جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

معهد العلمين للدراسات العليا

قسم القانون

دور قواعد القانون الدولي الخاص في إطار التعامل بالأجنة البشرية

"دراسة مقارنة"

أطروحة قدمها الباحث

حسن هليل جدران المالكي

الى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا وهي جزء من متطلبات نيل شهادة

الدكتوراه في القانون الخاص

إشراف

الأستاذ الدكتور

عبد الرسول عبد الرضا الأسدي

استاذ القانون الدولي الخاص

١٤٤٧هـ ٢٠٢٦م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ أَلَمْ يَكُ نُطْفَةً مِّن مَّنِيٍّ يُمْنَى * ثُمَّ كَانَ عَلَقَةً فَخَلَقَ فَسَوَّى

* فَجَعَلَ مِنْهُ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالأُنثَى ﴾

صدق الله العلي العظيم

سورة القيامة: الآيات: (٣٧ – ٣٩)

الإهداء

إلى أساتذتي الأجلاء، الذين غرسوا في نفسي بذور العلم، وأمدّوني

بأدوات البحث والتفكير، فعلموني كيف أنطق الحروف وأصوغ العبارات،

وأحتكم إلى القواعد في مجال القانون.

إلى من كان لهم الفضل بعد الله في رسم معالم طريقي العلمي والمهني...

أهدي هذا الجهد المتواضع عربون وفاء واعتراف بالفضل.

الباحث

الشكر والعرفان

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، خاتم النبيين محمد المصطفى، وعلى آله الأطهار أئمة الورى ومصابيح الدجى.

أتقدم بخالص الشكر وعظيم الامتنان إلى أساتذتي الأفاضل، رئيس وأعضاء لجنة المناقشة المحترمين، الذين أتشرف بالتعلم على أيديهم، وأسأل الله أن يطيل أعمارهم ويحفظهم.

وأخصّ بالشكر أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور عبد الرسول عبد الرضا الأسدي المحترم، الذي تفضل بقبول الإشراف على هذه الأطروحة، فكان بتوجيهاته السديدة وملاحظاته العلمية الدقيقة خير معين، وكانت ثقته ودعمه المتواصل بصمةً ماثلةً في كل صفحة من صفحات هذا العمل. فجزاه الله عني خير الجزاء ورفع قدره.

ولا يفوتني أن أعبر عن اعتزازي بالصرح العلمي الكبير معهد العلمين للدراسات العليا، متمثلاً بعمادته وكادره التدريسي والإداري، لما قدموه من علمٍ ودعمٍ وتيسيرٍ كان له أبلغ الأثر في إنجاح مسيرتي العلمية.

كما أزجي خالص الشكر والتقدير إلى الخبيرين العلمي واللغوي، اللذين تفضلا بقراءة هذه الأطروحة وإغنائها بملاحظاتهما ومقترحاتهما القيمة، فجزاهما الله خيرًا على جهدٍ كريمٍ في خدمة العلم والباحثين.

الباحث

المستخلص

بفضل التقدم في مجال طب الانجاب ظهرت أساليب علمية حديثة تتضمن تعديلات في المسار الطبيعي للإنجاب، وهذه الأساليب مكنت من الأخصاب الاصطناعي للبشر، كبديل عن الإخصاب الطبيعي، فأصبح من الممكن الفصل بين الإنجاب والاتصال الجنسي من ناحية، وبين رابطة الدم

ورابطة الرحم من ناحية أخرى، ويترتب على ذلك تداخل في مجالات القوانين وصعوبة ضبط جنسية الجنين، وموطنه في مسائل النسب والميراث وغيرها بين وضعين قبل الميلاد وبعده.

وبفعل احتكار الدول المتقدمة لتقنيات التلقيح الاصطناعي الحديثة وتواضع تلك التقنيات في الدول الأخرى، ومنها الدول العربية فنشهد حركة للأفراد عبر الحدود بين الفئتين أعلاه من الدول، وهذا التحرك يترتب عليه تداخل بين القوانين بفعل اختلاف الجنسية أو الموطن بين أطراف الشأن (الأب والأم من جهة والمركز الطبي من جهة أخرى)، وينتج عن ذلك صعوبات منها ما يخص العلاقات العقدية التي يرتبط من خلالها الأفراد بمراكز زراعة الأجنة وحفظها وتطويرها، ومنها ما يخص المسؤولية التقصيرية الناشئة عن اخلال الأطراف بمراعاة القواعد الصحية والطبية في دولة المراكز المعنية بشان التلقيح والزراعة.

