجود مستقل عن وجود صاحبه، وله طبيعة غير عاقلة، فالشيء كل ما لا يعد شخصاً وهما يفترقان باعتبار أن الشخص يعتبر في عداد الما هو، والشيء في عداد الما له ولعل الشيء والمال يستعملان بمعنى واحد إذا أريد بذلك الفرق بينهما وبين الشخص، فأعضاء جسم الإنسان مثلاً تعتبر في عداد الما هو إلا إذا انفصلت منه فيعتبر بالنسبة إليه في عداد الما له^(٢).

والان هل يمكن اعتبار الرحم شيئاً حتى يمكن جعله محلاً يرد عليه الإيجار؟ وبالتالي تكليف العقد بأنه عقد إجارة؟ والجواب بالضرورة هو النفي، لأن الرحم باعتباره عضواً متصلاً بجسم المرأة يدخل تحت الحماية القانونية التي يتمتع بها الجسم الإنساني خاصة (مبدأ التكامل البشري أو معصومية الجسد البشري)^(٣)، والحكم بعدم شيئية الرحم ثابت سواء أخذنا بالمفهوم

^١ يرى البعض أنه لا طائل من تقسيم الأشياء إلى قابلة للتعامل وغير قابلة للتعامل لأنها في الحالة الثانية لا تعتبر أشياء أصلاً إلا من الناحية اللغوية، ويرى البعض أن التفرقة بين المال والشيء نظري لا جدوى منه في الواقع العملي لذا يستعملون اللفظين بمعنى واحد. ينظر: محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، العراق، ١٩٨٠، ص ١٠ و ١١، وكذلك: د. منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٥، ص ٥٢ و ٥٣.

^٢ ينظر: د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، ط ٥، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ١٩٧٤، ص ٤٥٠ و ٧٠٤، وكذلك: د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج ٢، الحق - دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، المطبعة العصرية، ١٩٧٠، ص ٥٨٠ و ٥٨١.

^٣ ينظر: د. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، ج ٢، النظرية العامة للحق، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ١٩٨٣، ص ٥٠٨ وما بعدها.

الضيق للعضو البشري الذي يقتصر على ما له وظيفة ظاهرية كالكبد والدماغ وغيرها، أم بالمفهوم الواسع الذي يشمل كل عضو للإنسان سواء أكان صغيراً أو كبيراً، متصلاً أو منفصلاً، طبيعياً أو صناعياً ما دام العضو يقوم بدوره الفيزيولوجي، وسواء كان له دور في منفعة الجسم أو في منفعة غيره على رأي البعض الآخر، بل ثمة من يدخل الجانب النفسي لدى الإنسان في الحماية القانونية^(١)، وسواء أكان في الجسم بأصل الخلقة أو منقولاً إليه أو مزروعاً فيه بشروط^(٢) منها قيامه بوظيفته الفيزيولوجية بعد الزرع^(٣).

^١ في هذه الاتجاهات ينظر كلا من : د. أحمد محمود سعد، تغيير الجنس بين الحظر والإباحة، ط١، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٣٢١، ٣٢٤ و ٣٣٠، وكذلك: د. منذر الفضل، المصدر السابق، ص ١٦ و ١٧، وكذلك: أصغر عبد الرزاق حسن الموسوي، موقف القانون الجنائي من عمليات الاستئصال البشري، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٠، ص ٥٧ وما بعده .

^٢ فمن الشروط الشرعية وجود حالة الضرورة، وطهارة العضو المغروس، والأهم الا يؤدي غرس العضو إلى محذور شرعي، وقد أجاز مجمع الفقه الإسلامي زراعة الرحم بشرط ألا تتقل معه المبايض والتي تحمل ببيضاتها الصفات الوراثية. ينظر: د. محمد أحمد مصطفى الكزني، حكم نقل وغرس الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي والقانون، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة صلاح الدين، أربيل، ١٩٩٩، ص ٩ وما بعدها.

^٣ وقد تمت فعلاً أول عملية لزراعة الرحم في السعودية حيث أعلن في ٨ مارس ٢٠٠٢ عن قيام فريق من الأطباء بمستشفى الملك فهد بالسعودية بأول عملية زراعة رحم. وكانت لامرأة في السادسة والعشرين من العمر اضطرت لاستئصال رحمها منذ ستة أعوام. ينظر: ريم مهنا، سيدات ينجن أحفادهن، مقالة نشرت في ٢٠/١١/٢٠٠٢ على الموقع الآتي:

ولهذا نقول لما كان الإيجار خاصاً بالأشياء فإن فيه جملة التزامات أهمها التزام المؤجر بتسليم الشيء المؤجر للمستأجر وتمكينه من الانتفاع به طوال مدة الإيجار^(١)، يقابله التزام المستأجر باستعمال المأجور ورده إلى المؤجر بعد انتهاء المدة^(٢)، فإن هذه الالتزامات غير متصورة أصلاً وغير متحققة أيضاً في عملية إجارة الأرحام، ذلك لأن الرحم بالاعتبار الذي بيناه يخرج من نطاق التعامل.

المطلب الثاني: تسمية العقد بإشغال الرحم

عند المقارنة بين عملية الرحم البديل وبين بعض العقود التي يمكن أن تسمى بها نجد اختلافات واضحة لا تسمح بتكييف العملية بها، ومنها عقد العمل^(٣) - الذي يقابله عقد الإيجار الوارد على العمل في الفقه الإسلامي - حيث إن مفهوم العمل ينصرف إلى أي جهد يقوم به الإنسان سواء أكان فكرياً أو تقنياً أو جسمانياً، كما أن العامل يخضع لرقابة وإشراف صاحب العمل^(٤)، وهذا لا يتصور في عملية الرحم البديل.

^١ ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، عقد الإيجار، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بلا سنة، ص ٢٢٢، و ٣٣٢ وما بعدهما.

^٢ راجع من القانون المدني العراقي: المادة ٧٤٢ عن (تسليم المأجور)، والمادة ٧٦٢ عن (استعمال المأجور) والمادة ٧٧٢ عن (رد المأجور).

^٣ عقد العمل هو "عقد يتعهد به أحد طرفيه بأن يخصص عمله لخدمة الطرف الآخر ويكون في أدائه تحت توجيهه وإدارته مقابل أجر يتعهد به الطرف الآخر، ويكون العامل أجيراً خاصاً". المادة ٩٠٠/ف ١ من ق.م.ع. وبنفس فحوى هذا التعريف جاء قانون العمل العراقي معرّفاً عقد العمل ولكن دون إشارة واضحة إلى مسألة تخصيص العامل عمله لخدمة صاحب العمل وهو ما يسمى بالأجير الخاص. راجع المادة ٢٩ من قانون العمل العراقي رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧.

^٤ د. عدنان العابد ود. يوسف الياس حسو، قانون العمل، الطبعة الأولى، دار الكتب، الموصل، ١٩٨٠، ص ٢٢٧-٢٣٠.

وتختلف عن الوديعة^(١) لأن هذه لا ترد إلا على مال منقول والهدف منها هو حفظ الشيء ورد عينه إلى صاحبه^(٢). والبويضة المخصبة ليست شيئاً بالمفهوم القانوني حتى يقال بأنه منقول، وليس عين البويضة المخصبة ترد إلى الزوجين ناهيك عن محل العقد هنا ليس حفظ الجنين بل حمله.

وتختلف عن عقد الإعارة^(٣)، لأنه لا يرد إلا على منفعة شيء غير قابل للاستهلاك ويتطلب هذا تسليم الشيء المعار إلى المستعير للانتفاع به^(٤). وقطعاً لا يتحقق هذا الأمر في عقد الرحم المستعار.

وتختلف عن الوكالة^(٥) التي محلها التصرفات القانونية والمادية، في أن العمل المادي المقصود به هو ما قام على أساس النشاط الخارجي للجسم أو الذهني لصاحبه، وليس هذا متصوراً في الرحم بالوكالة.

وتختلف عن الحضانة^(٦) من حيث بيئة الاحتضان المتمثلة بعضو الرحم وهو جزء من المرأة متصل بها ويكون الجنين متصلاً بها عن طريق الحبل السري ويتغذى وينمو بشكل

^١ الإيداع "عقد به يحيل المالك أو من يقوم مقامه حفظ ماله إلى آخر ولا يتم إلا بالقبض". المادة ٩٥٢ من ق.م.ع.

^٢ ينظر : د. محمد رضا عبد الجبار العاني والسيد ابراهيم فاضل الدبو، المصدر السابق، ص ١٧٢ و ١٧٣ و ١٧٩.

^٣ العارية "عقد به يسلم شخص لآخر شيئاً غير قابل للاستهلاك يستعمله بلا عوض على أن يردّه بعد الاستعمال ولا تتم الإعارة إلا بالقبض" المادة ٨٤٧ من ق.م.ع..

^٤ ينظر: السيد سابق، فقه السنة، ج ٣، ص ١٦٢.

^٥ الوكالة عقد به يقيم شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم". المادة ٩٢٧ من ق.م.ع.

^٦ الحضانة تعرّف بأنها عبارة عن حفظ من لا يستقل بأمره ولا يستطيع تدبير شؤونه لصغر في السن أو عته بحيث يقوم من له الحق في ذلك تربيته والقيام بمصالحه السيد سابق، فقه السنة، ج ٢، ٢١٦، وكذلك:

ذاتي دون تدخل من المرأة، كما إن الجنين يختلف من حيث طبيعته الخلوية غير المتميزة ابتداءً عن الطفل. ولا يقدح في هذا الكلام ما قام به المشرع العراقي باعتبار الجنين قاصراً كالصغير وجعل وصيه هو الوصي على المولود^(١)، لأنه قد يقال إن ثمة تشابه بين الجنين المحتضن والطفل المحضون سواء من حيث قيمته الاجتماعية أو حالاته النفسية^(٢) حتى من حيث الحالات النفسية، لكن يبقى وجه الفارق بين الحضانة وعملية الاحتضان في الرحم فيما ذكرناه إضافة إلى أن الحاضن يمكن أن يكون الرجل حسب مصلحة المحضون وهو في فرضيتنا (كون الرحم عائداً لزوج ثانياً أو امرأة أجنبية) شيء غير متحقق البتة^(٣).

الامام ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، المجلد ٢، دار الفكر، بلا مكان ولا سنة، ص ١٧١.

^١ راجع المواد ١/٣/ب و ٢/٣ و ٣٦ من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠.

^٢ بعض الفقهاء يرون أن مناط الشخصية هو القيمة الاجتماعية للكائن الذي يمنحه القانون شخصية وبالتالي لا تتناط الشخصية بالإدراك أو الإرادة، ولا بالانتفاع أو التمتع ولا بالصفة الإنسانية المجردة وذلك لإضافتها على بعض الكائنات الجماعية من الأشخاص والأموال بل وحتى الحيوان عند بعض الفقهاء المسلمين. ينظر: د. حسن كيره، المصدر السابق، ص ٥١٦. وكذلك راجع بصدد الحالات النفسية: سونيا هانت وجينيفر هيلتن، نمو شخصية الفرد والخبرة الاجتماعية، ترجمة وتقديم، د. قيس النوري، ط ١، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، العراق، ١٩٨٨، ص ٦٨ وما بعدها، وكذلك: د. زيدان عبد الباقي، الأسرة والطفولة، دار الشباب للطباعة، مكتبة وهبة، القاهرة، ١٩٨٠، ١١٩، وكذلك: دحام الكيال، دراسات في علم النفس، ط ٣، مكتبة الشرق الجديد، بغداد، ١٩٧٧، ص ٦٨ و ٦٩.

^٣ ومع هذا لا يستبعد حصول حمل لدى الرجال وذلك في التجويف البطني ذي الغشاء البروتيني المشابهين لهما عند المرأة، إضافة إلى أن بعض الدراسات تشير إلى أن الجنين كائن مستقل يمكنه أن ينسج ما يحيط به من الأنسجة والأغشية التي تمده باحتياجاته وذلك في أي موضع ثري بالغذاء والدماء وليس بالضرورة أن يكون هذا المكان هو الرحم. ينظر: د. السيد محمود عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر، ط ١، بلا مكان، ٢٠٠٢، ص ٦٣٠، والمصادر المشار إليه في الهامش.

وتختلف عن عقد الشركة^(١) من حيث العمل الذي يصح اعتباره حصة في شركة^(٢) فهو العمل الفني ذو النشاط الخارجي، وكذلك الغرض من الشركة مادي بحت وهي تحقيق الربح المتمثل في كل كسب مالي أو مادي ينضاف إلى ثروة الشركاء^(٣). وهذان أمران نادرا التصور في عملية الأمومة المشتركة.

كما تختلف عن عقد الهبة لأن الهبة تملك مال لآخر بلا عوض، ولما كان يشترط وجود الموهوب وقت الهبة ويلزم أن يكون معيناً مملوكاً للواهب^(٤)، فإنه لا ينطبق هذا على العملية موضوع البحث لأن الجنين ليس بمال ولا بشيء، ثم إن صاحبة الرحم عندما تهب الطفل للزوجين فإنها لا تملك الطفل على فرض التملك هنا، لأن الطفل منذ كونه جنيناً عائداً للزوجين وكل ما تفعله هو رده إليهما.

