ISSN: 2519 – 6138 (Print)
E-ISSN: 2663 – 8983(On Line)

TUJR
مجلة جامعة تكريت للحقوق
Tikrit University Journal for Rights

IRAQI Academic Scientific Journals
العراقية المجلات الاكاديمية العلمية

Tikrit University Journal for Rights
Journal Homepage : http://tujr.tu.edu.iq/index.php/t

كلية القانون
College of Law

The role of private international law in dealing with human embryos

Lectures .Dr. Najla Abdel Hassan
College of Education, Al-Qasim Green University, Babylon, Iraq
n.a.law.88@gmail.com

Article info.

Article history:
- Received 14 August 2023
- Accepted 27 April 2024
-Available online 1 June 2025

Keywords:

-fetus

- fetal protection

- ovum

Abstract: Most national and international legislation has attempted to protect children's rights from any abuse they may be exposed to. Due to their vulnerability and inability to protect themselves from abuse by others, they go through several stages, the most important of which is the fetal stage in their mother's womb. Here, protection is directed toward them, as they are a fertilized egg in their mother's womb. This situation involves protection from abortion or assault on the mother that results in a miscarriage. The other stage is the stage of coming into life, and here the issues of international law begin, particularly regarding the nationality of the owner of the egg, the nationality of the owner of the sperm, and the laws to which they are subject, or which laws should be directed toward protecting this young child.

© 2023 TUJR, College of Law, Tikrit University

دور قواعد القانون الدولي الخاص في التعامل في اطار الاجنة البشرية

م.د. نجلاء عبد حسن

كلية التربية، جامعة القاسم الخضراء، بابل، العراق

n.a.law.88@gmail.com

معلومات البحث :

تواريخ البحث:
- الاستلام : ١٤/ آب/ ٢٠٢٣
- القبول : ٢٧ / نيسان/ ٢٠٢٤
- النشر المباشر: ١/حزيران/٢٠٢٥

الكلمات المفتاحية :

- **الجنين**
- **حماية الجنين**
- **البويضة**

الخلاصة: حاولت اغلب التشريعات الوطنية والدولية من حماية حقوق الطفل من اي اساءه قد يتعرض لها هذا الصغير,وبسبب الضعف وعدم القدرة على حماية نفسه من اساءه الاخرين ,وهو يمر بمراحل اهمها مرحلة الجنين وهو في بطن امه , فهنا تتجه الحماية له وهو بيضه مخصبة في رحم امه , وتتمثل هذه الحاله بالحماية من الاجهاض , او الاعتداء على الام الذي يسبب الاجهاض , والمرحلة الاخرى هي مرحلة الخروج الى الحياه وهنا تبدأ مسائل الدولي الخاص بالعمل من حيث جنسية صاحبة البيضة , وجنسية صاحب الحيمن واي القوانين التي يخضع لها او اي من القوانين التي يجب ان تتجه الى حمايه هذا الصغير .

© ٢٠٢٣, كلية القانون، جامعة تكريت

المقدمة :

اولا: التعريف بالموضوع :

تحرص الشريعة الاسلامية والتشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية على حماية حقوق الانسان في مرحلة الطفولة نظرا لمستوى الضعف والقصور الجسدي والعقلي الذي يكون عليه ، مما يجعله بحاجة أكبر للحماية من أي مرحلة لاحقة .

إن حقوق الطفل تؤثر في المنظومة القانونية سواء على مستوى القوانين التي تحميه من العنف او تلك التي تنظم النفقة او الحضانة او التعليم ، فدرجة تأثر المشرع بحقوق الطفل تكون عالية المستوى داخليا ويبلغ التأثر اعلى مستوى في ظل الاتفاقيات الدولية وان هذا التأثير يكون في اقوى حال في مرحلة تكون الجنين فإنتاجه يكون بإرادة الهية ووفق قوانين طبيعية ، وان تحقق ذلك من خلال الزواج المختلط الذي يؤثر في تحريك قواعد القانون الدولي الخاص بالتتابع, ابتداء بقواعد الجنسية وانتهاء بقواعد تنفيذ الاحكام الاجنبية ، فاختلاف جنسية الام عن الاب سواء في مرحلة الزواج او تكون الجنين أو عند ولادته فان جملة موضوعات تثار تتعلق بمستقبل حقوقه ، وهنا يبدا تأثير هذه الحقوق في مجال ابعد من القانون الداخلي ليتراوح بين مستقبل جنسيته او موطنه وكذلك حالته القانونية ، وكونه وطني نسبة لمكان ميلاده ام تبعا لجنسية والديه او احدهما فضلا عن ان هذه الحقوق تفضي الى تداخل اختصاص أكثر من قانون ، مما يثار موضوع اخر القوانين وينتهي الى اثارة تنازع في الاختصاص القضائي وهو تنازع محاكم ، فالإنسان يبدا من مرحلة البويضة المخصبة وهنا يمكن ان يكون الحيمن من رجل يحمل جنسية دولة والبويضة من امرأة تحمل جنسية دولة اخرى (الزواج المختلط)، وفي حالة تعذر الحمل بالشكل التقليدي فيمكن اللجوء الى تأجير رحم لامرأة من جنسية أخرى ، وان هذا الاختلاف في جنسية الأطراف اعلاه له تأثير في مستقبل حق الطفل في الجنسية المفترضة فالحق الاخير ينعكس على قواعد الجنسية .

ثانياً: اهمية الموضوع.

تأتي اهمية الموضوع من عدة نواح فهو يستهدف فاعلية وقابلية وصلاحية قواعد القانون الدولي الخاص في تنظيم وضع الانسان قبل الميلاد وبعده في اطار تحديد جنسيته وموطنه وصفته الوطنية والاجنبية وما يثير كل ذلك من اشكالية تداخل القوانين لتعدد ارتباطات اطراف التعامل في اطار الاجنة البشرية ، وما يستتبع ذلك من تعدد المحاكم المختصة , وهذا يعني ان في كل مرحلة من مراحل تكون الجنين يتطلب تدخل نوع من قواعد القانون الدولي الخاص كما تتطلب بعض المراحل تدخل كافة القواعد ونستطيع ان نقول ان اصعب مرحلة تتطلب تدخل الاخيرة مرحلة بداية حياة الجنين قبل الولادة ولكن تقل القواعد المتدخلة في الموضوع بعد الولادة بالنظر لغياب عقود التخصيب او التلقيح الاصطناعي وعقود حفظ الاجنة وغيرها من العلاقات التي تنشا عن الاخطاء الطبية .

إن قواعد الجنسية والاقامة وقواعد تنازع الاختصاصين التشريعي والقضائي تنهض في مرحلة قبل الميلاد لتنحسر في اطار قواعد الجنسية والاقامة والاختصاص القضائي في مرحلة ما بعد الميلاد وان كل ما يتعلق بالنظام العام او السلامة العامة يكون الحكم فيه للقواعد ذات التطبيق الفوري سواء تعلقت بالجنسية ام بالإقامة ام بباقي الموضوعات بعد الميلاد في حين ما يتعلق بمصلحة الأفراد يكون الحكم فيه للقواعد الاسنادية واي قواعد اخرى وهذه القواعد تنشد في اطار موضوع تنازع القوانين والذي يثار بفعل النقل والتحرك للأفراد عبر الحدود (الزوج والزوجة وتحقق حالة التخصيب في دولة اخرى وكون المواد الداخلة في المعالجة والتعامل تأتي من دول اخرى فهنا ستتعدد ارتباطات العلاقة وبفعل تعددها تتعدد القوانين ومن ثم تتنازع على حكم كل جزء من التعامل بالأجنة سواء ما تعلق منها بشروط العقد واثاره الحالية والمستقبلية او الفعل الضار الذي يرافق عملية التخصيب او الحمل او الولادة.

ثالثا: إشكاليات وتساؤلات البحث .

تظهر اشكالية الموضوع بأشكال متنوعة نتيجة لتنوع نشاطات التعامل بالأجنة البشرية والتصرفات التي تقع عليها ،وبفعل ذلك تتنوع القواعد الحاكمة لكل منها واحيانا تنفرد قواعد معينة في شكل منها ، فهي تأخذ شكل معين بفعل اختلاف جنسية الزوجين فتكون له قواعد في حين تتغير القواعد في مرحلة الاخصاب عما هي عليه في مرحلة تكون الجنين وحتى ولادته ، وهي قد تشترك او تختلف عن القواعد الحاكمة في مرحلة انتقال الجنين مع والديه للسكن خارج حدود دول الجنسية ويمكن ان ترافق الاشكالية في كل الاشكال المتقدمة قواعد تتعلق بالاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي وقواعد الاختصاص الأول ممكن ان تكون قواعد اسنادية وممكن ان تكون قواعد موضوعية كما يمكن ان تتراكم القواعد من النوع لحكم الموضوع وهذا يعود الى تكون علاقات عقدية تنشا بفعل التعامل بالأجنة البشرية كما يمكن ان تكون علاقات غير عقدية بفعل الاخطاء او الاعمال غير المشروعة التي ترافق تكوين الاجنة او حقنها او زرعها كما يمكن ان تحصل بفعل حالة النمو والولادة وما بعدها وبالمثل يتطلب حل هذه الاشكاليات وجود محكمة مختصة دوليا للنظر في النزاعات التي تثار بفعل كل حالة أو شكل من الاشكال المتقدمة وهنا يمكن ان تتدخل القواعد الاجرائية لتحديد الاختصاص في اطار المسؤولية العقدية او غير العقدية .

رابعاً: منهجية البحث :

سيتم بحث الموضوع بالاعتماد على المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل النصوص القانوني ،وبيان ملائمتها وتطبقها ،في ضوء المفاهيم الحديثة, وتحليل وبيان الآراء الفقهية التي عالجت الموضوع ومناقشتها واعطاء رأينا مع بيان الاسباب. كذلك اعتمادنا على المنهج المقارن ،بعدما عقدنا مقارنة بين الاحكام القانونية الواردة في القوانين المدنية فبداءنا في القانون الفرنسي ومن ثم المصري واخير القانون العراقي ،وذلك لوجود تنظيم لهذا الموضوع في بعض المسائل في القوانين محل المقارنة ,فضلا عن ذلك

الاستئناس بموقف بعض القوانين كلما دعت الحاجة الى ذلك ،وقد تم الاستعانة بالواقع العملي المتمثل بالاستشهاد بالإحكام القضائية وذلك لدعم واثراء الجانب النظري بنظيره العملي وبيان مدى مطابقة التوجهات القضائية للمواقف القانونية والفقهية في موضوع البحث .

	الموضوع	
	انعكاس التأصيل القانوني للأجنة البشرية في قواعد القانون الدولي الخاص	
	المبحث الأول . مفهوم الأجنة البشرية	
	المطلب الأول التعريف الأجنة البشرية	
	الفرع الاول : التعريف الفني للأجنة البشرية	
	الفرع الثاني : التعريف القانوني للأجنة البشرية	
	المطلب الثاني . التكييف القانوني للأجنة البشرية الفرع الاول : الاجنة البشرية بوصفها كائن انساني الفرع الثاني : الاجنة البشرية بوصفها كيان قانوني	
	المبحث الثاني . تطبيقات التعامل بالأجنة البشرية	
	المطلب الأول . اثر التصرفات القانونية بالأجنة في قواعد القانون الدولي الخاص	
	الفرع الاول : تأجير الارحام	
	الفرع الثاني: زراعة الاجنة	
	المطلب الثاني . اثر إجراءات التصرف الاجنة البشرية في قواعد القانون الدولي الخاص	
	الفرع الأول : حفظ الاجنة.	
	الفرع الثاني: تداول الاجنة	

المبحث الأول

مفهوم الاجنة البشرية

تتعدد مراحل تكوين الاجنبة البشرية ابتداءً من مرحلة قبل التخصيب البويضة الى مرحلة التخصيب الطبيعي او الاصطناعي إلى مرحلة ولوج الروح فيه وتكوين الاعضاء، وهذا التبابين في المراحل انعكس على تعريفات الاجنة البشرية لتحديد مفهومها الدقيق. ، فنجد من يقصر مفهوم الجنين على البويضة المخصبة في داخل الرحم، ويتوسع أخر ليشمل المفهوم حتى البويضة المخصبة صناعياً, ان هذا التباين في مفهوم الاجنة له انعكاسات على الآثار التي تترتب على حقوق الاطراف المعنية بالاجنة ومراكزهم القانونية وعلى مشروع الجنين نفسه سواء أكان في بطن امه أم أنه في رحم صناعي أم في مرحلة حفظ الاجنة البشرية وهنا يثار التساؤل عن اي من قواعد القانون الدولي الخاص الاكثر استجابة في التحرك لاستيعاب الموضوع في هذه الحالة . ان الاجابة عن ذلك يجب ان تبدا بتعريف الاجنة البشرية ومن ثم تكييفها وذلك من خلال مطلبين :

المبحث الأول

مفهوم بالأجنة البشرية

يقتضي بيان تعريف الاجنة البشرية أن نحدد ابتداءً التعريف الفني للأجنة البشرية فالتعريف الطبي الفني هو الذي يهيئ الموضوع لتأطيره قانوني وهنا سنحتاج الى بيان تعريفها القانوني ، وذلك على وفق فرعين :

المطلب الاول

التعريف الفني للأجنة البشرية

[١]. يعرف الجنين بأنه " الحمل المستكن في الرحم في أي مرحلة كانت قبل الولادة"[٢]. وكذلك يعرف بأنه " البويضة الملقحة بالحيوان المنوي، والآخذ في الانقسام والنمو " [٣].وهذه البيضة المخصبة هي المقصودة بالحماية الشرعية والقانونية في أي مرحلة من مراحل تطويرها [٤]. وان الكثير من العمليات الطبية التي ترافق الاجنة في بداية تكوينها وحتى صيرورتها كائن بشري تجرى على اراضي دول متقدمة او بخبرات اشخاص او تقنيات هذه الدول فسنشهد تكون علاقة ذات عنصر اجنبي اذا كانوا اطراف العلاقة من دولة واتخاذ العلميات الطبية بشان تكوين الاجنة في دولة اخرى فهنا يطرح التساؤل ايا من قواعد القانون الدولي الخاص ستكون اكثر صلاحية في الاستجابة لاستيعاب الموضوع ؟

ابتداء في هذا الاطار لا تكون هناك ردت فعل من قبل قواعد جنسية والموطن لان هذه القواعد تستفز وتنشط بعد الولادة، فقبل الولادة ليس هناك محل للحديث عن الجنسية التي يحملها الجنين أو

---

[١] د. محمد علي البار, خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ط٤، الدار السعودية، السعودية، ١٩٨٣، ص٢٠٠ ، نقلاً عن مشتاق عبد الحسين بدر ، التنظيم القانوني للانتفاع بالاجنه البشرية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بابل ، ٢٠١٦ ، ص ١٠ .