موضوع الأطروحة هو حصيلة تفاعل بين موضوع قانوني قواعد القانون الدولي الخاص والاجنة البشرية كموضوع طبي، فهو مزيج من كل ذلك نريد ان نتعرف من خلاله درجة ردة فعل القواعد اتجاه التعامل بالأجنة البشرية، وأي قواعد سجلت حضورا مبكرا في الاستجابة، وردة الفعل هل هي قواعد توزيع الأفراد(الجنسية، الموطن)، أم قواعد توزيع الاختصاص القانوني (الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي)، وأي منها كانت ردة فعلها متواضعة، بعد ان نتعرف على معنى الأجنة البشرية وهل أنها ذات تفاصيل واسعة أم ضيقة، لأن تفاعل قواعد القانون الدولي الخاص سيتفاوت حسب هذا المعنى، وإنه سيكون على مرحلتين:

الأولى قبل الميلاد وهنا فان أي اجراءات فنية وعلمية طبية تحصل بشأن التخصيب والزراعة، سيؤثر في قواعد تنازع الاختصاص التشريعي فيجلب نوع دون آخر من القواعد، وأكثر نوع متأثر ومتفاعل هي القواعد الموضوعية ذات التطبيق الفوري والمباشر، لما لهذه الاجراءات من ارتباط بالنظام العام وقواعد البوليس في دولة المركز الطبي، الذي يحصل فيه

التخصيب وحفظ الأجنة ومن ثم زراعتها، وهذا يعني ان قواعد الإسناد ستتنحى ولا يكون لها حضور إلا في إطار ما يتعلق بالنسب أو الأهلية أو الميراث، طالما لا يتعلق كل منهم بالنظام العام.

كما يستتبع أثر التعامل بالأجنة البشرية في هذه المرحلة تحريك الاختصاص القضائي الدولي في مرحلة الدعوى وتنفيذ الأحكام، وهنا سنتعرف على المعايير المعتمدة لضبط الاختصاص، ووجدنا إن أكثر معيار له تأثير في ذلك معيار موطن الأطراف، في حين سينشط كل من معيار الجنسية والارادة في إطار الحقوق الشخصية الناشئة عن التعامل بالأجنة، سواء نشأت بفعل علاقات عقدية أم غير عقدية.

أما في المرحلة الثانية(بعد الميلاد) فإن تأثر قواعد القانون الدولي الخاص سيستمر بفعل التعامل بالأجنة البشرية، وتكوين نتيجة على مستوى قواعد الجنسية أو الموطن، إذ ستتأثر الجنسية الأصلية أكثر من الجنسية المكتسبة، وخاصة المبنية على أساس حق الدم لأنها تثبت من خلال إثبات الأصل الوطني، كما سيتأثر الموطن الأصلي في بعض الدول، والموطن القانوني في البعض الآخر.

الباحث

المقدمة

أولاً-التعريف بموضوع البحث: اقتضت الإرادة الإلهية أن يستمر الجنس البشري في الوجود عبر سنة التكاثر الطبيعي، وهي سنة فطرية مغروسة في الكيان الإنساني، حيث جعل الله تعالى الغريزة الجنسية طريقًا مشروعًا لتناسل الإنسان وبقائه على وجه الأرض، ولولا هذه الغريزة التي تندرج في إطار الفطرة السليمة، لما استمر الإنسان على الأرض، ولما تحقق المقصد الإلهي في الاستخلاف، مصداقًا لقوله تعالى: {وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الأَرْضِ خَلِيفَةً}.

إن موضوع الأجنة البشرية أحدث سلسلة من التأثيرات في حزمة من فروع القوانين، ومنها القانون المدني وقانون العقوبات، ونحن في هذا البحث سنقتصر على تأثير هذه الموضوع في إطار قواعد القانون الدولي الخاص ليكون الأول هو المؤثر والثاني المتأثر، ومن خلال هذا الأثر سنحدد أي منطقة في قواعد القانون الدولي الخاص الأكثر تأثراً، بعد أن نعلم ان التعامل بالأجنة البشرية يبدأ من تكوين الأجنة بالإخصاب خارج الرحم أو داخله لينتهي إلى زراعته في رحم الأم البيولوجية أو البديلة ومن ثم ولادته، ففي كل هذه المراحل لا يكون تأثر قواعد القانون الدولي الخاص واحدا، إنما متفاوت حسب درجة صلة القواعد بالمرحلة، لذا سنجد تأثير القواعد ذات التطبيق الضروري أكثر من قواعد الاسناد، والحال ينسحب على قواعد الجنسية والموطن كبديل عن قواعد تنازع الاختصاص القانوني فيما بعد مرحلة الميلاد.

