القانون الواجب التطبيق على زراعة الاجنة في رحم بديل

م. د. حسين نعمه نغيمش الزيادي

كلية القانون جامعة القادسية

hussein.nghaemsh@qu.edu.iq

تاريخ الاستلام :٢٠-٧-٢٠٢٢

تاريخ قبول النشر: ٢٧-١١-٢٠٢٢

المستخلص.

ملخص البحث يتأثر مفهوم زراعة الأجنة في رحم بديل بالدين والظروف الاجتماعية والاقتصادية السائدة في كل دولة، ومن ثم فقد تختلف هذه الآلية من بلداً الى آخر، وهو ما يقتضي أن يبحث القاضي عن هذا المفهوم ليحدد الطبيعة القانونية للعلاقة محل النزاع، فيما يُعَد صحيحا بقانون ما ربما قد يعتريه البطلان حسب قانونـاً آخر، مما يؤثر على معرفة القانون الواجب التطبيق على هذه الآلية إذا تخللها عنصراً اجنبياً.

الكلمات المفتاحية: زراعة الأجنة في رحم بديل، القانون الواجب التطبيق

Abstract:

The concept of implantation of embryos in an alternative womb is influenced by the religion, social and economic conditions prevailing in each country, and therefore this mechanism may vary from country to country. This requires that the judge search for this concept to determine the legal nature of the relationship in dispute, In what is considered valid by one law, it may be invalid according to another law, which affects the knowledge of the law applicable to this mechanism if it is interspersed with a foreign element.

Keywords: Implantation of embryos in a surrogate uterus, applicable law

المقدمة

التعريف بموضوع البحث:

أدى التطور الحاصل في مجال العلوم الطبية إلى إفراز واقع جديد يتمثل بزراعة الأجنة في رحم بديل أو الحَمِل لحساب الغير، الأمر الذي أدى الى انتقال الأزواج الذين يعانون من مشاكل في الحمل عبر الحدود بغية التوصل الى اتفاق مع مركز طبي متخصص أو أمّ بديلة مستعدة لحمل بويضة ملقحة لا تنسب اليها ، مما أثار العديد من المسائل القانونية الناجمة عن هذه الآلية ، الأمر الذي جعل أكثر من قانون يتزاحم لحكم هذه العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي ، كما ان قوانين هذه الدول قد تشتمل على قواعد موضوعية تطبق مباشرة على النزاع، ترسم من خلالها الدولة سياستها التشريعية لتتفق أو تتعارض مع القانون الذي أشارت اليه قاعدة الإسناد الوطنية ، مما يدفعنا الى تحليل كل الفرضيات وصولاً الى أفضل إتجاه يحقق النتائج المطلوبة.

مشكلة البحث:

أنَّ غياب أو قصور التنظيم التشريعي لآلية زراعة الأجنة في رحم بديل في أغلب قوانين الدول ومنها العراق، وعدم إتفاق الفقه والقضاء على تحديد الطبيعة القانونية لها خاصة إذا تخللها عنصراً اجنبياً، أثار عدة إشكالات أهمها هو معرفة القانون الواجب التطبيق على هذه الآلية.

منهجية البحث:

لإستيعاب أبعاد الموضوع ستكون دراستنا لهذا البحث، دراسة تحليلية مقارنة، إذ سنحلل الآراء التي قبلت بهذا الشأن وصولاً الى أكثرها نجاعة، وسنتتبع القوانين المقارنة (مصر، فرنسا، امريكا) ومقارنتها بموقف القانون العراقي لبيان أفضل الحلول.

خطة البحث:

من أجل الإلمام بالموضوع، سنعرضه عبر خطة تشتمل مبحثين، إذ سنتناول في المبحث الأول مفهوم زراعة الأجنة في رحم بديل، أما المبحث الثاني فسنتطرق فيه الى تحديد القانون الواجب التطبيق علة زراعة الأجنة في رحم بديل

المبحث الأول

مفهوم زراعة الأجنة في رحم بديل

تّعد آلية زراعة الأجنة البشرية في جسم المرأة من أهم صور الانتفاع بالأجنة البشرية لغرض الإنجاب، لما تتضمنه من حلول لمشاكل العقم ، بما ينسم مع فطرة الانسان في الانجاب .

ولما كانت هذه العملية تحتاج الى دقة عالية وخبرة كافية، لذا غالباً ما يلجأ الزوجان الى الذهاب الى دول ذات كفاءة في ذلك، الأمر الذي يتخلل العلاقة عنصر أجنبي يلحق بها. ومن أجل بيان ذلك سنتطرق الى بيان مفهوم هذه الالية بالقدر الذي يتعلق بدراستنا، حتى نستطيع تحديد القانون الواجب التطبيق علة هذه الآلية، عبر مطلبين، سنعرض في الأول تعريف زراعة الأجنة في رحم بديل، وسنبحث في الثاني الطبيعة القانونية لزراعة الأجنة في رحم بديل.

المطلب الأول

تعريف زراعة الأجنة في رحم بديل

يراد بهذه الآلية، موافقة إمرأة على حمل بويضة ملقحة لا تنسب اليها لصالح إمرأة أخرى صاحبة البيضة تبرعاً منها أو مقابل مبلغ من المال(١)، ويطلق على المرأة التي تقوم بالحمل لحساب الغير بالأم البديلة، اما صاحبة البويضة فتعرف بالأم البيولوجية(٢).

والملاحظ من التعريف أعلاه، أن زراعة الأجنة في رحم بديل قد يكون تبرعاً ، كأن تكون الأم البديلة أم أو أخت الأم البيولوجية، أو حتى يمكن ان تكون زوجة ثانية لزوج صاحبة البيضة ، بل يمكن أن تتبرع الأم البيولوجية بجنينها للأم البديلة إذ تقوم الاخيرة بالحمل والاحتفاظ بالجنين بعد الولادة(٣). أو يكون بمقابل وهذا يعرف بإجارة الأرحام(٤) وله عدة صور(٥):-

الصورة الأولى: أن يتم تلقيح خارجي في أنبوب إختبار بين نطفة زوج وبويضة زوجته ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم إمرأة متطوعة بحملها.

الصورة الثانية: أن تؤخذ لقيحة مجمدة للزوجين وتزرع في رحم إمرأة أجنبية بعد وفاة الزوجين

الصورة الثالثة: أن تُلقح بويضة الزوجة بماء رجل اجنبي ليس زوجها وتزرع اللقيحة في رحم إمرأة مستأجرة ، ويتم اللجوء لهذه الطريقة لعقم الزوج وعجز المرأة عن الحمل مع سلامة مبيضها.

