كلية الحقوق
الدراسات العليا
قسم القانون المدني

عقد إجـــارة وزرع الأعضاء البشرية

وما يترتب عليه من آثار في القانون المدني

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدمة من الباحث

السيد عبد الهادي محمد عبد العال

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة

الأستاذ الدكتور / محمد شكري سرور — **مشرفاً ورئيساً**

أستاذ القانون المدني ووكيل كلية الحقوق جامعة القاهرة سابقاً

الأستاذ الدكتور / محمد السعيد رشدي — **عضواً**

أستاذ القانون المدني ووكيل كلية الحقوق جامعة بنها سابقا

الأستاذ الدكتور / أشرف عبد الرازق إبراهيم ويح — **عضواً**

أستاذ الشريعة الإسلامية ووكيل كلية الحقوق جامعة طنطا

٢٠١٥

﴿ لِّلَّهِ مُلْكُ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ ۚ يَخْلُقُ مَا يَشَآءُ ۚ يَهَبُ لِمَن
يَشَآءُ إِنَٰثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَآءُ ٱلذُّكُورَ ﴿٤٩﴾ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ
ذُكْرَانًا وَإِنَٰثًا ۖ وَيَجْعَلُ مَن يَشَآءُ عَقِيمًا ۚ إِنَّهُۥ عَلِيمٌ قَدِيرٌ ﴾

[سورة الشورى : ٤٩ ، ٥٠]

إهــــداء

أتقرب بهذا العمل خالصا لوجه الله الكريم ، وإلى سيدنا رسول الله ﷺ مرشد الأمة وإمام الائمة وصاحب السنة الغراء الهادية إلى صراط الله المستقيم

- إلى شهداء هذا الوطن وأقول أنهم في جنات النعيم .
- إلى اساتذتى ومعلمي الذين أدين لهم بفضل التتلمذ على أيديهم وشرف النيل من علمهم القويم .
- إلى روح والدي الكريم والذي يوفقني الله تعالى ببركة صلاحه وطاعته لله العليم الحكيم .
- إلى والدتي أطال الله في عمرها ونفعني بدعائها الكريم.
- إلى أخى واخوتى الذين أرجو من الله أن يسدد خطاهم ويهديهم إلى الطريق القويم .
- إلى زوجتي التي عاشت معي أيام الأمل والتمس لها الرضا من الله العلى العظيم.
- إلى كل باحث وطالب علم وراغب في الاستزادة وحريص على التعليم .
- إلى كل هؤلاء جميعا اهدي هذا العمل خالصا لوجه الله الكريم وراجيا منه أن أنال رضاه وان يرزقني النفع العميم .

الباحث

شكـــــر وتقديـــــر

أقدم شكري لله عـز وجل المتفضل على عباده بجزيل النعم وعظيم الآلاء ثم أقدم شكري لمن تجرى على أيديهم النعم .

إلى مشرف هذه الرسالة العالم الجليل والأب الرحيم معالـي الأستاذ الـدكتور / محمد شكري ســرور أستاذ القانون المدني ووكيل كلية الحقوق جامعة القاهرة السابق الذي وجدت فيه إرادة الأقوياء وتيسير العلماء وتواضعاً جماً وروحاً متطلعة ، فاسأل الله جـل وعلا أن يقر عينه بما يحب ويرضى من خيري الدنيا والآخرة .

إلى مناقشـي هـذه الرسـالة العـالمين الجلـيلين اللـذين شـرّفا هـذا البحث وصاحبه بالقراءة والمناقشة وتوّجا هذا العمل بقراءتهما له ليجبرا ما فيه من خطأ أو زلل أو خلل ليخرج البحث في ثوبه القشيب أنهما :

معالي الأستاذ الدكتور / محمد السعيد رشـــدي أستاذ القانون المدني ووكيل كلية الحقوق جامعة بنها السابق .

ومعـالي الأسـتاذ الـدكتور / أشـرف عبـدالرازق إبـراهيم ويـح اسـتاذ الشـريعة الاسلامية ووكيل كلية الحقوق جامعة طنطا

اسأل الله جل وعلا أن يجزيهما عنى وعن طلاب العلم خير الجزاء وان يرفـع درجتهما في الأولين والآخرين انه ولى ذلك والقادر عليه.

