أحكام الاشتراط لمصلحة الجنين المخصب صناعياً

(دراسة مقارنة)

Provisions of stipulation in the interest of the artificially fertilized fetus

م. د. مشتاق عبد الحي عبد الحسين

جامعة الكوفة/ كلية الهندسة

Mushtaqa.alasadi@uokufa.edu.iq

تاريخ الاستلام: ٤/ ١٢/ ٢٠٢٢

تاريخ قبول النشر: ٦/ ٣/ ٢٠٢٣

المستخلص

تناولت الدراسة البحث في موضوع يجمع بين حداثة التطور العلمي وأصالة القواعد العامة في التشريعات محل المقارنة؛ لبيان مدى انطباقها على بعض جوانب هذا الموضوع والبحث في الجوانب التي لا تنطبق عليها القواعد العامة من اجل اقتراح قواعد قانونية لتنظيمها. ولإتمام البحث في أحكام الاشتراط لمصلحة الجنين المخصب صناعياً قدمنا في تمهيد مختصر مفهوم الاشتراط ومفهوم هذا النوع من الأجنة، فضلاً عن الإشارة الى أهم صور الاشتراط وهي عقد تجميد الجنين، وعقد إجارة الأرحام، وعقد التأمين لمصلحته، وما تتضمن تلك العقود من شروط لمصلحة الجنين المخصب صناعياً، وذلك سهل كثيراً البحث في العلاقات القانونية الناشئة عن الاشتراط والتي تبيّن عن طريقها طبيعة الحق الناشئ لمصلحة الجنين مباشرة من العقد وحقه بالمطالبة به بالإنابة من قبل الولي، الا ان بعض الآراء في الفقه الإسلامي ذهبت الى أن الاشتراط لا يُنشئ حقاً بل منفعة، وليس للمنتفع المطالبة بها، بل للمشترط فقط، فضلاً عن آثار نقض الاشتراط أو فسخ العقد على الجنين والتي قد تؤدي الى إتلافه، ومن كل ذلك تبرز ضرورة تنظيم أحكام الاشتراط لمصلحة الجنين المخصب صناعياً في قواعد قانونية خاصة.

الكلمات المفتاحية: **أحكام الاشتراط، الجنين المخصب صناعياً، انتهاء الاشتراط.**

Abstract

This study dealt with the research on a topic that combines the modernity of scientific development and the originality of the general rules in the legislation subject to comparison, to show the extent of their applicability to some aspects of this subject, and to search in aspects to which the general rules do not apply in order to propose legal rules to organize them, and to complete the research in the provisions of stipulation in the interest of the fetus The artificially fertilized fetus presented, in a brief introduction, the concept of stipulation and the concept of this type of embryo, as well as referring to the most important forms of stipulation, which are the embryo-freezing contract, the womb lease contract, and the insurance contract for its benefit, and the conditions that those contracts include in the interest of the artificially fertilized fetus, and this greatly facilitated the search in the legal relations arising from Conditioning, through which the nature of the right arising in the interest of the fetus is shown directly from the contract and his right to claim it on behalf of the guardian. However, some opinions in Islamic jurisprudence went to the fact that the condition does not create a right, but rather a benefit, and the beneficiary does not claim it, but only for the stipulator, in addition to the effects of nullifying the condition or Termination of the contract on the fetus, which may lead to its destruction, and from all of this emerges the need to regulate the provisions of stipulation in the interest of the artificially fertilized fetus in special legal rules.

Keywords: Conditioning provisions, artificially fertilized fetus, termination of conditionalization

المقدمة

أولاً: جوهر فكرة البحث وأهميته:

أجازت التشريعات محل المقارنة الاشتراط لمصلحة من لم يولد بعد، ومن أهم تطبيقات ذلك هو الجنين، وعادة الجنين لا يملك الا بعد ولادته حياً وثبوت الشخصية القانونية له، الا ان التطور العلمي في التقنيات الطبية الحديثة فرض واقعاً جديداً لا يمكن التغاضي عنه؛ لان التعاملات بين الناس درجت عليه نتيجة الحاجة للإنجاب المساعد خصوصاً لدى من يعاني من العقم، وهو الأجنة المخصبة صناعياً والمجمدة في بنوك الأجنة بموجب عقد التجميد، وكذلك الأجنة التي تزرع في رحم بديل بموجب عقد إجارة الأرحام، وهذان العقدان يتضمنان العديد من الشروط التي تكون لمصلحة الجنين المخصب صناعياً وبالنتيجة أصبح الجنين منتفعاً من الاشتراط لمصلحته.

وهذا يفرض علينا أن نبحث في أحكام هذا النوع من الاشتراط من حيث العلاقات القانونية التي تُنشئ الحق للجنين وحقه بالمطالبة به، وكذلك حق الولي بالموافقة أو المطالبة بالتنفيذ، فضلاً عن الآثار القانونية المترتبة على نقض الاشتراط من قبل المشترط أو فسخ العقد بسبب أحد المتعاقدين أو الغير وما يترتب عليها من أضرار قد تصيب الجنين من قبيل التشوهات أو العوق ولو مستقبلاً، ومن هنا تبرز أهمية بيان الموقف الشرعي عن طريق عرض الآراء الواردة في الفقه الإسلامي

حول أحكام الاشتراط لمصلحة الجنين المخصب صناعياً.

مشكلة البحث والأسئلة البحثية:

في ما يخص الجنين المخصب صناعياً لا يوجد لدينا في التشريع العراقي إلا القواعد العامة، فضلاً عن الاشتراط لمصلحته الذي لم ينظم بقانون خاص ولم ترد قواعد قانونية خاصة به، وعند تطبيق القواعد العامة على الموضوع محل البحث نجد أنها غير كافية؛ لوجود العديد من الإشكاليات والتي من بينها اختلاف بعض الأحكام بين القانون والفقه الإسلامي، وندرة القرارات القاضية بل انعدامها في هذا الموضوع، والجدل المحتدم في مدى اعتبار الجنين الصناعي جنيناً ومدى أهليته لاكتساب الحقوق، وحداثة العقود التي ترد عليه وأهميتها ومن بين تلك العقود عقد تجميد الجنين في بنوك الأجنة، وعقد إجارة الأرحام من أجل الحمل به واستيلاده بمقابل، فضلاً عن عقد التأمين لمصلحته، وعدم تنظيم تلك العقود في قواعد قانونية خاصة، وكذلك الآثار القانونية المترتبة على فسخ العقد المتضمن للاشتراط أو نقض الاشتراط الذي قد يؤدي الى تشوه الجنين أو إتلافه وما يترتب على ذلك من إشكالات شرعية وقانونية.

وأهم الأسئلة البحثية في هذه الدراسة هي: هل ان الحق الناشئ للجنين المخصب صناعياً من الاشتراط لمصلحته يعد حقاً في الفقه الإسلامي أو لا؟ وهل له المطالبة به أسوة بأحكام القانون؟ وهل ينفرد المشترط بالمطالبة بذلك؟ ومن الذي يملك حق نقض الاشتراط في القانون وإسقاط الشرط في الفقه الإسلامي؟ وما الآثار المترتبة على فسخ العقد المتضمن الاشتراط أو نقض الاشتراط؟ وماهي الآثار الشرعية والقانونية المترتبة على امتناع البنك أو المرأة الحامل أو شركة التأمين عن تنفيذ الشرط، اذ قد يصاب الجنين بالضرر أو التلف من جراء ذلك.

منهجية البحث ونطاقه:

سنتبع في هذا البحث المنهج المقارن بين القانون العراقي والمصري والفرنسي، مقارناً بالفقه الإسلامي، وقد حددنا نطاق الدراسة في أحكام الاشتراط لمصلحة الجنين المخصب صناعياً، لنستبعد من ذلك المفهوم، وكذلك الجنين المخصب طبيعياً والذي ينتج عنه الحمل الطبيعي، لينحصر نطاق بحثنا في أحكام الجنين المخصب صناعياً خلال مرحلة تجميده في بنوك الحفظ وبعد زراعته في رحم مستأجر، وكذلك في حال التأمين لمصلحته.

صعوبات البحث:

من أهم الصعوبات التي واجهت الباحث: ندرة الدراسات السابقة عن الموضوع، بل لم نعثر على دراسة تتناول أحكام الاشتراط لمصلحة الجنين المخصب

صناعياً، وندرة القرارات القضائية، بل انعدامها في صلب الموضوع، وكذلك عدم كفاية القواعد العامة لتنظيم أحكام الموضوع محل البحث وصعوبة تطويعها واختلاف بعضها عن أحكام الفقه الاسلامي، فضلاً عن حداثة الموضوع.

خطة البحث:

سنقدم لهذا البحث تمهيداً وسنقسمه على مبحثين، سنتناول في أولهما العلاقات القانونية الناشئة عن الاشتراط لمصلحة الجنين المخصب صناعياً، والذي سينقسم بدوره على مطلبين، سنخصص الأول لعلاقة المشترط بالمنتفع والمتعهد، وسنفرد الثاني للعلاقة بين المتعهد والمنتفع، وسنخصص المبحث الثاني للبحث في انتهاء الاشتراط لمصلحة الجنين المخصب صناعياً، وذلك في مطلبين سنتناول في أولهما نقض الاشتراط، وسنفرد الثاني لفسخ العقد.