الصورة الرابعة: ان يتم تلقيح نطفة من الزوج وبويضة من إمرأة ليست زوجته وتزرع اللقيحة في رحم إمرأة آخرى، إذ تستخدم هذه الصورة إذا كانت الزوجة مصابة بمرض المبايض بحيث لا يمكن ان تفرز بويضات.

وسنركز بحث القانون الواجب التطبيق على زراعة الأجنة في رحم بديل على الصورة الأولى

مع التطرق الى الصورة الثانية. اما الصورة الثالثة والصورة الرابعة فهي محرمة حراماً شرعاً وقانوناً في العراق والبلاد الاسلامية، لذا سوف نخرجها من نطاق بحثنا(٦).

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لزراعة الأجنة في رحم بديل

إختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لزراعة الأجنة في رحم بديل، فمنهم من يرى أن الحمل لحساب الغير ليس عقداً بالمعنى القانوني، بل هو مجرد تفاهم على وضع معين بين الزوجين صاحبي البويضة المخصبة وبين الام البديلة(٧) ولا يرتب هذا الوضع أي التزام في ذمة الطرفين، فالأم البديلة هي الأم القانونية كونها من تحمل وتضع المولود، ولا يتم مسائلتها عن عدم التسليم، ولا يمكن الزامها بدفع التعويض، ويؤسس هذا الفقه رأيه، على انه عقد باطل لعدم مشروعية المحل والسبب(٨).

ويذهب بعضهم الى تعدد العلاقات التعاقدية في تقنية زراعة الأجنة في رحم بديل، فهنالك زوج يقدم المني وزوجته تقدم البويضة. وإمرأة أخرى تتبرع في الحمل برحمها، ومركز طبي لغرض التخصيب وزراعة الجنين، وهنا تنشأ العلاقة الأولى بين الزوجين وصاحبة الرحم البديل. وعلاقة اخرى بين الزوجين والمركز الطبي، وعلاقة ثالثة بين الأم البديلة والمركز الطبي، ونتيجة لهذه العقود تنشأ التزامات متقابلة على أطرافه ، وبما ان العقد شريعة المتعاقدين، لذا سيبقى مصير الجنين تحت رحمة الاتفاقات المتقدمة(٩).

ويرى آخرون، بأن العلاقة بن الزوجين وصاحبة الرحم البديل هي علاقة تعاقدية، الإ أنهم أختلفو في تحديد طبيعة العقد، هل هو عقد ايجار يستأجر الزوجين من صاحبة الرحم البديل رحمها، أم انه عقد وديعة يودع الزوجان بموجبه جنينهما لدى الأم البديلة طيلة مدة الحمل، أم أنه عقد من نوع خاص(١٠).

وبهذا سنحاول بيان القانون الواجب التطبيق وفقاً للآراء المتقدمة، هل هو مجرد تفاوض تسبق مرحلة ابرام العقد، أم هو يخضع لقانون الإرادة، أو هنالك قاعدة إسناد خاصة تنطبق على هذه التقنية، أو نحتاج لمنهج تنازع آخر يحل هذه الآلية كما هو الحال في القواعد ذات التطبيق الضروري وصولاً الى افضل وانجع الآراء، وهذا ما سوف نتعرف عليه في المبحث الثاني من هذه الدراسة.

المبحث الثاني

تحديد القانون الواجب التطبيق على زراعة الأجنة في رحم بديل

لا يُثير تحديد القانون الواجب التطبيق على زراعة الأجنة في رحم بديل أي إشكالية إذا كانت العلاقة وطنية بجميع عناصرها كأن يحمل الزوجان والأم البديلة جنسية دولة واحدة، مع تواجد المركز الطبي المعد للتخصيب داخل هذه الدولة. إذ سيطبق القاضي المعروض أمامه النزاع قانون دولته بغض النظر عن شرعية هذه التقنية من عدمها.

الإ أن الحال يختلف إذا تزاحم أكثر من قانون لحكم هذه العلاقة. ولما كان تحديد طبيعة العلاقة القانونية لهذه التقنية محل خلاف ، لذا سنتطرق الى تحديد القانون الواجب التطبيق وفقاً لهذه الاجتهادات الفقهية وصولاً الى الرأي الذي يحقق أكبر نجاعة قانونية، بعد تحليل هذه الآراء،

من خلال تقسيم هذا المبحث على ثلاثة مطالب وكالآتي

المطلب الاول

تطبيق القواعد المتعلقة بالدفع بالنظام العام على زراعة الأجنة في رحم بديل

إنّ الاعتداد بالاتجاه الفقهي الذي يذهب الى عدم عقدية زراعة الأجنة في رحم بديل، كونه إتفاق غير قانوني بسبب عدم مشروعية الحمل الذي يجعل جسد الأم محل للتصرف بالرغم من أنه يخرج عن دائرة التعامل، يدعونا الى تطبيق المسائل المتعلقة بالدفع بالنظام العام في تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه التقنية(١١).

إذ من المعروف أن قاعدة الإسناد التقليدية بوصفها منهجاً غير مباشراً لتعيين القانون الواجب التطبيق، تعد قفزة نحو المجهول(١٢)، الأمر الذي ترتب عليه ضرورة إرساء نظام حمائي يحد من مخاطر إمكانية تعيين قانون أجنبي يتعارض مع الأفكار الأساسية التي يرتكز عليها النظام القانوني الوطني، لذا كان الدفع بالنظام العام في منظور القانون الدولي الخاص يتدخل كتقنية لإبعاد القانون الأجنبي المخالف للسياسة الجوهرية للنظام القانوني المراد تطبيق القانون الأجنبي فيه(١٣).

لذا فانه لو عرض النزاع أمام القاضي الوطني بشأن آلية زراعة الأجنة في رحم بديل فأنه سوف يستبعد القانون الذي أشارت اليه قواعد الإسناد كلما إتضح له أنه يتنافى مع الافكار الأساسية التي يقوم عليها النظام العام في مجتمعه، واحلال قانونه الوطني محله(١٤). وتطبيقاً لذلك ذهبت محكمة النقض الفرنسية الى تأييد هذا الإتجاه وأعتبرت إنّ كل ممارسة متعلقة بالحمل لحساب الغير هي باطلة سواء كانت تبرعاً أو بمقابل، كما عدت ذات المحكمة أن العقد الذي بواسطته تلتزم إمرأة، ولو تبرعاً، أن يزرع في رحمها وأن تنجب جنيناً لأجل أن تتنازل عته منذ ولادته يخالف مبدأ المعصومية لجسم الأنسان ومبدأ عدم إمكان المساس بالأحوال الشخصية(١٥).