إلى كل من ساهم في هذا العمل ولو بدعوة صادقة ومن اعان وارشد ودعا وسدد .

أسأل الله أن يجزيكم عنى خير الجزاء

الباحث

قائمة بأهم المختصرات

الخاصة ببعض المصطلحات الفرنسية المستخدمة في البحث

LISTE DES ABRÉVIATIONS

ART.	**: ARTICLE.**
ASS.NAT.	**: ASSEMBLÉE NATIONALE .**
C.C.	**: CONSEIL CONSTITUTIONNEL.**
DÉCIS.	**: DÉCISION.**
ED.	**: ÉDITION**
J.O.	**:JOURNAL OFFICIEL**
J.C.P.	**:JURISCLASSEUR PÉRIODIQUE (SEMAINE JURIDIQUE)**
OP.CIT	**: OUVRAGE PRÉCITÉ**
P	**: PAGE.**
R.D.P.	**: REVUE DU DROIT PUBLIC ET DE LA SCIENCE POLITIQUE EN France ET Á L Etranger .**
R.E.C	**: RECUEIL DES DÉCISIONS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL.**
T	**: TOME**
R.F.E.C.P	**:Revue Françoise D ' Études Constitutionnelles et plitiques.**
R.P.P	**:Revue politique et parlementaire**
V.O.L	**: volvme**
C.H.R	**: Chranque**
L.G.D.J	**: Librairie générale de droit et de jurisprudence**
nº or Nº	**: numéro**

مقدمـــة :

الحمد لله الأول بلا ابتداء ، والآخر بلا انتهاء ، والظاهر بلا خفاء ، والخـــالق بلا حاجة ، والرازق بلا مؤنة ، لا تدركه الأفهام ولا تبلغه الأوهام ، حي لا يموت قيوم لا ينام .

والصلاة والسلام على خير الأنام محمد ﷺ وبعد ...

فالإنسان هو أعلى ما خلق الله عز وجل في هذا الكون حيث كرمه فجعل لـــه من الحقوق والمصالح ما يكفل له كرامته ويحقق له سيادته على سائر المخلوقـــات ومن هذه الحقوق التي كفلتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية حقه في البقاء النوعي والتناسل وسلامة الجسد وحقه في الكرامة الإنسانية وحقه فـــي ســـلامة عرضه وحقه في أن يعيش في امن وأمان وان حياة الإنسان تدور بـــين نعـــم الله ونقمه وبين غناه وفقره وبين صحته ومرضه وبين عطائه ومنعه ولـــن يرضـــى الإنسان بحياته أبدا إلا من وفقه الله إلى ذلك، وصدق فيهم قول القائل(١):

صغيـر يطلب الكبر ❖❖❖ وشيخ ود لو صغر
وخالي يشتهى عمل ❖❖❖ وذو عمل به ضجر
ورب المـــال في تعـــب ❖❖❖ وفى تعب من افتقر
وذو الأولاد مهمـــوم ❖❖❖ وطالبهم قد انفطر

وبعد هذه المقدمة سوف أتناول هذا البحث من خلال التعريف بموضوع البحث وأسباب اختياري له ومنهجه وتساؤلات حول البحث وخطته فأقول وبالله التوفيـــق والسداد.

---

(١)أ/ محمود عباس العقاد ، ديوان وحي الأربعين، القدر يشكو، نشر بتاريخ ٢٠٠٩/٧/٢٩.

أولاً: التعريف بموضوع البحث:

تسير العلوم في عصرنا الحالي خطوات سريعة نحو التقدم ويطلع علينا صباح كل يوم علماء في كافة المجالات العلمية ببشرى جديدة عن اختراع جديــد ييســر على الإنسان سبل الحياة، فالرفاهية البشرية في كثير من المجالات اتسعت بشــكل كبير وتخفيف آلام المريض أصبح من المآرب التي يسعى إليها العلماء في المجال الطبي، وقد عبر عن ذلك أحد الفقهاء بقوله(١) أن الطب تقدم اليوم في ثلاثين عامًا أكثر مما تقدم في القرون السابقة، وعلى الرغم من أن هذا القول قد مضي عليــه فترة طويلة فإن العلم قد تقدم منذ تلك المقولة أكثر وأكثر ووصل إلى آفاق أوســع وأوسع.