تمهيد

لإتمام البحث في أحكام الاشتراط لمصلحة الجنين[١] المخصب صناعياً بوصفه تطبيقاً من تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير لابد من تمهيد عن مفهوم الاشتراط وبيان معنى الجنين المخصب صناعياً واهم صور الاشتراط باختصار غير مخل، فالاشتراط هنا نعني به الشروط الواردة ضمن التصرف القانوني لمصلحة الجنين المخصب صناعياً، والذي نعني به البويضة الانثوية المخصبة بالخلايا الذكرية للرجل عن طريق الحقن المجهري، لنستبعد الحمل[٢] الطبيعي من نطاق البحث، وبعد تكون الزيجة(zygot)[٣] بعمر ثمانية أيام أي بعد بدء الانقسامات الخلوية[٤]، يقوم الابوان بالتعاقد مع بنك من بنوك حفظ الأجنة لـ غرض تجميده لمدة معينة وبمقابل معين، وبعد سنوات يتم فك التجميد[٥] عنه بطلب من الأبوين من اجل زراعته في رحم الأم صاحبة البويضة، أو التعاقد مع امرأة اجنبية لـ غرض الحمل به عن طريق عقد إجارة الأرحام وإعادته الى أبويه بعد الولادة، وضمن عقد التجميد وعقد إجارة الأرحام يمكن للأبوين أو لأحدهما أن يشترط شروطاً معينة لمصلحة الجنين سواء خلال مدة تجميده في البنك كاشتراط مدة معينة أو طريقة تجميد أو مواد معينة، أو عدم نقله الى حاضنة أخرى خوفاً من اصابته بالضرر، أو يشترطان على المرأة الحامل القيام بأعمال معينة أو الامتناع عن أخرى، أو تناول أطعمة وأدوية معينة أو الامتناع عن أخرى، وكل هذه الشروط هي لمصلحة الجنين، كما يمكن التأمين على حياة الابوين أو أحدهما لمصلحة الجنين الذي يثبت له الحق مباشرة من عقد التأمين تجاه شركة التأمين، ويمكن أيضاً التأمين لمصلحة الجنين المخصب صناعياً، اسوة بعقود التأمين التي يبرمها رب العمل

لمصلحة عماله أو لعلاجهم، وبذلك فللجنين المجمد في البنك أو الحمل لدى غير صاحبة البويضة حق تجاه شركة التأمين يكسبه من العقد مباشرة في حال حدوث أي ضرر له خلال مدة التجميد أو الحمل، ويجد ذلك أساسه في التشريعات محل المقارنة بالنصوص القانونية الآتية: "يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير ان يكون المنتفع مستقبلاً أو جهة مستقبلة كما يجوز ان يكون شخصاً أو جهة لم يعينها بالذات وقت العقد ما دام تعيينها مستطاعاً وقت ان ينتج العقد اثره"(٦)، كما نص المشرع المصري على ذلك أيضاً: "يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير ان يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً أو جهة مستقبلة، كما يجوز ان يكون شخصاً أو جهة لم يعينا وقت العقد، متى كان تعيينهما مستطاعاً وقت ان ينتج العقد أثره طبقاً للمشارطة"(٧)، ونص المشرع الفرنسي على ذلك ايضاً: "...ويجوز ان يكون هذا الأخير شخصاً مستقبلاً، شرط ان يكون معيناً بدقة أو يكون تعيينه ممكناً عند تنفيذ الوعد"(٨).

المبحث الأول

العلاقات القانونية الناشئة عن الاشتراط لمصلحة الجنين

ان النتيجة الطبيعية لأي تصرف قانوني هي أن تنشأ علاقة أو عدة علاقات بين أطرافه، وفي الاشتراط لمصلحة الجنين هنالك ثلاثة أطراف: المشترط، والمتعهد، والمنتفع. وتبعاً لذلك تنشأ ثلاث علاقات بين الأطراف لكل علاقة أحكامها الخاصة، الأولى بين المشترط والمتعهد والثانية بين المشترط والمنتفع رغم أن هذه العلاقة لا تظهر في العقد المبرم بين المشترط والمتعهد، والثالثة هي العلاقة بين المتعهد والمنتفع؛ لذا سنتناول كلاً منها بشيء من التفصيل عن طريق تقسيم هذا المبحث على مطلبين، سنخصص الأول لعلاقة المشترط بالمنتفع والمتعهد، وسنفرد الثاني لعلاقة المتعهد والمنتفع.

المطلب الأول

علاقة المشترط بالمنتفع والمتعهد

سنبحث في هذا المطلب نوعين من العلاقات القانونية الناشئة عن الاشتراط لمصلحة الجنين المخصب صناعياً، الأولى هي العلاقة بين المشترط والمتعهد، والثانية هي العلاقة بين المشترط والمنتفع:

أولاً: العلاقة بين المشترط والمتعهد:

طبقاً للقواعد العامة أن العلاقة بين المشترط والمتعهد تخضع لأحكام العقد المبرم بينهما(٩) أو العمل القانوني الصادر من المشترط كالوصية(١٠). وهذا الرأي يؤكد لنا أن الاشتراط لمصلحة الغير لا يرد في العقود فقط، بل يصح أن يكون ضمن أي تصرف قانوني

آخر، كما لو أوصى شخص لآخر بالثلث أو بمقدار منه بشرط القيام بعمل معين لمصلحة شخص ثالث.

ويمكن أن نستنتج العلاقة بين المشترط والمتعهد من نصوص القانون، فقد ورد في القانون المدني العراقي ما نصه: "١ــ يجوز للشخص ان يتعاقد باسمه الخاص على التزامات يشترطها لمصلحة الغير..."[١١]، كما نص على ذلك المشرع المصري: "١ــ يجوز للشخص ان يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير..."[١٢]، وكذلك المشرع الفرنسي: "يجوز الاشتراط لمصلحة الغير. يجوز لاحد المتعاقدين، المشترط، ان يجعل المتعاقد معه، المتعهد، يعد بالقيام بأداء لمصلحة الغير، المستفيد..."[١٣]. ونلاحظ هنا ان التشريعات محل المقارنة نصت على العقد بين المشترط والمتعهد، ومنه يتبيّن ان العلاقة يحكمها العقد المبرم بينهما، فضلاً عن ان المشرع الفرنسي أطلق على المنتفع لفظ المستفيد وعلى الرغم من أنهما لا يختلفان في المعنى، الا ان اللفظ تباين بينهما.

مثال ذلك: إذا كان العقد المبرم بين المشترط والمتعهد هو عقد تأمين لمصلحة جنين مخصب صناعياً، ومقتضى عقد التأمين ان يلتزم المشترط بدفع أقساط التأمين في مواعيدها المحددة في العقد، وبخلافه لشركة التأمين المطالبة بها، كما يجب عليه تزويد الشركة بالمعلومات المنصوص عليها في العقد والتي يلتزم بإخطار الشركة بها عند حدوثها، وبالمقابل تلتزم شركة التأمين بدفع مبلغ التأمين المتفق عليه بعد موت المؤمن الى ولي الجنين أو الى الأخير بعد ولادته وبلوغه، وهذا الفرض يبحث ضمناً في فقه القانون ضمن الاشتراط لمصلحة شخص غير موجود، وهذا يتفق مع المذهب المادي في الالتزام الذي لا يشترط وجود الدائن عند نشوء الالتزام[١٤].

أما في العقد المبرم مع احد بنوك الأجنة لتجميد الجنين صناعياً، أو عقد إجارة الأرحام مع امرأة معينة للحمل به، يكون المشترط أحد الأبوين أو كلاهما والمتعهد اما البنك أو المرأة الحامل، وأي شرط يقع ضمن العقد لمصلحة الجنين هدفه الحفاظ على صحته واستمراره بالنمو الطبيعي وغير ذلك، فإن المشترط يلتزم بدفع المقابل المتفق عليه، إذ ان عقد التجميد في الاصل تنصرف فيه نية المتعاقدين إلى تجميد الجنين فقط، وما يُشترط دون ذلك فهو بمثابة الاشتراط لمصلحة الجنين الحمل، وفي المقابل يلتزم المتعهد بتنفيذ بنود العقد أولاً ثم الالتزام بتنفيذ الشرط كما نص عليه العقد.

وبما أن الاشتراط لمصلحة الغير قائم على أساس المصلحة الشخصية للمشترط تجاه المنتفع مادية كانت أو ادبية، فان حق المشترط في مراقبة المتعهد لتنفيذ التزامه يبنى على تلك المصلحة ويكون للمشترط مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه تجاه المنتفع[١٥].

وللمشترط أيضاً أن يحتفظ لنفسه بحق المراقبة ومطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه من دون ان يجعل ذلك الحق للمنتفع، وبذلك ليس للمنتفع المطالبة[١٦]. ومثال ذلك: عندما يقوم الأب باستئجار معلم ليتولى تعليم اولادهِ ويحتفظ ذلك الأب لنفسه وحده بحق التدخل في تحديد نوع المادة التعليمية وكيفية التعليم دون أن يكون ذلك للأولاد[١٧].

ومن كل ما تقدم فإن أحد الأبوين أو كليهما عندما يتعاقد مع أحد بنوك الحفظ لتجميد الجنين فله مراقبة البنك بوصفه متعهداً ومطالبته بتنفيذ التزامه تجاه الجنين استناداً إلى الاشتراط[١٨]، وكما ان للمشترط الاحتفاظ بهذا الحق لوحده، الا ان واقع الحال يفرض ذلك، كون الجنين لا يستطيع القيام به وبالنتيجة يمارس الاب هذا الحق إما لأنه اشترطه لنفسه أو بصفته ولياً.

كما يمكن تصور هذا النوع من الاشتراط لمصلحة الجنين في عقد إجارة الارحام، وللمشترط سواء الاب أو الام أن يطالب المرأة الحامل بتنفيذ الشروط المتفق عليها لمصلحة الجنين سواء تمثلت بالقيام بعمل كنظام غذائي، أو علاجي، أو رياضي معين، أو أفعال أخرى تنعكس إيجاباً على نفسية الجنين ولو بعد حين كاشتراط قراءة القرآن مثلاً خلال مدة الحمل، أو الامتناع عن عمل كتناول بعض الأطعمة أو العقاقير أو القيام بحركات معينة، وتلتزم المرأة الحامل باعتبارها متعهداً بتنفيذ تلك الشروط.

أ ما الف قه الإ سلامي: ففي الفقه الامامي ورد معنى الاشتراط لمصلحة الغير ضمن مباحث الشرط الا ان المصطلحات قد اختلفت عن القانون، إذ إن أطراف العلاقة في الفقه الإسلامي هم المشروط له[١٩] والمشروط عليه[٢٠] والمنتفع[٢١]، واحياناً يطلق على المشروط له مصطلح الشارط[٢٢]، وهي عبارات ادق مما ورد في القانون، و للشارط حق المراقبة والمطالبة بتنفيذ الشرط من دون ان يكون ذلك للمنتفع؛ لأن الشارط هو من يملك الشرط، اما المنتفع فهو المستفيد منه وليس له المطالبة به[٢٣].

اما عند جمهور الفقهاء، فقد وردت آراء في كل من المذهب الحنفي والشافعي والحنبلي جميعها تذهب الى ان الأصل في الشرط المنع الا ما ثبت بدليل وكان موافقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ومقتضى العقد،

ويمنع هذا الاتجاه الشروط التي فيها نفع للمشتري[٢٤]؛ لذا ليس لنا التوسع بذلك، الا ان رأياً ورد في الفقه المالكي يذهب الى صحة اشتراط الرجل على زوجته شروطاً لمصلحة أولاده، كشرط عدم زواجها من بعده والتفرغ لتربيتهم[٢٥].