وقد حسمت محكمة الاحوال الشخصية في دبي، أول قضية من نوعها تتعلق بالحمل لحساب الغير، رفعتها إمرأة هندية مقيمة في الامارات ضد زوجها الهندي المقيم في الامارات ايضاً، الذي إستأجر رحماً لامرأة أخرى في الهند، وانجب رضيعة وسجلها بأسم زوجته ، مما دفعها الى طلب الطلاق وإلغاء نسبها اليها، إذ إنتهت المحكمة الى ان القانون الهندي المختص بحكم العلاقة القانونية لا يمكن تطبيقه في هذه القضية تحديداً، وإستبداله بالقانون الاماراتي، لان هذا الأخير لا يسمح باستئجار الأرحام ، كما يتنافى هذا النوع من الولادة مع العادات الاماراتية وان المادة (١١) من القانون الاتحادي الاماراتي رقم (١١) لسنة ٢٠٠٨ الخاص بترخيص مراكز الأخصاب تمنع اي منسأة طبية بالأمارات من إجراء ما يسمى بعمليات تأجير الأرحام(١٦).

وبخصوص موقف القانون العراقي والقوانين محل المقارنة من هذه الآلية، وبالرغم من أن المشرع العراقي أشار في نص المادة(٣٢) من القانون المدني العراقي النافذ على عدم تطبيق أحكام القانون الاجنبي إذا كانت هذه الاحكام تخالف النظام العام والآداب العامة في العراق ، الا انه لم ينظم تقنية زراعة الأجنة في رحم بديل بقواعد خاصة تبيح او تحرم ذلك، وبما انه الحمل لحساب الغير تعد من مسائل الاحوال الشخصية، فيمكن الرجوع الى مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملائمة للنصوص إستناداً الى المادة

(١/ ٢) من القانون المدني العراقي والمادة (١/ ٢) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

ولا نعتقد ان نصوص المادتين أعلاه تسعفنا، وذلك لتأرجح فقهاء الامامية بين القبول والرفض لهذه الآلية[١٧] ، واجماع جمهور الفقهاء على رفضها[١٨]، لذا صار لزاماً على المشرع العراقي إصدار قانون ينظم هذه العملية بما ينسجم مع احكام الشريعة الاسلامية والأعراف الأجتماعية السائدة . أما في مصر، فلا ينطبق القانون الاجنبي اذا كانت احكامه تخالف النظام العام والآداب العامة استناداً الى نص المادة (٢٨) من القانون المدني المصري النافذ، كما أن المادة (٤٥) من لائحة آداب المهنة الصادرة بقرار من وزير الصحة والاسكان رقم (٢٣٨) لسنة ٢٠٠٣ النافذة والتي تنص على أن (لا يجوز إجراء عمليات الأخصاب المساعد داخل أو خارج جسم الزوجة الا باستخدام نطفة زوجها حال قيام العلاقة الزوجية الشرعية بينهما، كما لا يجوز نقل بويضات مخصبة لزوجها في ارحام نساء غير الأمهات الشرعيات لهذه البويضات) قد اشارت بصورة جلية على حصر زراعة الأجنة البشرية الناجحة عن إخصاب صناعي بين الزوجين فقط وان يكون في رحم الزوجة صاحبة البيضة، أي أنه يمنع تقنية الحمل لحساب الغير.

وعن الوضع في القانون الفرنسي ، فقد ذُكر إصطلاح النظام العام في بعض نصوص القانون المدني لسنة ١٨٠٤ المعدل ولاسيما المادة(٦) منه والتي تنص على أنه (لا يجوز بالاتفاقات الخاصة مخالفة القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة) ، كما منع المشرع الفرنسي الحمل لحساب الغير وعد كل إتفاق ينص على ذلك باطلاً إستناداً الى المادة(١٦-٧)من القانون اعلاه، وتطبيقاً لذلك ذهبت محكمة باريس الى (رد طلب التعويض عن خيانة المرأة بتنفيذها عملية تلقيح إصطناعي مع واهب غير مجهول الاسم حاصلة في الخارج لمخالفته احكام المادة (١٦-٧))[١٩]، مع الاشارة الى ان المشرع الفرنسي نظم أحكام الأنجاب المساعد في نصوص خاصة من قانون الصحة العامة النافذ والمعدل بالقانون رقم (٢٠٠٤-٨٠٠) في ٦/ ٨/ ٢٠٠٤ والذي أجاز التلقيح الصناعي بين غير الزوجين من خلال هبة الحيوانات المنوية والبويضات، بشرط ان تكون هنالك علاقة بين الراغبين بالإنجاب الصناعي وان لم تكن علاقة زوجية ، بل يكفي عيشهما معاً قبل سنتين من تقديمهما طلب المساعدة وهذا ما فرضه القضاء الفرنسي في احد أحكامه[٢٠].

ولا نعلم ماهي حكمة المشرع الفرنسي، فهو بعد أن منع آلية الحمل لحساب الغير بنص صريح في القانون المدني ، اعد وأجاز عملية الأنجاب المساعد بالتبرع بالحيامن والبويضات سواء كان المتلقين زوجين أو ثنائي غير متزوج بشرط الإقامة معاً لمدة سنتين قبل تقديم الطلب.

أما في الولايات المتحدة الامريكية، فقد تم النظر في أول عملية زراعة الأجنة في رحم بديل ، من قبل محكمة نيوجرسي ففي الشهر الخامس من سنة ١٩٨٤ إستجابت السيدة (ماري بيث) لإعلان منشور في إحدى الصحف الامريكية لزوجين امريكيين يعانيان من العقم مقابل مبلغ نقدي كبير، وقد تم الاتفاق بين الزوجين (اليزابيث ووليم ستيون) والسيدة (ماري بيث) على ابرام عقد يشتمل شروطاً عديدة اهمها أن تقوم الأم البديلة بتسليم الطفل بعد الولادة

للزوجين. والى أن جاء يوم الولادة في الشهر الخامس من سنة ١٩٨٦ إذ رفضت الأم البديلة تسليم الطفلة وإدعت انها طفلتها، وقبلت محكمة نيوجرسي القضية المرفوعة امامها من الزوجين ، وقررت بأحقية الزوجين برعاية الطفلة وقضاء وقت معها(حق الزيارة)، واسست المحكمة قرارها إستناداً الى ان المصلحة الفضلى الطفل، بالرغم من أن عقد تأجير الأرحام كان غير صالح وفقاً للسياسة العامة[٢١] . والملاحظ من استقراء الحكم اعلاه أن المحاكم الامريكية ترى ان عقد تأجير الأرحام مخالف للسياسة العامة أو النظام العام الإ إنها أخذت بنظر الاعتبار المصلحة الفضلى للطفل وليس العقد.