[٢] د . سناء عثمان الدبسي ، د . أحمد اللدن ، الاجتهاد الفقهي المعاصر في الإجهاض والتلقيح الصناعي ، دون ط ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، دون سنة ، ص ٧٦ .

[٣] د . سارة عيادة ، التنظيم القانوني للتجارب الطيبة والعلمية على الاجنة واللقائح البشرية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، الجزائر ، المجلد ، ١٠ ، العدد ٢ ، ٢٠١٩ ، ص ٨٥٤ .

[٤] د . كارم السيد غنين، الاستنتاج والانجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء، مطبعة دار الفكر، ط الأولى ، القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص ٢٧٣-٢٧٤ ، نقلاً عن نشوان زكي سليمات ، ماهية التصرف بالنطف والاجنة البشرية ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد ١٥ ، العدد ٥٢ ، السنة ١٧ ، ص ١٦ .

الموطن الذي يكون فيه ، و غياب اي دور لهذه القواعد يعطل قواعد مرتبطة بها تتعلق بحالة الصفة الاجنبية للجنين , بالمقابل تؤثر هذه المرحلة من حياة الاجنة في قواعد تنازع القوانين بفعل تكون علاقة قانونية ذات عنصر اجنبي من خلال تفاعل اطراف من دولة مع مؤسسة طبية او مركز طبي متخصص بالإخصاب من دولة اخرى يضاف لها تدخل كادر طبي يتمتع بجنسية دولة ثالثة وملتقى هذا التفاعل يتمثل في علاقة عقدية تجمعهم فهنا سنشهد تداخل اكثر من قانون وبفعل ذلك سينشأ تنازع بين هذه القوانين يستوجب معرفة نوع وطبيعة القوانين المتنازعة لان ذلك سيسهل معرفة الحل الواجب الاتباع للتنازع ، وصولا لضبط الاختصاص التشريعي لقانون معين والمحكمة المختصة في حالة نشوء نزاع بين الاطراف اعلاه .

كل ما تقدم اعطى للموضوع بعداً دولياً بفعل ارتباط التعامل بالأجنة بأكثر من علاقة قانونية وباكثر من دولة . فالأجنة البشرية قد تكون مخصبة في بلد غير بلد الزوجين، وكذلك البويضة أو الحيمن قد يكون لأشخاص أجانب، أو قد تكون الام البدلية اجنبية، وهكذا تثار امامنا جملة من العقود سواء عقد بيع الاجنة البشرية، أو عقد ايجار الام البديلة، وكذلك عقود الخدمات الطبية المرافقة لتكون الجنين كما تثار مسالة تتعلق بالحماية المدنية للجنين وما يتعلق بها من الالتزامات عقدية، او الالتزامات غير عقدية، أما العلاقات ذات الطابع الشخصي او العيني فتكاد تكون معدومة في هذه المرحلة فلا تنازع في الاختصاصين التشريعي او القضائي ينهض فيها. وبالتالي نجد أن الاجنبة البشرية في مرحلتها قبل الولادة تثير مسائل تنازع القوانين في المرحلة الجنينية وموضوعها ذاتية الاجنة في بداية تكوينها او نموها موضوع للعلاقة . وهذا الامر ينعكس بصورة مباشرة على تحرك قواعد الاختصاص القضائي الدولي بمناسبة المنازعات القضائية التي موضوعها علاقات ممتدة بعناصرها على اكثر من دولة فيكون لمحاكم الدولة ، اما اختصاص بفعل النظر في الدعوى بشكل مباشر أو اختصاص في تنفيذ ما صدر من احكام في دولة وأريد تنفيذه بشكل غير مباشر .

الخلاصة

نجد من خلال ما تقدم أن مسائل تنازع الاختصاص التشريعي والقضائي في المسائل العقدية وغير العقدية نسبتها عالية في مرحلة الجنين. أما في اطار قواعد الجنسية والموطن ومركز الأجانب فنسبتها معدومة.

المطلب الثاني

التعريف الفقهي للأجنة البشرية

قبل الاشارة الى التعريفات الواردة في كتب الفقه الاسلامي للجنين لابد ان نورد بعض الايات القرانية ,منها قوله تعالى:(هو أَعْلَمُ بِكُمْ إِذْ أنشأكُم مِّنَ الْأَرْضِ وَإِذْ أَنتُمْ أَجِنَّةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُ)[١] ويمكن ملاحظة ان لفظ الاجنة جاء واضحا في القران الكريم ,وجاء بلفظ اخر في القران الكريم وهو الحمل اشارة الى الجنين, كما في قوله تعالى: (وَالله خَلَقَكُم مِّن تُرَابٍ ثُمَّ مِن نُّطْفَةٍ ثُمَّ جَعَلَكُمْ أَزْوَاجاً وَمَا تَحْمِلُ مِن أُنثى وَلا تَضَعُ إلا يعلم)[٢]. وقوله تعالى :(فَلَمَّا تَغشاها حَمَلَتْ حَمَلاً خَفِيفاً فمرت به)[٣] وجاء بلفظ ثالث الا وهو الولد كما في الاية الكريمة :(ولا تقتلُوا أَوْلادَكُمْ خَشْيَةَ إمْلاق .)[٤] .

الفرع الاول

التعريف بالأجنة في الفقه الإسلامي

وهنا قبل ان نورد بعض التعاريف التي وردت لدى الفقه الاسلامي لابد ان نشير الى بعضها رغم عدم وجود تعريف مباشر .

اولاً.الفقه الامامي

ذهب الشيخ الطوسي في الخلاف فاذا تم خلقه - بان شق سمعه وبصره، وتكاملت صورته قبل أن تلجه الروح فهو الجنين كما وصفه بعض الفقهاء بانه : الصورة قبل أن تلجه الروح ,ويمكن ملاحظة ان اطلاق لفظ الجنين يأتي بعد استبانة صورته قبل ولوج الروح حيث تتمايز الخلايا المسؤولة عن السمع والبصر وغير ذلك وذهب بعض فقهاء الامامية إلى القول بأن / كلمة الجنين ليس لها تحديد شرعي,ولم تقع موضوعاً لحكم شرعي، وما وقع موضوعا لتلك الاحكام هي مراحل الجنين بأسمائها كالنطفة والعلقة والمضغة والعظام وولوج الروح بعد ذلك. وأولى المراحل في النطفة التي تشمل البيضة المخصبة في أولى مراحلها.[٥] إلا ان اختلاف فقهاء الامامية في تحديد معنى الجنين لم يمنعهم من وضع احكاماً لحماية الجنين من مرحلة التخصيب إلى الولادة.

ثانياً.الفقه الحنفي :

كما ذهب ابن عابدين الى تحديد علامات منها ظهور اصبع او ظفر او شعر فإن لم يظهر شيء من خلقه فليس بشي ويرى صاحب بدائع الصنائع / أن الحمل لا يمكن تسميته جنيناً أن لم يستبين شيء من خلقه وإلا فهو مضغة سواء كان ذكراً أو أنثى.[٦] ومن الواضح من أقوال بعض فقهاء الحنفية أنهم لا يعتبرون ما في رحم الأم جنيناً إلا بعد أن يتوضح خلقه بأن يظهر منه شيء كأصبع أو ظفر أو شعر أو نحو ذلك إما إذا لم يستبين شيء من خلقه فلا يعتبرونه جنيناً و أنما هو مضغة أو دماً جامداً

المطلب الثاني

---

[١] سورة النجم الآية ٣٢.

[٢] سورة فاطر الآية١١.

[٣] سورة الأعراف الآية ١٨٩.

[٤] سورة الأسراء الآية ٣١.

[٥] الشيخ محمد اسحاق الفياض دام ظله استفتاء منشور في الانترنيت، مقدم إلى مكتب سماحته بتاريخ ذو القعد ل ١٤٣٦هـ،

[٦] علاء الدين بن أبي بكر بن مسعود الكاسلي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٧، ط٢، دار الكتب العلمية، لبنان، ١٩٨٦، ص ٣٢٥.

تعريف الأجنة في القانون

يتأثر المشرع في تعريفه بالمفاهيم الطبية بوصفه قانون وضعي ثم يتناول التأطير القانوني , فالمفهوم الطبي يرتكز على المشرع في التعريف وهو يرتب حقوق والتزامات للجنين وغيره والمسؤوليات المتصلة بتكوين الجنين وهنا يثار السؤال هل للتعريف انعكاس على قواعد القانون الدولي الخاص .

الفرع الاول

موقف القانون العراقي

لم يتم تعريف الجنين في القانون العراقي, ورغم ذلك فانه استخدم لفظ الجنين وذلك في المادة ٢٠ من قانون تسجيل الولادة والوفيات العراقي النافذ رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧١والتي نصت على انه/إذا ولد الجنين ميتاً ... وكذلك ورد لفظ الجنين في قانون الصحة العامة العراقي النافذ رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١. وكذلك المادة ٤ , لم يتم تحديد الوقت لاطلاق لفظ الجنين لدى المشرع العراقي إذا كانت بعد التخصيب مباشرة أم بعده بمدة معينة ,وترك ذلك الامر لاجتهاد الفقه , وما يتم اثباته بالتجربة العلمية لدى الأطباء ليتيح الفرصة أمام القضاء ليساير التطور العلمي في هذا المجال.[١]

اما عن مشروعية التعامل بالاجنة البشرية في القانون العراقي ،يمكن الأخذ هنا ببعض نصوص قانون الأحوال الشخصية ذات العلاقة ، والاستفادة من فحواها في استخراج بعض الأحكام الخاصة بالأجنة البشرية ، حيث نصت المادة (٣) في الفقرة (١) على أنه ((الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل)) . أي اعتبار النسل من الغايات الأساسية للزواج التي يجب السعي إلى تحقيقها ، وإن عدم إمكانية الزوجين من تحقيق هذه الغاية بالإنجاب الطبيعي ، فإن تحقيقه أصبح ممكنا من الناحية العلمية ، وإن كان ذلك بغير الطريقة الطبيعية ، وعليهما أن يسعيا إلى ذلك بطريقة المساعدة الطبية المتمثلة بعملية التلقيح الصناعي ، تنفيذاً لمقتضى العقد وغاياته ، وإن عدم إمكانيتهم الإنجاب بالطريق الطبيعي لا يعني التزامهما بالإنجاب قد انقضى لكونه أصبح مستحيلاً .وبالرجوع إلى نفس القانون نجد أن عدم الإنجاب سبباً من الأسباب الشرعية لطلب التفريق بين الزوجين من طرف الزوجة[٢]. وإن المشرع بعد أن بين غايات الزواج لم يشر إلى الوسائل والسبل اللازمة لتحقيقها وسكوته يسمح لنا بالقول ، أن هذه الوسيلة – التلقيح الصناعي - تعتبر من السبل المباحة في الأصل طالما لا تتعارض مع نص صريح مع أحكام الشريعة الإسلامية حيث أن الأصل في الأشياء والأفعال (الإباحة) .

وفي ضوء ما تقدم نجد ان فاعلية قواعد القانون الدولي الخاص في الولادة الطبيعة يضعف وجودها وتقل فاعليتها ،في حين تنشط وتقوى في اطار التصرفات والعمليات التي ترافق التخصيب الصناعي وما يتعلق به لكون هذه الاخير يتداخل معه كثير من العلاقات القانونية والمادية ومنها عقود التخصيب الصناعي وزراعة الجنين وسائر الخدمات الطبية المرافقة لها وهذا ما يؤدي الى ظهور الفعال والقوي لقواعد القانون الدولي الخاص المتمثل بتنازع الاختصاص التشريعي الذي يحكم تلك التصرفات وكذلك

---

[١] جعفر عبد الأمير الياسين، الاجهاض ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، ٢٠١٣ ، ص ٢٧.نقلا عن

[٢] الإنجاب بالطريق الطبيعي لا يعني التزامهما بالإنجاب قد انقضى لكونه أصبح مستحيلاً .وبالرجوع إلى نفس القانون نجد أن عدم الإنجاب سبباً من الأسباب الشرعية لطلب التوفيق بين الزوجين (١) . وإن المشرع بعد أن بين غايات الزواج لم يشر إلى الوسائل والسبل اللازمة لتحقيقها وسكوته يسمح لنا بالقول ، أن هذه الوسيلة – التلقيح الصناعي – تعتبر من السبل المباحة في الأصل طالما لا تتعارض مع نص صريح مع أحكام الشريعة الإسلامية حيث أن الأصل في
الأشياء والأفعال (الإباحة)

تنازع الاختصاص القضائي، في حين نجد ان دور الجنسية والموطن ومركز الاجانب ضعيف في تلك التصرفات لعدم وجود محل لتطبيقها طالما لم يلود بعد الجنين .