ثانيًاً-أهمية البحث: تنبع الأهمية من كون البحث يتناول موضوعًا على درجة عالية من الحداثة والحساسية، يتمثل في التعامل بالأجنة البشرية في إطار قواعد القانون الدولي الخاص، فهو يرتبط بالحداثة في الفقه القانوني العربي والعراقي تحديدًا، إذ لم تحظَ قضايا الأجنة البشرية حتى الآن بمعالجة شاملة وتزداد أهمية الموضوع لدى دراسته في إطار قواعد تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، والاعتراف بالأحكام والقرارات الأجنبية، على الرغم من ازدياد الحاجة العملية إلى ذلك، بفعل تطور تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب وانتشار المراكز الطبية العابرة للحدود، بفعل حركة الأفراد بين دول متفاوتة في مستوها العلمي والتقني، فهذه الحركة تتحرك معها هذه القواعد بشكل متفاوت يختلف حسب مرحلة تكوين الأجنة وأنواعها، فالقانون الدولي الخاص يهدف البحث إلى سد الفجوة القائمة بين قواعد القانون بين التشريعات العربية ونظيراتها الأوروبية والدولية.

فنشاط قواعد القانون الدولي الخاص يعتمد على اتساع السياحة الطبية في مجال تكوين وزراعة الأجنة البشرية، فهو يكون ما يصطلح على تسميته بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي، بفعل اختلاف جنسية أو موطن الأطراف ومحل إبرام التصرفات عن محل تنفيذها، وهكذا مع كل اختلاف سنشهد علاقة تحرك نوع وكم من القواعد.

ثالثًاً-أهداف البحث: يهدف البحث إلى ضبط معنى الأجنة البشرية الذي على ضوئه تكون فئة من القواعد الواجبة التطبيق، كما يستهدف تشخيص تتغير نوعية وفئوية القواعد حسب المراحل التي يمر بها الجنين، فتداخل قواعد القانون الدولي الخاص بشقيها الموضوعية والاسنادية في إطار التعامل بالأجنة البشرية، مما يصعب معه تشخيص نوع وكم القواعد فيما إذا كنا أمام معنى واسع للأجنة، عما اذا كان المعنى ضيقا، وفيما اذا حصل نزاع بشأن زراعة الأجنة قبل الميلاد عن بعدها، فالبحث يستهدف تحديد الخط الفاصل في القواعد حسب المرحلة.

رابعًاً-مشكلة البحث: تظهر إشكالية الموضوع بأشكال متنوعة نتيجة لتنوع نشاطات التعامل بالأجنة البشرية، وبفعل ذلك تتنوع القواعد الحاكمة لكل منها واحيانا تنفرد قواعد معينة في نوع منها، فهي تأخذ شكلا معينا 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 أو تختلف عن القواعد الحاكمة في مرحلة انتقال الجنين مع والديه، للسكن خارج حدود دول الجنسية.

ويمكن أن ترافق الإشكالية في كل الأشكال المتقدمة قواعد تتعلق بالاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي، وقواعد الاختصاص الأول ممكن أن تكون قواعد إسنادية وممكن ان تكون قواعد موضوعية، كما يمكن ان تتراكم القواعد من النوع لحكم الموضوع، وهذا يعود إلى تكون علاقات عقدية تنشأ بفعل التعامل بالأجنة البشرية، كما يمكن أن تكون علاقات غير

عقدية بفعل الأخطاء أو الأعمال غير المشروعة، التي ترافق تكوين الأجنة أو حقنها أو زرعها، كما يمكن أن تحصل بفعل حالة النمو والولادة وما بعدها، وبالمثل يتطلب حل هذه الإشكاليات وجود محكمة مختصة دولياً، للنظر في النزاعات التي تثار بفعل كل حالة أو شكل من الأشكال المتقدمة، وهنا يمكن ان تتدخل القواعد الإجرائية لتحديد الاختصاص في إطار المسؤولية العقدية أو غير العقدية.

خامساً-الدراسات السابقة:

١- **الدراسات العراقية:** اقتصرت الجهود العراقية في هذا المضمار على أبحاث محدودة ضمن رسائل ماجستير أو مقالات منشورة في المجلات القانونية. من أبرزها دراسة بعنوان "المركز القانوني للجنين في القانون العراقي" (جامعة بغداد، ٢٠١٧)، التي تناولت مركز الجنين من منظور القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية، دون أن تتوسع في الأبعاد الدولية أو الإشكالات العابرة للحدود، كما وردت إشارات في بعض الأطروحات، مثل أطروحة "الحماية الجنائية للجسد البشري في القانون العراقي" (جامعة النهرين، ٢٠١٩)، التي عرضت بشكل عابر لمسألة الأجنة في سياق الحماية الجنائية، لكنها لم تعالج موضوع التكييف القانوني أو دور قواعد القانون الدولي الخاص الاجرائية او الموضوعية.