وعند الرجوع الى القانون المدني العراقي نجد انه اخذ بالاتجاه الأول الذي يمثله الفقه الامامي في المادة (١٣١/ ٢)، والتي نصت على الآتي: "يجوز ان يقترن بشرط نفع لاحد المتعاقدين أو الغير إذا لم يكن ممنوعا قانونا أو مخالفا للنظام العام أو للآداب وإلا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد أيضاً"، الا انه اخذ في الفقرة (١) من المادة نفسها بالاتجاه الاخر الذي يمثله جمهور الفقهاء، وهو الاتجاه المضيق؛ اذ أجاز اقتران العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه والتي نصت على الآتي: "يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه...".

ثانياً: العلاقة بين المشترط والمنتفع:

تعد هذه العلاقة اجنبية عن عقد الاشتراط لأنها سابقة له، وفي كل الأحوال فإنها إما أن تكون علاقة معاوضة أو تبرع، وفي كلتا الحالتين تكون فيها مصلحة مادية أو معنوية للمشترط[٢٦]؛ اذ نصت التشريعات محل المقارنة على ذلك، فقد ورد في القانون العراقي ما نصه: "... إذا كان له في تنفيذ هذهِ الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية"[٢٧]، كما أجاز المشرع المصري ذلك، كما في النص الآتي: "...، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية"[٢٨]. الا ان المشرع الفرنسي لم يصرح بذلك.

والفرض الأول مستبعد؛ إذ لا يمكن تصور وجود علاقة معاوضة بين المشترط والجنين، كون الاخير يفتقد لأهلية التصرف.

ولا يبقى أمامنا إلا العلاقة التبرعية المبتنية على مصلحة معنوية للأبوين تجاه جنينهما بغية اكتمال نموه بصحة تامة وولادته معافى؛ لإشباع غريزة الأبوة والأمومة وممارسة حقهم الطبيعي ورغبتهم في الحصول على الولد.

وعلى الرغم من أن العلاقة بين المشترط والمنتفع إذا كانت تبرعاً لا تخضع لأحكام الهبة من حيث الشكل، الا أنها تخضع لأحكامها من حيث الموضوع، فلا بد من توافر اهلية التبرع للمشترط، أما إذا صدرت الهبة من المشترط في مرض الموت فإنها تأخذ حكم الوصية، كونها تصدر من وقت العقد المتضمن الاشتراط لمصلحة الجنين[٢٩].

ثم ان حق المنتفع -الجنين- إذا كان ماليا فإنه يستحق مقدار ما دفعه المشترط للمتعهد، وليس مقدار ما التزم به نحو المنتفع، بشرط ألا يزيد عما التزم به المتعهد نحو المنتفع[٣٠].

كما لو أمن شخص على حياته لمصلحة جنينه المجمد في البنك أو الحمل، وطالما أن هذا العمل تبرعي، فإن مقدار التبرع ليس هو المبلغ الذي تلتزم شركة التأمين بدفعه للمنتفع بعد وفاة المشترط، وإنما تلتزم بدفع مقدار الاقساط التي دفعت للشركة في حياة المشترك، بشرط ألا يزيد على مبلغ التأمين.

وللمشترط حق النقض ولعدة اعتبارات أولها: أن الجنين فاقد الأهلية ولا يستطيع التعبير عن إرادته، لذا يبقى حق النقض قائما طالما لا تصدر الموافقة الصريحة الا في حال صدورها من الولي، وفي هذه الحالة يمكن ان يكون المشترط غير الولي ويصح ذلك، ولكن قد يكون المشترط هو الولي نفسه وبالتالي تكون له صفتان، الأولى: مشترط والثانية: ولي عن الجنين.

وقد يرد اشكال مفاده: ان الشروط الواردة في عقدي التجميد وإجارة الأرحام والتي يشترطها الابوان على البنك أو المرأة لا تعد من قبيل الاشتراط لمصلحة الغير؛ لان الجنين يدخل ضمن العقد بوصفه محلاً للتجميد أو محلاً لإجارة الارحام؟ وهذا الاشكال مردود؛ اذ ان الجنين في كلا العقدين لم يكن محلاً لاي منهما، والمحل في عقد تجميد الجنين في بنوك الأجنة هو عملية التجميد التي يقوم بها البنك لمدة معينة بمقابل معين، والمحل في عقد إجارة الأرحام هو عملية الحمل التي تقوم بها المرأة لمدة معينة بمقابل معين، وفي كلا العقدين يكون الالتزام هو القيام بعمل مقابل الالتزام بدفع الاجر، وذلك نظير عقد حضانة الطفل أو تعليمه، فعادة يكون المحل هو القيام بعملية الحضانة أو التعليم، ولا يمكن تصور أن يكون الطفل هو محل العقد.

كما ذهب بعض فقهاء المسلمين الى صحة الشرط الذي يرد ضمن العقد اذا كان فيه منفعة أو مصلحة لشخص ثالث اجنبي عن العقد، كما لو اشترط البائع على المشتري ان يبيع المبيع لشخص ثالث باقل من ثمن المثل، أو ان يتصدق به عليه، وبدون هذه المصلحة تكون المعاملة لغواً[٣١].

المطلب الثاني

العلاقة بين المتعهد والمنتفع

إن انصراف أثر العقد إلى غير المتعاقدين لينتفع منه شخص ثالث لم يكن طرفاً في العلاقة التعاقدية أو التصرف القانوني يظهر بوضوح في العلاقة بين المتعهد والمنتفع الذي

يكتسب ذلك الحق مباشرة من العقد، لذا تعد هذه العلاقة هي الأهم من بين العلاقات الناشئة عن الاشتراط لمصلحة الغير، وينبغي الإشارة ولو إجمالاً إلى أن علاقة المتعهد بالمنتفع تحكمها ثلاث قواعد، الاولى: ان يكسب المنتفع الحق مباشرةً من العقد ويلتزم المتعهد بأدائه. والثانية: ان حق المنتفع لا يمر في ذمة المشترط. أما الثالثة فهي: المنتفع ليس طرفاً في العقد أو العلاقة القانونية التي يستمد الحق منها.

وهنالك العديد من النتائج المترتبة على هذه القواعد[٣٢]، والتي سنبحثها تباعاً:

اولاً: للإحاطة بتفاصيل بحثنا في إطار الاشتراط لمصلحة الجنين المخصب صناعياً لابد من تطبيق تلك القواعد لبيان مدى إمكانية إعمالها في الموضوع محل البحث؛ لتكون البداية من الحق الذي يكتسبهُ الجنين - المنتفع- تجاه المتعهد من التصرف القانوني مباشرة.

طبقا لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير والواردة في القوانين محل المقارنة، اذ ورد في المادة (١٥٢/ ٢) ما نصه: "ويترتب على هذا الاشتراط ان يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد..."[٣٣]، فإن الجنين المخصب صناعياً عندما يتم تجميده في أحد بنوك حفظ الأجنة عن طريق العقد المبرم بين طالب التجميد سواء أكان أحد الأبوين أو كليهما أو غيرهما وبين البنك ويشترط فيه طالب التجميد شروطاً معينة لمصلحة الجنين يكتسب عن طريقها حقاً مباشراً من العقد، ففي هذه الحالة يمكن تحديد المركز القانوني للجنين بأنه: أجنبي عن العقد ومنتفع من الاشتراط، كما يمكن تصور العديد من الفروض في هذا النوع من الاشتراط؛ اذ قد يشترط المتعاقد على البنك استعمال تقنية معينة في التجميد، أو الالتزام بعدم نقل الجنين من بنك إلى آخر أو من خزانة إلى أخرى، أو التجميد لمدة معينة وغيرها مما يحتمل معه وقوع الضرر الذي من شأنه أن يصيب الجنين بتشوهات معينة وان تراخت النتائج إلى ما بعد الولادة.

كما يكون الجنين في مركز المنتفع أيضاً في عقد إجارة الأرحام عندما يتعاقد الابوان أو أحدهما مع امرأة للحمل بهذا الجنين ويشترط ذوو الجنين عدداً من الشروط على المرأة لمصلحة الجنين تلتزم بها خلال مدة الحمل، وبذلك ينتفع منها الجنين رغم انه لم يكن طرفاً في عقد إجارة الارحام، ومن أمثلة ذلك أن يشترط على المتعهد _الحامل_ الالتزام بنظام غذائي معين أو نظام صحي معين، أو الامتناع عن ممارسة الرياضة أو عن تناول بعض الأدوية أو التدخين أو التعاطي أو أي

شيء من شأنه الإضرار بالجنين لضمان ولادته صحيحاً معافى، وبما أن الشرط يصح اذا لم يخالف مقتضى العقد ولم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب[٣٤]، فإن الأبوين قد يشترطان على المرأة الحامل اتباع نظام معين سواء أكان دينياً أم أخلاقياً، من قبيل قراءة القرآن خلال مدة الحمل أو ممارسة بعض العبادات أو طقوس معينة من شأنها أن تؤثر إيجاباً على روحية الجنين أو المولود، وكذلك الامتناع عن المحرمات التي تنعكس عليه سلباً.

وفي كلتا الحالتين سواء أكان الجنين مجمداً في البنك أو حملاً لدى الغير يمكن التعاقد مع شركة التأمين للتأمين لمصلحتهِ، كما يمكن الايصاء لشخص معين كالزوجة مثلاً بجزء من التركة والاشتراط عليها التفرغ لرعاية الجنين وحضانته بعد الولادة وتربيته وتعليمه.

وفي جميع الفروض أعلاه يكون الجنين منتفعاً من الاشتراط لمصلحة الغير، سواء أكان أساسه شرطاً في عقدٍ صحيح أو في تصرف قانوني آخر كالوصية.

وطبقا للقواعد العامة في الاشتراط لمصلحة الغير فإن المنتفع يكتسب الحق تجاه المتعهد مباشرة من العقد، وهنا يجدر التساؤل عن: أهلية الجنين لاكتساب الحق؟ وفي أي وقت يثبت له ذلك الحق؟

للإجابة على التساؤلات في أعلاه يمكن القول: إن المشرع العراقي ذهب الى ان شخصية الإنسان تبدأ منذ ولادته حياً[٣٥]، وأحال تنظيم حقوق الحمل إلى قانون الأحوال الشخصية[٣٦]، ولم يورد نصاً حول أهلية الجنين، الا إن فقه القانون ذهب إلى أن له أهلية وجوب ناقصة[٣٧].