وتختلف أيضاً عن عقد المقاولة^(٥) سواء كانت المادة مقدمة من المقاول (استصناع) أم من رب العمل فيسمى المقاول أجيراً مشتركاً^(٦). في أن البويضة المخصبة تخرج عن كونها

^١ عقد الشركة " هو عقد يلتزم به شخصان أو أكثر بان يساهم كل منهم في مشروع اقتصادي بتقديم حصة من مال أو من عمل لاقتسام ما ينشأ عنه من ربح أو خسارة ". المادة ٤ / أولاً، من قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل. وهو نفس النص للمادة ٤ / ف ١ - من قانون الشركات العراقي رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ الملغي.

^٢ بالإمكان أن تكون الحصة المقدمة من قبل أحد الشركاء عملاً ينظر: د. أكرم ياملكي، الطبيعة القانونية لأسهم الشركات، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية الصادرة عن كلية الحقوق في جامعة بيروت العربية، العدد ٧، تموز، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ٢٠٠١، ص ٣٦٧.

^٣ ينظر: د. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، دارالمطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٣١، و ٣٢ و ٣٥.

^٤ المادة ٦٠١ / ف ١ و المادة ٦٠٩ / ف ١ من القانون المدني العراقي.

^٥ المقاولة "عقد به يتعهد أحد الطرفين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر". م/٨٦٤ من. ق.م.ع.

^٦ المادة ٨٦٥ / الفقرتان أ - ب من القانون المدني العراقي.

مادة بالمعنى المطلوب هنا، كما إن العملية موضوع البحث لا يكون استصناعاً بالضرورة لأنه على فرض أن البويضة المخصبة هي مادة فإن صاحبة الرحم لا تقدمها، ولا مجال للقول بالحالة الثانية لأن صاحبة الرحم إن قامت بحمل الجنين فإنه لا يجوز لها أن تقوم بحمل جنين آخر لرجل آخر، وبالتالي فإنها ليست أجيراً مشتركاً.

ولكن هل يمكن إضفاء تسمية الاستيلاء على العقد لأن الاستيلاء لغة هو طلب الولد من باب الاستفعال وهو طلب الفعل. أما شرعاً فهو طلب الولد من الأمة^(١)، والأمة هي المرأة المملوكة بسبب النِّبَاء الذي يقطع العصمة، لهذا حُلَّ للمسلم وطؤها بعد استبرائها وهي المقصودة بقوله تعالى "فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم"^(٢)، وقوله تعالى "حرمت عليكم .. والمحصنات من النساء إلا ما ما ملكت أيمانكم"^(٣)، أي حرمت ذوات الأزواج خاصة إلا ما ملكتموهن بالسبي، وقيل (إلا ما ملكت أيمانكم) أي إلا ما تملكون عصمتهم بالنكاح ورقبتهم بالشراء^(٤).

ولا يرى الباحث صحة قياس تأجير الرحم على الإستيلاء بأي حال سواء كان الرحم لزوجة أخرى؛ لأن الأمة خلافاً للزوجة لا تعتبر فراشاً للزوج، ولهذا لا يثبت نسب الطفل من مولاهما إلا بدعواه^(٥)، أم كان الرحم لامرأة غير الزوجة؛ لأن هذه حرة. كما أن ملك اليمين لم

^١ للمزيد حول موضوع الاستيلاء ينظر: العلامة السيد أبو بكر بن السيد محمد شطاالدمياطي، إعانة الطالبين، ج ٣، ص ٣٣٤.

^٢ سورة النساء / الآية ٣.

^٣ سورة النساء / الآية ٢٤.

^٤ ينظر: ابو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مج ٣، دار الحديث للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٢٢ و ١١١، وكذلك: أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي، تفسير القرآن العظيم، ج ١، ط ١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ٢٠٠٠، ص ٤٥٨ و ٤٨٠.

^٥ ينظر: عبد الله بن محمود الموصللي، المصدر السابق، ج ٤، ص ٣٠ و ٣١. مع أنه أورد الإمام البخاري حديث "الولد للفراش وللعاهر الحجر" تحت باب (١٨) وعنوانه الولد للفراش حرة كانت أو أمة ضمن

يبقى له وجود في هذا العصر^(١)، في الوقت الذي وضع الإسلام للرق قواعد منضبطة وفتح لتحريره أبواباً كثيرة عن طريق الكفارات في عدة حالات^(٢).

بقي الكلام عن إجارة الرحم باعتباره إيجاراً على عمل وفقاً لمنظور الفقه الإسلامي وذلك قياساً على إجارة الرضاعة. ونقول إنه لما كان تسمية إجارة الرحم غير ممكنة قانوناً لورودها على منافع الأشياء، فإنه على كون تقدير هذه العملية عقداً فإنه عقد غير منظم وبالتالي غير مسمى بموجب القانون العراقي، وبالتالي فإن الباحث يفضل اعطاء تسمية أخرى يوافق العملية القانونية التي يتم التعاقد عليها بين صاحبة الرحم والزوجين صاحبي البويضة المخصبة. وذلك في ضوء بعض المعطيات القانونية.

نقول إن أي عقد كان لا بد له من توفر أركانه الرئيسية الثلاثة من رضا ومحل وسبب. ولعل أبرز هذه الأركان هو محل العقد لأن الرضا إن كان هو تطابق أرائتين لإحداث أثر قانوني، وكان السبب حسب النظرية الحديثة هو حصول صاحبة الرحم على الأجر من الزوجين صاحبي البويضة المخصبة، أو إسداء خدمة لهما، وحصول الزوجين على طفل عن طريق حمله في رحم المرأة^(٣) فهذا كله متوفر في العملية موضوع البحث.

كتاب الفرائض. ينظر: الإمام أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ط٢، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، ١٩٩٩، ص ١١٦٥.

^١ بغض النظر عما يجري من عمليات الاتجار بالنساء لا سيما فيما بين الدول وإلى عهد ليس بالبعيد. ينظر: د. عبد الوهاب حومد، دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن، المطبعة العصرية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٣، ص ٩١ - ٩٥. هذا وقد عاقب المشرع العراقي في المادة ١٣ من قانون العقوبات كل من وجد في العراق بعد أن ارتكب في الخارج بوصفه فاعلاً أو شريكاً من الجرائم.. الإتيان بالنساء أو بالرقائق، حيث جعل ذلك ضمن الاختصاص الشامل.

^٢ راجع للتفصيل في ذلك: السيد سابق، مج ٣، المصدر السابق، ص ٦٤.

^٣ د. عبد الحميد عثمان محمد، أحكام الأم البديلة، الرحم الظئر، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ١٢٦.

يبقى محل العقد وهو العملية القانونية أو ما يثبت فيه أثر العقد وحكمه^(١) ويرى البعض إنه الالتزامات الرئيسية فقط ومنهم من يضيف إليها الالتزامات الثانوية وكل ما يؤثر في تحديد محتوى العقد من أداءات بحيث يعتبر جزءاً من محل العقد^(٢). فإن محل العقد في العملية موضوع البحث هو التزام صاحبة الرحم بتقديم رحم خالٍ غير مشغول بحمل وطاهر من معوقات الحمل يقابله التزام الزوجين بأداء الأجرة^(٣) إن لم يكن العملية تبرعاً من جهة صاحبة الرحم.

ولكي يتسنى لنا تسمية العقد بدقة لا بد أن نتعرف على ماهية الرحم لأنه لدى صاحبة الرحم هو الذي يقوم بالدور الأساس في هذه العملية. الرحم في اللسان العربي اسم لكافة الأقارب، وذو الرحم هو ذو القرابة مطلقاً^(٤)، أما شرعاً فهو كل قريب للميت ليس بصاحب فرض أو عصبه^(٥). وما يهمنا هنا هو معناه

^١ ينظر: د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، ج ١، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)، مج ١، نظرية الالتزام، تحليل العقد، باعتناء: د. محمد الألفي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٢، ص ٣٢٠.

^٢ ينظر في هذه الآراء: د. سعدي البرزنجي، ملاحظات نقدية في القانون المدني، ط ١، مطبعة وزارة الزراعة، أربيل، ٢٠٠٧، ص ٧٥. ويرى الاستاذ الزلمي أن محل العقد هو المعقود عليه وهو ما التزم المدين بأدائه، وبذلك يخالف الرأي القائل بأن محل العقد هو الأداء الذي يلتزم به المدين، والذي ورد في المادة ٣٥٩ من مشروع القانون المدني العراقي الذي لم يشرع. ينظر: د. مصطفى ابراهيم الزلمي، الصلة بين علم المنطق والقانون، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٨٦، ص ٥٣ و ٥٤.

^٣ د. عبد الحميد عثمان محمد، أحكام الأم البديلة، المصدر السابق، ص ١٢٦.

^٤ ينظر: الجرجاني، التعريفات، المصدر السابق، ٩٧.

^٥ أصحاب الفروض هم الذين لهم نسبة محددة من التركة وهم اثنا عشر صنفاً، أما العصباء فهم الذكور الذين لم تحدد نسب أسهمهم بالنص. للتفصيل ينظر: د. مصطفى ابراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية في الفقه الإسلامي المقارن والقانون، ط ٢، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، بغداد، ٢٠٠٠، ص ٣٠ و ٣١ و ٧٦ وما بعدها.

العضوي، فالمقصود به هنا عضو الحمل في الحيوانات العليا، ذو الجدران العضلية والذي يتصل بالمهبل^(١). أما عند المرأة فالرحم له نفس المعنى لغة وشرعاً وطباً، لذا يمكن تعريفه بأنه وعاء له جدار سميك ذو طبقات ثلاثة يوجد في أسفل التجويف البطني للمرأة مثبت بأربطة قوية يتسع ويكبر تبعاً لنمو الجنين بداخله لحين بلوغه قمة تمدده نهاية فترة الحمل وعودته تدريجياً إلى حالته الأولى بعد خروج الجنين طفلاً، ويتكون من ثلاثة أجزاء: الأعلى منه ويسمى القمع أو القبة، والأوسط منه ويسمى جسم الرحم، والأسفل منه يسمى عنق الرحم وهو قناة مغزلية تتصل بالمهبل، والذي يكون مفتوحاً قبل الحمل، أما بعده فيغلق هذا العنق بكتلة مخاطية صلبة تحصنه وتمكنه، هذا ويعد الرحم الجزء الوحيد في جسم المرأة الذي له القابلية للتغير السريع من حال إلى حال^(٢).

ولعل أهم الخصائص التي يتمتع بها الرحم هو أنه إذا تم شغله بحمل جنين فإنه تنقطع الإباضة لدى المرأة ويغلق عنق الرحم حتى أنه لا يكون بالإمكان حدوث حمل آخر في نفس الوقت بالطريق الطبيعي، وبالتالي فإن الذي يوصف به الرحم هنا هو الشغل. ويرى الباحث إن أدق ما عبّر عن معنى الشغل ما ذكره الدكتور أحمد الكبيسي وهو بصدد التمييز بين الكلمة وأخواتها في كتاب الله العزيز حيث قال إن منظومة العمل في القرآن الكريم تشمل كلمات منها الفعل والعمل والصنع والشغل^(٣).

^١ معجم المصطلحات العلمية والفنية، اعداد وتصنيف: يوسف خياط ونديم مرعشلي، ملحق بمعجم لسان العرب لابن منظور، المصدر السابق، ص ٢٥٩.

^٢ للتفصيل ينظر: د. محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ط ٨، دار السعودية للنشر والتوزيع، جدة، المملكة العربية السعودية، ١٩٩١، ص ٧٩، وكذلك: د. حسني محمود عبد الدايم، المصدر السابق، ص ٤٧.

^٣ ينظر: د. أحمد الكبيسي، الكلمة وأخواتها، برنامج قُدِّم على فضائية دبي مدة حوالي سبع سنوات. تابعه الباحث بدقة واستفاد منه في كثير من المسائل والمواضيع التي نقرأها في القانون.

أما الفعل فجزء من العمل بشكل عام فمثلاً إن النجاسة عمل والفعل منه منصب على إعداد منصدة خشبية وكأن الفعل لا تكرر فيه. ويستدل على ذلك بالآيات التي وردت فيها كلمة فعل بمشتقاتها منها قوله تعالى "والذين إذا فعلوا فاحشة أو ظلموا أنفسهم ذكروا الله فاستغفروا لذنوبهم ومن يغفر الذنوب إلا الله ولم يصروا على ما فعلوا وهم يعلمون"^(١). وعدم الإصرار يدل على كون الفعل لا يتكرر حتى ولو كان محل الفعل هو الفاحشة، ويدعم هذا قوله تعالى "قال ألم نريك فينا وليداً ... وفعلت ففعلت التي فعلت ..."^(٢).