الفرع الثاني

موقف القانون الفرنسي

ان القانون الفرنسي لم يقم بتعريف الجنين وانما ذهب الى الاشارة اليه في لفظ الجنين في نصوص متعددة ، وسنقدم جزء منها وكما يأتي / المادة ٢١٤١ -١ من قانون الصحة العامة رقم ٢٠٠٠ /٥٤٨ في ١٥ حزيران ٢٠٠٠ والمعدلة بالمادة ٢٤ من القانون رقم ٢٠٠٤ /٨٠٠ في أب ٢٠٠٤ والتي نصت على ان المساعدة الطبية على الإنجاب تشمل الممارسات العيادية والإحيائية التي تمكن من الحمل في الأنبوب، ونقل الأجنة والتلقيح الصناعي...) [١]

ان ما يهمنا من تعريف الجنين هو مدى تأثيره في تحريك قواعد القانون الدولي الخاص ونوع هذه القواعد وطبيعتها ، وبما ان الجنين لم يولد بعد فان مساحة التأثير ستنحسر في اطار بعض المسائل المهنية الطبية والمالية والادارية التي ترافق تكوين الجنين وما تثيره من التزامات عقدية او غير عقدية والقواعد المعنية بها هي في الغالب تختص بحل التنازع في الاطار التشريعي والقضائي ، اي ان التنازع سيثار في اطار العلاقات القانونية التي تجرى في مرحلة التلقيح الطبيعي والاصطناعي وما يثاير بمناسبتها من مسؤولية مدنية ،وكل ذلك سيحرك قواعد لحل هذا التنازع على المستوى التشريعي والقضائي ، وهنا يطرح التساؤل عن القواعد الواجبة التطبيق لتحديد القانون المختص والضوابط المعتمد لتحديد المحكمة المختصة؟ وفي اطار الوضع الاخير يتفرع عنه التساؤل حول ما هو معيار الاصلح لتحديد الولاية القضائية للمحكمة المختصة ؟وهل هو معيار شخصي ام معيار اقليمي ؟

المبحث الثاني

التكييف القانوني للأجنة البشرية

تعد مسألة تكييف الاجنة البشرية من المسائل المهمة ،وذلك لان معرفة الاثار التي تترتب عليها بتحديد طبيعتها تمهيدا لمعرفة اثرها في قواعد القانون الدولي الخاص تتوقف على التكييف ، وبالتالي فأن هذه الاثار قد تختلف من تكييف إلى تكييف آخر من خلال تحديد الوصف القانوني الصحيح للموضوع او المرحلة التي عليها الاجنة ، أو التصرف بها، لربطه تمهيداً لتحديد القانون الذي تخضع له العلاقة فيما لو نشأ فيما بعد , والتكييف القانوني للوقائع من اهم التحديات التي تواجه القاضي كونه اي خطأ في بيان وصف واقعة معينة ينسحب بالتالي الى اعطاء ضابط اسناد مختلف و قانون يسند اليه الاختصاص يكون غير صحيح ، وهذا الاختلاف في بيان طبيعة الاجنة البشرية قد يكون كلياً أو جزئياً ، وقد يكون في ذات الجنين ، وقد يكون في الاوصاف المرافقة له . وللإحاطة بذلك فلابد من التعرض للموضوع من خلال مطلبين سنبحث في الأول الاجنة البشرية بوصفها كائن انساني ، في حين سنخصص الثاني لبيان وصف الاجنة البشرية بوصفها كيان قانوني . ولبيان كل منهم سنتبع الاتي :-

---

[١] على هادي عطية الهلالي المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية والتقنيات المساعدة في الانجاب ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، ٢٠١٢ ، ص ٧٠.

المطلب الأول

الاجنة البشرية بوصفها كائن انساني

سنقسم هذا المطلب على فرعين الاول الاجنة بوصفها كائن بشري والثاني بوصفه كيان قانوني

الفرع الاول

الموقف الفقهي للأجنة البشرية بوصفها كائن بشري

اولاً- الفقه الإسلامي: انقسم الفقه الاسلامي الى اتجاهين في هذا التكييف:

الاتجاه الأول : مثل هذا الاتجاه كل من الفقه الامامي ، والمالكي ، ورأي عند الشافية والحنابلة . إذا يذهب هذا الاتجاه إلى إعطاء وصف الكائن الإنساني منذ عملية الاخصاب أي حتى قبل ولوج الروح ، وذلك لان هذا التجاه قد رتب دية على اسقاط الجنين حتى قبل ان تلج فيه الروح كونه كائن انساني ، له دية كما للكبير دية . وبالتالي ذهب قولهم إلى عدم اسقاط الجنين في أي مرحلة من مراحل تكوينه [١].

الاتجاه الثاني: مثل هذا الاتجاه الفقه الحنفي ورأي عند الشافعية والحنابلة. اختلف هذا الاتجاه عما عليه الامر في الاتجاه الأول، فالجنين يوصف بانه كائن انساني متى ما ولجت فيه الروح، أما قبل ذلك فلا يوصف انه كائن انساني، ويستدل على مذلك من خلال اقولهم التي ذهبت إلى أنه يجوز اسقاط المرأة الجنين في أي مرحلة كان عليها الجنين مالم تلج فيه الروح. وانه في مرحلة قبل ولوج الروح لا يعد حسب وصفهم بالآدمي[٢].

ثانياً- الفقه القانوني: فقد انقسم الى اتجاهين :

الاول يرى ان بداية الحياة الإنسانية للجنين تبدأ منذ لحظة الإخصاب، لذا فإن البويضة الملقحة تعد جنيناً يستحق الحماية القانونية منذ اللحظة الأولى للإخصاب[٣]،ان السبب في ظهور هذا الاتجاه, في راي احد الفقهاء, يعود الى ان مسالة نفخ الروح في الجنين من الامور الغيبية التي لا يعرف لها الطب طريقة او مفهوم, ولا يعلم لها اثرا ظاهرا, لكي يبني عليها بداية الحياة. لذلك اذا كانت المعايير الطبية عندهم كذلك, فلا يمكن اذا لمرحلة نفخ الروح ان تندرج ضمن مراحل الجنين في بطن امه[٤].ويرى غالبية الفقه الفرنسي ان الجسد الانساني غير قابل للتجزئة او التغير, على اساس من ان الجنين هو انسان وليس شيئا, وهذا يثبت ان البيضة الملقحة والجنين من الناحية العضوية والحيوية لا يمكن اعتباره شيئا[٥]. وهنا لايمكن توقع حالة تنازع القوانين في اطار العلاقات العقدية انما يمكن تصورها في اطار العلاقات غير العقدية بمناسبة الاضرار او المخاطر التي ترافق زراعة الاجنة .

---

[١] ينظر : العلامة المجلسي ، بحار الانوار ، ج٥٧ ، ص ٣٥٤ . الشيخ محمد بن الحسن الطوسي, الخلاف , ج٥, ط٣, مؤسسة النشر الاسلامي, ايران, بدون سنة طبع, ص٢٩٢. الفتاوى المنتخبة ، للسيد كاظم الحائري ، مسألة (١١١).

د . سناء عثمان الدبسي . د أحمد اللدن ، الاجتهاد الفقهي المعاصر في الاجهاض والتلقيح الصناعي ، دون ط ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبيان ، دون سنة ، ص ١٢٣ وما بعدها .

[٢] ينظر : إسلام محمد مسعد عبدة ، حقوق الجنين بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي دراسة فقهية مقارنة ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية جامعة المنصورة ٢٠٢١ ، جامعة المنصورة ، مصر ، ص ٥ . د . محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، مطبعة دار النشر الثقافية ، الاسكندرية ، ١٩٥١ ، ص ٢٤٨ ، مقلاً عن د . مدحت عبد الباري عبد الحميد ، الشخصية القانونية للجنين ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية ، جامعة بني سويف المجلد ٣٥ ، العدد ١ ، يناير ٢٠٢٣ ، مصر ، ص ١١

[٣]() حسن الحماد، الحماية الجنائية لأجنة الأنابيب ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٣ ، ص٢٧.

[٤] د. طارق عبد الله ابو حوه, الانعكاسات القانونية للإنجاب الصناعي, رسالة دكتوراه, كلية الحقوق, جامعة المنصورة, ص٣٦٥.

[٥] – د. حبيبة سيف سالم, النظام القانوني لحماية جسم الانسان, رسالة دكتوراه, جامعة عين شمس, ٢٠٠٥, ص٢٧.

وذهب ثانيهما :الى ان بداية الحياة الإنسانية للجنين تكون بعد الأربعين يوماً الأولى لبدأ الحمل من دون تحديد وقت ولوج الروح بشكل دقيق، ومن جملة ما استدلوا به ان مراحل الأولى للجنين تتكون في الأربعين يوماً الأولى، واستندوا إلى رأيٍ في الفقه الإسلامي في هذا الاتجاه، كما يرى انصار هذا الاتجاه ان الجنين يستحق الاحترام منذ أن يستقر ويعلق في الرحم ويحرم إجهاضه عندها[١]. وهذا يعني لا تنازع قوانين بعد اليوم الاربعين بمناسبة اي علاقة عقدية موضوعها الجنين انما يمكن ان يتحقق التنازع قبل هذا اليوم .

الفرع الثاني

الموقف القانوني للأجنة البشرية بوصفها كائن بشري:

أما موقف التشريعات من تحديد الصفة الانسانية للجنين، وبالرغم من أن المشرع العراقي لم يحدد بشكل واضح وقت بداية حياة الجنين ، ولم يحدد الفترة التي يعتبره بها انساناً ، لكن نلاحظ ان القانون رغم ذلك جرم الاعتداء عليه والتسبب بالإجهاض ، كما ان العقوبة المقررة للإجهاض واحدة من بداية الحمل إلى حين الولادة مما يدل على ان المشرع اعتبره مكتسب الصفات الانسانية منذ مراحل تكوينه الاولى، ويمكن ملاحظة ان التشريعات المقارنة موقفها مقارب لما ذهب اليه المشرع العراقي, في موضوع تحديد بداية حياه الجنين. [٢]إلا أنه عند الرجوع لقانون استخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب رقم (٢٦) لسنة ٢٠١٧ البحريني نجده قد عرف الإتلاف في المادة (١) بأنه : (ترك الأمشاج والأجنة دون عناية حتى تنتهي حياتها) ، فيفهم من هذا النص أن المشرع البحريني عد الأجنة البشرية كائن إنساني ، وإلا لما استخدم عبارة (تنتهي حياتها) ، فالأمشاج و الأجنة بما أنها يمكن إنهاء حياتها فإذن هي كائن حي ؛ لأن إنهاء الحياة لا يكون إلا للكائن الحي الذي هو يتمتع بالحياة ، وما يلاحظ هنا أن المشرع عد الأمشاج أيضاً كائن حي ، فالأمشاج هي ما قبل تكون الجنين فهي من تشكل الجنين وتجعل منه جنيناً موجوداً.

وبالرجوع إلى قانوننا المدني ، انه شار في الفقرة الأولى من المادة (٣٤) " تبدا شخصية الانسان بتمام ولاته وتنتهي حياً " وقد يقال أن القانون المدني العراقي بموجب هذه المادة لا يعطي للجنين وصف كائن بشري ، وللجواب نقول أن هذه المادة تتحدث عن الوجود القانوي للشخص لا حياة الشخص ، فالحياة سابقة على الوجود القانوني ، وبالتالي يعد الجنين كائن انساني بموجب القانون المدني العراقي ، وما يؤيد قولنا حول نص الفقرة الثانية من المادة (٣٤) التي أشارت " ومع ذلك فحقول الحمل يحددها قانون الأحوال الشخصية " . والمتقدم ذكرته كذلك منصوص عليه في القانون المدني المصري في المادة (٢٩) بفقرتيها الأولى والثانية .

بقدر تعلق الامر بأثر انعكاس قواعد القانون الدولي الخاص وخاصة في مسائلة التكييف القانوني للأجنة البشرية، نجد أن أثاره مسألة قواعد القانون الدولي الخاص مسألة متحققة لا محالة في ظل جميع الاتجاهات. وأكثر ما يثار في هذا المرحلة هي مسألة تنازع القوانين في اطار العلاقات العقدية وغير العقدية، ففي نطاق تنازع القوانين وفي ظل بيان طبيعة الاجنة البشرية كونها كائن بشري فهذه الطبيعة ينصرف اثرها فيما لو وجد علاقة عقدية على هذه الاجنة ،وبالتالي سيكون محل العقد غير مشروع قانوناً

---

(١) ايمن مصطفى الجمل , اجراء التجارب العلمية على الأجنة البشرية ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، القاهرة ٢٠١٠,ص٦٨.

(٢) المواد (٢٦٠ – ٢٦٣) من قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة (١٩٣٧).

وهذا بدوره ينسحب الى مخالفة العقد النظام العام فيكون مانع من تطبيق القانون الاجنبي عندما يحدد اطراف العلاقة العقدية القانون الواجب التطبيق عند حدوث نزاع .

المطلب الثاني

الاجنة البشرية بوصفها كيان قانوني

بعد أن انتهينا من تكييف الاجنة البشرية بوصفها كائن انساني ، ظهر لدينا ما يذهب إلى أن الاجنة البشرية لا تعد انساناً وهذا الامر يثير في الذهن سؤال إذا لم تكن الاجنة البشرية أنسانا فهل تعد من الأشياء التي يجوز التعامل بها متى ما كانت محلاً للحقوق ؟ والسؤال المتقدم هو ما نحاول الإجابة عليه في هذا الفرع وذلك من خلال بيان اولاً تكيف الاجنة البشرية بوصفها أشياء ومدى إمكانية التصرف بها ثانياً . وفي ضوء النقطتين المذكورتين نحاول بيان انعكاس قواعد القانون الدولي الخاص وذلك وفقاً للآتي :-

الفرع الاول

تكييف الاجنة البشرية من الأشياء

الرأي الأول: ذهب الرأي الأول في الفقه إلى تقسيم جسد الانسان لأجزاء متجددة وأخرى غير متجددة، واخضع الأولى دون الثانية لطائفة الأشياء. فنقطة البداية عندهم تتمثل في ان أجزاء الجسد الإنساني المتجددة كالدم والبويضة الانثوية والنطفة الذكرية وغيرها لا تمثل مثل هذا الأجزاء جزءاً حيوياً واساسياً من الجسد وذلك بخلاف أجزاء الجسد الإنساني غير المتجددة كالكبد والعينين والقلب والتي تمثل أجزاء ضرورية ولازمة ولا غنا عنها لبقاء الانسان على قيد الحياة. [١].

الرأي الثاني : ذهب الرأي الثاني إلى القول أن جسد الانسان ومنتجاته ككل تندرج تحت طائفة الأشياء على اعتبار ان جسد الانسان من الأشياء التي تقبل التعامل عليها فبديهي ان تنطبق ذات القاعدة على منتجات وجميع أعضاء هذا الجسد [٢] . الرأي الثالث : يقصر هذا الاتجاه شيئة الاجنة البشرية على البويضات المخصبة خارج الرحم فقط فيذهب القول عندهم إلى أن البويضات الملحقة في الانابيب خارج الرحم ليست بالأجنة وانها لا تخرج عن كونها مادة بيولوجية وانها لا تتمتع بحقوق قانونية [٣] .