وتعبير المشرع العراقي واضح عندما نص على عبارة: "حقوق الحمل" ولم ينص على حقوق الجنين وهذا اللفظ ينطبق على الحمل دون الجنين المجمد في البنك، وذلك يحتمل وجهين، أولهما: انه لم يقصد الجنين المخصب صناعياً؛ لأن التجميد لم يكن منتشراً في وقت التشريع، أو أنه قصد الجنين الحمل فقط.

مع ان قانون الأحوال الشخصية أجاز الوصية للجنين عندما نص على شروط الموصى له الذي يجب "أن يكون حياً حقيقة أو تقديراً"[٣٨]. والحياة المقدرة يمكن تصورها للجنين المخصب صناعياً؛ إذ أنه مبدأ إنسان وقابل للتطور والنمو.

ومع ذلك يمكن الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية بدلالة المادتين (١/ ٢) من

القانون المدني العراقي والمادة (١/ ٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

أما عن التساؤل الثاني: فالظاهر أن الحق يثبت للجنين من وقت الاشتراط، وهنا لابد أن نميّز بين نوعين من الحقوق التي يكسبها الجنين مباشرة من التصرف القانوني: النوع الأول الحقوق اللصيقة بهِ والتي لا تحمل صفة مالية، ومنها بعض ما يشترطه الوالدان على بنك التجميد أو المرأة الحامل ومن شأنه أن ينفع الجنين في صحته ونموه وبناء الجانب الروحي له، فهذا النوع من الحقوق يلتزم المتعهد بأدائها في وقته وان كان الجنين لا يزال في مرحلة التجميد أو الحمل.

اما الحقوق المالية فهي بطبيعتها تقتضي وجود وعاء، وهو الذمة المالية التي لا يمكن تصور اكتمالها للجنين إلا بعد ولادته حياً واكتسابه الشخصية القانونية وتمتعه بنوع من الاهلية حسب مراحل البلوغ والعقل والادراك وغيرها؛ لذا فإن هذا النوع من الحقوق يثبت للجنين من وقت الاشتراط ويتراخى تنفيذه إلى حين الولادة، الا في بعض الأحوال ومنها وفاة المشترط وتصدي الولي أو الوصي على الجنين لاستيفاء الحق المالي وحفظه لحين ولادته، كمبلغ التأمين أو غير ذلك.

إذ ان الحق يثبت للمنتفع من وقت إبرام العقد أو التصرف وليس من وقت إعلان الرغبة لأنه يكتسب الحق من العقد مباشرة وليس من إعلان الرغبة[٣٩].

أ ما في الف قه الإ سلامي: فقد أشرنا الى المشهور من آراء الجمهور في أن الأصل في عموم الشرط المنع، والجواز هو الاستثناء، أما في الفقه الإمامي فإن المشهور صحة الاشتراط لمصلحة الغير الذي يكسب منفعة أو مصلحة من العقد أو التصرف، ويمكن إثارة التساؤل الآتي: هل إن هذه المنفعة تكون بمنزلة الحق؟

يذهب جانب من الفقه الى ان الشخص الثالث الأجنبي عن العقد وان كان منتفعاً من الشرط الوارد ضمن العقد الا ان هذا الانتفاع لا يرقى الى مستوى الحق[٤٠].

وعلى رأي عند المتقدمين اذا باع عبداً واشترط على المشتري ان يعتقهُ صح القعد والشرط، وشرط العتق حق للبائع وله المطالبة به، وعند امتناع المشتري عن تنفيذ الشرط يكون للبائع الخيار بين فسخ العقد وامضائه وليس له إجبار المشتري على التنفيذ[٤١].

وعلق العديد من الفقهاء على هذا المثال، إذ ذهب رأي الى ان "الأقوى عندي ان العتق المشروط اجتمع فيه حقوق: حق لله وحق للبائع، وحق للعبد" ثم استقرب... مطالبة العبد بالعتق لو امتنع المشتري[٤٢].

وفي رأي آخر: "وأما كونه حقاً للبائع من حيث تعلق غرضه بوقوع هذا الامر المطلوب للشارع فهو واضح.

وأما كونه حقاً للعبد، فإنه إن أريد به مجرد انتفاعه بذلك، فهذا لا يقتضي سلطنة له على المشتري، بل هو متفرع على حق البائع، دائر معه وجوداً وعدماً.

وإن أريد ثبوت حق على المشتري يوجب السلطنة على المطالبة، فلا دليل عليه، ودليل الوفاء لا يوجب الا ثبوت الحق للبائع.

وبالجملة: فاشتراط عتق العبد ليس الا كاشتراط ان يبيع المبيع من زيد بادون من ثمن المثل، أو يتصدق به عليه ولم يذكر أحد ان لزيد المطالبة"(٤٣).

وورد ما نصه: "وأما انه حق العبد ففيه: ان اشتراط العتق لا يوجب حقاً للعبد على المشروط عليه وليس له المطالبة بذلك أبداً كما ذكرنا نظيره في النذر؛ لأنه إذا نذر شيئاً على الفقراء أو غيرهم فليس للفقراء مطالبة الناذر بالوفاء بالنذر.

وإن أريد بذلك ان العبد ينتفع بعتقه واليه يرجع نفعه، ففيه ان رجوع المنفعة اليه لا يوجب الاستحقاق، اذ هو نظير ما إذا اشترط في ضمن العقد ان يهب لثالث مالاً أو يبيعه منه بأنقص من ثمنه، فانهما يوجبان رجوع النفع الى الثالث، الا انه لا يوجب الاستحقاق كما هو ظاهر. وعليه فالصحيح انه لا فرق بين شرط العتق وشرط غيره في سقوطهِ بالإسقاط"(٤٤).

كما ورد أيضاً "والحاصل: ان المراد بحق العبد ان كان انتفاعه بالشرط، فهو أمر مسلّم ولا يقبل الإنكار، فإن فائدة الشرط تعود اليه، حيث يتحرر ويملك أمر نفسه، الا أن مجرد هذا لا يعني ثبوت حق وضعي بالمعنى الأخص له، بحيث يكون له مطالبة المشروط عليه بهِ وإلزامه بالوفاء والكون عنده.

والا للزم القول بثبوت الحق لكل أجنبي عن العقد يكون ذا مصلحة في الاشتراط، كاشتراط البائع على المشتري بيع المتاع عليه بأدون من ثمن المثل، أو التصدق به عليه، بل وفي مثل اشتراط خياطتهِ لثوبهِ... ولا اظن احداً يلتزم بشيء من ذلك.

على ان حق الأجنبي على تقدير القول به، إنما هو من فروع حق البائع وتوابعه فيثبت ما دام الأصل باقياً، فاذا سقط فلا موضوع لبقاء الفرع" (٤٥).

وبعد ان عرضنا آراء الفقهاء بهذا الخصوص تبين لنا الآتي:

إن الشرط الوارد ضمن العقد والذي بموجبه يكتسب الأجنبي عن العقد مصلحة أو

منفعة معينة تقتضي حصوله على مال معين في حال تنفيذ الشرط، فإن ذلك لا يعني بانه يكتسب حقاً أو يكون له استحقاق يقتضي المطالبة به عند امتناع المشروط عليه عن الوفاء بالشرط أو تعذر عليه ذلك، ومن اقوال الفقهاء يتضح ان مجرد الاشتراط لا يوجب نشوء الحق اذ ان الشرط ضمن العقد لا يمكن ان يكون مصدراً لنشوء الحق، ووجود المنفعة لا يعني وجود الحق، ومع عدم نشوء الحق تمتنع المطالبة.

ويظهر ايضاً انهم فرقوا بين المنفعة أو المصلحة المترتبة نتيجة الاشتراط في العقد وبين الحق فيكون الشخص الأجنبي منتفعاً من الاشتراط لمصلحتهِ دون ان يكون له حق المطالبة بتلك المصلحة أو المنفعة المترتبة.

ويتضح أيضاً ان من يملك الشرط يملك حق المطالبة به؛ لذا فان ذلك منحصر بالمشروط له وهو المتعاقد الذي اشترط المنفعة للأجنبي عن العقد وهذا ما ذكره الفقهاء في كون الحق يوجب السلطنة على المطالبة، ولا يوجد دليل على ثبوت السلطنة الا للبائع أي المشروط له أو الشارط من دون ان يكون ذلك للمنتفع.

ثانياً: بما ان حق المنتفع لا يمر في ذمة المشترط، فإن الحق المالي الذي يكتسبه الجنين من التصرف القانوني مباشرة لا يدخل في حق الضمان العام، وليس لأحد الدائنين الحجز عليه[٤٦].

كما أنه لا يتلقى ذلك الحق عن طريق الإرث، بل يتلقاه من المتعهد مباشرة؛ لأنه لا يدخل في تركة المشترط بعد وفاته، ومن تطبيقات ذلك عقد التأمين على الحياة لمصلحة الاولاد والجنين فإن الاولاد لا يتلقون هذا الحق من تركة المؤمن بعد وفاته، بل يحصلون عليه من شركة التأمين[٤٧].

كما ذهب رأي في فقه القانون الى ان قاعدة (القاتل لا يرث المقتول) لا يمكن إعمالها في استحقاق الولد لمبلغ التأمين عندما يؤمّن والده لمصلحته ويقوم الولد بقتل الوالد، وبما أن الولد اكتسب حقه من عقد التأمين دون أن يمر بذمة والده ولا يدخل في التركة، فإن له الرجوع على شركة التأمين بذلك، مع أن للأخيرة حق الرجوع على القاتل بالتعويض، وتكون هنالك مقاصة بينهما[٤٨].

ثالثاً: هنالك عدد من النتائج تترتب على أن المنتفع ليس طرفاً في التصرف القانوني الذي يكتسب منه الحق، من أهمها:

١. لابد أن يُظهر المنتفع رغبته في الانتفاع من الحق المشترط له كي لا يثبت له حق من دون رضاه.

وفي هذا الصدد ذهب رأي في فقه القانون الى ان اعلان الرغبة ليس قبولاً لإيجاب معروض أو إجازة لعقد أو تصرف، وإنما هو تثبيت للحق الذي نشأ مسبقًا للمنتفع(٤٩).

وذهب رأي آخر إلى أن إعلان الرغبة هو اقرار من المنتفع لتثبيت حق وجد قبل الإقرار(٥٠).