وأما العمل فهو ما يتكرر القيام به، ويستدل على ذلك بالآيات التي ذكرت كلمة عمل ومشتقاتها اللغوية منها قوله تعالى "وليس التوبة للذين يعملون السيئات" أي بتكراره السيئة حتى صارت طبعاً فيه، وقوله تعالى "آمنوا وعملوا الصالحات"^(٣) أي بتكرار الصالحات، وقوله تعالى "... ولنجزينهم أحسن الذي كانوا يعملون"^(٤). والآية تدل على تكرار الأعمال لأن الجزاء سيكون على أحسنها.

وأما الصنع فهو عمل ذو أهمية كبيرة وفيه اتقان، ويستدل على ذلك بالآيات التي ذكرت كلمة صنع ومشتقاتها اللغوية منها بقوله تعالى "صنع الله الذي أتقن كل شيء"^(٥)، وقوله تعالى "... ولا يزال الذين كفروا تصيبهم بما صنعوا قارعة أو تحل قريباً من دارهم حتى

^١ سورة البقرة / الآية ١٣٥.

^٢ سورة الشعراء / الآية ١٩. ومعنى الآية أن فرعون يقول مخاطباً سيدنا موسى (أما أنت الذي ربنا فينا وأنعمنا عليه ثم قابلت الإحسان بتلك الفعلة أن قتلت منا رجلاً) حيث قال تعالى "فوكزه موسى فقضى عليه". سورة القصص / الآية ١٥. والمعنى ضربه بجمع كفه فكان فيها حقه فمات. ينظر، ابن كثير المصدر السابق، ج ٣، ص ٣٣٧ و ٣٨٧.

^٣ تكررت هذه الآية بهذه الصيغة حوالي خمسين مرة في القرآن الكريم.

^٤ سورة العنكبوت / الآية ٧.

^٥ سورة النمل / الآية ٨٨.

يأتي وعد الله^(١)، " أتل ما أوحى إليك من الكتاب وأقم الصلاة إن الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر ولذكر الله أكبر والله يعلم ما تصنعون"^(٢).

أما الشغل - وهذا ما يهم موضوع بحثنا - فهو ما يلهي صاحبه بما اشتغل به عن غيره من الأعمال حتى يصبح لا يكثرث بغير ما اشتغل به. وفي اللسان العربي الشغل بالضم وبضمتين وبالفتح وبفتحتين: خلاف الفراغ ونقيض الخلاء والجمع أشغال وشغول، وتقول شَغَلْتُ فلاناً فأنا شاغله وهو مشغول، وشغلّتي عنك الشواغلُ وشَغَلْتُ عنك، واشتغلْتُ بكذا وتشاغَلْتُ به، وأشغله بكذا جعله مشغولاً به وأشغله عنه إذا ألْهَاهُ وشَغِلَ عنه بكذا أي التهي به عنه، والمشغول خلاف الخالي، ومنه يقال من باب المجاز مكان مشغول أي غير خالٍ، ودار مشغولة أي فيها سكان، وجارية مشغولة أي لها بعل، ومال مشغول أي معلق بالتجارة^(٣). ويستدل على هذا المعنى لكلمة شغل ما ورد في محكم التنزيل من قوله تعالى "إن أصحاب الجنة في شغل فاكهون"^(٤)، فقليل في تفسير هذه الآية شغلهم افتضاض الأبقار أو العذارى، فبينما الرجل من أهل الجنة مع أهله، إذ قيل له تحول عن أهلك، فيقول: أنا مع أهلي مشغول، فيقال تحول أيضاً إلى أهلك. وقيل أصحاب الجنة في شغل بما هم فيه من اللذات والنعيم عن الاهتمام بأهل المعاصي ومصيرهم إلى النار وإن كان فيهم أقرباؤهم وأهلهم^(٥). وكذلك قوله تعالى "سيقول لك المخلفون من الأعراب شغلّتنا أموالنا وأهلونا فاستغفر لنا"^(٦).

^١ سورة الرعد / ٣١.

^٢ سورة العنكبوت / الآية ٤٥.

^٣ الامام أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط، عبد السلام محمد هارون، ج٣، دار الجيل، بلا مكان، ١٩٩٩، ص ١٩٥. وكذلك: المطبعة الكاثوليكية، المنجد في اللغة، ط ٢٠، دار المشرق، بيروت، ١٩٦٩، ص ٣٩٤، وكذلك: الامام الزمخشري، المصدر السابق، ص ٣٣٢.

^٤ سورة يس / الآية ٥٥.

^٥ ينظر: ابن كثير، المصدر السابق، ج ٣، ص ٥٨٠، وكذلك القرطبي، المصدر السابق، مج ٨، ص ٤٠.

^٦ سورة الفتح / الآية ١١.

وقد قيل في تفسير هذه الآية شغلنا أموالنا وأهلونا أي ليس من يقوم بهما غيرنا فكان عذر المخلفين شغلهم بهما عن المسير مع رسول الله^(١).

إن ما بيّنه الباري تعالى في الايتين الكريمتين اللتين استعملت فيهما كلمة شغل وشغلنا ولم يرد في غيرهما في كل القرآن، يطابقه ما جاء في القاعدة الفقهية التي تقول "المشغول لا يشغل" ومعناها أن الشيء الذي شغل بأمر من الأمور لا يقبل أن يُشغل بأمر آخر، لأنه سبق شغله بالأول فلا يشغل بغيره^(٢).

والآن نعود إلى ما يجري في رحم المرأة منبت الولد، إذ إن البويضة عندما يتم تلقيحها بالحيمن الذكري تنتقل عبر قناة فالوب ليستقر بها الأمر في الرحم حيث يبدأ بالانغراس في جدار الرحم حتى يكتمل ذلك ثم يبدأ بالتدلي منه عبر ساق يتعلق به الجنين وهكذا ينمو ويكبر ليستند على جدران الرحم ولحين الوضع^(٣). ومنذ الإخصاب والانغراس تنقطع الإباضة ويغلق عنق الرحم كما مرّ بنا وكأن الرحم شغل بجنين فعلى القاعدة التي ذكرناها فإن المشغول لا يُشغل وهذا ما يجري بالضبط في الرحم بعد الحمل.

أما في حالة العملية موضوع البحث فإن ثمة شروط لإتمام هذه العملية منها إن اللقحة لا تزرع في رحم المرأة الظئر إلا بعد التأكد من عدم وجود حمل عندها. ومن التحضيرات التي تتم قبل اللجوء إلى هذه العملية منع اتصال زوج المرأة صاحبة الرحم بها، كما لا يتم إخراج المرأة من المستشفى إلا بعد التأكد من امتناع المبيض عن الإباضة وغلق عنق الرحم. وهذا يعني أن الرحم يُشغل بحمل الجنين كأن الأخير يلهي الرحم عن أي حمل آخر.

^١ ينظر: الإمام القرطبي، المصدر السابق، مج ٨، ص ٥٤٧، وكذلك: ابن كثير، المصدر السابق، ج ٤، ص ١٨٣.

^٢ ينظر: د. عبد العزيز محمد عزام، المصدر السابق، ص ٣٠٣.

^٣ ينظر: د. محمد علي البار، المصدر السابق، ص ٤٣ وما بعدها.

بعد هذا التحليل الدقيق للمصطلحات يرى الباحث أن العملية التي يتم العقد عليها هو شغل الرحم، لذا يرى الباحث تسمية العقد بعقد شغل الرحم ويفضل تسمية إشغال الرحم لأن الإِشْغَالَ من أَشْغَلَ يُشْغِلُ وهو باب أَفْعَلَ يُفْعِلُ أي جعله مشغولاً، وبذلك يمكن تعريف هذا العقد بأنه عقد يتم بمقتضاه قيام امرأة بشغل رحمها بحمل بويضة مخصبة عائدة للزوجين مقابل أجر أو بدونه^(١).

المبحث الثاني

مدى مشروعية عقد إشغال الرحم

بعد أن توصلنا إلى أن تكييف العملية على أي حال يعتبر عقداً، وأنه عقد غير مسمى ولهذا رأينا من الأنسب تسميته بعقد إشغال الرحم، علينا الآن أن نتكلم في مدى مشروعية هذا العقد. لأن تكييف العلاقة بين الزوجين وصاحبة الرحم لا يعني بالضرورة القول بصحة هذا العقد، لأن تصور معقولية هذه العقود من حيث التكييف القانوني يجب ألا يقود إلى الإقرار بمشروعيتها^(٢). ولهذا سنتكلم عن مدى مشروعية عقد إشغال الرحم في القانون العراقي ومن ثم نبين موقف الشريعة من ذلك ونفرد لكل مطلباً خاصاً.

المطلب الأول: مدى مشروعية عقد اشغال الرحم في القانون

لكون مسألة عقد اشغال الرحم جديداً على الساحة القانونية فإنه بالنظر إلى التشريع العراقي نجده يخلو من نص قانوني يحكم هذه الوسيلة، سواء في قانون العقوبات أو في القانون المدني أو في قانون الأحوال الشخصية الذي له علاقة كبيرة بالآثار المترتبة على هذه العملية لا سيما مشكلة النسب. لذا سنحاول تسليط الضوء على الموضوع من خلال الأحكام العامة التي وردت في هذه القوانين.

^١ ينظر: د. حسني محمود عبد الدايم، المصدر السابق، ص ٥٦، والمصادر المشار إليها.

^٢ ينظر: د. السيد محمود عبد الدايم مهران، المصدر السابق، ص ٦١٤.

أما جنائياً فإنه طبقاً لقاعدة "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" التي يؤكدتها المشرع العراقي في المادة (١٩/ ثانياً) من الدستور الفدرالي لسنة ٢٠٠٥ و(المادة الأولى) من قانون العقوبات المعدل، لا يمكن بحال أن نقول إن عملية إشغال الرحم جريمة بموجب قانون العقوبات العراقي ناهيك عن أن القياس في مسائل التجريم مخالف للقاعدة المذكورة. وذلك بخلاف البلدان المتقدمة التي أصدرت قوانين بهذا الشأن كألمانيا التي كانت أشد الدول الأوروبية في هذا المجال حيث أصدرت قانون حماية الجنين عام ١٩٩٠ والمعدل في ٢٠٠١^(١)، وبريطانيا التي أباحت العملية في قانون الإبدال لعام ١٩٨٥ ولم تجرم العملية إذا كانت على سبيل التبرع في قانون الإخصاب البشري وعلم الأجنة^(٢)، واليابان التي أقرحت حكومتها إصدار قانون لمنع الحمل البديل بعد أول ولادة بهذه الطريقة في مدينة شيموسوا عام

¹ See: Art, (1) & (2) of Embryonenschutzgesetz, vom 13. Dezember 1990 das durch Artikel 22 des Gesetzes vom 23. Oktober 2001 geändert worden ist in Germany language, at online: <<http://bundesrecht.juris.de/eschg/BJNR027460990.html>> Last visited (May 4, 2009)

² See: Surrogacy Arrangements Act 1985, (c 49) at online: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>> Last visited (Nov. 11, 2008)
See also Sec. (1/ 2-3), (10-12) & (14) from Human Fertilization & Embryology Act 1990 of United Kingdom (c. 37) at online: <<http://www.hmsa.gov.uk/acts/acts1990/UkPgo-1990037-en-2.htm#mdiv1>> Last visited (March 20, 2002)

وكان المشرع الانكليزي قد أصدر عام ١٩٨٩ قانوناً أتبعه القانون المذكور آنفاً لسنة ١٩٩٠ لمعالجة هذه المسائل.

٢٠٠١^(١). أما المشرع الفرنسي فقد اصدر في عام ١٩٩٤ قانوناً للأخلاقيات الحياتية وضعت قيوداً كثيرة على هذه العمليات، حيث أضافت بالمادة الرابعة الخاصة باحترام الجسد الانساني منه فقرتين إلى المادة ٢٧٧ من قانون العقوبات يعاقب بموجب التعديل كل وسيط في عمليات الإنجاب عن طريق رحم بديل بعقوبة الحبس سنة وبغرامة مائة ألف فرنك فرنسي^(٢). وبعض الولايات المتحدة الأمريكية كانديانا ونيوجيرسي وفلوريدا، وتجدر الإشارة إلى هذه البلدان لم تحظر اشغال الرحم في ذاته، بل جاء التحريم إذا تمت العملية لأغراض تجارية^(٣).

أما مدنياً فإن معظم التشريعات ذهبت إلى تقرير بطلان التعاقد على إشغال الرحم وعدم ترتيب أية التزامات على العقد الناشيء عنها. فباستثناء دولة كالهند التي أضفت الشرعية على هذه العملية منذ عام ٢٠٠٢، فأصبحت مركزاً عالمياً لما يسمى بـ(سياحة الخصوبة) وفي أعقاب شكوك واجهها الأطفال المولودون عبر هذه العمليات في كثير من الحالات التي سلطت عليها وسائل الإعلام فقد صدر قانون تقنية الانجاب المساعد لسنة ٢٠١٠ يسمح اللجوء إلى عملية اشغال الرحم ضمن قواعد وضعتها بنك المعلومات للانجاب المساعد^(٤)، وكذلك بعض الولايات المتحدة الأمريكية التي اعتدت بالعقد المنظم لها. فإن

¹ See: Japan's First Surrogate Mother Gives Birth, Copyright: Foreign Press Center, Japan, 2001. At online :< <http://www.fpcj.jp/e/shiryo/jb/0124.html> > Last visited (Jan 3, 2003)

² See: The French Bioethic law. July 29, 1994 in: Journal of Assisted Reproduction and Genetic, Vol.12, No.10, 1995, pg: 663-664. at on line:<<http://www.jarg.com>>

^٣ ينظر: د. حسني محمود عبد الدايم، المصدر السابق، ص ١٨١ وما بعدها.