والتسليم بالآراء المتقدمة من عد الاجنة البشرية من الأشياء يجعل امر التنازع الذي يحصل بسببها يخضع لقانون موقع المنقول أو الشيء باعتبار أن الاجنة البشرية أشياء منقولة ، لذا فهي تخضع لقانون مكان وجودها ، وقد أشار المشرع العراقي لهذا الضابط في المادة (٢٤) إلى قاعدة الاسناد الخاصة بالمنقول والتي نصت " ... يسري بالنسبة للمنقول قانون الدولة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت وقوع

---

[١] د . حسيني هيكل ، التنظيم القانوني للإنجاب الصناعي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٧ ،ص ٣٠٤.

[٢] د . طارق عبد الله أبو حوه ، الانعكاسات القانونية للإنجاب الصناعي ، اطروحة دكتورة مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق جامعة المنصورة ، ٢٠٠٥ ، ٢٨٤ ، نقلاً عن د . حسيني هيكل ، مصدر سابق ، ص ٣٠٣ .

[٣] د . محمود ابراهيم محمد مرسي ، نطاق الحماية الجنائية للميؤوسين من شفائهم والمشوهين خلقياً في الفقه الجنائي والاسلامي والقانون الجنائي الوضعي ، دار الكتب القانونية ، دون ط ، مصر ، ٢٠٠٩ ، ص ٦٠٩ ، = =نقلاً عن سارة عنابة ، التنظيم القانوني للتجارب الطبيعة والعلمية على الاجنة واللقائح البشرية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، المجلد ١٠ ، العدد ٠٢ ، جامعة عنابة ، الجزائر ، ٢٠١٩ . . ص ٨٥٤

الامر الذي ترتب عليه كسب الحق أو فقده " وهذا النص يعطي حلول احتمالية امام افتراض حركة المنقول بين دولتين على اثر التصرف به في موقعين – دولتين – فهنا يطبق حسب النص القانون الذي كسب بموجبه الحق في المنقول ، أو القانون الذي كان بموجبه قد اكتملت عناصر الحق في المنقول بحيث ارتقى الحق إلى مستوى الحق المكتسب لا مجرد امل ، وهذا واضح من خلال عبارة " يسري وقت وقوع الامر الذي ترتيب عليه كسب الحق أو فقد " [١].

وبعد عرض هذه الآراء الثلاثة نجد أن في نهاية هذه الآراء تتفق على أن الاجنة البشرية لا تعد انساناً بالتالي جواز التصرف بها . ويبقى السؤال الرئيس في هذا الموضوع مدى جواز وحرية هذا التصرف بالأجنة البشرية فهل يقترب من مفهوم ملكية الحق ، أما أن التصرف في الاجنة البشرية محظوراً أم مقيداً ؟ والجواب على هذا السؤال سوف يكون في المقصد المتقد ذكره.

الفرع الثاني

التصرف بالأجنة البشرية

الحظر المطلق بالتصرف بالأجنة البشرية : الحقيقة ان التسليم بكون الاجنة البشرية من الأشياء التي يجوز التصرف أمراً تحده الكثير من العقبات وذلك لان التصرف في مثل هكذا نوع من الأشياء فيه نوع من المحظورات وخاصة في ظل ما نشدة من التطور الحاصل في مجال نفعية الاجنة البشرية ، سواء على مستوى بيعها من قبل المراكز الطبيعة لغرض الانجاب ، أو على مستوى ما تقدمة الاجنة البشرية بوصفها مصدر للعلاج بالخلايا الجذعية . أو بوصفها مصدراً مهماً للتجارب الطبية .

ولذا ذهب القول في الفقه إلى ان التعامل بالأجنة البشرية غير مشروع ويصطدم بالمبادئ الأساسية وهي عدم جوز التصرف بالجسد البشري ومن ثم خروجه من دائرة التعامل ، لذا فأنها تخرج من نطاق التعامل لأنها لا تعد مالاً ولا شيئاً [٢].

وبالرجوع إلى موقف المشرع العراقي نجده منع منعاً باتاً الاستغلال والمتاجرة بالأجنة[٣]. وبالتالي فإن هذا يد قيداً قانونياً على حرية الافراد في التعامل في الاجنة البشرية. وبطبيعة الحال هذا القيد ينعكس على مفهوم المالية التي يستأثر بها الانسان بالتصرف فيها. وإذ سلمنا – فرضاً – أنها من الأشياء فإن موقف المشرع العراقي قد اخرج هذه الأشياء من التعامل بها بحكم القانون [٤].

وإذا اردنا أن نقيس مدى انعكاس مرحلة حظر التعامل بالأجنة البشرية على قواعد القانون الدولي الخاص فإن جل ما ينهض في هذه المرحلة هي القواعد المتعلقة بالنظام العام والادب الذي حظر المتاجرة بها واستغلالها بشكل مطلق . فأية علاقة مشوبة بعنصر اجني في العراق تتعلق باستغلال الاجنة البشرية أو المتاجرة بها سواء ببيعها أو اجارتها لغرض التجارب الطبية، فأن قواعد الحماية الجنائية سوف تتدخل للفصل في مثل هكذا موضوع دون اللجوء إلى معرفة القانون الواجب التطبيق على هذا الامر. كون القواعد المتعلقة بالحماية الجنائية قواعد تطبق تتسم بإقليمية التطبيق سواء أكانوا أجانب أم وطنين .

---

[١] د . عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، القانون الدولي الخاص ، دار السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٨ ، ص٣٢٦.

[٢] د . رضا عبد الحليم عبد المجيد ، النظام القانوني للإنجاب الصناعي ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، عين شمس ، ١٩٩٦ .

[٣] وذلك في قانون المعهد العالي لتشخيص العقم والتقنيات والمساعدة على الانجاب رقم (١٩) لسنة ٢٠١١ في المادة (٢/ سابعاً) .

[٤] إذ نصت في المادة (٦١) من قانوننا المدني " ٢- والاشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، والاشياء التي تخرج بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية " .

١- الحظر النسبي للتصرف بالأجنة البشرية: -

أ- التجارب الطبيعة للتوصل للإنجاب الصناعي: وتقييد التعامل بالأجنة البشرية بشكل نسبي نجده في القانون الفرنسي فعنده ان لا يجوز المساس بالأجنة البشرية إلا في اطار الأبحاث المتعلقة بالمساعدة الطبية على الانجاب ، أما غير ذلك فيعد امراً محظوراً . وهي الأبحاث المتعلقة بالمساعدة على الانجاب تتم وفق شروط محدد ومن ضمن هذا الشروط هي موافقة الزوجين . وعندما يتم تنفيذ المشروع البحثي في أطار الانجاب بالمساعدة الطبية تستعين لجنة لحماية الشخصية باختصاص ممارس واحد على الأقل. وطبيب أطفال إذا لم تتضمن اللجنة مثل هذا الاختصاص [١] .

ب – هبة الاجنة البشرية : نصت المادة ٦٧٣ الفقرة الأولى من قانون الصحة العامة الفرنسي والمضافة بالقانون الجديد رقم ٦٥٤ لسنة ١٩٩٤ والمتعلق بهبة واستخدام منتجات الجسد والمساعدة الطبية على الانجاب " هبة البذرة الإنسانية تتكون من تقديم المني أو البيضة بواسطة الغير ، بقصد المساعدة الطبية للإنجاب " ويتضح من ذلك ان هبة البذرة مشروعها ، ويستوي في ذلك هبة المني أو هبة البيضة ، وكل اختلاط بعد غير مشروع في القانون الفرنسي وذلك أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة المذكور[٢].

والحقيقة أن انعكاس هذا الحظر النسبي على قواعد القانون الدولي الخاص يختلف مما عليه الامر في الحظر المطلق ، وذلك لان وجود تعامل نسبي بين الأطراف في ذاته يفتح المجال لوجود علاقات بين الأطراف وهذه العلاقات متى ما كانت مرتبطة بعنصر اجني تثير مسألة القانون الواجب التطبيق ، سواء المنازعات التي تحصل نتيجة هبة البذرة الانسانية بين الواهب والموهوب له ، خاصة في ظل صرامة مثل هكذا نوع من الهبة التي تحتفظ بخصوصية تمييزها عن جميع الهبات . أم فيما يتعلق بالتجارب المساعدة على الانجاب ومتى تأثرها على الاجنة البشرية من حيث النجاح التجارب أو فشلها ، وأثر موافقة الزوجين على هذا التجارب ، ومكان اجراء التجارب ، كلها في حقيقة الامر تنعكس على اثارة موضع القانون الواجب التطبيق على المنازعات ، وهذا ينعكس بلا شك على موضوع المختصة في حل مثل هكذا نزعات .

الخلاصة :

البويضة المخصبة في المراحل الاولى لم يميز الفقهاء على مستوى الفقه القانوني والاسلامي الخط الفاصل لاعتبار الاجنة بشرية انساناً ويمكن ان نقول ان المراحل الاولى من الاشياء يمكن ان تحكمها ضوابط الاسناد التقليدية ومنها ضابط المال ، ولكن هذه الاشياء ذات طبيعة خاصة .

وما ان تدخل البويضة العمليات الطبية مثل زراعتها فهنا تتحول من الطبيعة الشيئية الى الانسانية . وهنا سوف تخف وتضعف حدة التنازع ويظهر لنا التعامل بالأجنة البشرية من مرحلة زراعتها إلى مرحلة النمو ومراحل اكتمال الجنين . مما تظهر لنا المراحل اللاحقة التي تدخل في نطاق المسائل العقدية من حيث التصرفات القانونية التي يجريها الأطراف المستفيدة مما يظهر لنا قواعد الاسناد المتعلقة بالمسائل

---

[١] ينظر : . R1127-18 – 1127-15 – R1127-16 – R1127-14 من قانون الصحة العامة المعدل لسنة ٢٠٢٤ .

[٢] د . حسيني هيكل ، مصدر سابق ، ص ٣١٢ .

العقدية . وبالتالي قد نكون بصدد قانون الارادة في هذه المرحلة ليطبق على المسائل العقدية . إذا تنص هذه القاعدة " يسري على الالتزامات العقدية موطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً وإذا اختلفا يسري قانون محل ابرام العقد، كل ذلك مالم يتفقد الطرفان أو تبين من الظروف ان قانوناً آخر يراد تطبيقه " المادة (٢٥) من قانوننا المدني .

وبعد هذه المرحلة تظهر مرحلة الالتزامات التي تنشأ عن التصرفات القانونية وبالتالي فإن الاخلال بهذا اما ان تدخل في نطاق الالتزامات العقدية وبالتالي يسري عليها قانون الارادة حسب المادة (٢٥) المشار إليها . أو قد نكون بصدد اخلال بالتزامات غير عقدية وبالتالي تسري قاعدة الالتزامات غير العقدية والتي تنص على " ١- التزامات غير العقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام ٢- على انه لا تسري احكام الفقرة السابقة فيما يتعلق بالتزامات الناشئة من العمل غير المشروع على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في العراق وان عدت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه " .المادة (٢٧) من قانوننا المدني .

المبحث الثاني

تطبيقات التعامل بالأجنة البشرية

ان التعامل الاجنة البشرية يتكون من سلسلة طويلة من العمليات تبدأ من لحظة تجميع البويضات والنطف ، ثم حفظها في مراكز متخصصة ، ثم تخصيبها من قبل المركز ، إلى زراعتها في رحم الام البيولوجية أو البديلة . وهذه السلسلة الطويلة من العمليات تظهر لنا تطبيقات متعددة لعملية التعامل بالأجنة البشرية كما ترفقها كم من القواعد المتنوعة ، وكل من هذه التطبيقات تتناول جانب من العلاقة يكون له انعكاس على قواعد القانون الدولي الخاص ، كما يكون للارادة ثقل في هذه العمليات وفي القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة . ولاجل الاحاطة بالموضوع فلابد من تناوله عبر مطلبين على النحو الاتي :-

المطلب الأول

أثر التصرفات القانونية بالأجنة في قواعد القانون الدولي الخاص

لا شك ان التعامل بالأجنة البشرية يعد من التصرفات القانونية التي تكون للإرادة دور كبير في التحرك إزاء خلق مثل هكذا عمليات، وهذه التصرفات متى اتصفت بعنصر أجنبي ستدخل تحت مظلة القانون الدولي الخاص . ولذا اقتضى بيان هذا الموضع ان نعقده على فرعين فق ما يأتي :-

الفرع الأول

تأجير الارحام

ابتداءً نشير إلى ان تكييف العلاقة الناتجة من تأجير الارحام هي التي تحدد مسار العلاقة وطبيعتها هل هي عقدية ام غير عقدية ، فقد يختلف تكييف العلاقة من بلد لأخر فقد نجد في الدول غير الإسلامية ان العلاقة تقترب من الطبيعة العقدية . وبالمقابل في دول إسلامية لنجد في الغالب انها لا تقر بوجود هذه العلاقة العقدية وكل من الفرضيتين يكون لها انعكاس على قواعد القانون الدولي الخاص طالما ان هناك علاقة قانونية عقدية او غير عقدية فاختلاف عناصرها الموضوعية والشخصية بتعدد ارتباطتها بالدول يزيد من فرص تحريك التنازع التشريعي والقضائي وعليه سنبحث تكييف اجارة الارحام على وفق اتجاهين وكما يأتي :-

اولاً :- تكييف اجارة الارحام انها علاقة عقدية

تعد اجارة الارحام وفق هذا الاتجاه من العقود التي تقدم فيها المرأة القادرة على الحمل والانجاب رحمها ليحوي اللقيحة التي تأتي من تلقيح بويضة وحمين زوجين واكمال الحمل والولادة للطفل المطلوب وقد يكون باجر أو بدون اجر، وتسمى صاحبة الرحم الام البديلة واحياناً تقدم المرأة رحمها وبيضتها[١]. وقد تسمى هذه العملية الحمل لحساب الغير. وقد أشار الفقه إلى ان الحمل لحساب الغير هو عقد من العقود التي تخضع احكامها للقانون المدني باعتباره الشريعة العامة، وايضاً يخضع للقواعد الطبية من الناحية الفنية التي تصدر من الجهات الطبية المعينة [٢] ،و أشار جانب اخر من الفقه إلى أن الحمل لحساب الغير ليس عقداً مسمى بل هو عقد غير مسمى لان المشرع لم يفرد له تنظيم خاص، وذلك على غرار العقود المسماة كالبيع والشراء. ولهذا يعد عقد اجارة الارحام عقد ذا طبيعة خاصة لا يمكن قياسه على أي عقد من العقود الأخرى. وذلك لاختلاف ماهية المحل في عقد الحمل لحساب الغير عن أي عقد اخر [٣]. ويعرف الحمل لحساب الغير بانه " هي عملية زرع بويضة امرأة ملحقة بحيوان منوي من زوجها في رحم امره أخرى حتى تلد ، مقابل مبلغ من المال أو دون مقابل مالي" . [٤].