وفي معرض تقديرنا للرأي الذي ينادي بتطبيق القواعد المتعلقة بالدفع بالنظام العام، وما لهذا الدفع من الحفاظ على العادات والتقاليد المتبعة في البلاد الاسلامية ومنها العراق، إلا إننا نثير الإشكاليات الآتية:-

اولاً: أن الدفع بالنظام العام هو فكرة نسبية من حيث الزمان والمكان ، فما يُعد من النظام العام في زمان ما، ليس كذاك في زمان آخر[٢٢]، فالمجتمع متطور والظروف تختلف من مجتمع الى آخر، وعلى ذلك فالحمل لحساب الغير قد يصبح جائزاً بالمستقبل في الدول التي تحرمه سابقاً، كما أنه إذا كان يخالف النظام العام في الدول الاسلامية، فأن بعض الدول تُجيزه كالهند واستراليا وبعض الولايات الامريكية.

ثانياً: إنَّ التباين أو المد والجزر في فكرة النظام العام، قد يعيق كفالة تنفيذ الأحكام الأجنبية بهذا الشأن. إذ قد ترفض محاكم الدول الحكم الاجنبي لمخالفته الشروط التي وضعتها بهذا الخصوص، ومنها ان يكون الحكم الاجنبي المراد تنفيذه غير مخالف للنظام العام والآداب العامة[٢٣].

ثالثاً: أنَّ بطلان آلية الحمل لحساب الغير نتيجة لمخالفتها أحكام النظام العام، قد يطرح إشكالية الآثار التي تترتب على هذه العملية، كنسب المولود في الدول التي لا تفرق بين النسب البيولوجي والنسب الشرعي.

لذا فأن الإشكالات المتقدمة، تدعونا للبحث عن القانون الواجب التطبيق على الحمل لحساب الغير بوصفها عقداً وهذا ما سنتطرق اليه في المطلب الثاني من هذا المبحث .

المطلب الثاني

تطبيق قانون الإرادة على زراعة الأجنة في رحم بديل

إنَّ الإرتكان الى الإتجاه الفقهي الذي ينادي بتعدد العلاقات التعاقدية في تقنية زراعة الأجنة في رحم بديل يؤدي الى تطبيق قانون الإرادة على تلك العلاقات، إذ أنَّ القانون سمح للمتعاقدين بتعيين القانون الذي يحكم عقدهم صراحةً او ضمناً[٢٤]، ولما كان إختيار المتعاقدين لقانون الإرادة يتم بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين في قانون القاضي، إذ تعد الإرادة ضابطاً للإسناد تتضمنه هذه القاعدة التي تسند العلاقات التعاقدية الدولية الى القانون المختار، فأنه يتطلب في هذه الحالة تقييد حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد بحسبان توافر صلة قوية وحقيقية بين هذا الاخير والعقد[٢٥].

وعليه فان العلاقة التي تنشأ بين الزوجين وصاحبة الرحم البديل ، وبين الزوجين والمركز الطبي المتخصص وبين هذا الأخير وصاحبة الرحم البديل، تخضع لقانون الإرادة بشرط توافر رابطة جدية بين القانون المختار والعقد، وتطبيقاً

لذلك تم الاتفاق بين أم بديلة هندية تدعى (فاساني) تبلغ من اعمر (٢٨) عاماً مع زوجين يابانيين بمبلغ قدرة(٨٠٠٠) آلاف دولار ، بالحمل لحساب الغير في مركز طبي تخصصي بمدينة (أناند) الهندية ، الذي تمنع لوائحه النساء اللاتي يحملن لحساب الغير من ممارسة الجنس خلال فترة الحمل ، ولا يتحمل الطبيب ولا المستشفى والزوجين اصحاب اللقيحة المسؤولية في حالة حدوث مشكلات(٢٦)

ومن خلال إستقراء القضية أعلاه نستنتج الآتي:-

اولاً: وجود علاقة تعاقدية بين زوجين يابانيين وفتاة هندية بموجبه تتقاضى الأخيرة مبلغ من المال مقداره (٨٠٠٠) الاف دولار مقابل زرع لقيحة الزوجين في رحمها.

ثانياً: وجود علاقة تعاقدية بين الفتاة الهندية والمركز الطبي الهندي التخصصي على ضوئه يوفر هذا المركز داراً للرعاية الصحية للفتاة الهندية طيلة فترة الحمل مقابل تعهدها بالحفاظ على الجنين طيلة فترة الحمل.

ثالثاً: قيام علاقة تعاقدية بين الزوجين اليابانيين والمركز الطبي الهندي التخصصي على اساسه يتحمل المركز الطبي الإشراف والرعاية للأم البديلة لقاء مبلغ مالي يتقاضاه جراء ذلك.

رابعاً: يطبق على العلاقة محل النزاع القانون الذي يختاره الأطراف صراحةً أوضمناً بشرط وجود صلة جدية بين القانون المختار والعقد، والذي ينحصر بالقانون الياباني أو الهندي ، وغالباً ما يتم اللجوء للقانون الهندي الذي يجيز هذه العملية نظراً للظروف المعاشية التي يمر بها البلد.

خامساً: في حالة عدم وجود إتفاق بين الأطراف المعنية بشأن القانون الواجب التطبيق ، يتم اللجوء الى قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، وهذا ما نراه في العلاقة التي تظهر بين المركز الطبي والفتاة الهندية ، أما إذا إختلفا بالموطن فيطبق القانون الذي تم به العقد، كما هو الحال بعلاقة الزوجين اليابانيين بالفتاة الهندية وعلاقتهما بالمركز الطبي.

سادساً: قد يؤدي عدم إختيار الأطراف للقانون المختار الى تعدد القوانين الواجبة التطبيق على تلك العلاقات، مما يثير إشكالية رفض بعض القوانين تلك الآلية وإجازتها من قوانين أخرى.

وبشأن موقف القانون العراقي والقوانين محل المقارنة من هذه العملية إستناداً الى الإتجاه الفقهي الذي ينادي بعقدية آلية الحمل لحساب الغير، وبالرغم من أن المشرع العراقي أشار الى قانون الإرادة في المادة (٢٥/ ١) من القانون المدني العراقي النافذ والتي تنص على أن(١- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا إتحدا موطناً ، فإذا إختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ،هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه) إلا اننا سبق وإنْ عرفنا أنه لم ينظم تقنية زراعة الأجنة في رحم بديل بقواعد خاصة تجيز أو تحرم ذلك.