⁴ See: India's surrogate mothers face new rules to restrict 'pot of gold' guardian.co.uk, Friday,

تشريعات معظم البلدان ذهبت إلى عدم الاعتراف بالعقد وقررت بطلانه، منها بريطانيا^(١) وألمانيا^(٢) وغيرها من الدول بل حتى في بعض الولايات الأمريكية التي تبيح العملية قررت بطلان العقد^(٣). وفي فرنسا نص المشرع عن طريق التعديل الصادر عام ١٩٩٤ والذي أضاف إلى القانون المدني نصاً يقضي بأنه "كل اتفاق يهدف الحمل أو الولادة لحساب الغير يعد باطلاً"^(٤).

وبالنسبة للقانون المدني العراقي فإن تعيين فيما إذا كان التصرف عقداً أم لا وتطبيق ذلك على إشغال الرحم البديل يتحدد في ظل القانون العراقي ببيان أثره في المعقود عليه، والعقد أياً كان لا بد له من مقومات وأحد هذه المقومات هو ألا يكون مخالفاً للنظام العام والآداب، حيث إن قانون العقوبات لم يأت بنص يمنع هكذا تصرفات.

ولذلك نقول إن أثر هذه المخالفة في القانون العراقي يظهر في كون المعقود عليه ألا يكون مخالفاً للنظام العام والآداب، فإن كان كذلك فالعقد باطل بدلالة مفهوم المخالفة لـ(المادة ٧٥) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه "يصح أن يرد العقد على أي شيء آخر لا يكون الالتزام به ممنوعاً بالقانون أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب"، وحسب المادة (١٣٢/ف ١) التي نصها "يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقدون سبباً أو لسبب ممنوع

30 July 2010 15.45 BST at online:

<<http://www.guardian.co.uk/world/2010/jul/30/india-surrogate-mothers-law>>

Last Visited (24 Dec. 2010)

¹ See: Human Fertilization & Embryology Act 1990 of United Kingdom.

² See: Embryonenschutzgesetz, 1990 in German language.

^٣ ينظر: د. السيد محمود عبد الرحيم مهران، المصدر السابق، ص ٦١٨ و ٦١٩..

⁴ See: Art. 16-7 of French Civil Code in English which provide that: "All agreements relating to procreation or gestation on account of a third party are void"

قانوناً أو مخالف للنظام العام أو للأداب". وكذلك (المادة ١٣٧/٢) التي تنص على أنه "يكون العقد باطلاً إذا كان في ركنه خلل كأن يكون الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلاً للتعاقد أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد أو يكون السبب غير مشروع"، والعقد الباطل معدوم وحسب (المادة ١٣٨) من القانون المدني العراقي "لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً".

لما تقدم ليس من حديث عن مدى مشروعية عقد اشغال الرحم من خلال ركن التراضي لأن المتعاقدين يفترض أنهما بإرادتهما قد تعاقدتا على العملية القانونية محل العقد والتي بينهاها. وبالتالي فعدم مشروعية العقد موضوع البحث سيتم من خلال ركني المحل والسبب علماً أن أهم هذه الأركان هو المحل نظراً لأن المشاكل التي تنجم من هكذا عقد إنما ترد أكثر ما ترد على ركن المحل.

فأما سبب عقد إشغال الرحم بموجب القانون العراقي هو حسب النظرية الحديثة للسبب الباعث الدافع إلى التعاقد، فإن السبب في غالب الأمر بالنسبة للمرأة صاحبة الرحم قد تكون إنسانية تتمثل في إدخال السرور والسعادة على قلب امرأة متزوجة رَحِمَتْ^(١) رغم أن مبايضها سليمة لا مشكلة صحية فيها. فإن كان هذا ما يدفع المرأة لشغل رحمها بجنين للغير فما أنبل هذا الدافع بل لعل هذا السبب يبيح اللجوء إلى هذه العملية حتى بالاستعانة بامرأة أجنبية عن الزوج عند (الضرورة المقدرة بقدرها) لولا أنها مخالفة لثوابت إسلامية. ولكن إذا كان الدافع من وراء هذه العملية هو تجارياً وبالتالي فتح سوق للتجارة بأرحام النساء فما أبعد هذا الدافع عن مبادئ الفضيلة والأخلاق، وهذا ما يحدث فعلاً في دولة مثل الهند منذ سنوات ولكن السر وراء الاقبال الكبير على هذه العملية في الهند وجود خدمة شاملة تقدم عن طريق

^١ رَحِمَ المرأة أي ضرب رحمها، وَرَجِمَ أي عطف عليه من الرحمة، وَرَحِمَ بفتح الراء وضم الحاء إذا لم يقبل رَجِمَ المرأة الولد لداء أو لشكوى بعد النتاج. ينظر: ابن السيد البطليوسي، المثلث، القسم الثاني، تحقيق ودراسة: صلاح مهدي علي الفرطوسي، دار الرشيد للنشر، ١٩٨١، ص ٦٣.

مراكز طبية متطورة في مجال الإخصاب تجمع أطراف التعاقد لهذا الغرض، إضافة إلى التكاليف الزهيدة^(١).

من جهة أخرى يرى البعض من جهة الآثار المترتبة على العملية أن السبب الدافع إلى العقد إذا كان هو الحصول على ولد فإن القيام بهكذا عمل قد يؤدي إلى اختلاط النسب أو نسبة الطفل إلى امرأة ليست بأمه سواء كانت صاحبة البويضة أو صاحبة الرحم حسب اختلاف الآراء في أمومة هاتين المرأتين للطفل، ولما كان أحكام النسب من النظام العام مما لا يجوز الاتفاق على تعديل قواعدها المقررة شرعاً مما يعني بطلان العقد لأن السبب مخالف للنظام العام. ويرى البعض أن عدم مشروعية هذه العملية يرجع إلى عدم إمكانية تحديد نسب الطفل لجهة الأم على وجه القطع، ولما كانت قوانين الأحوال الشخصية في البلدان العربية ومنها العراق لم تتعرض لتحديد النسب إلا من جهة الأب^(٢) إلا أن استقرار النسب ثبوته في جهة الأم بالولادة.

ولكن قد يعترض البعض على هذا من حيث أن الأمومة المقصودة في القانون هو ما كانت ابتداءً وانتهاءً، والحالة التي نحن إزاءها هي أمومة إما ابتداءً أو انتهاءً، وهذا كله في حالة كون المرأة صاحبة الرحم أجنبية عن الزوج فإذا كانت زوجة ثانية فالأمر حسب رأي

^١ تكلف العملية في مجملها قرابة ٢٣ ألف دولار - أقل من خمس التكاليف داخل الولايات المتحدة - مع تلقي الأم المؤجرة لرحمها عادة نحو ٧,٥٠٠ دولار في صورة أقساط. ينظر: إجراءات هندية قانونية لتسهيل تأجير الأرحام، مقالة منشورة في جريدة الشرق الأوسط، العدد: ١١٥٣٢ في ٢٥ حزيران ٢٠١٠، على الموقع :

<http://www.aawsat.com/details.asp?section=54&article=575375&issueno=11532>

>

^٢ تنص المادة ٥١ من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنه "ينسب ولد كل زوجة إلى زوجها بالشرطين التاليين:

١- أن يمضي على عقد الزواج أقل من مدة الحمل. ٢- أن يكون التلاقي بين الزوجين ممكناً".

الباحث لا يختلف تأسيساً على القاعدة المعتمدة على شرط ابتداء وانتهاء الأمومة معاً لدى المرأة لا انفرادها بأحد الحالتين وبهذا يخالف الباحث من ذهب إلى اختلاف الأمر بين ما إذا كانت المرأة أجنبية أم زوجة ثانية للرجل^(١).

أما من حيث محل العقد فإن العملية التي يراد التعاقد عليها هو قيام امرأة بشغل رحمها بجنين لزوجين، ويرى الباحث ابتداءً أنه لا حاجة للكلام عن جميع صور ما يسميه البعض (صور تأجير الأرحام)، ذلك لأن أية حالة يدخل فيها عنصر أجنبي في عناصر التناسل فإن هذه الحالات كلها تعتبر محرمة شرعاً وكذلك مخالفة للنظام العام. ولكن الحالة التي نحن بصددتها تنحصر في كون العناصر التناسلية عائدة لزوجين وكل ما هو مطلوب هو العامل المساعد وهو الرحم الذي قد يعود لأمرأة أجنبية عن الزوج أو لزوجة ثانية له. والفرق بين الحالتين هو أن الثانية دون الأولى تعتبر فراشاً للزوج. فإلى أي مدى يمكن اعتبار اللجوء إلى رحم امرأة غير صاحبة البويضة أمراً مخالفاً للنظام العام والآداب؟

هنا يرى الباحث قبل الكلام عن هذا الموضوع ضرورة بيان ماهية النظام العام والآداب اللذين ورد ذكرهما في النصوص العراقية والتي يحكم بناءً على مخالفة محل أي تصرف لهما بطلان ذلك التصرف، وأهمية هذا يكمن في كون ما هو من النظام العام والآداب أمراً نسبياً من حيث نطاقها وثباتها^(٢).

بادئ ذي بدء نشير إلى أن ثمة من لا يفرق بين المصطلحين النظام العام والآداب العامة حيث يجعلون الأخيرة مشمولاً بقواعد النظام العام التي تحمي الأخلاق والآداب. فالنظام

^١ ينظر: د. السيد محمود عبد الرحيم مهران، المصدر السابق، ص ٦١٦.

^٢ ينظر: الاستاذ عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون، تأليف مشترك، بيت الحكمة، بغداد، بلا سنة،

العام هو مجموعة المبادئ الأساسية في التنظيم الاجتماعي المتعلقة بالأسس سواء أكانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو أخلاقية^(١).

ويعرف الأستاذ السنهوري قواعد النظام العام بأنه تلك التي يراد بها تحقيق مصلحة عامة متعلقة بنظام المجتمع الأعلى تعلو على مصلحة الأفراد، سواء كانت هذه المصلحة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، أما الآداب فهي مجموعة من القواعد في جيل معين وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس أدبي - موروث من عقائد دينية وأعراف وعادات وتقاليد أصيلة - يسود علاقاتهم الاجتماعية^(٢).

ويعرف آخر الآداب العامة بأنها مشاعر الشرف ومبادئ الاحتشام العامة والذوق العام التي تخلق إباءً خلقياً يترفع عما يؤدي إلى المساس والانتقاص من الاعتداد بالكمال الخلقي الموجود بوجدان المجتمع. إذا فالنظام العام هي الأسس المكونة للمعتقد الاجتماعي العام والتي يقوم عليها مجتمع معين في وقت معين. أما الآداب فهي المبادئ العليا في الواقع الخلقي لمجتمع معين في زمن معين^(٣).

وهذه القواعد التي يتشكل منها النظام العام والآداب تسمى بالقواعد الأمرة التي تعرف بأنها تلك التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها من قبل الأفراد، بعكس القواعد المفسرة أو المكلمة التي تعرف بأنها مما يجوز للأفراد استبعاد حكمها وإحلال الحكم الذي يتفقون عليه محلها^(٤)..

^١ ينظر: د. هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، ط٢، مطبعة الإسكان العسكرية، مديرية الكتب الجامعية، دمشق، ١٩٨٧، ص ٣٤ و ٣٥. والاستاذ عبد الباقي البكري، نظرية القانون، المصدر السابق، ص ٢١٣.

^٢ ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المصدر السابق، ج ٣، ص ٨١.

^٣ ينظر: د. هشام القاسم، المصدر السابق، ص ٣٥. وكذلك: د. محمد محمود عبد الله، المدخل إلى علم القانون، مطبعة الداودي، دمشق، ١٩٨٣، ص ٣٠.

^٤ ينظر: الاستاذ عبد الباقي البكري، نظرية القانون، المصدر السابق، ص ٢١٣.

ومهما يكن من أمر فإن كلاً من النظام العام والآداب تسودهما فكرتان مهمتان هما فكرة المعيار الذي يكمن في النظام العام بالمصلحة العامة المتعلقة بنظام المجتمع الأعلى، وفي الآداب بالناموس الأدبي، وهذان المعياران موضوعيان لا ذاتيان. أما الفكرة الأخرى فهي النسبية إذ لا يمكن تحديد إطار عام لقواعد كل من النظام العام والآداب في جميع المعمورة وفي كل الأوقات. أي أن هذه القواعد لا تصلح لجميع الأجيال عبر الزمن ولا تصلح لكل الأماكن في نفس الوقت، مما أضفى على هذه القواعد مرونة وقابلية للتطور والانسجام مع مستجدات كل عصر وكل جيل، وما أكثر هذه المستجدات في يومنا هذا. إذاً إن دائرة تحديد النظام العام والآداب لا يمكن إلا في أمة معينة وفي جيل معين، فما هو من قبيل هذه القواعد هنا ربما لا يكون كذلك في بلد آخر، وما كان منها قبل خمسين سنة لا يعتبر كذلك في هذا اليوم^(١).