ويتخذ عقد اجارة الارحام صوراً متعددة منها ما يسمى بإجارة الرحم التقليدي حيث يتم تخصيب بويضة المرأة المؤجرة الرحم مع الحيوانات المنوية للزوج بواسطة التلقيح الصناعي الخارجي فتصبح مؤجرة الرحم هي المرأة التي تحمل الطفل ومن بويضاتها أي تكون لها صلة بالطفل بيولوجياً ثم تسلمه إلى الزوجين بعد الولادة حيث يكون الزوج هو الاب البايولوجي للطفل دون الزوجة . اما النوع الثاني فيطلق عليه اجارة الرحم الحملي وفيه تكون مؤجرة الرحم لا علاقة لها بالمولد بيولوجيا فهي تحمل بويضة مخصبة تعود للزوجين بواسطة تلقيح صناعي خارجي [٥].

---

[١] د .سناريا محمد نهاد مصطفى ، أثر تأجير الرحم على جنسية المولود ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد ٧ العدد ٧٢ ، ٢٠١٨ ، ص ٥ .

[٢] د . حسيني هيكل ، التنظيم القانوني للإنجاب الصناعي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٧ ، ص ٣٦٦ .

[٣] د . حسيني هيكل ، مصدر سابق ، ص ٣٦٦.

[٤] د. إبراهيم صالح عطية ، عقد اجارة الارحام بين الاباحة والبطلان ، دون تفاصيل أخرى، ص.

[٥] د . أحمد محمد لطفي ، التلقيح الصناعي ، ط ١ ، دار الفكر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ٢٤٧.

ومن خلال ما تقدم نلاحظ ان وفق هذا الاتجاه ان تأجير الارحام علاقة عقدية بين طرفين، يتمثل الطرف الأول بالزوجين، والطرف الثاني بصاحبة الرحم البديل. وهذه العلاقة العقدية بين الطرفين أما ان تكون علاقة بمقابل وبالتالي نكون بصدد عقد ايجار. أو تكون عملية تبرعية من صاحبة الرحم ، مما نكون بصدد عقد هبة . ولا يقتصر الامر على العقدين المتقدمين فقط إذا إن عملية اجارة الارحام لا تتم من دون تدخل مراكز طبية متخصصة في مجال زراعة الاجنة البشرية، وهذا الامر يكون من خلال اتفاق الزوجين وصاحبة الرحم مع المركز الطبي للقيام بعملية زراعة الاجنة البشرية . وفي ضوء وجود علاقات عقدية فإن من الممكن ان تحرك لنا تنازع بين القوانين يتم حله من خلال الاتفاق على القانون الواجب التطبيق في المسائل العقدية وبالتالي تتحرك هنا ارادة الاختيار لقانون الواجب التطبيق على هذه المسائل. ومسألة اختيار القانون الواجب التطبيق من خلال الإرادة أشار إليه المشرع العرقي في المادة (١/٢٥) من قانوننا المدني " يسري على الالتزامات العقدية موطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً وإذا اختلفا يسري قانون محل ابرام العقد، كل ذلك مالم يتفقد الطرفان أو تبين من الظروف ان قانوناً آخر يراد تطبيقه ". ومسالة اختيار القانون الوجب التطبيق على هذه العلاقات العقدية بإرادة الطرفين ترفع سقف اليقين القانوني لدى الأطراف في تحديد القانون الذي سوف يخضعون اليه في التزاماتهم . أما في ظل انعدام اختيار القانون الواجب التطبيق فهنا يسري قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، وإذا اختلفا يسري قانون محل ابرام العقد. ونذكر ان بما ان الإرادة قد تحرك لاختيار القانون الوجاب التطبيق فإن ذلك سوف ينعكس على تحديد الاختصاص القضائي، إذا يكون يمكن ان يحدد الاخير عن طريق الخضوع الاختياري وان تحرك الارادة محددة في اطار ما ينشا عن العلاقة من مسائل مالية سواء أكان المقابل الذي يلتزم به احد الطرفين للأخر، أم المقابل الذي يعطى للمركز الطبي ، وايضاً التزامات الملقاة على الام صاحبة الرحم التي يحددها العقد مسبقاً . أو التزامات التي يلتزم بها المركز الطبي المتخصص. وعند الاخلال بهذه الالتزامات العقدية سوف يتحرك هنا قانون الارادة ليكون هو الواجب التطبيق على المسائل العقدية. اما بشان الالتزامات غير العقدية فهنا يتعطل قانون الإرادة. لأنها مسالة تتعلق بالأمن المدني والنظام العام وبالتالي تطبيق هنا في الغالب القواعد ذات التطبيق الضروري إذ تعد قواعد استثنارية في ما يتعلق بالجانب الجزائي من العلاقة اما الجانب المدني فيمكن ان تتحرك قواعد الاسناد استنادا لضابط محل نشوء العلاقة . استناد للمادة (٢٧) من القانون المدني التي نصت على ان " ١- الالتزامات غير العقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام ٢- على انه لا تسري احكام الفقرة السابقة فيما يتعلق بالتزامات الناشئة من العمل غير المشروع على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في العراق وان عدت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه) . وتقابلها المادة (١٩) من القانون المدني المصري .

ثانياً :- تكييف اجارة الارحام انها علاقة غير عقدية :-

ذهب اتجاه في الفقه إلى الحمل لحساب الغير ليس عقداً بالمعنى القانوني، بل هو مجرد تفاهم على وضع معين بين الزوجين صاحبي البويضة المخصبة وبين الام البديلة ولا يرتب هذا الوضع أي التزام في ذمة الطرفين، فالأم البديلة هي الأم القانونية كونها من تحمل وتضع المولود فلا يتم مسائلتها عن عدم تسليمه للزوجين ولا يمكن الزامها بدفع التعويض بسبب عدم قيامها بتسليم المولود، ويؤسس هذا الفقه رأيه، على انه عقد اجارة الارحام باطل لعدم مشروعية المحل والسبب فيه وذلك لعدم جواز التصرف بالجسد البشري لخروجه عن دائرة المعاملات١. ويظهر انعكاس ذلك

1. د. عبد الحميد عثمان ، احكام الام البديلة (الرحم الظئر) ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٥ ، ص١٢٩ .

على قواعد القانون الدولي الخاص من خلال تطبيق القواعد الموضوعية المتعلقة بالنظام العام في تحديد القانون الواجب التطبيق(١)، فاذا عرض نزاع امام القاضي الوطني بشأن مسائل زراعة الاجنة البشرية في رحم بديل فأن القاضي سيستبعد القانون الذي تشير اليه قواعد الاسناد بموجب ضابط الارادة اذا كان مخالفا للنظام العام في بلد الزوجين طالما ان العقد غير جائز لعدم مشروعية المحل والسبب فيه ومن ثم احلال القاضي قانونه الوطني محل القانون المختار . وبالتالي تغيب وفق هذه الفريضة مسألة الخضوع الاختياري لتحديد الاختصاص القضائي لمحكمة دولة معينة. وهذا يعني في ظل كون قانون الارادة لايتضمن مخالفة لقانون القاضي او ان المحكمة المختصة باسم الخضوع الاختيار تسمح بمثل هكذا عقود فينعقد لها الاختصاص .ونشير أخيراً إلى موقف القانون العراقي والقوانين المقارنة أذ نجد ما يأتي :-

وقد وضع المشرع العراقي قاعدة عامة وهي عدم جواز تطبيق اي قانون مخالف للنظام العام والآداب ومنها زراعة الاجنة المخالفة للثوابت الشرعية[٢] ، الا انه لم ينظم تقنية زراعة الاجنة البشرية في رحم بديل بقواعد خاصة تبيح أو تحرم ذلك. وبالتالي للقاضي للرجوع إلى القواعد العامة، ومصادر الفقه الإسلامية لحل النزاع المعروض امامه. ونشير إلى ان موقف اجارة الارحام في الفقه الإسلامية امراً مختلف بين الجواز النسبي وبين والحظر المطلق .

الفرع الثاني : زراعة الاجنة البشرية

ان تطبيقات زراعة الأجنة البشرية في رحم المرأة لها صور متعددة، فأما أن يكون الجنين ناتجاً من عملية الاخصاب بين خلايا الزوجين ويتم زراعته في رحم الزوجة أو في رحم بديل، وأما أن يكون ناتجاً من تخصيب خلايا احد الزوجين وآخر أجنبي ويزرع في رحم الزوجة أو رحم بديل أو من خلايا شخصين أجنبيين، متزوجين أو غير متزوجين ويتم زراعته في رحم الزوجة أو رحم امرأة أخرى،

ومن جانب آخر فان عملية الاخصاب الصناعي للبويضة خارج الرحم في المركز الطبي المختص بتقنيات الانجاب وزراعة الاجنة البشرية، تمر بمراحل متعددة تبدأ من تلقيح البويضة مجهرياً ومن ثم نقلها الى اجهزة تحاكي رحم المرأة وبعد ذلك يتم أجراء الفحوصات الطبية عليها للتأكد من سلامتها، ومن ثم يتم نقلها الى رحم المرأة بعد مرور ٣ الى ٥ أيام من اجراء التخصيب لتستكمل باقي المراحل الاخرى داخل الرحم[٣]، ويتم اعادة الاجنة الى رحم المرأة عن طريق زراعتها بواسطة اجهزة مختصة بذلك لتعلق في جدار الرحم وتنمو نمو الحمل الطبيعي حتى الولادة ، وتجدر الاشارة الى إن زراعة البويضة المخصبة في الرحم قد يكون بعد التخصيب مباشرة أو بعد تجميدها لفترة معينة[٤]،

---

1 حسين نعمة نغيمش ، القانون الواجب التطبيق على زراعة الاجنة في رحم بديل ، بحث منشور في مجلة كلية القانون جامعة القادسية ،٢٠٢٢، ص٥٩٩ .

[٢] – المادة (٣٢) من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

[3] حيدر حسين الشمري، الاخصاب الاصطناعي اللاحق لانحلال الرابطة الزوجية، دار التعليم الجامعي ، الاسكندرية ٢٠٢٠، ٢٠

للمزيد من المعلومات عن التلقيح الاصطناعي انظر الرابط التالي :

https://www.abdalihospital.com/ar/steps-ivf-procedure

[٤] سعاد جاسم محمد الكرعاوي ، عقد إجارة الأرحام (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون – جامعة بابل, ٢٠١٣، ص٧٩٧.

ان المشرع العراقي وبالرغم من عدم تنظيمه لعمليات نقل وزراعة الاجنة، الا انه لا يوجد نص يمنع او يحظر تلك العمليات بشرط أن لا تؤدي الى اختلاط الانساب حيث يفهم ذلك من المفهوم المخالف لنص المادة (٥/ثالثاً) من قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية ومنع الاتجار بها والتي نصت على (لا يجوز نقل اعضاء او انسجة بشرية من جسم انسان حي الى آخر يؤدي الى اختلاط الانساب).

وتجدر الاشارة في ظل تطبيق قانون الارادة في ما يتعلق بالمسائل العقدية فتخرج من نطاق تطبيقيه المسائل المتعلقة بأهلية المتعاقدين حيث تسري عليها قوانينهم الشخصية ، كما تخرج من نطاق قانون الارادة المسائل المتعلقة بالشكلية حيث تخضع لقانون محل ابرام العقد[1] والى ذلك نص المشرع العراقي في المادة (٢٥/أولاً) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، وكذلك المشرع المصري الذي اشار الى ذلك في المادة (١٩\ اولاً) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل.

أما في حالة غياب الارادة فسيتم تطبيق قانون البلد الاكثر صلة بالعقد وهو القانون الذي يتصل به اغلب عناصر العلاقة القانونية فيكون قانون الدولة وثيق الصلة بالعقد فيكون من مصلحتهم تطبيق ذلك القانون .

فردات فعل القانون الدولي الخاص تتفاوت بخصوص عملية الاخصاب الاصطناعي الداخلي عن الخارجي ، حيث ان الاخصاب الاصطناعي الداخلي لا يشكل او لا يؤدي الى ردة فعل أو تأثير في قواعد القانون الدولي الخاص كتلك التي تؤديها عملية الاخصاب الخارجي ، ومن ثم اعادة زراعتها في الرحم وهذه العملية الاخيرة ترتبط بها سلسلة من الاجراءات التي يترتب عليها في ظل وجود اي خلل بتنفيذ الالتزامات مسؤولية عقدية ، كما قد تثير مسؤولية غير عقدية نتيجة وقوع خطأ طبي عند عملية الزراعة أدى الى فشل عملية الزراعة أو تلف الاجنة.

ويعود السبب في تأثير الاخصاب الخارجي كونه يرتبط بعدد من العناصر ذات الصلة بعملية زراعة الاجنة والذي يطرح تعدد في القوانين محل التنازع ومن ثم حله، فكلما زادت عدد عناصر العلاقة القانونية زاد عدد القوانين المتنازعة ومن ثم تكون شدة التنازع اكبر و حله اصعب، والعكس صحيح اي كلما كانت عدد العناصر المرتبطة بعملية زراعة الاجنة أقل كانت القوانين المتنازعة اقل ومن ثم يكون التنازع اقل حدة وبالتالي سهولة حله وهو ما نشهده في اليات الاخصاب الداخلي فعدد العناصر المرتبط بها العملية اقل تنعكس على القوانين والحلول .

(11) د. عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص ، دار السنهوري ، بيروت ٢٠١٨، ص339.