ولا نستطيع القياس على ما ذهبت اليه محكمة التمييز الإتحادية العراقية بأحدث قراراتها

ب (أن المطالبة بإجراء عملية أطفال أنابيب لا سند لها من القانون كونها لا تعتبر من النفقات المكلف الزوج فيها شرعاً وقانوناً، كما أنها لا تعتبر من العمليات الضرورية الفورية التي لابد من إجرائها أما إذا كان هناك اتفاق بين الطرفين المتداعين على إجراء مثل هكذا عمليات فتكون من إختصاص محاكم أخرى وليس من إختصاص محكمة الأحوال الشخصية)[٢٧]، لأن عمليات أطفال الانابيب يتم زراعة اللقيحة في رحم الزوجة وليس في رحم أم بديلة، كما أن المحكمة لم تبين صحة الإتفاق من عدمه، بل إكتفت بإحالته الى محكمة البداءة لتبت بصحته.

أما في مصر فلا يختلف مضمون المادة (١٩/ ١) من القانون المدني المصري على ما جاء بالمادة(٢٥/ ١) من القانون المدني العراقي، كما أن المادة (٤٥) من لائحة الآداب المهنية سالفة الذكر قد حسمت بصورة قاطعة بحصر زراعة الأجنة البشرية بين الزوجين فقط.

وعن الوضع في القانون الفرنسي، فيكرس القضاء هناك تطبيق قانون الإرادة في العديد من أحكامه[٢٨]، أما قانون الصحة العامة النافذ سالف الذكر، فقد نصت المادة(١٢٤٤-١) منه ب(أن وهب النطف يتمثل بتقديم شخص ثالث المني أو البويضات بهدف المساعدة الطبية على الأنجاب) إذ يتضح من نص المادة أعلاه أن القانون إشترط أن تكون آلية زراعة الأجنة على شكل هبة والتي تعد من العقود الشكلية في فرنسا من الشخص الثالث ذكراً كان أم انثى، ولا يشترط أن يكون متزوجين بل يكتفي عيشهما معا قبل عامين من طلب ذلك، وهذا ما أكدته المادة (١٢٤١-٢) من القانون أعلاه.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية ، نصت المادة (١٨٧) من التقنين الأمريكي الثاني الأهلي لتنازع القوانين لعام ١٩٧١ على أن (تطبيق القانون المختار لا يجب ان يكون مخالفاً للسياسة التشريعية للدولة التي يكون لها مصلحة في تطبيق قانونها تفوق مصلحة الدولة التي إختار الاطراف قانونها كقانون واجب التطبيق، والدولة التي يكون لها المصلحة الأكبر هي التي يكون قانونها واجب التطبيق في حالة عدم وجود إختيار للأطراف)[٢٩]، كما انه سبق وإن عرفنا ان القضاء هناك ينظر الى تقرير مصلحة الطفل الفضلى عند تصديه للدعوى المعروضة امامه، إذ أن أغلب الولايات الامريكية لها قوانينها الخاصة المتعلقة بتأجير الأرحام ، ففي ولاية واشنطن تم تمرير قانون الأبوة لسنة ٢٠١٩ الذي شرَعَ في ترتيب التعويض في مسائل تأجير الأرحام التجاري بعد أن كان مقتصراً على تأجير الأرحام الإيثاري[٣٠].

وفي بيان تقديرنا الى إسناد زراعة الأجنة في رحم بديل الى قانون الإرادة نقول:

(من البديهي ان أطراف العلاقة التعاقدية سوف يتفقون على إختيار قانون يجيز آلية الحمل لحساب الغير مما يضمن حقوق جميع الاطراف المتعاقدة، إلا أنهم على فرض لم يتفقوا صراحة او ضمناً على إختيار قانون مما يثير عدة اشكالات منها، أن للقاضي المعروض امامه النزاع سوف يثير تساؤلاً يتعلق بجواز أن يكون رحم المرأة البديل محلاً للعقد، مما يقتضي الرجوع الى شروط المحل بوصفه ركناً في العقد ، واهمها ان يكون غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وكما سبق وأن عرفنا أن تعدد العلاقات التعاقدية وفي الفرض الذي لم تحدد

إرادة الاطراف الصريحة والضمنية القانون المحدد الانطباق تؤدي الى تعدد القوانين الواجبة التطبيق مما يثير إشكالية رفض بعض القوانين هذه الآلية واجازتها من قوانين آخرى .

كذلك فأن مبدأ سلطان الإرادة قد يتيح للأطراف رخصة إختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية بصورة شبه مطلقة مما يجيز لهم إستبعاد القواعد الآمرة الواجبة التطبيق، بل حتى يمكنهم من الإفلات من كل قانون له صلة بالعقد، وإختيار قانون لا يرتبط مع العقد برابطة موضوعية، الآمر الذي يدعونا البحث عن منهج جديد لحل التنازع يقيد تطبيق قانون الإرادة بالنصوص الآمرة بحيث توفر له الحد الأدنى من الحماية، أو الإبقاء على القانون المختار أذا كانت أهدافه متفقة مع روح القواعد الآمرة التي يضعها المشرع ، بحيث يتيح للقاضي المقارنة بين القانون المختار والقواعد الآمرة أيهما يحقق الحماية المطلوبة بعد وخص مضمون تلك القوانين مسبقًا، وهذا ما سوف نتناوله في المطلب الثالث من هذا المبحث).

المطلب الثالث

المزج بين منهج القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد الإسناد ذات الغايات المادية

يمكن أن يكون القانون الواجب التطبيق على زراعة الأجنة في رحم بديل متأتي عن طريق طرح منهج الإسناد جانبًا وإعمال منهج القواعد ذات التطبيق الضروري أو المباشر[٣١]، إذ توجد هذه القواعد في قانون القاضي أو القانون المختص بحكم العلاقة التعاقدية أو في أي قانون آخر يحتفظ برابطة مع هذه العلاقة وإن لم يكن مختصًا بحكمها[٣٢].

فالقاضي المعروض أمامه النزاع ، قد يلجأ الى إعمال هذه القواعد إذا رأى أن آلية زراعة الأجنة في رحم بديل مخالف القواعد الآمرة الموجودة في نصوص تشريعاته من دون إعمال قاعدة الإسناد، كما انه يستطيع ان يمتد في نطاق إعماله لهذه القواعد عن طريق البحث في قانون الإرادة ألذي تم الإسناد اليه ومدى توافر هذه القواعد فيه ، بل يستطيع ان يبحث في قانون آخر له صلة ورابطة قوية من دون إرتكان الأطراف اليه[٣٣] .

ونعتقد أن اللجوء الى منهج القواعد ذات التطبيق الضروري وحده، يكون دور القاضي فيه من المد والجزر وفقًا لسياسة الدولة التشريعية ، فبعض الدول كأمريكا وكندا والهند تُجيز هذه الآلية لغايات تجارية مما يجعل اللجوء الى هذه القواعد بصورة ضئيلة بخلاف الحال في أغلب الدول الاسلامية التي سيكون لهذه القواعد دوراً واسعًا فيها.