هذا إذا هو ما سيحدد مدى مشروعية عقد إشغال الرحم في القانون العراقي ذلك لأن المجتمع العراقي مر بتغييرات جذرية أثرت في كثير من المواضيع المتعلقة بالنظام العام أو الآداب، فهل إن تفكير المجتمع العراقي ورأيه العام سيتقبل فكرة قيام امرأة عراقية بحمل جنين لمصلحة زوجين حتى ولو كان هذا العمل تبرعاً من جهة المرأة صاحبة الرحم؟

ليس في وسع الباحث الإجابة بالنيابة عن كل المجتمع العراقي ولا يريد التعبير عن رأيه في هذا الموضوع من خلال الفكرة التي يتبناها إزاء هذا الموضوع، ولكن مما تجدر الإشارة إليه هو أن فكرة النظام العام والآداب تتأثر بالمذاهب الفكرية السائدة في المجتمع، فالمجتمعات التي يسودها المذهب الفردي نجد فيها دائرة النظام العام والآداب ضيقة حتى وجد المجتمع الغربي نفسه أمام حالات كثيرة من العلاقات التعاقدية ذات الطابع الفردي جعله يضطر إلى التدخل فيما بعد لتنظيم أحكام تلك العلاقات لا سيما المتعلقة بالجوانب البيولوجية

^١ ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ص ٨٢، و د. محمد محمود عبد الله، المصدر

خلافاً للمجتمعات التي تسودها النزعة الإشتراكية حيث تتسع دائرة النظام العام والآداب حتى تكون حرية الأفراد في تنظيم أية علاقة قانونية مقيدة بعدم الخروج على قواعدها^(١)..

فالمجتمع العراقي شهد تحولاً كبيراً في فكرتي النظام العام والآداب بسبب التحول التدريجي في الواقع العملي نحو حماية الحقوق والحريات الفردية التي للاسف يرى الباحث أن المشرع الدستوري لم يكن موقفاً في الإشارة إلى هذه المسألة، عندما وضع نصاً يتضمن تناقضاً واضحاً متمثلاً في عدم جواز صدور قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام ومع مبادئ الديمقراطية ومع الحقوق والحريات الاساسية الواردة في هذا الدستور^(٢)، والتعارض يبدو في كون المشرع الدستوري يحمي حق الخصوصية الشخصية لكل فرد بما لا يتنافى مع حقوق الآخرين والآداب العامة^(٣)، فهذا ربما يفسر قيام امرأة ما بشغل رحمها وفقاً لحق خصوصيتها الشخصية، وهذا العمل غير مشروط بعدم مخالفة ثوابت الإسلام ولا النظام العام بل يشترط عدم منافاته لحقوق الآخرين والآداب العامة.

ولا ننسى أن مشكلة العقم الذي سببته ويلات الحروب المدمرة في العراق لدى الكثير من النساء سواء في المبايض أو الأرحام تكون السبب الأقوى في تغيير النظرة إلى مفهوم النظام العام والآداب بسبب الحاجة الماسة والملحة للجوء إلى أرحام نساء أخريات. ولهذا يصعب تحديد فيما إذا كان عقد إشغال الرحم في القانون العراقي مخالفاً للنظام العام والآداب من حيث محله الذي يرد عليه. ويرى الباحث أن المسألة في القانون المدني ليست سهلة بالمرّة. ولهذا سننظر إلى محل العقد من وجهة نظر البعض الذي يرى أن محل

^١ ينظر: الاستاذ عبد الباقي البكري، نظرية القانون، المصدر السابق، ص ٢١٣.

^٢ نصت المادة الثانية من الدستور العراقي الفدرالي لسنة ٢٠٠٥ على أنه: " ... أ . لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام. ب . لا يجوز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية. ج . لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الاساسية الواردة في هذا الدستور".

^٣ المادة ١٧ من الدستور العراقي الفدرالي.

العقد هو ما يلتزم المدين بأدائه وهذا هو المعقود عليه وهو ليس صفة قائمة بأحد المتعاقدين^(١)، من هذا المنطلق نقول إن المعقود عليه هنا بالنسبة لصاحبة الرحم هو الرحم وهو جزء من جسمها، ولما كان الاتفاق على الجسم في ذاته مخالفاً للنظام العام حيث يخرج الجسم وأجزأؤه من نطاق التعامل القانوني بموجب مبدأ معصومية الجسد إلا ما ورد فيها نص قانوني يجيز التعامل فيه كما في القوانين الخاصة بزرع عدسات العيون والكلية، لهذا نقول إن الالتزام الذي ينصب الأداء فيه على أحد أجزاء الجسم الإنساني فيما ليس فيه نص قانوني يجيز ذلك الأداء يعتبر مخالفاً للنظام العام.

واود هنا الإشارة إلى أن مفهوم مخالفة النظام العام يمكن أن يفسر على نحو ما يؤدي إلى انهيار البنيان الاجتماعي للمجتمع، من خلال التصرفات التي يقوم بها الأفراد دون الاكتراث بما سيترتب عليه من آثار، لهذا فلننتصر مجتمعاً يكثر فيه التعامل بالمخدرات ويكثر التصرف فيه بالأعضاء البشرية دون شروط وقيود قانونية ويكثر فيه أولاد السفاح بسبب عزوف افراد هذا المجتمع عن النكاح، حتماً سيتصدع بنيان هكذا مجتمع الإجتماعي.

فلما كان الدستور ينص على أن "الأسرة أساس المجتمع، وتحافظ الدولة على كيانها وقيمها الدينية والأخلاقية والوطنية بموجب الدستور"^(٢)، فكيف سنتصور بنيان مجتمع تكون الأسرة فيه مهددة بالضياع بسبب إقبال المرأة بجميع مراكزها الاجتماعية (أماً أو أختاً أو بنتاً أو زوجة أو ما كان في حكم هؤلاء) على إشغال أرحامهن تحت أي ظرف كان. إنه ولا بد انهيار لأحد أركان المجتمع الأساسية إنه الركن الاجتماعي لأن الأسرة هي بداية كل مجتمع. أما من جهة الزوجين فإن المعقود عليه سيكون الطفل الذي تضعه المرأة صاحبة الرحم، وليس خافياً على رجال القانون أن الإنسان بذاته لا يكون محلاً للتعاقد عليه، فأن حصل هذا الأمر كان العقد باطلاً لمخالفة المحل للنظام العام. من جهة كون الرحم حيث

^١ د. مصطفى الزلمي، الصلة بين علم المنطق والقانون، المصدر السابق، ص ٥٣.

^٢ المادة ٢٩ من الدستور العراقي الفدرالي.

سيُصَدِّع أساس المجتمع وهو الأسرة، ومن جهة كون الإنسان لا يمكن بحال أن يكن محلاً للعقد.

لهذا كله لا يمكن تقبل عقد إشغال الرحم حسب ما يرى الباحث في المجتمع العراقي لأنه قريب عهد على هذه الأنفتاحية على أبواب الحريات التي يشهدها الغرب، ولكن مع نقول إن هذا الأمر قد يكون مقبولاً على وجه الأفراد وفي نطاق ضيق ضمن إطار الأسرة الواحدة وأعني هنا أن تكون صاحبة الرحم زوجة ثانية، حتى لا تنفصم عرى الأسر ويتشتت شمل الأفراد، لا سيما ثمة من يقول بأن الزوجتين ستكونان أمين للطفل إحداها عن طريق البويضة (ابتداءً) والأخرى عن طريق الحمل في الرحم (انتهاءً)، ولما كانت هذه العملية ستنتم في إطار الزوجية ولا نص قانوني صريح لمنعها وجب الرجوع إلى المصادر الأخرى للقانون المدني وقانون الأحوال الشخصية، وحيث إن المجتمع في العراق لم يعرف من قبل هكذا عمليات مما يعني عدم إمكانية العرف من تقديم حلول لهذا المشكلة. وبهذا سيكون المصدر الثالث للقانون المدني والثاني لقانون الأحوال الشخصية هو المرجع لهذه المسألة ولأن هذا المصدر هو مبادئ الشريعة الإسلامية فإن الحكم القانوني يمكن أن يتجلى من خلال اللجوء إلى أحكام هذه الشريعة الغراء التي جعلها الدستور مصدراً أساساً للتشريع^(١).

المطلب الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من عقد إشغال الرحم

لم تتفق كلمة الفقهاء المسلمين المعاصرين على حكم واحد في مسألة عقد إشغال الرحم - والذي كان يعرف لديهم بعقد تأجير الأرحام، بين مجيز مطلقاً ومحرم مطلقاً وبين من فرق بين كون المرأة صاحبة الرحم زوجة ثانية من عدمه. أولاً: - المجيزون مطلقاً^(٢): أسسوا حكمهم على ما يأتي:

^١ المادة الثانية، أولاً: الإسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساس للتشريع.

^٢ من أنصار هذا الرأي: د. عبد المعطي بيومي، ود. موسى شاهين، ود. محمد سعد الدين حافظ، ود. عبد الحميد الأنصاري ود. عبد الصبور شاهين، ومن العراق د. سعدي اسماعيل البرزنجي وغيره، ينظر: د.

١- الحقيقة العلمية في أن دور الرحم يقتصر على حمل الجنين ولا صلة له بعملية التخلق وإكساب الصفات الوراثية لأن الخلق من الماء. والقرآن الكريم دل على ذلك لقوله تعالى "ألم نخلقكم من ماء مهين. فجعلناه في قرار مكين"^(١). "وهو الذي خلق من الماء بشراً فجعله نسباً وصهراً"^(٢).

٢- قياس الرحم الظئر على الرضاع على أساس أن دور الرحم كدور الثدي في تغذية الجنين.

٣- استصحاب الأصل العام في الإباحة الأصلية للأشياء ولا نص صريح للقول بالمنع والحرمة.

٤- الضرورة تبيح المحظورة لا سيما وأن استعمال الرحم الظئر لا يتحقق فيه الزنا لعدم تحقق الوطء.

٥- تفهم مقاصد الشارع في التناسل وتحقيقها.

٦- قوله تعالى "وعلى المولود له"^(٣) يدل بمفهوم المخالفة أن هناك المولود لها.

ثانياً:- التفريق بين كون الرحم لزوجة أخرى فأجازوه وبين كونه لأمرأة أجنبية فلم يجيزوه.

اسس القائلون بإجازة صورة إشغال رحم زوجة أخرى دون غيرها بنفس الأدلة التي ذكرها المجيزون مطلقاً، وأضافوا على حالة الإجازة هنا أن كلا من الزوجتين تعتبر حرثاً لصاحب النطفة، وفرشاً له. وكان المجمع الفقهي الإسلامي التابع للرابطة العالم الإسلامي قد أجاز الفرض الذي يكون الرحم عائداً لزوجة أخرى وذلك في دورته السابعة عام ١٩٨٤.

سعدى اسماعيل البرزنجي وسعيد شيخو، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة، دراسة مقارنة في ضوء القانون العراقي والمقارن والأخلاق والشرعية، مطبعة جامعة صلاح الدين، أربيل، ٢٠٠٢، ص ١٢٥ وما بعدها.

^١ سورة المرسلات / الآيات ٢١ و ٢٢.

^٢ سورة الفرقان / الآية ٥٤.

^٣ سورة البقرة / الآية ٢٣٣.

ثالثاً:- الرافضون مطلقاً وهم جمهور العلماء والباحثين: وأسسوا حكمهم على ما يأتي:

- ١- عدم وجود زوجية بين صاحب الحيمن وصاحبة الرحم، في حالة كون الرحم لأجنبية.
- ٢- ادخال بويضة مخصبة في رحم غير الزوجة فيه شبهة زنا في حالة كون الرحم لأجنبية. ويرى الباحث أن النقطتين الأولى والثانية لا تثيران مشكلة إذا كان الرحم لزوجة أخرى، هذا فيما يتعلق بماء الزوج. ناهيك عن أن الزنا لا بد لوقوعه من الوطء في القبل في غير الملك وشبهته بشرط مجاوزة الختان لتحقيق المخالطة بذلك^(١).
- ٣- إن اللجوء إلى أشغال الرحم لأجنبية فيه تحد لمشئئة الله، على رأي من يستدل بقوله تعالى "ويجعل من يشاء عقيماً"^(٢). ويرد على هذا أن العقم يختلف عن العقر من حيث أن العقيم له قدرة على الإنجاب ولكنه بحاجة إلى الوسائل، أما العاقر فليس له القدرة على الإنجاب، "وكانت امرأتي عاقراً"^(٣)، ومن جهة ثانية العقم هنا موضوع كلمة الجعل، والجعل في القرآن هو تغيير في الصيرورة أي بمعنى لم يكن فكان، خلافاً للخلق حيث هو ايجاد شيء من شيء وهو غير قابل للتغيير والتبديل لقوله تعالى "لا تبدل خلق الله"^(٤)، ومعناه هنا النهي عن ذلك^(٥)، والمشئئة قابلة للتغيير بدليل قوله

^١ ينظر: عبد الله بن محمود الموصلي، الصمدر السابق، ج٤، كتاب الحدود، ص٧٩ و٨٠.