المطلب الثاني

أثر اجراءات التصرف بالأجنة البشرية في قواعد القانون الدولي الخاص

ان دورة حياة الاجنة تمر بسلسلة متتابعة ومتعاقبة جانب منها يخضع للتطور الطبيعي ومنها ما يخضع للتدخل الطبي ، وفي الوضع الاخير هناك منظومة من الاجراءات الفنية ترافقها جملة قواعد قانونية معنية بالمسائل المدنية والدولية تطبق بمناسبة العلاقات العقدية وغير العقدية ولاجل متابعة الموضوع فلابد من بحثه من خلال فرعين :

الفرع الاول

حفظ الاجنة البشرية

هناك سلسة من الاجراءات ترافق حفظ الاجنة البشرية وهي تتباين في طبيعتها من موضع إلى اخر وهذا التباين ينعكس بشكل واخر على قواعد القانون الدولي الخاص وان هذه المجموعة من الاجراءات تتمحور حول كون حفظ الاجنة لا يعدوا ان يكون عقد ترافقه عدة عقود. والسؤال هنا هل سوف يخضع كل عقد لقانون ام كافة العقود لعقد واحد وبالمقابل ما هو القانون الذي تخضع له عملية حفظ الاجنة ؟ وللجواب نشير إلى ان حفظ الاجنة البشرية عملية تقوم بها بنوك متخصصة وهي عبارة عن: ثلاجات أو غرف كيمائية صغيرة يستخدم فيها النتروجين السائل بغرض التبريد ويتم الحفظ بتجميد الانسجة والخلايا تماما وتقف كل التفاعلات، وحين يريد الاطباء الاستفادة منها يسمحوا بارتفاع درجة الحرارة تدريجياً فتعود لهذه الانسجة والخلايا للحياة مرة أخرى. وايضاً تعرف انها اجهزة طبية معدة سلفاً بتقنية شديدة للاحتفاظ بالأجنة الزائدة عن الحاجة في عمليات الاخصاب الطبي المساعد وذلك بغرض احتياجها بعد ذلك من قبل واضعيها واصحاب الحق فيها، ويجب ان تخضع هذه البنوك من قبل المشرع لقانون وزارة الصحة " [١].

وعملية حفظ الاجنة البشرية في البنوك تتم بموجب عقد بين طرفين : صاحب العلاقة و بالبنك لذا يعرف بانه " اتفاق بين طرفين يتعهد بموجبه الطرف الاول (مركز الحفظ) بأعداد معدات واجهزة طبية وثلاجات خاصة لحفظ البيضة المخصبة العائدة للطرف الثاني (الزوجين) لقاء اجر معلوم يدفعه الاخير ومدته معلومة "[٢] . وهذا الاجراء تنشطه عنده قواعد الاسناد القائم على ضابط الارادة في الغالب .

وينتقد البعض عملية حفظ الاجنة ويرى انها تنطوي على مساوئ سلبية ومنها ان عملية التجميد والحفظ ما زالت في مرحلة التجارب اذ لم يستطيع الطب حتى الان ان يحدد بشكل دقيق الاثار الجانبية التي يمكن ان تنعكس على الطفل الذي كان مجمداً في المدى القريب أو البعيد نتيجة لتجميد البويضة الملحقة وان كان الطب قد استطاع تجميد الاجنة والاحتفاظ بها مدة طويلة وبقائها بعد اعادة الحياة إليها سلمية وصالحة للزرع في رحم المرأة كما قد تؤدي إلى اختلاط الانسان نتيجة بعض الاخطاء التي ترتكبها المركز المختصة بحفظها في حالة سوء عنايتها بتلك الاجنة والاهمال وعدم اتباع تقنيات تمتع اختلاط الانسان [٣].

---

[١] د . حسيني هيكل ، النظام القانوني للإنجاب الصناعي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٧ ، ص ٤٠٣ – ٤٠٤

[٢] أحمد خليل ابراهيم ، عقد حفظ الاجنة المخصبة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠١٧ ، ص ١٤.

[٣] د . محمد المرسي زهرة ، الانجاب الصناعي واحكامه القانونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٩٩ ، ص ١١٠ .

ومهما اختلف الآراء فأن فان الصفة الدولية الاجنبية تلحق بعنصر الاشخاص في العقد فتطرح الصفة الدولية للعقد بالاستناد الى المعيار القانوني الحديث .

وهنا يضمحل المعيار الاقتصادي لان موضوع العقد ليس لأغراض تجارية وفق المفهوم الاسلامي، ولكن ممكن ان يعمل المعيار الاقتصادي وفق المفهوم الغربي. فالمعيار القانوني التقليدي يدول العقد حفظ الاجنة بمجرد وجود صفة اجنبية فيه سواء اكانت مؤثرة ام غير مؤثرة في العقد ولكن المعيار القانوني الحديث يعول على العناصر المؤثرة في تدول العقد وان الصفة الاكثر تاثيرا هنا صفة الاشخاص واختلاف جنسيتهم عن جنسية المؤسسة الصحية المعنية بالحفظ . لكن المعيار الاقتصادي يبحث هل ان هذا العقد يؤدي إلى تحريك اموال عبر الحدود وهذا يختلف في تحديد فيما إذا كان العقد دولي ام غير دولي بحسب هذا ما إذا كان الدول تجوز التصرف بالأجنة البشرية ام لا تجوز ففي حالة الجواز فنكون أزاء عقد دولي وفق المفهوم الاقتصادي. والأدق من هذا فإن المعيار الاصلح هو المعيار المختلط الذي يجمع بين طياته المعيار القانوني كاختلاف جنسية الاطراف . والمعيار الاقتصادي فيما لو كانت هناك حضر نسبي للتعامل بالأجنة البشرية .

وكما ذكرنا و حسب المعيار الاسلامي لا يعمل المعيار الاقتصادي ، بل يعمل المعيار القانوني ، والسؤال الذي يثار هنا ماهو القانون الواجب التطبيق على عقد حفظ الاجنة هل هو قانون جنسية الاطراف ام قانون المركز ام قانون الارادة . فإذا كيفنا انه علاقة عقدية فهنا يتحرك قانون الارادة ويتعطل عن العمل في اطار المسائل التي تثير المسؤولية التقصيرية فيكون الضابط المعتمد هنا محل نشوء العلاقة او محل تحقق الضرر .

وممكن ان يتحرك قانون الوسط الاجتماعي أي القانون الذي يرتبط به الاطراف اجتماعياً وانسانياً اكثر من غيره كما لو كان الزوجين مرتبطين اجتماعياً بالعراق فالأجنة البشرية تكون مرتبطة بالقانون العراقي اكثر من قانون المركز . لكن قاضي النزاع ينظر ويكون له عدة خيارات ايهما اصلح اذا تكون طفل فهنا يبحث عن المصلحة الفضلي هل هو قانون الوسط الاجتماعي ام قانون الارادة لو قانون دولة المؤسسة فهذه مسالة وقائع.

ونشير إلى انه في مرحلة كون الاجنة البشرية بويضة فمن الممكن ان يعمل قانون الارادة ولكن لما تقطع مراحل في رحم المرأة فهنا يكون لدينا قانون الاصلح أي المصلحة الفضلة أي بحسب المرحلة التي وصلت اليها الاجنة البشرية.

لبنوك حفظ الاجنة البشرية عدة وظائف نبين تبعاً:-

اولاً: - تجميد الاجنة لغرض اعادة تلقيح الزوجية: تعرف هذه العملية بانه تقنية تهدف إلى الحفاظ على البويضات الملقحة بهدف استخدامها خاصة في اعادة تلقيح الزوجة إذا ما فشلت محالة الزرع الاولى، خاصة إذا علمنا انه لا يمكن ضمان نجاح الاخصاب الخارجي الذي يبقى مرتبط بعوامل متعددة كعمر الزوجة ونوعية الحيوانات المنوية ووفرتها وقدرتها على التخصيب هذا طبعاً إلى مدى تمكن البويضة المخصبة على العلوق بجدار الرحم لذلك تم اللجوء إلى عملية الحفظ [١].

[١] هواري سعاد ، تقنية تجميد الاجنة البشرية الفائضة وضوابط تطبيقها من وجهة شرعية وقانونية ، بحث منشور في مجلة البحث القانوني والسياسي ، الجزائر ، مجلد ٧ ، العدد ٢ ، ٢٠٢٢ ، ص ٢٢ .

والحقيقة ان الملاحظ على هذه العملية يجد إن نسبة الالتزامات المرتبطة بهذه العملية تكون عالية إذا انها مرتبطة ارتباطاً وثيق بعملية الاخصاب الصناعي ومدى نجاح العملية الاخيرة. مما نكون أزاء سلسة من الالتزامات اللاحقة والسابقة . وتتمثل الاولى – السابقة - بتجميع هذه البويضات الملقحة والفائضة وحفظها والانتظار مدى نجاح الاخصاب الاولي ، فإذا لم ينجح بدأت المرحلة الثانية – اللاحقة – والتي تبدأ بإخراج البويضات المجدة واعادة زراعها في الزوج مرة اخرى . وهذه العملية الاخيرة قد تثير مسؤولية المركز آزاء سواء حفظ الاجنة البشرية ، مما يؤثر على فعالية الاجنة البشرية ، وصحة الزوجة . فإذا كانت العلاقة العقدية التي تربط الزوجين مشوبة بعنصر اجنبي فإن اثارة القانون الدولي الخاص يكون له صدى اكبر نتيجة لتعدد الالتزامات التعاقدية والغير تعاقدية الناتجة من هذه العملية كما رأينا . وهذا في الحقيقة قد يظهر لنا تنازع اكثر من قانون واجب للتطبيق. فقد يربط قاضي الموضع مسألة حفظ الاجنة البشرية بعقد الاخصاب الصناعي لاتحاد الموضوع وبالتالي فأن القانون الواجب التطبيق يخذ مسار قانون الارادة . وقد يظهر للقاضي ان عملية الحفظ عملية تم الاتفاق عليها بعد فشخ عملية الخاص الصناعي مما يكون ملزم ببحث دور الارادة في تكوين العقد اللاحق. وقد يطبق القاضي قانون المركز كونه مكان حفظ الجنين. أو قد يظهر للقاضي ان عملية الحفظ لم تكن على اساس عقد بين طرفين مما يطبق قاعدة الالتزامات غير تعاقدية. وهكذا يتعدد القانون الواجب التطبيق بحسب تكييف العلاقة ، والذي ينعكس تلقائياً على المحكمة الواجبة التطبيق.

وفيما يخص موقف المشرع العراقي فقد بينا فيما سبق ان المشرع العراقي لم ينظم العمليات المتعلقة بالإخصاب الصناعي وعمليات حفظ الاجنة البشرية. على الرغم من ان هذه العملية موجودة في مراكز الاخصاب في العراق [١]. أما المشرع المصري فقد حظر عملية حفظ الاجنة البشرية وذلك في المادة (٤٦) من لائحة آداب المهنة التي نصت " لا يجوز انشاء بنوك للبويضات أو الحيوانات المنوية أو الاجنة " . اما المشرع الفرنسي فقد أجاز حفظ الاجنة في المادة ٢١٤١ /٦ من قانون الصحة العامة " يجوز فقط للمؤسسات العامة أو الخاصة غير الربحية المرخصة لهذا الغرض تخزين الأجنة المعدة للاستقبال وتنفيذ إجراءات الاستقبال" .

ثانياً : حفظ الاجنة البشرية لغرض التجارب الطبية والابحاث العلمية :-

وهذه التجارب الطبية اما ان تكون التجارب علاجية بغرض علاج الجنين والتي تعرف بانها التجارب التي يكون الهدف منها الاكتشاف المبكر للمريض وهي تشمل كل تدخل طبي للتعرف على الحالة الصحية للجنين بهدف التأكد من خله من التشوهات الخلقية والامراض الخطيرة حيث تمكن الاطباء خاصة في مرحلة البويضة الملحقة من فحص الجينات الوراثية واكتشاف الامراض الوراثية ثم استبعاد المورثات المصابة واستبدالها بأخرى سليمة [2]. ونرى أن هذه العملية تعد من العمليات المشروعة إذا انها تخضع إلى عقد العلاج الطبي والذي بموجبة يلتزم الطبيب بعلاج حالة مرضية معينة . لكن هذا العقد لا يرتبط فيه الجنين مع المركز وانما الزوجين مع المركز . ولا جديد يذكر في هذا الخصوص من حيث ان هذا العقد قد يقترن بعنصر اجني. وبالتالي تحكمه قاعدة الالتزامات العقدية.

---

[١] فعلى سبيل المثال توجد هذه العملية في مستشفى كمال السامرائي للخصوبة والعقم في بغداد . ينظر الصفحة الرسمية للمستشفى متاح على موقع – الفيس بوك. تاريخ الزيارة ١٦/ ١١ / ٢٠٢٤.

[2] سارة عيادي ، التنظيم القانوني للتجارب الطبية والعلمية على الاجنة البشرية واللقائح البشرية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، المغرب ، مجلد ١٠ العدد ٠٢ ، ٢٠١٩ ص ٨٥٩

او قد تكون التجارب علاجية بغرض علاج غير الجنين وفي هذه الحالة يكون الهدف من التجربة علاج الغير وهذه التجارب غالباً من تنطبق على الاجنة المجهضة أو على الخلايا الجذعية للجنين كما يتم اللجوء إلى البويضات المخصبة معملياً لأجراء هذه التجربة العلاجية عليها وهي ما تعرف بجنين الدواء [١]. والحقيقة هذه العملية ترتبط ارتباط وثيق بقانون كل دولة ومدى جوزا اللجوء إلى الاجنة البشرية لغرض علاج الغير. أذ نرى أنه لا يكفي رضا الزوجين في التبرع بالأجنة البشرية أو بيعها لغرض علاج الغير، مالم تكن مثل هكذا عمليات مشروعة في البلد الذي تجري فيه هذه العملية. وهي المشروعية لا تستمد فقط من العقد بين يجب ان يجيب القانون مثل هكذا عقد . وقد اجاز القانون الفرنسي هذه العملية في المادة ٢١٤١-٣-١ المعدلة بالقانون عدد ١٠١٧ لسنة ٢٠٢١ مؤرخ في ٢ أوت . إذ جاء النص " يجوز إجراء البحوث التي يتم إجراؤها في سياق الإنجاب بمساعدة طبية على الأمشاج التي تهدف إلى تكوين جنين أو على الجنين الذي تم تصوره في المختبر قبل أو بعد نقله لأغراض الحمل، إذا وافق كل فرد من الزوجين أو المرأة غير المتزوجة. وفي هذا السياق، لا يمكن إجراء أي تدخل يهدف إلى تعديل جينوم الأمشاج أو الجنين. ويتم هذا البحث ضمن الشروط المنصوص عليها في الباب الثاني من الكتاب الأول من الجزء الاول " وما يقال بشان هذه التجارب كذلك يقال على التجارب لغرض الابحاث الطبية والتي تهدف إلى اثبات صحة نظرية عليمة معينة أو العكس أو معرفة مدى تأثير عقار ما على الانسان أو غير ذلك من الفروض العلمية [٢] وقد اجاز المشرع الفرنسي هذه العملية في المادة ٢١٤١-٣ من قانون الصحة العامة " يجوز لكل من الزوجين أو المرأة غير المتزوجة الموافقة كتابياً على ان تكون الاجنة غير القابلة للنقل أو الحفاظ علياً موضعاً للبحث " .