وقد أسمي البعض(٢) التطورات العلمية التي حدثت في المجتمع فــي مختلــف نواحي الحياة بالثورات الصناعية المتعددة، وقد أحدثت تلك التطورات طفرة فــي مختلف نواحي المجالات الطبية، وتستلزم هذه التطــورات الحالــة والمعاصــرة للمنظومة الطبية من الأطباء اليقظة والحذر الشديدين؛ لاسيما أن تلك التطــورات تؤدي إلى بعض الخلط أو اللبس في التشخيص والعلاج مما يوقــع الأطبــاء فــي المسئولية(٣).

وقد أدى التطور العلمي الكبير في المجالات الطبية المختلفة إلى إثارة العديــد من المشكلات الناتجة عن استخدام الأساليب العلمية الحديثة خاصة فيمــا يُعــرف بإجارة الأرحام وعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

---

(١) راجع في ذلك:

Bernard (J.): Grandeur et tentation de la nedecine, Paris, ed., Buchet, Chastel, 1973.

(٢) د. حمدي عبد الرحمن: معصومية الجسد، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول والثاني، جامعة عين شمس، السنة ٢٢، يونيو ويوليو ١٩٨٠، ص٥٧.

(٣) راجع في ذلك:

Radiologie: Les consequences d'une revolution Jechnologique, Bul ،ord, des Medecins. Jun. 1987.

أما ما يتعلق بإجارة الأرحام:

فإن من تقنيات الإنجاب الصناعي التي أثارت جدلاً واسعًا تقنية إجارة الـــرحم أو ما يسمى بالأم البديل، والتي يلجأ إليها الأزواج غالبًا عندما يكون هناك عيـــب في رحم الزوجة إلا أن بويضاتها سليمة فيتم إخصابها مختبريًا عن طريق نطفـــة الرجل، ويتفقان مع امرأة أجنبية عنهما، تتولى مهمة الحمل وتسلم الجنين إليهمـــا عند الوضع، وذلك الاتفاق يسمى تأجير الرحم.

وإن الدهشة لتصيب القارئ عندما يقرأ عن هذا الموضوع، نظرًا لعدم تصور أن تكون الأعضاء الآدمية محلاً للإيجار.....

فإذا ما تعرضنا لهذا الموضوع للوقوف على حقيقته فإننـــا نســـتعين بالمـــادة (٥٥٨) من التقنين المدني المصري والتي تنص على أن (الإيجـــار عقـــد يلـــزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجـــر معلوم) [١].

ومن غير المتصور أن يتم نقل العضو الآدمي على سبيل الإجارة وزرعه في جسم المتلقي لمدة معينة ثم يتم استرداده بعد ذلك، هذا بالإضافة إلى أن المســـتأجر في عقد الإيجار المتلقي العضو – يلتزم بالوفاء بالأجر وهذا يتعارض مع شرط انتفاء المقابل المادي الذي أكدت عليه قوانين الـــدول المختلفـــة، كمـــا أن إجـــارة الأعضاء الآدمية يؤدي إلى تعريض كرامة الإنسان للامتهان والابتذال.

وبناءً على ذلك فإنه يمكن القول بأن إجارة الأعضاء غير وارد تصوره فيمـــا عدا الصورة التي عرفها الفقهاء قديمًا وهي حالة إجارة الظئر، وهنـــاك صـــورة مختلف عليها وتتمثل في إجارة الأرحام وهي الصورة التي أوجدتها التقنية الطبية الحديثة.

(١) القانون رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ ، الصادر بتاريخ ١٩٤٨/٧/١٦ نشر بتاريخ ١٩٤٨/٧/٢٩ بجريدة الوقائع المصرية ، وعدد مواده (١١٥١) مادة .