^٢ سورة الشورى / الآية ٥٠

^٣ سورة ال عمران / الآية

^٤ سورة الروم/ الآية ٣٠

^٥ راجع تفسير الآية: ابن كثير، المصدر السابق، ج٣، ص٤٣٦، والإمام القرطبي، المصدر السابق، مج٧،

تعالى "يمح الله ما يشاء ويثبت وعنده أم الكتاب"^(١)، ولم يقل يمح الله ما يريد. لذلك يرى الباحث عدم صحة الاستدلال بآية "ويجعل من يشاء عقيماً" على تحد لله تعالى^(٢).

٤- تحريم الاسلام كل امر يؤدي إلى حدوث النزاع والخلاف بين الافراد. ويمكن الرد على هذا بأن العقد الذي يتم بين الطرفين يمكن أن يتضمن كافة الأمور التي يتفق الطرفان عليها وبالتالي عدم ترك ما يؤدي إلى الخلاف بين الطرفين.

٥- اللجوء إلى اشغال رحم أخرى سواء لزوجة أو لأجنبية ستؤدي إلى اختلاط الانساب. ويمكن الرد على هذا بأن تقنية ال D.N.A. في إثبات النسب تحل المشكلة تماماً لا سيما إذا أخذت الاحتياطات والتحضيرات اللازمة، بل إن البعض لا يرى في هذا مشكلة لأن المرأة إذا كانت متزوجة فسينسب الولد لزوجها طبقاً لقاعدة الولد للفراش سواء اكان الزوج هو صاحب النطفة أم رجل آخر، وإن كانت المرأة غير متزوجة فلا قيمة لماء الزاني من جهة ثبوته للرجل كما هو معلوم. أما بالنسبة لنسب الطفل من الأم فالباحث يرى أن صاحبة البويضة هي الام الحقيقية وتترتب على أمومتها بقية الحقوق الأخرى، ولعل الباحث يختلف مع من ذهب إلى الاستدلال بقوله تعالى "إن أمهاتهم إلا اللاتي ولدنهم"^(٣) لأن الولادة كما يتراءى للباحث يُعنى بها خروج البذرة التي يتكون منها الانسان من مصدره وقوله تعالى "أألد وأنا عجوز"^(٤) تدل على ما نقول لأن المرأة العجوز تئأس من الإباضة، ولأن الله لم يقرن بين الحمل والولادة في كل القران، بل قرن

^١ سورة الرعد / الآية ٤١.

^٢ هذا ما بينه الدكتور أحمد الكبيسي ضمن برنامجه الكلمة وأخواتها في القران الكريم. راجع موقع البرنامج على الرابط التالي:

<<http://www.dubaitv.gov.ae/edtv/klema.ASP>>

^٣ سورة المجادلة / الآية ٢.

^٤ سورة هود / الآية ٧٢.

بين الحمل والوضع لقوله تعالى "وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن"^(١)، وقوله تعالى "وتضع ذات حمل حملها"^(٢) ولأنه في حالة الرحم الصناعي حيث صاحبة البويضة لا تحمل ولا (تلد بمفهومهم) أفليست للطفل هنا أم تذكر؟ وأخيراً الأب بم يكون والدًا؟ بالحمل و(الولادة حسب مفهومهم) أم فقط لأنه صاحب النطفة الذكرية؟

٦- إن الحمل ثمرة اثنين مزوجة لا مثالثة، لذا حتى رحم الزوجة الأخرى سيدخل عنصراً ثالثاً في الانجاب، ويمكن الرد على هذا بأن التكوين البيولوجي للجنين يكتمل بالتقاء الحيمن بالبويضة فحمله من قبل امرأة غير صاحبة البويضة لن يؤثر في تكوينه الوراثي، وإن قيل بعكس ذلك فإن الفقه الإسلامي يعرف حالة المثالثة هذه عندما تكون هناك جارية بين اثنين ولدت فإن ادعاه أحدهما ثبت نسبه منه وإن أدعياه معاً يثبت نسب الطفل منهما^(٣).

٧- الأبوة والأمومة هي مجموع الهيئة الحاصلة لمولود وقع لقاحه وتكوينه بماء ابويه على فراش الزوجية فحملته أمه في بطنها، ويمكن الرد على هذا بأن الأبوة والأمومة وصفان غير منضبطان خلافاً للوالد والوالدة، فكل أب وأم يعتبران والدين وليس العكس صحيحاً، لذا نجد الجد والعم يسمى أباً لقوله تعالى " قالوا نعبد إلهك وإله آبائك إبراهيم وإسماعيل وإسحاق إلهاً واحداً"^(٤)، كما أن الأم لم تكن دائماً صاحبة الحمل والولادة فأزواج الرسول أمهاتنا لقوله تعالى "النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم وأزواجه أمهاتهم"^(٥)، والمرضعة أم لقوله تعالى "وأمهاتكم اللاتي أَرْضَعْنَكُمْ"^(٦) فليس الامركما قالوا.

^١ سورة الطلاق / الآية ٤.

^٢ سورة الحج / الآية ٢.

^٣ ينظر: عبد الله بن محمود الموصلي، المصدر السابق، ج ٤، كتاب الاستيلاء، ص ٣٣ و ٣٤.

^٤ سورة البقرة / الآية ١٣٣

^٥ سورة الأحزاب / الآية ٦

^٦ سورة النساء / الآية ٢٣

٨- عند الموازنة بين المفسدة التي ستتحقق من اللجوء إلى إشغال رحم ولو لزوجة ثانية وبين مفسدة عدم الإنجاب بسبب رحامة رحم الزوجة صاحبة البويضة، تترجح مفسدة إشغال الرحم مما يعني دفعها بالمفسدة الأخف وهي عدم الإنجاب طبقاً لقاعدة إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما^(١)، ولكن هذا يكون في حالة إمكانية اللجوء إلى الحل البديل الذي يكمن في الزواج بأمرأة أخرى لأن الشرع رخص التعدد إلى أربع نساء^(٢).

٩- عدم قابلية الرحم للبذل والإباحة، وما لا يقبل البذل فإنه لا يقبل البيع ولا الهبة ولا الإجارة ولا أي تصرف آخر. لسببين: الأول هو أن الرحم جزء من جسم المرأة وهي باعتبارها إنساناً لا يعتبر مالاً^(٣)، لأن هذا الاعتبار يقتضي أن يكون الشيء خارج جسم الإنسان في حين أن جسم الإنسان ليس شيئاً خارجاً عنه^(٤). والسبب الثاني هو أن الرحم عضو من الجهاز التناسلي، وهو المحل الذي يؤول إليه البضع بالنتيجة، ولما كان البضع لغير الزوج لا يجوز لذلك كان عقد الزواج ذا طبيعة خاصة من حيث محله وآثاره والغاية من إنشائه، فأما المحل فهو ليس حقاً مادياً وإنما حل تمتع كل من الزوجين بالآخر، وأما الآثار فهي ليست حقوقاً مادية وإنما مودة ورحمة وسكينة وشركة في السراء والضراء، وأما الغاية فهي ليست كسب ربح مالي أو درء خسارة مادية وإنما التنازل والمساهمة في استمرار حياة بني نوع الإنسان بما يتفق وكرامته^(٥).

^١ د. عبد العزيز محمد عزام، المصدر السابق، ص ١٦٠.

^٢ لقوله تعالى "فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع". سورة النساء / الآية ٣.

^٣ ينظر: د. وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ص ١٦٨ و ٥٤٧.

^٤ ينظر: العلامة السرخسي، المبسوط، المصدر السابق. مج ٤، ج ١١، ص ٧٦، ومج ٥، ج ١٥ ص ٨١-

٨٣. د. أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ط ٢، الكويت، ١٩٨٧، ص ٩٦.

^٥ ينظر: د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق في شريعة السماء وقانون الأرض

خلال أربعة آلاف سنة، ج ١، ط ١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٨٤، ص ١٨٤.

١٠- يضاف إلى ما تقدم أن الأصل إذا كان في الأشياء الإباحة^(١) إلا ما حرم بنص فإن هذه القاعدة معكوسة تماماً في الإبضاع لأن الأصل فيه التحريم إلا ما حل بيقين كالنكاح الصحيح وملك اليمين^(٢). وإذا قيل إن الإبضاع جائز للزوج بالنسبة لصاحبة الرحم باعتبارها زوجة أخرى له، فإن مفهوم قاعدة (الأصل في الإبضاع التحريم) ينطوي على أنه إذا اجتمع في المرأة حل وحرمة غلبت الحرمة بموجب الأصل (إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام) عملاً بالأحوط في الدين^(٣) ولهذا لا يجوز التحري في الفروج لأن الأصل الحظر وإنما ابيح النكاح للضرورة، والضرورة لا يتوسع فيها^(٤).

رابعاً:- هنا تنثور مشكلة أخرى وهي فرضية ما إذا كانت جميع زوجات الرجل معتلات الرحم إلا واحدة فقط، فهل نلجأ إلى طلاق إحداهن لكي يتزوج الرجل بأمرأة أخرى لأجل مقصد النسل؟ أم نلجأ إلى إشغال رحم الزوجة الصحيحة؟ هنا نكون أمام مفسدتي الطلاق وإشغال الرحم، وعند الموازنة بين مفسدة طلاق زوجة وبالأحرى أكثر من زوجاته بلا سبب آخر سوى عدم قدرتهن على الانجاب بسبب رحامتهن وبين مفسدة اللجوء للإنجاب عن طريق إشغال رحم الزوجة الصحيحة، ثمة رأيان بهذا الصدد: الأول يرى أصحابه أن مفسدة الطلاق أعظم

^١ هذه القاعدة مختلف فيه فثمة من يقول بان الأصل في الأشياء الحظر، وثمة من يقول لا حظر ولاإباحة بل نقف عند كل تصرف لأن لكل حكم، والراجح الأصل الإباحة. ينظر: د. عبد العزيز محمد عزام، المصدر السابق، ص ١٠٩ و ١١٠.

^٢ الإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر، ج ١، ط ٢، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، الرياض، ١٩٩٧، ص ١٠٢ و ١٠٦. وكذلك د. عبد العزيز محمد عزام، المصدر السابق، ص ٥٢٥.

^٣ الإمام جلال الدين السيوطي، المصدر السابق، ص ١١٧. وكذلك د. عبد العزيز محمد عزام، المصدر السابق، ص ٢٥٠.

^٤ ينظر: د. عبد العزيز محمد عزام، المصدر نفسه، ص ٥٢٥.

من مفسدة إشغال الرحم^(١). وبالتالي دفع الطلاق بإجازة إشغال الرحم. الثاني يرى أصحابه أن مفسدة إشغال الرحم أعظم من مفسدة الطلاق^(٢). وبالتالي دفع إشغال الرحم بإجازة الطلاق. وهذا الخلاف مبني على أصل الطلاق الذي اختلف الفقهاء المسلمون فيه، فثمة رأي يذهب إلى أن الأصل في الطلاق هو الإباحة، بينما يذهب جمهور الفقهاء إلى أن الأصل في الطلاق الحظر، ولكل فريق أدلتهم من الكتاب والسنة وعمل الصحابة والقياس^(٣). والباحث مع رأي الجمهور لقوة أدلتهم.

بناءً على هذا يكون طلاق إحدى النساء في الفرض الرابع أمراً غير محمود وبالتالي يترتب عليه مفسدات كثيرة أهمها أي الزوجات ستكون محلاً للطلاق إذا فضلنا الطلاق على إشغال الرحم. وما ذنب الزوجة المطلقة في هذه الحالة؟ لعل هذا الأمر وغيره يسوقنا إلى القول بإمكانية اللجوء إلى إشغال الرحم بناء على القاعدة التي تقول الضرورات تبيح المحظورات^(٤)، ولكن الأمر ليس كذلك حتى وفق هذه القاعدة الأخيرة للأسباب الآتية:

١- هناك من يرى أن عموم قاعدة (الضرورات تبيح المحظورات) غير مرادها لأن الضرورة لا تبيح كل المحظور بل يجب أن تكون المحظورات دون الضرورات من حيث النتائج السلبية أما إذا كانت أكبر من الضرورات أو مساوية لها فلا تكون الضرورة عذراً مانعاً فيها من المسؤولية الجنائية عنها، فالضرورة قد تبيح للمضطر الجائع أكل مال الغير مع تحمل مسؤولية ضمانه ووجوب التعويض وقد لا تبيح المحظورات ولكن تجعله رخصة،

^١ هذا ما يراه الدكتور السيد محمود عبد الرحيم مهران، للتفصيل ينظر المصدر السابق، ص ٥٩٦ وما بعدها.