ويمكن أن نورد تساؤلاً: عن كلا الرأيين سواء أكان إعلان الرغبة بمثابة تثبيت للحق أم اقرار به، فكلاهما ذهب إلى أن الحق ثبت مسبقًا، أي قبل الافصاح عن إرادة المنتفع وهنا يمكن تصور أن هذا الحق نشأ للمنتفع قبل إعلان رغبته، أي ان اكتسابه للحق من دون ارادته.

ولكن يظهر أن ثمة فرقًا بين نشوء الحق وثبوته، فإن الحق ينشأ مسبقًا قبل اعلان الرغبة؛ ولكنه لا يثبت للشخص دون ارادتهِ أي بعد إعلان رغبتهِ، وقد يشبه في ذلك عمل الفضولي إذ أنه يُنشئ حقًا لشخص، الا ان التصرف المُنشئ للحق يبقى موقوفًا على إجازة ذلك الشخص، ولا يثبت الحق الا بعد إعلان موافقته.

ورغم ان إعلان الرغبة لابد منه، إلا أن الحاجة إليه تنتفي عندما يكون الاشتراط لمصلحة الجمهور، أو لشخص لم يوجد بعد، أو للجنين المجمد في البنك، أو الحمل.

وهنا نكون أمام أربعة احتمالات:

الأول: يكفي إعلان الرغبة مستقبلاً عند تعيين المنتفع في وقت الأداء.

الثاني: تكون الموافقة مفترضة طالما ان مصلحه المنتفع متحققة.

الثالث: يباشرها الولي بالنسبة للجنين.

الرابع: تنتفي الحاجة لإعلان الرغبة، ويبقى له حق الرفض الذي يُعد عدم استعماله دليلاً على القبول. وهناك اتجاه في القضاء الفرنسي يؤيد ذلك؛ اذ ورد في قرار لمحكمة النقض ما نصه: "ان قبول المستفيد ليس شرطًا للمشارطة لمصلحة الغير"(٥١).

وقد نصت المادة (١٢٠٨) من القانون المدني الفرنسي النافذ بعد تعديل عام (٢٠١٦) على الآتي: "يجوز ان يصدر القبول من المستفيد أو من ورثته بعد وفاته، ويمكن ان يكون صريحًا أو ضمنيًا. ويجوز أن يتم ولو بعد وفاة المشترط أو المتعهد"(٥٢). وكان المشرع الفرنسي أكثر صراحة وتفصيلاً من المشرعين العراقي والمصري في هذه المادة.

كما يترتب على أن المنتفع ليس طرفًا في العقد ان حقه يكون قابلاً للنقض من قبل المشترط قبل إعلان رغبته، كما يحق للمشترط

ذلك بعد إعلان الرغبة أيضاً استناداً لأحكام الرجوع بالهبة[٥٣].

وبذلك يبقى حق الجنين المنتفع من الاشتراط غير مستقر ومهدداً بالزوال حتى بعد إعلان الرغبة من الولي أو من قبلهِ بعد الولادة أو البلوغ؛ لأن العلاقة بين المشترط والمنتفع في مثل هذا الفرض تكون تبرعية يمكن الرجوع فيها، إلا في حالتين يمكن ثبوت الحق للجنين ويكون غير قابل للنقض:

الأولى: عند وفاة المشترط[٥٤]، الا في حالة الاشتراط على سبيل التبرع ولم يقبض المنتفع الحق، فيستطيع الدائنون والورثة نقض الحق بعد وفاة المشترط، إلا أن القضاء الفرنسي ذهب إلى أبعد من ذلك وأجاز نقض الاشتراط عن طريق الوصية ويتضح ذلك من القرار الآتي: "يشكل الرجوع عن المشارطة في حياة المشترط عملاً من طرف واحد ومن شأنه أن ينتج آثاره حتى لو لم يعلم به الواعد (شركة التأمين) والغير المستفيد (شخص عُيّن كمستفيد من تأمين الوفاة إلا بعد وفاة المتعاقد؛ ويمكن أن يكون الرجوع هذا مندرجاً في عمل متخذ شكل الوصية"[٥٥].

والحالة الثانية: عندما يكون النقض مخالفاً لمقتضى العقد حسب نص المادة (١٥٣) من القانون المدني العراقي، كما لو كان حق الجنين هبة من المشترط لا يجوز الرجوع بها[٥٦].

أما في عقد تجميد الجنين في البنك، أو عقد إجارة الأرحام للحمل بذلك الجنين، فإن مقتضى العقد في كلا الحالتين هو الحفاظ على حياة الجنين النباتية، ثم الحيوانية، واكتمال مراحل النمو الطبيعي لحين ولادته صحيحاً معافى؛ لذا فإن نقض المشترط لحق الجنين الذي اشترطه مسبقاً على البنك أو المرأة الحامل قد يؤدي الى موت الجنين أو اصابته بعاهة أو تشوه، وهذا يخالف مقتضى العقد؛ لذا لا يمكن نقض حق الجنين في هذه الحالة. وسنتناول آثار ذلك في المطلب القادم.

المبحث الثاني

انتهاء الاشتراط لمصلحة الجنين المخصب صناعياً

ان الاشتراط لمصلحة الغير بوصفه عملاً قانونياً يمر بمرحلة تكوين، تتمثل بالاشتراط الذي يقع ضمن العقد أو أي تصرف قانوني آخر كالوصية مثلاً ومضمون ذلك الاشتراط يظهر بصيغة التزامات يرتبها ذلك التصرف القانوني على طرفيه، وهما المشترط والمتعهد لمصلحة المنتفع؛ لذا تنشأ علاقات قانونية بين الأطراف الثلاثة، والتي تم بحثها في المطلب السابق.

ويبقى خيار انحلال الروابط القانونية أو بعضها قائماً، إما لنقض الاشتراط من قبل

المشترط، أو لرفض الحق من قبل المنتفع، أو بسبب فسخ العقد لعدم تنفيذ التزام طرفيه أو أحدهما، أو الاخلال بذلك الالتزام من قبيل امتناع المتعهد عن تنفيذ الشرط تجاه المنتفع وغيرها من الأسباب التي تؤدي إلى انحلال الرابطة القانونية؛ لذا سنقسم هذا المبحث على مطلبين، سنتناول في أولهما نقض الاشتراط، وسنفرد الثاني لفسخ العقد.

المطلب الأول
نقض الاشتراط

ان الاشتراط يمكن أن ينتهي بطرق أخرى من بينها أن يقوم المشترط بنقض الاشتراط قبل قبول المنتفع أو بعده إذا كان الاشتراط تبرعيًا، أو عندما يرفض المنتفع أو من ينوب عنه الحق الناشئ عن الاشتراط.

وهنا نود أن نشير إلى أن انتهاء الاشتراط لمصلحة الغير سواء أكان عن طريق نقض المشترط للاشتراط أم رفض الحق من قبل المنتفع أم فسخ العقد أم غيره، فإنّ جميع ذلك يؤدي إلى زوال الحق الذي نشأ للمنتفع من العقد أو التصرف مباشرة، وطالما أن هذا الحق هو حق مالي، فإن ذلك إما ألا يؤثر على المنتفع خصوصاً في حالة عدم وقوع ضرر مادي أو أدبي عليه، وإما أن يقع ذلك ويكون له حق المطالبة بالتعويض.

أما في حال الاشتراط لمصلحة الجنين المخصب صناعيًا، سواء أكان الاشتراط ضمن عقد التجميد في احد بنوك الأجنة أو ضمن عقد إجارة الأرحام لزراعته والحمل بهِ، أو ورد الاشتراط ضمن تصرف قانوني آخر كالوصية المتضمنة شرط رعاية الجنين، فإن صور الاشتراط التي فصلناها سابقًا تقتضي نشوء حقوق تكون لصيقة بالجنين نفسه بغض النظر عن طبيعتها طالما أن الإخلال بأيّ من تلك الشروط قد يؤدي إلى موت الجنين أو إتلافه أو إصابته بتشوهات أو غير ذلك، فعندما يُشترط على البنك طرق محددة للتجميد أو مدة معينة أو استعمال مواد معينة وغير ذلك أو اشتراط تناول بعض الأدوية والمكملات الغذائية على الحامل وعدم تعاطي الممنوعات، فإن عدم الالتزام بتنفيذ هذه الشروط سيؤدي إلى الإضرار بالجنين قطعًا، ومن هنا ينشأ الفرق بين الاشتراط لمصلحة الغير بشكل عام وبين الاشتراط لمصلحة الجنين المخصب صناعيًا على وجه الخصوص.

أما عن حق المشترط في نقض الاشتراط فهو ثابت له بنص القانون[٥٧]، إلا أنه لا يستطيع ممارسة هذا الحق في حال الاشتراط لمصلحة الجنين المخصب صناعيًا، سواء أكان المشترط ذا قربى من المنتفع أو أجنبيًا

عنه، فعندما يشترط المشترط على البنك أو المرأة الحامل ضمن أي تصرف قانوني شروطاً لمصلحة الجنين ويكون أثر نقضها الإضرار بذلك الجنين أو موته خصوصاً في حال اشتراط ذلك ضمن عقد إجارة الارحام وبعد أربعة أشهر من الحمل، أي بعد ولوج الروح في هذا الجنين، فإن نقض الاشتراط قد يؤدي إلى التسبب في ارتكاب جريمة في نظر القانون عندما يسبب ذلك النقض اجهاض الجنين، أو اصابته بتشوهات معينة، أو غير ذلك.

وهذا المعنى ينطبق أيضاً على فرض صدور الرفض لحق الجنين الناشئ عن الاشتراط من قبل وليه، فعندما يشترط شخصاً ما أيّ حقّ من الحقوق السابقة لمصحة الجنين المجمد في البنك أو الحمل في عقد إجارة الارحام، فإن رفض هذا الحق من قبل الولي قد يؤدي إلى النتائج ذاتها المترتبة على نقض الحق من قبل المشترط الذي قد يؤدي الى الاضرار بالجنين، من قبيل إجهاضه أو أصابته بتشوهات.

وكل ما تقدم وغيره من الفروض يمكن عدّه قيوداً على حق المشترط في النقض وحق الولي في الرفض وحق المتعهد أو المشترط في الدفع بعدم التنفيذ، ترد هذه القيود على الاشتراط لمصلحة الجنين استثناء من القواعد العامة، وذلك للطبيعة الخاصة لهذا الاشتراط الذي يكون المنتفع فيه هو الجنين المخصب صناعياً.