كما إننا نرى أنَّ إعمال هذه القواعد يؤدي الى نفس الإشكالات التي أثرناها عند اللجوء الى الدفع بالنظام العام ، بالرغم من أن هذا الأخير يتم العمل به بعد إسناد العلاقة القانونية الى القانون المختص، بخلاف الأولى التي يتم إعمالها قبل الإسناد، فهي تمثل قيداً سلبيًا على تطبيق القانون الأجنبي مماثلاً للقيد الذي تمليه إعتبارات الدفع بالنظام العام.

ولا يفوتنا أن نشير الى أن تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري في النظام القانوني لدولة ما يفترض ضمنًا ثبوت الأختصاص القضائي الدولي لمحاكم هذه الدولة، وهذا قد لا يتحقق في آلية الحمل لحساب الغير ، فقد تُعرض الدعوى

أمام محاكم دولة ما ويطبق قانون أخر على العلاقة محل النزاع.

لذا فأننا نستنتج من أعلاه بأن تطبيق هذه القواعد بصورة مفردة، لا يمثل سوى الحد الأدنى من الحماية التي يرى المشرع بأنه لا يمكن النزول عنها، وقد يقل هذا الحد عن مثيله المقرر في القانون الأجنبي المختص وفقاً لقاعدة الإسناد، الأمر الذي يدعونا الى إعمال التزاوج بين هذه القواعد وقواعد الإسناد ذات الغايات المادية. وتعكس قاعدة الإستاد ذات الغايات المادية دوراً متنامياً للقاضي المعروض أمامه النزاع لإعمال سلطته التقديرية التي تجيز إختيار القانون الذي يرى أنه يحقق النتيجة المادية المطلوبة، إذ تعرف بانها قواعد إسناد تخييرية تشتمل على أكثر من ضابط إسناد يضعها المشرع الوطني، هدفها إسناد العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي الى اكثر القوانين تحقيقاً للحماية المنشودة بعد فحص مضمون تلك القوانين مسبقاً(٣٤).

ومن خلال هذا التزاوج بين كل من القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد الإسناد ذات الغايات المادية، سنصل الة نتيجة مفادها الآتي:

أنَّ تطبيق القانون الوطني الآمر على آلية زراعة الأجنة في رحم بديل مبني على فرضية أن قواعده توفر الحماية الأدنى لمصلحة الطفل الفضلى واعتبارها من القواعد ذات التطبيق الضروري، غير أن القوانين المقارنة قد اعطت للإرادة دوراً في إختيار القانون الواجب التطبيق في إطار آلية الحمل لحساب الغير بيد أن هذا الاعتراف لقانون العقد في خلق وتحديد النظام القانوني الذي يسري على الالتزامات التعاقدية بوجه عام، يجب أن يحاط بضمانات حتى لا تترك مصلحة الطفل بمنأى عن الحماية أو يفرض عليه قانون لا يحقق مصلحته .

كما أن الحرية في إختيار القانون الواجب التطبيق قد تتقاطع مع إعتبارات النظام الآمر لقواعد حماية ناقصي الأهلية التي يحرص المشرع على طلائها بالطابع الآمر، والتي تمثل بعضاً من الخصوصيات الانسانية والاجتماعية،، مما يتوجب القول بأن تقرير الصفة الآمرة لقواعد حماية الطفل سوف تبرز في كل مرة، حتى مع إعطاء مكنة الإختيار بشأن القانون الواجب التطبيق على زراعة الأجنة في رحم بديل.

وتأسيساً على ما تقدم فقد تستخدم المحاكم منهج الموازنة والمقاربة في البحث عن ضوابط إسناد ملائمة لإختيار القانون الأفضل للطفل المولود عن طريق هذه الآلية، كالبحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين، أو تطبيق قانون بلد التنفيذ أو يكون القانون المختار هو قانون مكان إبرام العقد أو تبعاً للظروف ولمصلحة قانون الدولة التي يرتبط بها العقد إرتباطاً وثيقاً.

وهذا يدفعنا الى القول بأن تقرير مصلحة الطفل الفضلى تتمثل في تقرير صحة وفعالية الإختيار أن كان يصب في مصلحته، وضده إن كان غير ذلك، بحيث لا يحرم الطفل من الحماية المقررة بموجب أي قانون أخر سواء كان وطنياً أم اجنبياً ، وهنا يبرز الطابع الحمائي لقواعد الإسناد من خلال تفعيل الإسناد الأختياري ما بين القواعد الآمرة المقررة في بلد التنفيذ والقانون المختار من قبل الأطراف وإختيار القانون الأصلح للطفل من بين القوانين المتزاحمة الأنطباق، وهذا ما توصل اليه القضاء الأمريكي في قراره سالف الذكر الذي إستند على مصلحة الطفل الفضلى بغض النظر عن العلاقة التعاقدية

ما بين الأطراف محل النزاع ، بخلاف الحال في القانون العراقي والقوانين محل المقارنة التي لم تشر الى ذلك.

وعليه ومن كل ما تقدم من مسوغات ، فأننا نرجح الأتجاه الذي يعطي الأختصاص التشريعي من حيث المكان وفقاً لقاعدة إسناد ذات غايات مادية مع الأخذ بنظر الإعتبار القواعد ذات التطبيق الضروري التي ينص عليها المشرع بوصفها تمثل الحد الأدنى من الحماية اللازمة

الخاتمة

خلصنا من دراستنا الموسومة ب (القانون الواجب التطبيق على زراعة الأجنة في رحم بديل) على أنَّ الفقه لم يتفق في تحديد الطبيعة القانونية ، الأمر الذي دعانا الى بحث القانون الواجب التطبيق في كل الفروض التي قبلت بهذا الشأن، من أجل الوصول الة التوصيف القانوني الذي يحقق الغرض المطلوب.

فبعد أن طبقنا القواعد المتعلقة بالنظام العام على هذه الآلية مسايرتاً للإتجاه الذي لا يعدها عقداً وإنما مجرد تفاهم سابق على العقد، توصلنا الى عدة أمور تطرح إشكاليات متعددة ذكرناها في متن البحث تؤدي الى زيادة صعوبة النتائج المترتبة على زراعة الأجنة في رحم بديل، كنسب المولود وخاصة في الدول التي لا تفرق بين النسب البايولوجي والنسب الشرعي.

اما إذا أعتبرنا هذه الآلية عقداً، فهذا يؤدي الى إعمال قانون الإرادة، وتعدد العلاقات القانونية المطروحة بهذا الشأن، فأن الأمر لا يخلو من صعوبات كحالة عدم إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق مما يؤدي الى تعدد القوانين الممكنة الأنطباق مما يثير إشكالية لرفض بعض القوانين تلك الآلية واجازتها من قوانين آخرى.