^٢ ذهب إلى هذا الرأي د. حسني محمود عبد الدايم، المصدر السابق، ص ٢٣٠.

^٣ ينظر: د. مصطفى ابراهيم الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق المصدر السابق، ص ١٧٧ وما بعدها، وينظر: د. السيد محمود مهران، المصدر السابق، ص ٥٩٥ و ٥٩٦، والمصادر المشار إليها في الهوامش.

^٤ هذه القاعدة تندرج تحت قاعدة (المشقة تجلب التيسير) وقاعدة (الضرر يزال). ينظر: د. عبد العزيز محمد عزام، المصدر نفسه، الصفحات ١١٤ و ١٢٣ و ١٢٦ و ١٤٧.

ولذلك يذهب صاحب هذا الرأي إلى القول إن الضرورات تجيز المحظورات حتى تشمل حالات الرخصة والإباحة لأن الرخصة لا تنافي الضمان بخلاف الإباحة^(١). والباحث يؤيد هذا الرأي لأن الإجازة تكون عرضية ومحلها أمر غير مباح يراد الإذن في الإتيان به على وجه مؤقت، أما الإباحة فعلى خلاف ذلك من حيث أن الأصل في الأشياء هي الإباحة ما لم يحرم بنص وأن إتيان المباح لا يحتاج إلى إذن فكان إتيان المحظور منه لضرورة بحاجة إلى الإذن والإجازة، ولما كان هذا الوضع الأخير مرتبطاً بحالة الضرورة وهذه مؤقتة كانت الإجازة أنسب من غيرها من حيث الإستعمال مع قاعدة (الضرورات تبيح المحظورات). وعليه لا يمكن القول بإباحة إشغال الرحم حتى في حالة الضرورة، وإن كان لا بد من القول بإجازته من حيث كون الإجازة أنسب مع القاعدة (الأصل في الإبضاع التحريم) فهذا أمر يجب ألا يكون على مستوى الأمة بل يكون لكل حالة حكمها الخاص.

٢- يرى الباحث بعد هذا انه إذا كان ثمة مقتضى للإقدام على إشغال الرحم لإحدى الزوجات حتى على مستوى الفرد إلا أن ثمة مانعاً من ذلك، وهذا المانع يتجلى من خلال كلمة الإشغال التي آثرنا أن نطلقها على العقد وذلك من خلال جو الآية الكريمة "نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم"^(٢)، فالإشغال كما بينا عمل يلهي صاحبه عن غيره من الاعمال، والحرث إذا أُشغل بزرع لا يمكن أن يشغل بزرع آخر لأن المشغول لا يشغل أكثر من مرة واحدة. ومن شروط هذا الاشتغال كون البذرة (الحيمين) والحرث (البويضة) للزوجين لا لغيرهما، فإذا استعملت بويضة زوجة أخرى فإن زرعها في رحم الزوجة بعد تلقيحها بماء الزوج قد يكون صحيحاً في نصفها المتعلق بماء الزوج، لكن على أي

^١ د. مصطفى إبراهيم الزلمي، موانع المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائية العربية،

الدار الجامعية للطباعة والنشر والترجمة، بغداد، ٢٠٠٢، ص ٣٧٦.

^٢ سورة البقرة / الآية ٢٢٣.

مقتضى يدخل النصف الآخر الذي هو من بويضة الزوجة الأخرى رحم غيرها، ولنفرض إن كان هناك مقتضى لذلك فإن قاعدة الحرمة في الإبضاع تقف مانعاً من ذلك، وإذا اجتمع المقتضى والمانع قدم المانع^(١)، فإذا قيل إن الإبضاع هنا للرجل جائز لأي من الزوجات اللاتي تحته وبالتالي إجازة إشغال الرحم في أضيق نطاق وعلى مستوى الفرد لا الأمة، قلنا إن هذا الكلام قد يردّ على أصحابه لأن البضع في اللسان العربي لا يعني إلا قطعة اللحم^(٢)، وهذا يعني أن البضع هو الجزء من الشيء وليس كله. ومنه سيق إلى الإصطلاح ليطلق على الجماع تارة وعلى الفرج الذي هو من لوازم الجماع تارة أخرى^(٣). فبالنسبة لجماع الزوجة من قبل الزوج والذي قد يكون من أثره إنزال الرجل نقول لما جعل الشرع في بضع أحدنا صدقة فإن الذي يتراءى للباحث أن البضع قد يراد به هنا أثر^(٤) الجماع حيث الإنزال ومن ثم وجود الحيمن المنوي، فهذا الحيمن جزء من الإنسان الكامل فيكون بضعه، ومنه قيل الإنسان بضعة من والديه. ولعل هذه الرؤية تكتمل إذا علمنا أن مفهوم الوالدية لا ينصرف إلى الأب والأم بل إلى حيث مصدر العناصر التناسلية أعني الوالد والوالدة.

أما بالنسبة للفرج الذي هو من لوازم الجماع، نقول لما كان الالتقاء بين الزوجين والتمتع جائزاً بعقد النكاح فإن وسيلة هذا الاستمتاع هي الفرج لدى الزوجين، وليس من عاقل يقول بأن هذه الوسيلة يمكن استخدامها فيما بين زوجات الرجل بحجة أو بأخرى.

^١ ينظر: د. عبد العزيز محمد عزام، المصدر السابق، ص ٢٥٥.

^٢ راجع ابن منظور، المصدر السابق، ص ٢٢٢ و ٢٢٣.

^٣ راجع للتفصيل: الأمام جلال الدين السيوطي، المصدر السابق، ص ١٠٦.

^٤ في القرآن الكريم هكذا إشارات كقوله تعالى "كانا يأكلان الطعام" سورة المائدة / الآية ٧٥، فذكر الطعام كناية عن فضلاته من الغائط والبول. وكقوله تعالى "بواد غير ذي زرع" سورة إبراهيم / الآية ٣٧، فذكر الزرع وقد يراد به سببه الذي هو الماء، ينظر: الإمام القرطبي، المصدر السابق، مج ٣، ص ٥٩٤ ومج ٥، ص ٣٣٤-٣٣٦. وتفسير ابن كثير، المصدر السابق، ج ٢، ص ٨٦.

٣- اما الرد بأن الفقه الإسلامي يعرف حالة المثلثة هذه عندما تكون هناك جارية بين اثنين ولدت فإن ادعياء معاً يثبت نسب الطفل منهما، فيرد على ذلك بأن هذه الحالة متوقفة على وجود الإعاء الذي سببه النزاع ونحن نعلم أن قاعدة الولد للفراش لا تطبق إلا في حالة وجود نزاع^(١)، ولما كان الجارية ليست فراشاً لمن يملكها لم تطبق هذه القاعدة هنا، ولأنها جارية فإن قياس الزوجة وهي امرأة حرة عليها باطل^(٢).

٤- من المفاسد المترتبة على إشغال الرحم أن الرحم لا يتقبل شيئاً أجنبياً عنه، بدليل اعتبار الزوجين عند الالتقاء الجنسي جسماً واحداً - وهذا أحد معاني النكاح في اللسان العربي - وبالتالي لن يكون ماء الزوج الذي يدخل مكان حرثه من الزوجة غريباً ولا أجنبياً عنها لأنها معه يكونان ذلك الجسم الواحد. وهذا ما يختلف به النكاح عن السفاح إذ لا فرق بينهما إلا كلمة الله التي أحلت النكاح دون السفاح. وأثبتت النسب من جهة الرجل على اساس مائه في الاول دون الثاني. وفي هذا الإطار نقول إن بويضة زوجة أخرى تعتبر أجنبية عن رحم ضررتها ويكفي القول إنه لا ثمة ما يحل إدخالها في رحم الضررة، وأنه لا ينشأ إخصاب بطريق طبيعي نتيجة التقاء بويضتين لأن البويضة ذات طبيعة منفعة لا فاعلة كما في ماء الرجل. ثم إن شرعة العدة في بعض غاياتها تكمن في مدى استبراء الرحم وقد ثبت علمياً أن المرأة المدخول بها بحاجة إلى المدة المحددة لها شرعاً بالضبط

^١ حيث إن سعداً اختصم عبد بن زمعة في ولد فقال النبي هو لك يا ابن زمعة وذكر الحديث "الولد للفراش.."، راجع الإمام البخاري، المصدر السابق، ص ١١٦٥ و ١١٧٤.

^٢ ولا يمكن الاحتجاج هنا بما مرت به سيدتنا مريم العذراء حيث لا مزوجة ومع ذلك ولدت سيدنا عيسى (عليه السلام) لقوله تعالى "إن مثل عيسى عند الله كمثل آدم خلقه من تراب ثم قال له كن فيكون".

سورة آل عمران / الآية ٥٩.

في عدة الطلاق والوفاة حتى يتخلص من اثار الزوجية في جسمها، خلافاً لغير المدخول بها إذ لا عدة عليها^(١).

٥- إذا كان لا بد من القول بإشغال رحم زوجة ثانية فلا ينبغي النظر إلى جوازه من عدمه بل إلى المشاكل التي ستترتب عليه لا باعتباره عقداً مجازاً ولو لضرورة بل باعتباره - إذا حدث - واقعة مادية، وبالتالي البحث عن الحلول التي يمكن أن تسعفنا بها كتب الفقه كاعتبار المرأة صاحبة الرحم أمماً بالرحم قياساً على الأم بالرضاعة وترتب كل ما يترتب على ذلك من أحكام. ويرى الباحث أن هذا هو القدر الذي يمكن قياس إشغال الرحم على إجارة الرضاعة، أي أن القياس لا يكون قبل حدوث واقعة إشغال الرحم، بل بعد حدوثه من غير إجازة في جميع الاحوال غلقاً للذريعة في هذه المرحلة من حياة المجتمع العراقي المتحفظ على نفسه في جانب الأسرة التي يهددها التفكك عبر منافذ مختلفة لا سيما منفذ حقوق الإنسان وحياته وبالأخص حقوق المرأة وبالتحديد من خلال حق الخصوصية. لهذا نقول بعدم مشروعية عقد إشغال الرحم، وهذا ما عليه جمهور العلماء على اختلاف تسمياتهم للعملية، كما حرمه المجمع الفقهي الإسلامي وذلك في الدورة الثامنة عام ١٤٠٥ هـ بجميع صورته حتى لو كان الرحم لزوجة ثانية^(٢).

^١ يقول الله تعالى " يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها" سورة الأحزاب / الآية ٤٩.

^٢ ينظر: مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة ٨- العدد العاشر، ١٩٩٦، ص ٣٢١.

الخاتمة :

في نهاية بحثنا المتواضع بلغنا الاستنتاجات الآتية:

- ١- لعملية الإنجاب عن طريق رحم امرأة أخرى عدة صور أقلها إشارة للمشاكل ما كانت عناصر التناسل فيها عائداً للزوجين والرحم لأمرأة غير صاحبة البويضة سواء كانت زوجة أخرى أو امرأة أجنبية.
- ٢- بسبب ارادة الأشخاص الحرة في التعاقد فإنه يمكن تنظيم هذه العملية في عقد أطلق عليه أكثر الباحثين بعقد تأجير الرحم، وبينوا أحكامه في ضوء تلك التسمية.
- ٣- لعدم معالجة المشرع العراقي هذا الموضوع لذا فالعقد غير منظم وبالضرورة غير مسمى، ولما قورن العقد ببعض العقود المسماة تبين عدم صحة تكييفه بأي منها، ولم تسعفنا واقعة الاستيلاء التي عرفها الفقه الإسلامي، لذا أثرنا تسميته بعقد إشغال الرحم، لانطباق هذه التسمية على العملية المعقود عليها، سواء من الناحية اللغوية أو العلمية، وكان ذلك من خلال توظيف الكلمة القرآنية المباركة لهذا الأمر.
- ٤- بموجب القواعد العامة للقانون العراقي يعتبر العقد باطلاً لمخالفة محله وسببه عموماً للنظام العام، وبالتالي فإن العملية لا تخرج عن كونها واقعة مادية ترتب آثارها القانونية والشرعية. ومع ذلك فإن الأمر لا يمكن حسمه بشكل مطلق لأن مفهوم النظام العام غير ثابت من حيث الزمان والمكان.
- ٥- شرعاً لم تتفق كلمة العلماء المسلمين حول مشروعية عقد إشغال الرحم بين مجيز ورافض بشكل مطلق، وبين من فرق بين كون صاحبة الرحم زوجة أخرى فأجاز أو لا فحرم.
- ٦- بالاستعانة بالقواعد الفقهية للشرعية الإسلامية وجدنا بعد الموازنة بين مفسدة الطلاق لإحدى الزوجات الأربعة وبين مفسدة إشغال رحم إحداهن تبيّن أن العقد في جميع صورته يعتبر باطلاً، وهذا هو الأحوط في الدين وأعظم لشعائر الله وأقرب لتقوى القلوب.