المطلب الثاني
فسخ العقد

استنادا الى القواعد العامة للمشترط أن يطلب فسخ العقد أو وقف تنفيذه إذا أخل المتعهد بتنفيذ التزامه تجاه المنتفع طبقاً لقواعد الاشتراط أو امتنع عن ذلك[٥٨].

ومن أجلى مصاديق ذلك فسخ عقد التأمين في حال امتناع المؤمن له عن دفع قسط التأمين للشركة، ومن آثار هذا الفسخ إل غاء الشرط الذي يقتضي دفع مبلغ التأمين للمستفيد أو المنتفع.

كما أن للمتعهد طبقاً للقواعد العامة للاشتراط أن يمتنع عن تنفيذ التزامه تجاه المنتفع عند امتناع المشترط عن تنفيذ التزامه، الا أن الوضع يختلف في حال الاشتراط لمصلحة الجنين، إذ أن المرأة الحامل في عقد إجارة الأرحام وفي حال امتناع الأبوين أو أحدهما عن دفع أجرة الحمل فإنها لا تستطيع التخلي عن التزامها في هذا العقد ولا تستطيع فسخ العقد الذي يستلزم إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، إذ لا تستطيع إجهاض الجنين؛ لأنها جريمة في نظر القانون[٥٩] ومحرمة شرعاً[٦٠]، كما أنها لا تستطيع

الإخلال بالشرط الوارد في العقد لاعتبارات قد تكون قانونية أو أخلاقية؛ لما لذلك من آثار على حياة الجنين أو صحتهِ؛ اذ قد يولد مشوهاً.

أ ما في الف قه الإ سلامي: فقد توصلنا مما تم عرضه من آراء في المطلب الأول الى ان الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإمامي لا يُنشئ حقاً للجنين المخصب صناعياً، بل تكون له منفعة أو مصلحة لا ترقى الى مرتبة الحق، لذلك ليس له المطالبة؛ لعدم وجود سلطنة له على ذلك، وللمشترط السلطنة على شرطه؛ لذا فمن يملك الشرط يملك المطالبة به.

وفي حكم تخلف الشرط هنالك فرق بين فرضين، الأول: عند امتناع المشروط عليه عن تنفيذ الشرط يجوز للمشروط له إجباره على فعل الشرط وان كان ذلك باللجوء الى الحاكم. وله الخيار ايضاً[٦١]. والثاني: اذا لم يتمكن المشروط عليه من تنفيذ الشرط، فيكون للمشروط له خيار الفسخ، ولا يحق له المطالبة بقيمة الشرط[٦٢].

ومصطلح المشروط له أعم من المشترط من حيث حق المطالبة بتنفيذ الشرط، فالمشترط هو فقط من قام بفعل الشرط أما المشروط له قد يشترط هو بنفسه أو قد يشترط له الطرف الاخر على نفسه، ونوضح ذلك بمثال، كما لو قال: "بعتك داري واشترطت لك تعليم ولدك"[٦٣]، أي ان المشروط عليه هو اشترط على نفسه بان يعلم ولد المشروط له، وفي هذه الحالة جاء فعل الشرط من الطرف المقابل وليس من المشروط له نفسه، والنتيجة يكون لدينا مشروط عليه، ومشروط له، ومنتفع وهو الولد.

وثبوت الحق والمطالبة به للمشروط له قد يكون أكثر ضماناً، وفي بعض الأحيان يكون المنتفع من الاشتراط متوفى كما لو تضمن العقد بناء لقبره أو اشتراط منفعة معنوية له كقراءة القرآن أو التصدق عنه أو غير ذلك، وقد يكون المنتفع جنيناً وكلاهما ليس له القدرة على المطالبة، فيكون حق المطالبة للمشروط له أكثر ضماناً للمنتفع، فضلاً عن ان المشروط له خصوصاً إذا كان هو الشارط فانه يملك الشرط وبالتالي يملك المطالبة بتنفيذه، وله إجبار المشروط عليه، كما له خيار الفسخ.

ولو عقدنا المقارنة بين الاشتراط لمصلحة الغير في القانون وبينه في الفقه الإسلامي لوجدنا الآتي:

نص القانون المدني العراقي في المادة (١٣١) على صحة الشرط الوارد في العقد الصحيح إذا كان فيه نفع للمتعاقدين أو للغير،

شرط ان لا يكون ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب.

ونصت المادة (١٢٥/ ١) من القانون نفسه على صحة اشتراط التزامات لمصلحة الغير ضمن العقد وقد أجاز الفقه الإسلامي هذا النوع من الشروط في العقد، شرط ان لا يكون مخالفاً للكتاب والسنة أو لمقتضى العقد وغيرها من شروط صحة الشرط.

نلحظ ان القانون نص على اقتران العقد بالشرط، أما الفقه الإسلامي فقد كان أكثر توسعاً؛ اذ أجاز ذلك في عموم التصرفات.

وعبر القانون عن أطراف الاشتراط بالمشترط والمتعهد والمنتفع اما الفقه السلامي عبر عنهم بالمشروط له والمشروط عليه والمنتفع.

كما نص القانون على ان المنتفع يكسب حقاً مباشرة قبل المتعهد وله مطالبته بالوفاء بالشرط، ولكن اغلب فقهاء المسلمين ذهبوا الى ان المنتفع تثبت له المنفعة أو المصلحة من الاشتراط الا انه لا يكسب حقاً، وبالتالي ليس له المطالبة بالوفاء بالشرط.

كما اتفق القانون والفقه الإسلامي على حق المشروط له _أي المشترط_ بأن يطالب المتعهد _أي المشروط عليه_ بان ينفذ ما اشترط عليه لمصلحة الغير.

ومما تقدم يتبيّن أن الرأي في الفقه الإسلامي هو أن ذمة المشروط عليه لا تكون مشغولة بالمنفعة أو المصلحة المقررة للمنتفع، بخلاف ما ذهب اليه القانون العراقي من أن ذمة المتعهد تكون مشغولة بالحق الذي يكسبه المنتفع ولا تبرأ ذمته عند نقض المشارطة، بل يعود الحق الى المشترط، وللأخير إحلال منتفع آخر محل الأول.

وقد يرد اشكال على ان المصلحة بين المشترط والمنتفع قد تكون مالية أي ان المشترط قد يكون مديناً للمنتفع وذلك يقتضي اشغال ذمة المتعهد بالحق المالي تجاه المنتفع، وهذا الاشكال مردود لان نطاق البحث يقتصر على الجنين المخصب صناعياً والذي لا يمكن تصور ان يكون دائناً للمشترط، وعادة ما تكون العلاقة بينهما تبرعية.

وكما اعطى القانون الحق للمشترط ان ينقض المشارطة، فان الفقه الإسلامي أجاز للمشروط له اسقاط شرطه.

وبعد بيان المقاربات بين القانون والفقه الإسلامي في الاشتراط لمصلحة الغير من حيث المفهوم وبعض الاختلافات في الاحكام يمكننا تطبيق ذلك على موضوع البحث وهو الاشتراط لمصلحة الجنين المخصب صناعياً، اذ توصلنا الى صحة ذلك في القانون

ويمكننا تطبيقه وفق أحكام الفقه الإسلامي، وقد يكون ذلك أسهل؛ اذ ان الاشتراط لمصلحة الجنين المخصب صناعياً سواء أكان مجمداً في بنوك الأجنة أو كان حملاً لدى امرأة غير الزوجة بموجب عقد إجارة الأرحام فانه شرط صحيح طالما انه يرد ضمن عقدٍ صحيح ولا يخالف الكتاب والسنة ولا يخالف مقتضى العقد، ويستوفي باقي شروط صحة الشرط التي ذكرناها سابقاً، وكذلك هو الحال في عقد التأمين لمصلحة الجنين المخصب صناعياً.

وتطبيق أحكام الفقه الإسلامي على الاشتراط لمصلحة الجنين قد تكون أسير منها في القانون؛ إذ ان الفقه الإسلامي أعطى حق المطالبة للمشروط له دون ان يكون ذلك للمنتفع الذي أنكر عليه نشوء الحق واقر له بالمصلحة أو المنفعة فقط نتيجةً للاشتراط، وبما ان الجنين في جميع أحواله يمتنع عليه المطالبة بالوفاء بالشرط، فإناطة هذا الحق بالمشروط له تكون أكثر ضماناً لمصلحة الجنين.

وعندما يشترط الوالدان ضمن عقد التجميد مع البنك شروطاً لمصلحة الجنين سواء كانت طبية أم تقنية أم صحية، أو انهما اشترطا شروطاً أخرى لمصلحة الجنين الحمل بموجب عقد إجارة الأرحام على المرأة الحامل مقتضاها ان تلتزم بأعمال معينة لمصلحة الجنين من شأنها ان تكون سبباً في نموه السليم وصحته، فضلاً عن الاعمال التي لهما انعكاسات على الجانب الروحي للجنين خلال مدة الحمل، خصوصاً بعد ولوج الروح أو في الأشهر الأخيرة، كالقيام ببعض الطقوس والعبادات وقراءة القرآن وغيرها، وكذلك الامتناع عن الاعمال التي من شأنها أن تضر بهِ كبعض الحركات أو الألعاب أو التدخين أو الممنوعات وغيرها، فجميعها تعد شروطاً لمصلحة الجنين؛ لأنها تعود عليه بالمنفعة، وطبقاً لأحكام الفقه الإسلامي للأبوين مطالبة بنك الاجنة أو المرأة الحامل بتنفيذ تلك الشروط عند الامتناع عن تنفيذها ولهما إجبار الممتنع ولو باللجوء الى الحاكم، كما لهما خيار الفسخ في هذه الحالة في حال تعذر تنفيذ الشرط لسبب اجنبي.

ولكن فسخ العقد قد يترتب عليه الإضرار بالجنين أو اتلافه، وفي هذا الموضوع يمكن الرجوع الى القواعد العامة في الفقه الإسلامي والتي تقتضي أن نفرق بين الجنين المخصب صناعياً المجمد في بنوك الأجنة وبين الجنين الحمل؛ إذ ان الأول يذهب رأي في الفقه الإسلامي الى جواز إتلافه وعدم وجود دليل على حرمة ذلك(٦٤).

اما الجنين الحمل فيمكن الرجوع فيه الى احكام الإجهاض الذي لا يجوز في حد ذاته الا إذا كان بقاؤه حرجياً على الأم وبشرط قبل ان تلجه الروح أما بعد ولوج الروح فلا يجوز ذلك مطلقاً، وعليه يظهر جواز فسخ العقد مع البنك، وأما مع الحامل فإن جوازه من عدمه مقيد بأحكام الإجهاض.