الفرع الثاني

تداول الأجنة البشرية

بادئ ذي بدء أنّ عملية تداول الأجنة البشرية يراد بها خروج هذه الأجنة من مراكز أو بنوك حفظ الأجنة البشرية من مرحلة الاحتفاظ بها إلى مرحلة معالجتها ثم زراعتها ،وهذا هو التداول المادي للأجنة البشرية ، وتتخلل عملية التداول المادي بعض التصرفات القانونية ومنها البيع أو الهبة او الايجار وهذا هو التداول القانوني ، لذا يمكن تعريف عملية تداول الأجنة البشرية بأنها : (قابلية انتقال ملكية الأجنة البشرية من قبل الام أو الاب البيولوجي أو كلاهما أو من قبل مركز الحفظ الى شخص آخر ، سواء كان لغرض الاستعمال او الاستغلال ، وبمقابل او بدون مقابل) وهذا التعريف ينصرف الى التداول القانوني ، الذي يهمنا هنا هو مدى تأثير مرحلة تداول الأجنة البشرية بشقيها القانوني و المادي في قواعد القانون الدولي الخاص ، وبطبيعة الحال فان اختلاف طبيعة كل تداول تطرح اختلاف في حركة هذه القواعد ؛ حيث أنّ القواعد التي تنهض في التداول القانوني تختلف عما عليه في التداول المادي ، ولاجل معرفة قواعد كل منهما فلابد من ان نبحث هذين النوعين من التداول كلّ على حِدَة وفق ما يأتي :

أولاً - التداول القانوني للأجنة البشرية :

إن التداول القانوني للأجنة البشرية يقصد به امكانية انتقال الاجنة البشرية من شخص إلى آخر بيعا او هبة ، ، فهذا الانتقال يعبر عنه بتصرفات قانونية متنوعة تترتب عليها آثار مهمة ، وفي هذا الاطار

[١] سارة عيادي ، مصدر سابق ، ص ٨٥٩

[٢] د . حسيني هيكل ، مصدر سابق ، ص ٤١٥ .

تطرح ثلاثة اتجاهات الاول: الاول يذهب إلى الحظر المطلق لتداول الاجنة البشرية ، في حين الثاني اجاز التعامل بالأجنة البشرية والثالث ذهب إلى الحظر النسبي لتداول الاجنة البشرية. ولبيان هذه الاتجاهات نذكر الآتي :

أ - الحظر المطلق لتداول الأجنة البشرية :

حسب هذا الاتجاه يعد التعامل بالأجنة البشرية غير مشروع ويصطدم بالمبادئ الأساسية وهي عدم جوز التصرف بالجسد البشري ومن ثم خروجه من دائرة التعامل، لأنها لا تعد مالاً ولا شيئاً[1] . وبالرجوع إلى موقف المشرع العراقي نجده منع منعاً باتاً الاستغلال والمتاجرة بالأجنة[2]. وهذا يعد قيداً قانونياً على حرية الافراد في التعامل في الاجنة البشرية. أما موقف المشرع المصري فعلى الرغم من عدم وجود نص بالتحريم أو الاباحة إلا أن القول في الفقه يذهب أن المشرع المصري لا يجيز التعامل المالي فيما يتعلق بالجسد الانساني أو احد أعضائه فالقانون قد أقر حرمة الجسد الإنساني لأنها تعد في حكم الزنا[3] . ويمكن أن يستدل على موقف المشرع المصري من خلال حظر بنوك الاجنة البشرية الوارد في المادة في المادة ٦٤ من لائحة آداب المهنة التي نصت على (لا يجوز إنشاء بنوك للبويضات أو الحيوانات المنوية أو الأجنة) . أما موقف المشرع الفرنسي فقد جرم عملية اجراء الحمل في المختبر أو انشاء اجنة بشرية عن طريق استنساخها لأغراض صناعية أو تجارية وعاقب عليها بالسجن لمدة سبع سنوات وغرامة قدرها ١٠٠ ألف يورو وذلك في المادة ١٧/٥١١ من قانون العقوبات[4] ، وكذلك ورد هذا المنع في قانون الصحة العامة في المادة ٢١٤١ - ٨ المعدلة بالمادة ٢٤ رقم ٢٠٠٤ - ٨٠٠ في ٦ اب ٢٠٠٤ (لا يمكن الحمل بالمضغة البشرية ولا استعمالها لغايات تجارية أو صناعية) .

وانعكاس أثر الحظر المطلق على قواعد القانون الدولي الخاص يظهر في اثارة تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري لان الحظر من النظام العام ، ولابد الإشارة إلى مسألة حظر التداول اما تعد بحد ذاتها جريمة ابتداء وبالتالي تكون القواعد ذات التطبيق الضروري نشطة منذ نشوء التصرف المتعلق بتداول الاجنة البشرية في الدولة التي تعد هذا التصرف جريمة ، وهنا يطبق القاضي القانون الوطني استناداً إلى مبدأ إقليمية القانون الجنائي.

أو قد يكون التداول لا يعد جريمة بحد ذاته إلا انه الاجنة البشرية لا تصلح لان تكون محلاً للعقد وبالتالي فأن قواعد ذات التطبيق الضروري لا تنشط إلا في حالة حدوث منازعة تتعلق بتداول الاجنة البشرية فهنا يكون القاضي ملزم بالحكم بالبطلان هذا العقد ، وكذلك ابطال مفعول الإرادة في اختيارها للقانون الواجب التطبيق في ظل تحركها لاختيار قانون ما .

ب - جواز تداول الأجنة البشرية :

---

[1] د. رضا عبد الحليم عبد المجيد ، النظام القانوني للإنجاب الصناعي ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، عين شمس ، ١٩٩٦ .

[2] وذلك في قانون المعهد العالي لتشخيص العقم والتقنيات المساعدة على الانجاب رقم ١٩ لسنة ٢٠١١ في المادة ٢ / سابعاً .

[3] د. أحمد سعد محمد الحسني ، الحماية الجنائية للإنجاب الصناعي ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، المجلد ٣٦، العدد ١، جامعة بني سويف ، مصر ٢٠٢٤ ، ص ٢٧٣ .

[4] المادة ١٧/٥١١ من قانون العقوبات الفرنسي و المعدلة بالقانون عدد ٨٠٠ لسنة ٢٠٠٤ المؤرخ في ٦/ أوت ٢٠٠٤ المادة ٢٨ جورف ٧ اغسطس ٢٠٠٤ .

لابد من الإشارة إلى أن الفقه الذي ذهب إلى القول بجواز التعامل بالأجنة البشرية هو القائل بشيئة الاجنة البشرية والذي عدها من الأشياء التي يجوز التعامل بها بالبيع[1] . إلا ان بعض الفقه يقصر التعامل بالأجنة البشرية على البويضات المخصبة خارج الرحم فقط فيذهب القول عندهم إلى أن البويضات الملحقة في الانابيب خارج الرحم ليست بالأجنة وانها لا تخرج عن كونها مادة بيولوجية وانها لا تتمتع بحقوق قانونية[2]، والبعض الآخر اجاز التعامل بالاجنة الفائضة في الانبوب من التلقيح الصناعي الخارجي حال الانتفاع بها لغرض العلاج والبحوث الطبية خصوصا إذا كانت محكومة بالموت مسبقا فيمكن الاستفادة منها

في هذه الصورة لأنها تعد مالاً منقولاً بلحاظ المنفعة المترتبة على هذا النوع من التصرف، لذا يمكن الخروج بنتيجة مفادها، جواز بيع الأجنة المجمدة في البنك بشرط استخدامها في المنافع المحللة مثل العلاج والتجارب الطبية[3] .

ومسألة جواز تداول الاجنة البشرية يجعل من العلاقات القائمة بين الأشخاص علاقات عقدية يثار فيها تطبيق قاعدة الاسناد المعنية بالارادة قاعدة الالتزامات العقدية ،كما تطبيق قاعدة الالتزامات غير العقدية عما ينشأ من اخلال بالتزام خارج نطاق الالتزامات العقدية . فحسب الاتجاه المتقدمة فان فرص التنازع في الاختصاص التشريعي والقضائي تكون عالية مما يتيح ذلك بتطبيق قانون الارادة او أي قانون وثيق الصلة بالعلاقة سواء اكانت عقدية ام غير عقدية .

ج - الحظر النسبي لتداول الاجنة البشرية :

هبة الأجنة البشرية : أجاز المشرع الفرنسي هبة الاجنة البشرية إذ نص المادة في ٦٧٣ الفقرة الأولى من قانون الصحة العامة الفرنسي والمضافة بالقانون الجديد رقم ٦٥٤ لسنة ١٩٩٤ والمتعلق بهبة واستخدام منتجات الجسد والمساعدة الطبية على الانجاب " هبة البذرة الإنسانية تتكون من تقديم المني أو البيضة بواسطة الغير ، بقصد المساعدة الطبية للإنجاب " . وكذلك نص في المادة ٢١٤١ - ٥ من قانون الصحة العامة النافذ والمعدلة بالمادة ٢٤ من القانون رقم ٢٠٠٤ - ٨٠٠ في ٦ / آب / ٢٠٠٤ والتي جاء فيها : بصور

استثنائية يمكن العضوي الثنائي أن يوافقا خطياً على أن يتلقى نواتهما المحفوظة ثنائي آخر ضمن الشروط الملحوظة في م ٢١٤١ - ٦٠.

والحقيقة أن انعكاس هذا الحظر النسبي على قواعد القانون الدولي الخاص يختلف مما عليه الأمر في الحظر المطلق، ويختلف ايضاً عما عليه من جوزا التداول . وذلك لان مسألة جوز هبة الاجنة

---

[1] د. طارق عبد الله أبو حوه ، الانعكاسات القانونية للإنجاب الصناعي ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق – جامعة المنصورة ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٨٤ ، نقلاً عن د. حسيني هيكل ، التنظيم القانوني للإنجاب الصناعي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٧ ، ص ٣٠٣ .

[2] د. محمود ابراهيم محمد مرسي ، نطاق الحماية الجنائية للميؤوسين من شفائهم والمشوهين خلقياً في الفقه الجنائي والاسلامي والقانون الجنائي الوضعي، دار الكتب القانونية ، دون ط ، مصر ، ٢٠٠٩ ، ص ٦٠٩ ، نقلاً عن سارة عنابة ، التنظيم القانوني للتجارب الطبيعة والعلمية على الاجنة واللقائح البشرية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، المجلد ١٠ ، العدد ٢ ، جامعة عنابة ، الجزائر ، ٢٠١٩ ، ص ٨٥٤ .

[3] أشار إلي هذا الرأي ، مشتاق عبد الحي عبد الحسين ، التنظيم القانوني للانتفاع بالأجنة البشرية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون – جامعة بابل ، ٢٠١٦ ، ص ٥٩ .

البشرية بموجب نص القانون يجعل الامر في دائرة التصرفات القانونية الجائرة . وهذا الأمر يفتح المجال لوجود علاقات عقدية بين الأطراف أساسها عقد الهبة المشروع، مما يثير ذلك تنازع القوانين في الغالب وهنا يكون حل التنازع بالركون الى ضابط الارادة او ضابط الصلة الاوثق .

ثانياً - التداول المادي للأجنة البشرية :

يقصد بالتداول المادي للأجنة البشرية ليس البيع أو الهبة أو سائر التصرفات القانونية ، بل يقصد بها تلك العملية التي تؤدي لنقل هذه الأجنة البشرية من مراكز الحفظ إلى مكان آخر ، كما في حالة نقل الأجنة البشرية لإجراء التجارب الطبية أو العلمية عليها ، لذا فالآليات الفنية التي تحيط الأجنة البشرية بالرعاية والعناية الطبية هي من قبيل التداول المادي للأجنة البشرية وتلحق بها اجراءات زراعة الأجنة البشرية اما العلاقة التي تنشا بين لابوين والمراكز المتخصص بالإنجاب والاخصاب فهي خارجة عن التداول المادي وتدخل في دائرة التداول القانوني .

فالتجربة الطبية العلاجية أو العمل التجريبي أو التجربة الطبية ، قد عرفها البعض بأنها : (الأبحاث والدراسات المطبقة على الكائن البشري بهدف تطوير العلوم الطبية والحيوية)[1].

وان انعكاس التداول المادي على القواعد الدولية الخاصة يعتمد على الغرض أو الغاية من هذا التداول ؛ حيث أن اختلاف الغرض سيجعل القواعد الدولية الخاصة المرادة تطبيقها متغيرة ونوع الغرض ، وهذا الغرض على نوعين : فالغرض الأول يكمن في أن القصد من تداول الأجنة البشرية هو لتحقيق غاية تصب بالمصلحة العامة أي المصلحة الإنسانية ، والغرض الثاني : هو الذي لا يصب في تحقيق المصلحة الإنسانية ، وفي كل الغرضين فان قواعد الاسناد تتراجع عن التطبيق متقدم عليها القواعد ذات التطبيق الضروري لان الاخيرة تستهدف حماية المنظومة الاخلاقية والاجتماعية للمجتمع وهي من النظام العام .