وعليه نقترح على المشرع العراقي وغلقاً للذريعة أن يعالج هذا الموضوع على غرار صنيع المشرعين الغربيين الذين عالجوا الموضوع جنائياً ومدنياً. وبما أن تنتهي به المعالجة إلى تجريم هذه العملية جنائياً والحكم ببطلان عقده إذا تم الإقدام عليه من قبل البعض سداً لأبواب التأويل الفقهي.

قائمة المصادر والمراجع

بعد كتاب الله العزيز

أولاً: المعاجم والكتب اللغوية

- ١- ابن السيد البطليوسي، المثلث، القسم الثاني، تحقيق ودراسة: صلاح مهدي علي الفرطوسي، دار الرشيد للنشر، ١٩٨١.
- ٢- الامام أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط، عبد السلام محمد هارون، ج٣، دار الجيل، بلا مكان، ١٩٩٩.
- ٣- الشريف علي بن محمد الجرجاني، كتاب التعريفات، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٨٣.
- ٤- العلامة محمد بن مكرم بن علي الانصاري الشهير بابن منظور، لسان العرب المحيط، المجلد الأول ومعه معجم المصطلحات العلمية والفنية، دار لسان العرب، بيروت، بلا سنة.
- ٥- العلامة جابر الله ابو القاسم محمود بن عمر الزمخشري، أساس البلاغة، دار صادر، بيروت، ١٩٧٩.
- ٦- المطبعة الكاثوليكية، المنجد في اللغة، الطبعة العشرون، دار المشرق، بيروت، ١٩٦٩.

ثانياً: كتب التفسير والحديث

- ٧- أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي، تفسير القرآن العظيم، ج١، ٢، ٣، ٤، ط١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ٢٠٠٠.

- ٨- ابو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مج ٣، ٥، ٧ و٨، دار الحديث للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٢.
- ٩- الإمام أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ط٢، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، ١٩٩٩.
- ١٠- الامام محي الدين يحيى بن شرف النووي، رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين، مؤسسة المعارف، بيروت، ٢٠٠٤.

ثالثاً: كتب الفقه الإسلامي وأصوله

- ١١- الامام ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، المجلد ٢، دار الفكر، بلا مكان ولا سنة.
- ١٢- العلامة السيد أبو بكر بن السيد محمد شطاالدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين للعلامة زين الدين الملباري، ج٣، دار إحياء الكتب العربية، بلا سنة.
- ١٣- الامام شهاب الدين أحمد بن ادريس بن عبد الرحمن القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق، ج١، عالم الكتب، بلا مكان، بلا سنة.
- ١٤- د. أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ط٢، الكويت، ١٩٨٧.
- ١٥- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بلا سنة.
- ١٦- السيد سابق، فقه السنة، المجلد ٢ و٣، ط٢١، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، ١٩٩٩.
- ١٧- الإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر، ج١، ط٢، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، الرياض، ١٩٩٧.
- ١٨- صالح أحمد الشامي، المذهب من إحياء علوم الدين، ج١، ط١، دار القلم، دمشق، ١٩٩٣.

- ١٩- د. عبد العزيز محمد عزام، القواعد الفقهية، دار الحديث، للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٥.
- ٢٠- عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، دار الدعوة، اسطنبول، ١٩٩٦.
- ٢١- العلامة محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الدين السرخسي، المبسوط، ط١، مج٤، ج١١، ومج٥، ج١٥، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ٢٠٠٢.
- ٢٢- د. محمد أحمد مصطفى الكزني، حكم نقل وغرس الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي والقانون، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة صلاح الدين، أربيل، ١٩٩٩.
- ٢٣- العلامة محمد الشربيني الخطيب، ج٢، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مطبعة البابي الحلبي بمصر، بلا سنة.
- ٢٤- د. محمد رضا عبد الجبار العاني والسيد إبراهيم فاضل الدبوي، فقه المعاملات والجنایات، ج١ المعاملات، ط١، بيت الحكمة للنشر والترجمة والتوزيع، بغداد، ١٩٨٩.
- ٢٥- د. محمد يوسف موسى، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، ١٩٥٨.
- ٢٦- د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، دراسة مقارنة بالقانون، ط٢، مطبعة اراس، أربيل، ٢٠١٠.
- ٢٧- د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية في الفقه الإسلامي المقارن والقانون، ط٢، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، بغداد، ٢٠٠٠.
- ٢٨- د. مصطفى إبراهيم الزلمي، الصلة بين علم المنطق والقانون، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٨٦.

- ٢٩- د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق في شريعة السماء وقانون الأرض خلال أربعة آلاف سنة، ج١، ط١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٨٤.
- ٣٠- د. مصطفى إبراهيم الزلمي، موانع المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائية العربية، الدار الجامعية للطباعة والنشر والترجمة، بغداد، ٢٠٠٢.

- ٣١- د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي في نسجه الجديد، ج١، ط٢، دار الفكر، بلا مكان، بلا سنة.

رابعاً: الكتب القانونية:

- ٣٢- د. أحمد محمود سعد، تغيير الجنس بين الحظر والإباحة، ط١، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٣.
- ٣٣- د. السيد محمود عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر، ط١، بلا مكان، ٢٠٠٢.
- ٣٤- د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع، الإيجار، المقاول، مديرية دار الكتب، الموصل، ١٩٨٩.
- ٣٥- د. حسن كيهر، المدخل إلى القانون، ط٥، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ١٩٧٤.
- ٣٦- د. حسني محمود عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام، بين الحظر والإباحة، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٧.
- ٣٧- د. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، ج٢، النظرية العامة للحق، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ١٩٨٣.
- ٣٨- د. عاطف النقيب، نظرية العقد، منشورات عويدات، ط١، بيروت، ١٩٨٨.

- ٣٩- د. سعدي اسماعيل البرزنجي، ملاحظات نقدية في القانون المدني، ط١، مطبعة وزارة الزراعة، أربيل، ٢٠٠٧.
- ٤٠- د. سعدي اسماعيل البرزنجي وسعيد شيخو، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة، دراسة مقارنة في ضوء القانون العراقي والمقارن والأخلاق والشرعية، مطبعة جامعة صلاح الدين، أربيل، ٢٠٠٢.
- ٤١- الاستاذ عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون، تأليف مشترك، بيت الحكمة، بغداد، بلا سنة.
- ٤٢- د. عبد الحميد عثمان محمد، أحكام الأم البديلة ، الرحم الظئر، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.
- ٤٣- د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج ٢، الحق - دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، المطبعة العصرية، ١٩٧٠.
- ٤٤- د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، ج١، مصادر الالتزام، المصادر الارادية (العقد والارادة المنفردة)، مج١، نظرية الالتزام ، تحليل العقد، باعتناء: د. محمد الألفي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٢.
- ٤٥- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، عقد الإيجار، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بلا سنة.
- ٤٦- د. عبد الوهاب حومد، دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن، المطبعة العصرية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٣.
- ٤٧- د. عدنان العابد ود. يوسف الياس حسو، قانون العمل، الطبعة الأولى، دار الكتب، الموصل، ١٩٨٠.
- ٤٨- محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، العراق، ١٩٨٠.

- ٤٩- د. محمد عزيز شكري، مدخل إلى القانون الدولي العام، ط٤، مطبعة جامعة دمشق، مديرية الكتب الجامعية، دمشق، ١٩٩٠.
- ٥٠- د. محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية، وحدوده الشرعية، ط١، ذات السلاسل، القاهرة، ١٩٩٠.
- ٥١- د. محمد محمود عبد الله، المدخل إلى علم القانون، مطبعة الداودي، دمشق، ١٩٨٣.
- ٥٢- د. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٠.
- ٥٣- د. منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٥.
- ٥٤- د. هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، ط٢، مطبعة الإسكان العسكرية، مديرية الكتب الجامعية، دمشق، ١٩٨٧.

خامساً: الدوريات

- ٥٥- أصغر عبد الرزاق حسن الموسوي، موقف القانون الجنائي من عمليات الاستئصال البشري، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٠.
- ٥٦- د. أكرم ياملكي، الطبيعة القانونية لأسهم الشركات، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية الصادرة عن كلية الحقوق في جامعة بيروت العربية، العدد ٧، تموز، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ٢٠٠١.

- ٥٧- مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة ٨- العدد العاشر، ١٩٩٦.

سادساً: القوانين حسب تأريخ إصدارها:

- ٥٨- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل.
- ٥٩- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.
- ٦٠- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل

٦١- قانون رعاية القاصرين العراقي رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠.

٦٢- قانون الشركات العراقي رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ الملغي.

٦٣- قانون العمل العراقي رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧.

٦٤- قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل.

سابعاً: كتب ذات علاقة

٦٥- دحام الكيال، دراسات في علم النفس، ط ٣، مكتبة الشرق الجديد، بغداد، ١٩٧٧.

٦٦- د. زيدان عبد الباقي، الأسرة والطفولة، دار الشباب للطباعة، مكتبة وهبة، القاهرة، ١٩٨٠.

٦٧- سونيا هانت وجينيفر هيلتن، نمو شخصية الفرد والخبرة الاجتماعية، ترجمة وتقديم، د. قيس النوري، ط ١، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، العراق، ١٩٨٨.

٦٨- د. محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقران، ط ٨، دار السعودية للنشر والتوزيع، جدة، المملكة العربية السعودية، ١٩٩١.

ثامناً: المصادر الالكترونية:

١- باللغة العربية

٦٩- د. أحمد الكبيسي، الكلمة وأخواتها. على الموقع الآتي:

<<http://www.dubaitv.gov.ae/edtv/klema.ASP>>

٧٠- إجراءات هندية قانونية لتسهيل تأجير الأرحام، مقالة منشورة في جريدة الشرق الأوسط،

العدد: ١١٥٣٢ في ٢٥ حزيران ٢٠١٠، على الموقع :

<<http://www.aawsat.com/details.asp?section=54&article=575375&issue=11532>>

٧١- ريم مهنا، سيدات ينجبن أحفادهن، مقالة نشرت في ٢٠/١١/٢٠٠٢ على الموقع
الآتي:

<<http://www.islam-online.net/Arabic/Science/2002/11/Article05.shtml>>

Last Visited.(May8, 2003)

٧٢- مصطفى خليفة، (لي أول رجل يحمل جنيناً)، جريدة البيان الإماراتية، الخميس،
٢٠ ذي الحجة ١٤٢١ هـ الموافق ١٥ مارس ٢٠٠١ على الموقع الآتي:

<<http://www.albayan.co.ae/albayan/2001/03/15/mnw/56.htm>>

Last visited (Dec. 5, 2002)

٢- باللغة الأنكليزية

73- Craig A. Butler, Ectogenesis solution to abortion, [Daily Lobo](http://www.dailylobo.com)
(U.New Mexico) Feb. 20, 2002, at online:
<<http://www.dailylobo.com>> Last visited: (May 5, 2003)

74- ECTOGENESIS, International web site. at online:
<<http://www.stanford.edu/dept/HPS/ectogenesis/introduction.html>>
Last visited:
(July 25,2003)

75- French Bioethic law. July 29, 1994 in: Journal of Assisted
Reproduction and Genetic, Vol.12, No.10, 1995, pg: 663-664 at
online: <<http://www.jarg.com>>

76- French Civil Code of 1804 in English at online:
<<http://www.Legifrance.gouv.fr/home.jsp>>

77- German Civil Code of 1896 in English at online:
<http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#Section%201>

78- Hamid Arshat, Ethics in Assisted Human Reproduction - MED
J MALAYSIA VOL 44 NO 1 MARCH 1989, at online:

<<http://www.mma.org.my/Portals/0/MED%20J%20MALAYSIA%20VOL%2044%20NO%201%20MARCH%201989.pdf>> Last visited: (Oct. 12, 2010)

79- Human Fertilization & Embryology Act 1990 of United Kingdom (c. 37) at online: <<http://www.hmsa.gov.uk/acts/acts1990/UkPgo-1990037-en-2.htm#mdiv1>> Last visited: (March 20, 2002)

80- India's surrogate mothers face new rules to restrict 'pot of gold, guardian.co.uk, Friday, 30 July 2010 15.45 BST at online: <<http://www.guardian.co.uk/world/2010/jul/30/india-surrogate-mothers-law>>

Last visited: (24 Dec. 2010)

81- Japan's First Surrogate Mother Gives Birth, Copyright: Foreign Press Center, Japan, 2001. At online: <<http://www.fpcj.jp/e/shiryo/jb/0124.html>> Last visited: (Jan 3, 2003)

82- Surrogacy Arrangements Act 1985 of United Kingdom (c 49) at online: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>> Last visited: (Nov. 11, 2008)

٣ - باللغة الألمانية

83- Embryonenschutzgesetz, vom 13. Dezember 1990 das durch Artikel 22 des Gesetzes vom 23. Oktober 2001 geändert worden ist in Germany language, at online: <<http://bundesrecht.juris.de/eschg/BJNR027460990.html>> Last visited: (May 4, 2009)