الخاتمة

بعد البحث في موضوع أحكام الاشتراط لمصلحة الجنين المخصب صناعياً عن طريق بحث العلاقات الناشئة عن الاشتراط لمصلحته بين المشترط والمتعهد والمنتفع، وبحث الآثار القانونية المترتبة على انتهاء الاشتراط عن طرق نقضه من قبل المشترط أو عن طريق فسخ العقد، كل ذلك مقارناً ببعض الآراء في الفقه الاسلامي، وقد وصلنا الى خاتمة هذه الدراسة حيث النتائج والتوصيات:

اولاً: النتائج:

١. يعد الاشتراط لمصلحة الجنين المخصب صناعياً من تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير في القانون والفقه الإسلامي.

٢. حق المشروط له ـــ المشترط ـــ في الفقه الإسلامي حكمي، أي انه ثابت له بحكم الشارع من دون أن يكون ذلك للمنتفع، أي ان المنتفع ليس له المطالبة بتنفيذ الشرط، اما في القانون فان الأصل ان حق المطالبة يثبت للمنتفع، ولكن يجوز الاتفاق على خلاف ذلك، كما للمشترط المطالبة ما لم يتفقا على ان حق المطالبة للمنتفع فقط.

٣. حق الجنين المخصب صناعياً يثبت له من العقد مباشرة عند الاشتراط لمصلحته، اما في الفقه الإسلامي فان الاشتراط يُنشئ له منفعةً وليس حقاً.

٤. ذمة المتعهد تكون مشغولة قانوناً بالحق الناشئ للجنين من الاشتراط لمصلحته، ويلتزم المتعهد بالأداء، أما في الفقه الإسلامي فان ذمة المتعهد لا تكون مشغولة بذلك تجاه الجنين.

٥. مصلحة المشترط في الاشتراط لمصلحة الجنين المخصب صناعياً عادة تكون تبرعية.

٦. الحق الناشئ للجنين من الاشتراط لمصلحته لا يقتصر على الطبيعة المالية، بل من الممكن ان يكون حقاً معنوياً أو ادبياً.

٧. حق المشترط في نقض الاشتراط لمصلحة الجنين المخصب صناعياً مقيّد بعدم الإضرار بالجنين أو اتلافه.

٨. حق المشترط والمتعهد في فسخ العقد المتضمن الاشتراط لمصلحة الجنين

المخصب صناعياً مقيّد بعدم الإضرار بالجنين أو اتلافه.

٢. نوصي المشرع العراقي بتنظيم أحكام الاشتراط لمصلحة الجنين المخصب صناعياً بقواعد خاصة.

ثانيا: التوصيات

١. نوصي المشرع العراقي بتشريع قانون خاص لتنظيم الاحكام الخاصة بالأجنة المخصبة صناعياً.

---

(١) يذهب راي في الفقه الإسلامي الى ان وقت صدق إطلاق لفظ الجنين عليه عرفي، ويصدق ذلك بعد ان تخرج البويضة والحيمن من كونهما ماءً. للمزيد راجع السيد محمد سعيد الحكيم (قده)، فقه الاستنساخ البشري والخلايا الجذعية وفتاوى طبية، ط٦، دار الهلال، قم، ٢٠١٣، ص٤٢.

(2) Muscati, Sina A. "Defining a new ethical standard for human in vitro embryos in the context of stem cell research." *Duke Law & Technology Review* 1.1 (2002): 1-12. P 2.; Peters Jr, Philip G. "Ambiguous Meaning of Human Conception, The." *UC Davis L. Rev.* 40 (2006): 199.p 203.

(٣) في الاعم الاغلب يكون الاخصاب الصناعي بين الزوجين، ولكن اجازت بعض التشريعات كالقانون الفرنسي ان يكون بين غير الزوجين، بالنتيجة فان الجنين المجمد يمكن زراعته بعد فك التجميد في رحم الام صاحبة البويضة أو في رحم امرأة اخرى عن طريق عقد اجارة الارحام. للمزيد راجع د. محمود سعد شاهين، أطفال الأنابيب بين الحظر والإباحة وموقف الفقه الإسلامي منها، ط١، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠١٠، ص١٢٨ومابعدها. و د. خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والاستنساخ والحماية القانونية للجنين، ط١، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠١٤، ص٧٣. و د. امير طالب الشيخ التميمي، التنظيم القانوني للتدخلات الطبية الماسة بالجنين، ط١، دار أمجد، عمان، ٢٠١٧، ص١٠٨ وما بعدها.

(٤) تعد الاجنة المخصبة صناعياً مصدراً للخلايا الجذعية الجنينية التي يتم عن طريقها معالجة العديد من الامراض المزمنة والمستعصية كالخرف والشلل وغيرها.. للمزيد راجع

Chapman, Audrey R., Mark S. Frankel, and Michele S. Garfinkel. "Stem cell research and applications: monitoring the frontiers of biomedical research." American Association for the Advancement of Science, 1999.p 18 .

And Ramona Duminică, LEGAL STATUS OF HUMAN EMBRYO, Annales Universitatis Apulensis, Series Jurisprudentia nr. 13/2010, Alba-Iulia, 2010, ISSN: 1454-4075; pp. 132-139, p 134.

(٥) وفي بعض الأحيان يتم التبرع بالأجنة المخصبة صناعياً والفائضة عن الحاجة لزراعتها أو استعمالها في التجارب الطبية سواء العلمية أو العلاجية مما يؤدي الى تلف تلك الاجنة، ويعد البعض ذلك سائغاً للحاجة العلاجية خصوصاً من يرى جواز الإجهاض، ويمنع البعض الاخر ذلك. للمزيد راجع

Korobkin, Russell, and Stephen R. Munzer. *Stem cell century: Law and policy for a breakthrough technology*. Yale University Press, 2007.p 145 .

And Aramesh, Kiarash. "Abortion: an Islamic ethical view." *Iranian Journal of Allergy, Asthma and Immunology* 6.Suppl 5 (2007): 29-34. , p 29.

(٦) المادة (١٥٤) من القانون المدني العراقي النافذ رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١).

(٧) المادة (١٥٦) من القانون المدني المصري النافذ رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨).

(٨) المادة (١٢٠٥) من القانون المدني الفرنسي النافذ لسنة (١٨٠٤).

(٩) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مج١، طبعة جديدة منقحة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص٦٤٢. والمؤلف نفسه، نظرية العقد، ج٢، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨، ص٩٠٧. و د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج١، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص٣٥٨. و د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨، ص٣١٦. و د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، ط١، الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص١٣٤. و د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، ج١، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٥، ص٢٦٥ وما بعدها. و د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج١، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٤، ص٣٤٧ وما بعدها.

(١٠) د. عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ج١، ص٣٥٨.

(١١) المادة (١٥٢/ ١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١).

(١٢) المادة (١٥٤/ ١) من القانون المدني المصري النافذ رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨).

(١٣) المادة (١٢٠٥) من القانون المدني الفرنسي النافذ لسنة (١٨٠٤) والمعدل بالمرسوم رقم (٢٠١٦-١٣١) منشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، العدد ٣٥ بتاريخ ١١/ ٢/ ٢٠١٦.

(١٤) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج١، مج١، ص٦٣٢. والمؤلف نفسه، نظرية العقد، مرجع سابق، ج٢، ص٨٩٤. و د. عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ج١، ص٣٥٤.

(١٥) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج١، مج١، ص٦٤٣.

(١٦) انظر المادة (١٥٢/ ٣) من القانون المدني العراقي والمادة (١٥٤/ ٣) من القانون المدني المصري والمادة (١٢٠٩) من القانون المدني الفرنسي.

(١٧) د. عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ج١، ص٣٥٩.

(١٨) عند تجميد الجنين يستعمل النيتروجين السائل وبدرجات منخفضة جداً تحت الصفر، وقد تشكل خلال تجميد زجاجات ثلجيه قد تضرب الخلايا وتسبب تشوهاً للجنين ولو في المستقبل، وعليه لابد من استعمال (حماة الأجنة) وهي مواد تحد من ذلك. لذلك يستطيع الأب أن يشترط على البنك استعمال تلك المواد، وقد يشترط استعمال (تقنية التزجيج) وهي التجميد بسرعة فائقة، ويلتزم البنك بتنفيذ ذلك الشرط. للمزيد راجع الموقع الإلكتروني: https://www.institutoberan beu.com تاريخ الزيارة ٢٥/ ١٠/ ٢٠٢٢.

(١٩) أي المشترط.

(٢٠) السيد علي الحسيني السيستاني (دام ظله)، منهاج الصالحين، ج٢، ط١٤، دار المؤرخ العربي، بيروت، ٢٠٠٨، ص٥٨. والسيد محمد تقي الخوئي، الشروط أو الالتزامات التبعية في العقود، ج١، ط١، دار المؤرخ العربي، بيروت ١٩٩٣، ص٢٥٧ وما بعدها.

(٢١) السيد محمد تقي الخوئي (قده)، مرجع سابق، ج١، ص٢٥٩.

(٢٢) الشيخ باقر الايرواني، الفقه الاستدلالي، ج٢، ط١، الاميرة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠١٢، ص٢٦٨.

(٢٣) الشيخ علي الغروي (قده) التنقيح في شرح المكاسب، تقريراً لأبحاث السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي (قده) ،ج٤٠، ط٥، مؤسسة الخوئي الإسلامية، ٢٠١٣، ص١٠٢.

(٢٤) علاء الدين بن سلمان المرداوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام احمد بن حنبل، ج٢، ط٢، دار احياء التراث العربي، مكة، ١٩٨٦، ص٣٥٣. ومنصور بن يونس البهوتي الحنبلي، كشف القناع، ج٣، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع، ص٤٠٤. وعلاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع، ج٥، ط١، المكتبة الحبيبية، باكستان، ١٩٨٩، ص١٧١-١٧٣. ومحمد بن احمد الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني المنهاج، ج٢، بدون مطبعة، ١٩٥٨، ص٤٨.

(٢٥) الامام مالك، المدونة الكبرى، ج٦، مطبعة السعادة، مصر، ١٣٢٣هـ، ص٢٤.

(٢٦) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج١، ص٦٤١. د. توفيق حسن، مرجع سابق، ص٣٢٣.