نخلص مما تقدم الى أن حالة الحظر التام لتداول الأجنة البشرية لاتعطي فرص لقواعد الإسناد في التطبيق ، بل ستكون السيطرة للقواعد الموضوعية ذات التطبيق الضروري . أما في إطار الحظر النسبي فأن القواعد ستتحرك بنوعيها فإذا كانت المنطقة محظورة وتتعلق بالمصلحة الاخلاقية تحركت القواعد الموضوعية ذات التطبيق الضروري ، اما اذا كانت المنطقة غير محظورة أي تتعلق بالمصلحة الخاصة ومنها الاجور والتعويض والتامين والضمانات الاخرى تتحرك عندها قواعد الإسناد ، و بين الحظر والإباحة ستختلف القوانين ، فإذا وجدت الإباحة من الممكن أن يتدخل قانون الإرادة ، والعكس صحيح ، ففي الحظر لن يكون لقانون الإرادة دور ؛ لأنه سيتعطل أمام قانون دولة قاضي النزاع ، أو قانون دولة المركز التي يكون في الأصل محظور فيه التداول وبالتالي لا يمكن الاحتجاج بأي حقوق خارج دولة القاضي او المركز حسب الاحوال ، وعليه يمكن القول إذا وجدت سيطرة للقواعد ذات التطبيق الضروري في دولة المركز فهنا يكون الاختصاص التشريعي والقضائي خاضعاً لدولة المركز ، وهنا يثار التساؤل عن مدى القيمة العالمية والنفاذ الدولي للحكم القضائي الذي ستصدره محكمة دولة المركز؟ أي النظر لمستقبل نفاذه فهل سينال النفاذ أم لا خارج دولة اصداره؟ فإذا حكم بتعويض للزوجين وأرادا تنفيذ الحكم في دولة لا تحظر التداول للأجنة البشرية نفذ الحكم وأصبح ذا قيمة اما اذا كان هناك حظر

[1] سارة عبادي ، التنظيم القانوني للتجارب الطبية والعلمية على الأجنة واللقائح البشرية – القانون الفرنسي أنموذجا – ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، المجلد ١٠ ، العدد ٢ ، ٢٠١٩، ص ٨٥٨ .

فيها فهنا اما ان لا ينفذ الحكم كليا اذا كان الحكم لا يقبل التبعيض كما يمكن ان ينفذ جزئيا اذا كان الحكم يقبل التبعيض .

الخاتمة

اولاً: النتائج:

١-ان جوهر عملية حفظ الاجنة المخصبة يقوم على اساس من استبعاد الاتصال الجنسي بين الزوج وزوجته, كأساس للإنجاب, ليتحقق الانجاب بعد ذلك من خلال المزاوجة بين الخلايا التناسلية لكل من الرجل والمرأة في انابيب وسوائل فسيولوجية خاصة, حتى اذا ما تم التلقيح يتم ايداع العينات (الاجنة) في ثلاجات خاصة اعدت لهذا الغرض بواسطة مركز الحفظ الى ان يتم استردادها من قبل ذويها لغرض اعادة الزرع اذا ما فشلت العلوق في المرة السابقة.

٢-ان الفقه والتشريع المقارن محل خلاف بخصوص جواز حفظ البيضات المخصبة لدى مراكز الحفظ بين من يرى ذلك ومن يحضره, وان كنا نرى جواز انشاء مراكز للحفظ والقيام بعملها بشرط ان تخضع في عملها لمراقبة واشراف لجان خاصة تابعة لوزارة الصحة او الجهات الحكومية الاخرى المعنية.

٣- لا يمكننا عد البيضة المخصبة والمحفوظة لدى مراكز الحفظ وقبل زرعها في الرحم كائنا بشريا والا ادى ذلك الى نتائج غير مقبولة لا شرعا ولا قانونا, منها عدم جواز اتلاف البيضة المخصبة والا عد اجهاضا ووجوب زرعها حتى بعد حصول الفرقة او الوفاة, ونرى ان البيضة المخصبة داخل الرحم تعد جنينا ولا يجوز اسقاطه ويعد الاعتداء عليه اجهاضاً.

٤-توصلنا من خلال بحثنا ان اكثر ما يثير موضوعات القانون الدولي الخاص وتأثيره بالجنة البشرية قبل ولادة الجنين هو موضوع تنازع القوانين كونه يدخل في تنظيم العلاقة العقدية عندما يتخللها عنصر اجنبي وهذا مايؤدي الى اثارة موضوع تنازع الاختصاص القضائي،ومن ثم يؤدي الى اثارة موضوع تنفيذ الاحكام الاجنبية .

ثانياً: التوصيات :

١- نقترح على المشرع العراقي إلى تنظيم عمليات الاخصاب الصناعي بتشريع منظم يكون كفيل في استيعاب جميع التطورات التي حدثت على عمليات الاخصاب الصناعي ، مع مراعاة مبادئ الشريعة الإسلامية .

٢-نرى ان يتضمن القانون المقترح توفر الشكلية في نطاق عقد حفظ الاجنة المخصبة بوصفه وسيلة توفر الحماية لأطراف تلك العملية, فضلا عن الدور الذي يلعبه في نطاق عبئ الاثبات, لذا نامل من مشرعنا العراقي ان يأخذ بنظر الاعتبار تلك الاهمية الشكلية بوصفها ركناً من اركان عقد الحفظ لا ينهض بدونه لذا نقترح ايراد النص التالي: عقد حفظ الاجنة المخصبة لا يكون صحيحا الا اذا كان مكتوب.

٣- نقترح على المشرع العراقي تنظيم تشريعي لبنوك الاجنة البشرية مع مراعاة النظام العام والآداب ومبادئ الشريعة الاسلامية.

٤- ندعو المشرع العراقي إلى النص بشكل صريح في قانون العقوبات إلى تجريم قتل الاجنة البشرية الناشئة من عمليات الاخصاب الصناعي ، مع مراعاة احكام الاجهاض الواردة في هذا القانون .

٥- ندعوا المشرع العراقي إلى النص في قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية ومنع الاتجار بها إلى تجريم عمليات المتاجرة بالأجنة البشرية واستغلالها للتجارب الطبية .

المصادر

اولا : القرءان الكريم .

ثانياً: الكتب .

١-د. محمد علي البار, خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ط٤، الدار السعودية، السعودية، ١٩٨٣.
٢- د . سناء عثمان الدبسي ، د . أحمد اللدن ، الاجتهاد الفقهي المعاصر في الإجهاض والتلقيح الصناعي ، دون ط ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، دون سنة.
٣-د . كارم السيد غنين، الاستنتاج والانجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء، مطبعة دار الفكر، ط الأولى ، القاهرة ، ١٩٩٨.
٤-ابي عبد الله محمد بن احمد القرطبي، الجامع الأحكام القرآن، ج٧،ط٣، دار الكتب المصرية، مصر، سنة ١٩٣٥.
٥-علاء الدين بن أبي بكر بن مسعود الكاسلي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٧، ط٢، دار الكتب العلمية، لبنان، ١٩٨٦.
٦-شمس الدين محمد بن احمد الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤،بدون طبعة، دار الفكرة لبنان، بدون سنة طبع.
٧-أبي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي الام،ج٦، ط٣، دار الفكر، لبنان ،سنة ١٩٨٣.
٨-جعفر عبد الأمير الياسين، الاجهاض ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، ٢٠١٣ .
٩-شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار النهضة العربية، مصر ، ٢٠٠١.
١٠-ايمن مصطفى الجمل ، اجراء التجارب العلمية على الأجنة البشرية بين الحضر والاباحة ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، ٢٠١٠.
١١- أميرة عدلي أمير عيسى خالد الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر الجامعي، مصر ، ٢٠٠٨ .
١٢-على هادي عطية الهلالي المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية والتقنيات المساعدة في الانجاب ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، ٢٠١٢.
١٣-الشيخ محمد بن الحسن الطوسي, الخلاف , ج٥, ط٣, مؤسسة النشر الاسلامي, ايران, بدون سنة طبع.
١٤-د . محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، مطبعة دار النشر الثقافية ، الاسكندرية ، ١٩٥١.
١٥-حسن الحماد، الحماية الجنائية لأجنة الأنابيب ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٣ .
١٦-د. طارق عبد الله ابو حوه, الانعكاسات القانونية للإنجاب الصناعي, رسالة دكتوراه, كلية الحقوق, جامعة المنصورة.
١٧-د. حبيبة سيف سالم, النظام القانوني لحماية جسم الانسان, رسالة دكتوراه, جامعة عين شمس, ٢٠٠٥.
١٨-ايمن مصطفى الجمل , اجراء التجارب العلمية على الأجنة البشرية ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، القاهرة ٢٠١٠.
١٩-د . حسان حتوت ، ندوة الحياة الإنسانية ، بدايتها ونهايتها ، الكويت ، ١٩٥٨.

٢٠-د . حسيني هيكل ، النظام القانوني للإنجاب الصناعي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٧.
٢٢-د . محمد سلام مدكور ، الجنين والاحاكم المتعلقة به في الفقه الإسلامي ، ط١ ، دار النهضة ، مصر ، ١٩٦٩.
٢٣-حيدر حسين الشمري، الاخصاب الاصطناعي اللاحق لانحلال الرابطة الزوجية، دار التعليم الجامعي ، الاسكندرية ٢٠٢٠.
٢٤- د. محمود ابراهيم محمد مرسي ، نطاق الحماية الجنائية للميؤوسين من شفائهم والمشوهين خلقياً في الفقه الجنائي والاسلامي والقانون الجنائي الوضعي، دار الكتب القانونية ، دون ط ، مصر ، ٢٠٠٩ .
٢- البحوث والرسائل
١-مشتاق عبد الحي عبد الحسين بدر ، التنظيم القانوني للانتفاع بالأجنة البشرية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بابل ، ٢٠١٦ ،
٢-د . سارة عيادة ، التنظيم القانوني للتجارب الطيبة والعلمية على الاجنة واللقائح البشرية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، الجزائر ، المجلد ، ١٠ ، العدد ٢ ، ٢٠١٩ .
٣-نشوان زكي سليمات ، ماهية التصرف بالنطف والاجنة البشرية ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد ١٥ ، العدد ٥٢ ، السنة ١٧ .
٤- الشيخ محمد اسحاق الفياض دام ظله استفتاء منشور في الانترنيت، مقدم إلى مكتب سماحته بتاريخ ذو القعد ل ١٤٣٦هـ.
٥-استاذنا الدكتور سلام عبد الزهرة الفتلاوي ومشتاق عبد الحي، أثر التطور العلمي على توسع المفهوم القانوني للجنين دراسة مقارنة،بحث منشور، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧.
٦-د. محمد سعيد محمد الرملاوي , كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة أم القرى كلية الشريعة والقانون، بحث منشور، بالقاهرة جامعة الأزهر، تحديد الأجنة البشرية وتجميدها في الفقه الإسلامي، مجلة الدراسات الطبية الفقهية (العدد الثالث ١٤٤١هـ.
٧- إسلام محمد مسعد عبدة ، حقوق الجنين بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي دراسة فقهية مقارنة ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية جامعة المنصورة ٢٠٢١ ، جامعة المنصورة ، مصر.
٨-د . مدحت عبد الباري عبد الحميد ، الشخصية القانونية للجنين ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية ، جامعة بني سويف المجلد ٣٥ ، العدد ١ ، يناير ٢٠٢٣ .
٩-د . طارق عبد الله أبو حوه ، الانعكاسات القانونية للإنجاب الصناعي ، اطروحة دكتورة مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق جامعة المنصورة ، ٢٠٠٥ .
١٠-د . محمود ابراهيم محمد مرسي ، نطاق الحماية الجنائية للميؤوسين من شفائهم والمشوهين خلقياً في الفقه الجنائي والاسلامي والقانون الجنائي الوضعي ، دار الكتب القانونية ، دون ط ، مصر ، ٢٠٠٩ .
١١-استاذنا د . عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، القانون الدولي الخاص ، دار السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٨ .
١٢-د . رضا عبد الحليم عبد المجيد ، النظام القانوني للإنجاب الصناعي ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، عين شمس ، ١٩٩٦ .
١٣-د . أحمد سعد محمد الحسني ، الحماية الجنائية للإنجاب الصناعي ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، ج لمجلد ٣٦، العدد ١، جامعة بني سويف ، مصر ٢٠٢٤ .

١٤- د .سناريا محمد نهاد مصطفى ، أثر تأجير الرحم على جنسية المولود ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد ٧ العدد ٧٢ ، ٢٠١٨ .
١٥-سعاد جاسم محمد عباس ، عقد اجارة الارحام ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كليلة القانون ، جامعة بابل ، ٢٠١٣ .
١٦-د . أحمد محمد لطفي ، التلقيح الصناعي ، ط١ ، دار الفكر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦ .
١٧- حسين نعمة نغيمش ، القانون الواجب التطبيق على زراعة الاجنة في رحم بديل ، بحث منشور في مجلة كلية القانون جامعة القادسية ،٢٠٢٢.
١٨- د. رضا عبد الحليم عبد المجيد ، النظام القانوني للإنجاب الصناعي ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، عين شمس ، ١٩٩٦ .
١٩- أحمد خليل ابراهيم ، عقد حفظ الاجنة المخصبة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠١٧.
ثالثاً-المصادر الاجنبية .

1-Medical Research international: i.v.f, Embryo Transfer (ET) in V.S.A 1988 results from The i.v.f, ET registry. Fertitty and sterlity 1990,53,(1)P 13-20.

رابعاً: المواقع الالكترونية .

1-https://www.abdalihospital.com/ar/steps-ivf-procedure

خامساً : القوانين .

١- القانون المدني الفرنسي رقم ٢٤ مارس ١٨٠٤ المعدل.
٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٣- القانون المدني العراقي من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٤- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ .
٥- قانون العقوبات العراقي رقم١١١ لسنة ١٩٦٩
٦- قانون تسجيل الولادة والوفيات العراقي النافذ رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧١.
٧- قانون الصحة العامة الفرنسي رقم ٢٠٠٠ /٥٤٨ في ١٥ حزيران ٢٠٠٠
٨- قانون العقوبات الفرنسي المعدل بالقانون عدد ٨٠٠ لسنة ٢٠٠٤ المؤرخ في ٦/أوت ٢٠٠٤
٩- قانون المعهد العالي لتشخصي العقم رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩.
١٠- قانون استخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب البحريني رقم (٢٦) لسنة ٢٠١٧
١١- لائحة الآداب المهنية المصرية .
١٢- قانون اخلاقيات علم الاحياء الصادر بقانون رقم ١٠١٧ لسنة ٢٠٢١ مؤرخ في ٢ أوت ٢٠٢١.