٢-**الدراسات العربية:** في مصر، ظهرت دراسة بعنوان "التلقيح الاصطناعي وموقف القانون المصري" (جامعة عين شمس، ٢٠١٥)، ركزت على الجوانب الطبية والفقهية، أما في الأردن فقد أُنجزت رسالة ماجستير بعنوان "الإخصاب خارج الرحم في الفقه الإسلامي والقانون الأردني" (جامعة آل البيت، ٢٠١٨) ناقشت موقف القانون الأردني من عمليات الإخصاب الاصطناعي، لكنها لم تتناول قضايا تنازع القوانين أو الاعتراف بالأحكام الأجنبية، وفي تونس تناولت بعض المقالات في المجلة التونسية للقانون الطبي موضوع المساعدة

الطبيــة علــى الإنجــاب، لكنهــا اقتصــرت علــى نطــاق داخلــي بحــت. وفــي كــل تلــك الدراسات لم تظهر أي حركة لقواعد القانون الدولي الخاص في الموضوع

٣-الدراســـات الأجنبيـــة: علــى الصــعيد المقــارن، بــرزت بعــض الدراســات الرصــينة مثـل دراسـة الباحثـة الفرنسـية Catherine Labrusse-Riou فـي كتابهـا " Le droit de l'embryon" (بـاريس، ٢٠٠٣)، الـذي تنـاول الأجنـة البشـرية مـن منظــور القــانون الفرنســي والأوروبــي، مــع إشــارة إلــى إشــكالات القــانون الــدولي الخـاص. كمـا نشـرت الباحثـة البريطانيـة Emily Jackson كتابهـا " Medical Law: Text, Cases, and Materials" (أكسـفورد، ٢٠١٦) الـذي خصــص فصــولًا لموضــوع المســاعدة الطبيــة علــى الإنجــاب، وتضــمن إشــارات مهمــة إلــى قضــأيا نقــل الأجنــة والاعتــراف بالأحكــام عبــر الحــدود. كــذلك نجــد فــي الولأيـات المتحـدة دراسـة Robertson, J.A. بعنـوان " Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies" (نيويــــورك، ١٩٩٤)، التــــي تناولــــت التحــــديات القانونيــــة للأجنة في سياق الحريات الإنجابية مع مقاربة لمسائل الاختصاص القضائي.

سادســـاً-مـــنهج البحـــث: إن موضــوع الأجنــة البشــرية بطبيعتــه المركبــة، تتــداخل فيــه ابعــاد عــدة وهــي: البعــد الفقهــي والقــانوني والطبــي والأخلاقــي والاجتمــاعي، يفـرض علـى الباحـث انتهـاج أكثـر مـن مـنهج علمـي للوصـول إلـى نتـائج دقيقـة، فالمســألة لا تقتصــر علــى بعــد واحــد، بــل هــي قضــية "متعــددة الأبعــاد"، تســتلزم الجمــع بــين التحليــل الفقهــي، والــنص القــانوني، والواقــع العملــي الفنــي الطبــي والمقارنــة بالتشــريعات العربيــة الأجنبيــة، ونحــن ســنركز فــي المقارنــة بــين القــانون العراقي من جهة والقانونين المصري والفرنسي من جهة أخرى .

ســـابعا- هيكليـــة البحـــث: لقـد تـم التعـرض للموضـوع علـى النحـو التـالي: الفصـل الأول كـــان بعنـــوان: الإطـــار المفـــاهيمي والنظـــري للأجنـــة البشـــرية فـــي قواعـــد القــانون الــدولي الخــاص، تــم تقســيمه علــى مبحثــين: نبــين فــي المبحــث الأول:

مفهوم الأجنة البشرية، وندرس في المبحث الثاني: الوصف القانوني للأجنة البشرية.

وخصصنا الفصل الثاني لبيان: دور قواعد القانون الدولي الخاص في إطار التعامل بالأجنة البشرية قبل الميلاد، وتم تقسيمه على مبحثين: نوضح في المبحث الأول: دور قواعد القانون الدولي الخاص في مرحلة تكوين الجنين وفي المبحث الثاني ندرس: دور قواعد القانون الدولي الخاص في مرحلة اكتمال الجنين.

أما الفصل الثالث درسنا فيه: دور قواعد القانون الدولي الخاص في إطار التعامل بالأجنة البشرية بعد الميلاد، تم تقسيمه على مبحثين: نبين في المبحث الأول: دور القواعد في مرحلة التمتع بالحقوق، ونتناول في المبحث الثاني: دور القواعد في مركز الجنين في مرحلتي استعمال الحقوق وحمايتها ونختمها بأهم الاستنتاجات والتوصيات التي توصلنا لها خلال البحث في دراستنا.