وكشفت لنا الدراسة أنَّ المزاوجة بين القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد الإسناد ذات الغايات المادية يحقق أفضل النتائج، بإعتبار أن تطبيق القانون الوطني الآمر على آلية زراعة الأجنة في رحم بديل مبني على فرضية أن قواعده توفر الحماية الأدنى لمصلحة الطفل الفضلى بوصفها من القواعد ذات التطبيق الضروري، الإ أن تقرير مصلحة الطفل الفضلى تتمثل في صحة وفعالية الإختيار إن كان يصب في مصلحته ، وضدة إن كان غير ذلك، بحيث لا يحرم الطفل من الحماية المقررة بموجب أي قانون آخر سواء كان وطنياً أم اجنبياً، وهنا يبرز الطابع الحمائي لقواعد الإسناد من خلال تفعيل الإسناد الأختياري ما بين القواعد الآمرة المقررة والقانون المختار من قبل الأطراف واختيار القانون الاصلح للطفل من بين القوانين المتزاحمة الانطباق، وهذا ما توصل اليه القضاء الامريكي مقبل في قراره المشار اليه في متن البحث.

وعليه فإننا في الوقت الذي نقترح فيه على المشرع إصدار قانون ينظم آلية زراعة الأجنة في رحم بديل بشروط محددة وتحت رعاية طبية ، ويضيق من نطاقه على الصورة الأولى التي أشرنا اليها في متن البحث نتمنى من هذا المشرع أن يُضَمن في ثناياه نصوصاً تتعلق في مسائل تنازع القوانين، خاصةً ان المراكز الطبية المختصة بتجميد وزراعة الأجنة غالباً ما تكون خارج العراق، أو احتمال ان تكون الأم البديلة من جنسية غير عراقية.

أو إرساء قواعد خاصة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على زراعة الأجنة في رحم بديل مع المواد الخاصة بالتنازع الدولي من حيث

المكـان في القـانون المـدني العراقـي النافـذ، وتكـون بالشكل الآتي:

أولاً: يسـري علـى آليـة زراعـة الأجنـة في رحـم بـديل قـانون الدولـة التـي يتفـق عليهـا المتعاقـدان صـراحةً او ضـمنًا، ومـع ذلـك فـأن القـانون المختـار يجـب ان لا يَحـرم الطفـل مـن الحقـوق التـي يقررهـا قانونـاً آخـر يـرتبط بـالنزاع إرتباطـاً موضوعيـاً وثيقـاً.

إذ مـن خـلال الـنص أعـلاه كرسـنا الإسـناد الحمـائي بإعمـال قاعـدة إسـناد تخييريـة يعمـل القاضـي مـن خلالهـا وخـص القـوانين الممكنـة الانطبـاق وصـولاً الـى أفضـل قـانون يـوفر الحمايـة الفضـلى للطفـل، كمـا مـن البـديهي القـول ان القـانون المختـار يتعطـل تطبيقـه إذا نـزل بالحمايـة عـن تلـك المقـررة في القـانون الـوطني والتـي تعـد مـن القواعـد ذات التطبيق المباشر أو الضروري.

ثانيـاً: في حالـة تعـذر أو غيـاب إتفـاق الطـرفين علـى تحديد القانون الواجب التطبيق:

١. يطبـق القاضـي قـانون الدولـة التـي تنفـذ فيهـا آليـة زراعة الأجنة في رحم بديل.
٢. يطبـق القاضـي قـانون الدولـة التـي يـرتبط بهـا العقـد إرتباطـاً موضـوعيـاً وثيقـاً إذا كـان قـانون بلد التنفيذ يتضمن حماية أقل للطفل.

الهوامش

(١) انظر د. شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١ ص ٩٤. ولمزيد من التفاصيل حول بيان مدلول زراعة الأجنة في رخم بديل انظر د. كريمة عبود جبر، إستئجار الارحام والآثار المترتبة عليه، بحث منشور في مجلة أبحاث كلية التربية الاساسية، تصدر عن كلية التربة الاساسية في جامعة الموصل، المجلد ٩، العدد٣،٢٠١٠

(٢) راجع د علي هادي عطية الحلامسي، المركز القانوني للجنين في ظل الابحاث الطبية والتقنيات المساعدة في الانجاب ،ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،٢٠١٢، ص ٢٧٧-٢٨٠

(٣) انظر د. خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للأنجاب الصناعي والاستنساخ والحماية القانونية للجنين،ط١،دار الفكر الجامعي،مصر،٢٠١٢،ص ٤١

(٤) لمزيد من التفاصيل عن اجارة الارحام فقهياً و شرعياً انظر سعاد جاسم محمد الكرعاوي، عقد اجارة الارحام (دراسة مقارنه، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بابل ،٢٠١٣ ومشتاق عبد الحي عبد الحسين(التنظيم القانوني الأستنساخ بالأجنة البشرية- دراسة مقارنه- رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون في جامعة بابل ،٢٠١٦

(٥) انظر في عرض هذه الصور وبصورة مفصلة، حسني محمد، عقد إجارة الارحام بين الحظر والاباحة، ط١، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠٠ ،ص ١١٧-١٦٣

(٦) انظر في حرمة هذه الصور المحرمة والرد عليها د. كريمة عبود جبر، مصدر سابق ،ص ٢٤٦-٢٥٣

(٧) انظر د حسن محمد كاظم وآخرون، مشروعية الحمل لحساب الغير واحكامه، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق تصدر عن كلية القانون جامعة كربلاء، العدد١ ،٢٠١٠أص ٦

(٨) انظر د حسنين هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الاسلامية، دار الكتب القانونية، مصر ،٢٠٠٧أص ٣٥٤

(٩) انظر د. عطا عبد العاطي المنياطي، بنوك النطف والأجنة دراسة مقارنه في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ،ط١، بدون مكان نشر،٢٠٠١أص ١٤٨

(١٠) لمزيد من التفاصيل عن هذه الآراء وتحديد الرأي الراجح انظر د. خالد مصطفى فهمي، مصدر سابق، ص١١٠ وما بعدها

(١١) تمييزاً للنظام العام في تنازع القوانين عن النظام العام الداخلي يصطلح عليه عادة الدفع بالنظام العام كونه يدفع او يدرأ به القانون الاجنبي. انظر د احمد علد الكريم سلامة ،علم قاعدة التنازع والاختيار (اصولاً ومنهجاً) ط١، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة ،١٩٦٦أص ٦٠٧