(٢٧) المادة (١٥٢/ ١) من القانون المدني العراقي النافذ.

(٢٨) المادة (١٥٤/ ١) من القانون المدني المصري النافذ.

(٢٩) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج١، مج١، ص٦٤٤.

(٣٠) المرجع نفسه، ص٦٤٥.

(٣١) للمزيد راجع الشيخ محمد الحسين كاشف الغطاء (قده)، تحرير المجلة،ج١، ط٢، المجمع العلمي للتقريب بين المذاهب، طهران، ٢٠١١، ص٣٧٦. والشيخ مرتضى الانصاري (قده)، كتاب المكاسب، ج٦، ط١، مجمع الفكر الإسلامي، قم، ١٣٧٨هـ، ص٨٠. والشيخ علي الغروي (قده)، مرجع سابق، ص١٠٢. والسيد محمد تقي الخوئي، مرجع سابق، ج١، ص٢٥٩.

(٣٢) للمزيد راجع د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج١، مج١، ص٣٨٠ وما بعدها. والمؤلف نفسه، نظرية العقد، مرجع سابق، ج٢، ص٩١٠ وما بعدها. و د. عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ج١، ص٣٦٠، و د. توفيق حسن، مرجع سابق، ص٣٢٤. و د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، ج١، طبعة جديدة منقحة، الدار العربية للقانون، بغداد، ٢٠١٠، ص١٤٦. و د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨، ص٣١٦. و د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، ط١، الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص١٣٤. و د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، ج١، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٥، ص٢٦٥ وما بعدها. و د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج١، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٤، ص٣٤٧ وما بعدها.

(٣٣) تقابلها المادة (١٥٤/ ٢) من القانون المدني المصري والمادة (١٢٠٦) من القانون المدني الفرنسي.

(٣٤) المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي النافذ رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١).

(٣٥) انظر المادة (٣٤/ ١) من القانون المدني العراقي.

(٣٦) انظر المادة (٣٤/ ٢) من القانون نفسه.

(٣٧) د. محمد سعد خليفة، المسؤولية المدنية عن الممارسات الطبية الماسة بالجنين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص٢٩.

(٣٨) المادة (٦٨/ ١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩).

(٣٩) د. عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ج١، ص ٣٦٣.

(٤٠) السيد محمد تقي الخوئي، مرجع سابق، ج١، ص ٢٥٩.

(٤١) الحسن بن يوسف بن المطهر الاسدي (العلامة الحلي)، قواعد الاحكام، ج٢، ط١، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤١٨هـ، ص٩١.

(٤٢) الحسن بن يوسف بن المطهر الاسدي (العلامة الحلي)، تذكرة الفقهاء، ج١٠، ط١، ستارة، قم، ١٤٢٠هـ، ص٢٦٦.

(٤٣) الشيخ مرتضى الانصاري، مرجع سابق، ج٦، ص٨٠.

(٤٤) الشيخ علي الغروي (قده)، مرجع سابق، ج٤٠، ص١٠٢.

(٤٥) السيد محمد تقي الخوئي، مرجع سابق، ج١، ص٢٥٩-٢٦٠.

(٤٦) د. عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ج١، ص٣٦١.

(٤٧) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ج٢، ص٩١٣.

(٤٨) المرجع نفسه، ص١٩٤، هامش (٣).

(٤٩) د. عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ج١، ص٣٦٢.

(٥٠) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ج٢، ص٩١٧.

(٥١) نقص مدنية ١٩٦١ كانون الأول ٢٠٠٠، نش مدنية١، رقم ٣٣٣، دالوز، ٢٠١٢، ص ١٠٣٤.

(٥٢) المادة (١٢٠٨) من القانون المدني الفرنسي النافذ لسنة (١٨٠٤) والمعدل بالمرسوم رقم (٢٠١٦-١٣١) منشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، العدد ٣٥ بتاريخ ١١/ ٢/ ٢٠١٦.

(٥٣) انظر المادة (٦٢١) من القانون المدني العراقي النافذ.

(٥٤) د. عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ج١، ص ٣٦٣.

(٥٥) نقض مدنية ١، منه ٢٤ حزيران ١٩٦٩، دالوز، ٢٠١٢، ص١٠٣٥.

(٥٦) انظر المادة (٦٢٣) من القانون المدني العراقي النافذ.

(٥٧) انظر المادة (١٥٣/ ١) من القانون المدني العراقي النافذ.

(٥٨) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج١، مج١، ص٦٤٤.

(٥٩) نص المشرع العراقي على جريمة الإجهاض في قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة (١٩٦٩) النافذ في كتاب الجرائم الواقعة على الأشخاص تحت الباب الأول الخاص بالجرائم الماسة بحياة الانسان وسلامة بدنه ضمن جرائم القتل العمد، راجع المادة (٤١٧) منه.

(٦٠) السيد علي الحسيني السيستاني (دام ظله)، مرجع سابق، ج١، ص٤٢٩.

(٦١) المرجع نفسه، ج٢، ص٥٨.

(٦٢) السيد علي الحسيني السيستاني(دام ظله)، مرجع سابق، ج٢، ص٥٨..

(٦٣) الشيخ محمد الحسين كاشف الغطاء (قده)، مرجع سابق، ج١، ص١٩٣.

(٦٤) السيد محمد سعيد الحكيم (قده)، مرجع سابق، ص٥٨.

المراجع

اولاً: مراجع الفقه الإسلامي:

١. الشيخ باقر الايرواني، الفقه الاستدلالي، ج٢، ط١، الاميرة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ، ٢٠١٢.
٢. الحسن بن يوسف بن المطهر الاسدي (العلامة الحلي)، تذكرة الفقهاء، ج١٠، ط١، ستارة، قم، ١٤٢٠هـ.
٣. الحسن بن يوسف بن المطهر الاسدي (العلامة الحلي)، قواعد الاحكام، ج٢، ط١، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤١٨هـ.
٤. علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع، ج٥، ط١، المكتبة الحبيبية، باكستان، ١٩٨٩.
٥. علاء الدين بن سلمان المرداوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام احمد بن حنبل، ج٢، ط٢، دار احياء التراث العربي، مكة، ١٩٨٦.
٦. السيد علي الحسيني السيستاني (دام ظله)، منهاج الصالحين، ط١٤، دار المؤرخ العربي، بيروت، ٢٠٠٨.
٧. الشيخ علي الغروي (قده) التنقيح في شرح المكاسب، تقريراً لأبحاث السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي (قده) ،ج٤٠، ط٥، مؤسسة الخوئي الإسلامية، ٢٠١٣.
٨. الامام مالك، المدونة الكبرى، ج٦، مطبعة السعادة، مصر، ١٣٢٣هـ.
٩. الشيخ محمد الحسين كاشف الغطاء (قده)، تحرير المجلة، ج١، ط٢، المجمع العلمي للتقريب بين المذاهب، طهران، ٢٠١١.
١٠. محمد بن احمد الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني المنهاج، ج٢، بدون مطبعة، ١٩٥٨.
١١. السيد محمد تقي الخوئي، الشروط أو الالتزامات التبعية في العقود، ج١، ط١، دار المؤرخ العربي، بيروت، ١٩٩٣.
١٢. السيد محمد سعيد الحكيم (قده)، فقه الاستنساخ البشري والخلايا الجذعية وفتاوى طبية، ط٦، دار الهلال، قم، ٢٠١٣.
١٣. الشيخ مرتضى الانصاري (قده)، كتاب المكاسب، ج٦، ط١، مجمع الفكر الإسلامي، قم، ١٣٧٨هـ
١٤. منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، كشف القناع، ج٣، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع.

ثانياً: المراجع القانونية:

١. د. امير طالب الشيخ التميمي، التنظيم القانوني للتدخلات الطبية الماسة بالجنين، ط١، دار أمجد، عمان، ٢٠١٧.
٢. د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨.
٣. د. خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والاستنساخ والحماية القانونية للجنين، ط١، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠١٤.
٤. د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، ط١، الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠٠٩.
٥. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مج١، طبعة جديدة منقحة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.
٦. د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، ج١، طبعة جديدة منقحة، الدار العربية للقانون، بغداد، ٢٠١٠

٧. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج١، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧.
٨. د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، ج١، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٥.
٩. د. محمد سعد خليفة، المسؤولية المدنية عن الممارسات الطبية الماسة بالجنين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
١٠. د. محمود سعد شاهين، أطفال الأنابيب بين الحظر والإباحة وموقف الفقه الإسلامي منها، ط١، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠١٠.
١١. المؤلف نفسه، نظرية العقد، ج٢، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨.
١٢. د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج١، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٤.

ثالثاً: المراجع باللغة الانكليزية:

1. Aramesh, Kiarash. "Abortion: an Islamic ethical view." *Iranian Journal of Allergy, Asthma and Immunology* 6.Suppl 5 (2007): 29-34. , p 29 .
2. Chapman, Audrey R., Mark S. Frankel, and Michele S. Garfinkel. "Stem cell research and applications: monitoring the frontiers of biomedical research." American Association for the Advancement of Science, 1999.p 18 .
3. Korobkin, Russell, and Stephen R. Munzer. *Stem cell century: Law and policy for a breakthrough technology*. Yale University Press, 2007.p 145 .
4. Muscati, Sina A. "Defining a new ethical standard for human in vitro embryos in the context of stem cell research." *Duke Law & Technology Review* 1.1 (2002): 1-12. P 2 .
5. Peters Jr, Philip G. "Ambiguous Meaning of Human Conception, The." *UC Davis L. Rev.* 40 (2006): 199.p 203 .
6. Ramona Duminică, LEGAL STATUS OF HUMAN EMBRYO, Annales Universitatis Apulensis, Series Jurisprudentia nr. 13/2010, Alba-Iulia, 2010, ISSN: 1454-4075; pp. 132-139, p 134 .

رابعاً: القوانين:

١. القانون المدني العراقي النافذ رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١).
٢. قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩).
٣. قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة (١٩٦٩) النافذ
٤. القانون المدني المصري النافذ رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨).
٥. القانون المدني الفرنسي النافذ لسنة (١٨٠٤) والمعدل بالمرسوم رقم (٢٠١٦-١٣١) منشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، العدد ٣٥ بتاريخ ١١/ ٢/ ٢٠١٦.

خامساً: مراجع الانترنت:

https://www.institutoberan beu.co 1.