حيث يذهب البعض إلى أنه يُباح تأجير الأرحام قياسًا علـــى تـــأجير المـــرأة للرضاع[1]. وأنه بالرغم من أن القوانين الوضعية لم تهتم بتنظيم عقد إجارة الظئر وما يرتبه من آثار في نطاق الأحوال الشخصية، إلا أن فقهاء الشريعة الإســـلامية قد أجازوا الانتفاع بلبن الآدميات عن طريق وسيله عقديه تسمى إجارة الظئر

وبمقتضى عقد إجارة الظئر تلزم المرأة نفسها بإرضاع طفل لا تلتزم شـــرعًا بإرضاعه مقابل أجر[2].

واستدل الفقهاء على جواز إجارة الظئر بالآيات الآتية :

قوله تعالى:﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [3]

وقوله تعالى﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ [4]

وقوله تعالى:﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُواْ أَوْلاَدَكُمْ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّآ آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُواْ اللّهَ وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ [5]

وتتمثل الشروط اللازمة لصحة عقد إجارة الظئر في:

١- ضرورة توافر الرضاء الصحيح، فيلزم رضاء المرأة بالإرضاع إن كانت غير ملتزمة به شرعًا.

وتكون المرأة غير ملتزمة بالإرضاع شرعًا إذا لم تكن أمًا للطفل.

---

(١) د. عبد القادر محمد أبو العلا، تأجير الأرحام، مجلة الشريعة والقانون، العدد ١٣، الجزء الأول، فرع أسيوط، جامعة الأزهر، ٢٠٠١، ص١٥.

(٢) انظر الفتاوى الهندية، جـ٤، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص٤٣٥.

(٣) سورة الطلاق، الآية ٦.

(٤) سورة البقرة، الآية: ٢٣٣.

(٥) سورة البقرة، الآية ٢٣٣.

وإذا كانت أم الطفل مطلقة فإننا نفرق بين حالتين، الأولى منها أن تكون مطلقة طلاقًا رجعيًا وهنا تجب عليها الرضاعة ولا يجوز استئجارها لأنه لا استئجار في واجب.

والثانية إذا كانت مطلقة طلاقًا بائنًا ففي هذه الحالة لا تلتزم بالإرضاع بغير رضاها إلا إذا رفض الطفل الرضاعة من غيرها.

٢- توافر السبب المشروع: وهو هنا في عقد إجارة الظئر يتمثل في تغذية الطفل.

٣- أن يكون محل التزام المرضعة محددًا بمدة ومكان معينين، وكذلك أن يكون الأجر محددًا.

كل هذه الشروط السابقة اتفق الفقهاء على توافرها في عقد إجارة الظئر، وقد جرى الخلاف بين الفقهاء حول نقطة معينة، فقد ذهب الحنفية إلى القول بأن عقد إجارة الظئر إنما يرد على تربية الطفل أصالة ويقع اللبن تبعًا كما لو استأجر إنسانا كاتبًا فإن الحبر يدخل تبعاً.

أما جمهور الفقهاء فقد ذهبوا إلى أن العقد يرد على اللبن ذاته، لأنه هو المقصود من العقد وهو الذي فرض القرآن الكريم الأجر في مقابله، ولو كان العقد يقع حقيقة على خدمات المرضعة لما التزمت بإرضاع الطفل.

وقد أجيب عن القول بأن العقد إنما يقع على تربية الطفل أصالة ويقع اللبن تبعًا لذلك "بأن الأمر ليس كذلك، وأن وضع الطفل في حجر المرضعة ليس مقصودًا أصلاً، ولا يرد عليه عقد الإجارة لا عرفًا ولا حقيقة ولا شرعًا ولو أرضعت الطفل وهو في حجر غيرها أو في مهده لاستحقت الأجرة، ولو كان المقصود العام الثدي المؤجر لاستؤجر له كل امرأة لها ثدي ولو لم يكن لها لبن"(١).

(١) انظر زاد المعاد في هدي خير العباد، جـ٥، ص٨٢٧.