(١٢) انظر

Leo Rapc, International Privantrechnt,London,1995,p.130

(١٣) انظر

Dr. Bouanaka Essaid ,le droit conventionnel ct I order public derogatoire : entrele principle de favenret « Iinteret des relations jetraxd,universite Abjerrahmance.mira,faculte de jroit etdes politiqnes,2015 p.659-665

(١٤) قارن د غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، ط٥، دار وائل للنشر/ عمان، ٢٠١٠، ض ٢٣٤

(١٥) نقلاً عن سعد اسماعيل البرزنجي، المشاكلات لقانونية الناجمة عن تكنلوجيا الإنجاب الجديدة، دار الكتبي القانونية، مصر ،٢٠٠٩، ص ١٥٨

(١٦) حكم محكمة الاحوال الشخصية الصادر في ٢٤ / ١١/ ٢٠١٩ . اشار ت اليه ، ايثار موسى ، استئجار الارحام في القانون الاماراتي ، مقال منشور في جريدة الرؤية الاماراتية ، متاح على الموقع الالكتروني الآتي:
https:// www.al voeya.com//-gl=1*16mosbp* تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٤/١٠

(١٧) يرى بعض الفقهاء جواز زراعة الأجنة في رحم الزوجة فقط دون غيرها ، ويرى جانباً منهم جواز نقل الأجنة المجمدة والمخصبة ببيضة الزوجة المتوفاة، ويذهب بعضهم وجوب الحفاظ على الجنين المجمد في ابنك خصوصاً اذا كان هناك رحم يحضنه . لمزيد من التفاصيل حول موقف الفقه الامامي راجع مشتاق عبد الحي الاسدي، مصدر سابق ،ص ٢٢٧ وما بعدها.

(١٨) اصدر المجمع الفقهي الاسلامي بمؤتمره السادس في عام ١٩٩٠ قراراً يمنع الاطباء من تجميد الأجنة البشرية نقلاً عن د سعيد بن منصور ، الموسوعة الفقهية للأجنة والاستنساخ البشري ،دار الايمان / مصر ، ٢٠٠٥، ص ٨١٨

(١٩) حكم محكمة باريس الكبرى في ٢٨/ ٦/ ٢٠٠٥ ، داللوز، ص ٩٨

(٢٠) انظر قرار محكمة باريس المؤرخ في ٥/ ٥/ ١٩٩٨ والذي يقضي على انه (..... لم يكن ممكناً للمساعدة الطبية على الانجاب ان يكون لها من هدف مشروع سوى توفير الولادة للطفل في كشف عائلة مكتمله، وهذا ما يستبعد اللجوء الى مفعوم التخصيب عندما تحل الرابطة بين الزوجين الذين كان عليهما ان ينتظرا الولد وذلك بموت الزوج قبل ان تكون قد احققت المرحلة الأخيرة وهي ز
رع المضغة) منشور في دالوز ،٢٠١٣،ص ٣٨٩

(٢١) حكم محكمة نيوجرسي بتاريخ ٣١/ ٥/ ١٩٨٧ متاح على الموقع الالكتروني الآتي
https://www.jrphil.com/slideshows/how_arc_thy_now_baby_m/

(٢٢) انظر د . احمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص ٥٩٨

(٢٣) انظر م(٦/ د) من قانون تنفيذ احكام المحاكم الاجنبية العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨ ، وم(٢٩٨/ ٤) من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ النافذ

(٢٤) انظر د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ،٢٠١٤، ض ٣١٠

(٢٥) راجع د. محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ،٢٠٠٤، ص ١١٤ وما بعدها

(٢٦) انظر القضية المعروضة على الموقع الالكتروني الاتي تاريخ الزيارة ٢٥/ ٨/ ٢٠٢٢
Httpp://www.alquds.co.uk

(٢٧) قرار محكمة التمييز الاتحادية / هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية ذي العدد ١٠٦٥٧ بتاريخ ٨/ ٨/ ٢٠٢٢ تسلسل ١٠٧٣٤ غير منشور

(٢٨) انظر عرض هذه الاحكام في دالوز ، مصدر سابق ، ص ٢٨-٣١

(٢٩) انظر نصوص التقنين الامريكي الثاني متاح على الرابط الالكتروني
www.columbia.edu/mr2651/../rest2.confi/187 تاريخ الزيارة ٢٦/ ٨/ ٢٠٢٢

(٣٠) لمزيد من المعلومات ، انظر تأجير الأرحام بواشنطن، مقال متاح على الرابط الالكتروني
https://www.exfraconceptions.com/ar/washington-surrogncy-need-know/

(٣١) لمزيد من التفاصيل حول هذه القواعد انظر د. احمد عبد الكريم سلامة ، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥

(٣٢) اختلف الفقه حول مدى تطبيق هذه القواعد ، فذهب رأي الى رفض إعطاء أية أهمية لهذه القواعد عند وجودها في قانون آخر غير قانون القاضي أو القانون المختص بحكم العلاقة التعاقدية ، لان الاعتداد بها يرتب آثاراً ضاره باليقين القانوني ويؤدي الى تجزئة العقد ، في حين يرى آخرون أنه يجب تطبيقها على النزاع تحقيقاً لاعتبارات النفاذ الدولي ، لمزيد من التفاصيل انظر د. احمد محمود الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص ،ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة،٢٠٠٠أص ٢١٦ وما بعدها.

(٣٣) انظر وبنفس المعنى د هشام علي صادق ، مصدر سابق، ص ٣٩٠

(٣٤) بخصوص نشوء هذه القواعد وآلية اعمالها وتمييزها عن غيرها من قواعد تنازع القوانين ، انظر اطروحتنا للدكتوراه د. حسين نعمه نغيمش، الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين –دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون في جامعة بابل ،٢٠٢٢

المصادر

اولاً: الكتب

١. د احمد عبد الكريم سلامة ،علم قاعدة التنازع والاختيار (اصولاً ومنهجاً) ط١ ، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة ،١٩٦٦

٢. د. احمد عبد الكريم سلامة ، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥

٣. د. احمد محمود الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص ،ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة،٢٠٠٠أ

٤. د. شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠١

٥. د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ،٢٠١٤،

٦. د علي هادي عطية الحلامسي، المركز القانوني للجنين في ظل الابحاث الطبية والتقنيات المساعدة في الانجاب ،ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،٢٠١٢

٧. د غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص ، ط٥، دار وائل للنشر/ عمان ، ٢٠١٠

٨. حسني محمد ، عقد إجارة الارحام بين الحظر والاباحة ، ط١، دار النهضة العربية القاهرة ، ٢٠٠٠

٩. د حسنين هيكل ، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الاسلامية، دار الكتب القانونية، مصر ،٢٠٠٧

١٠. د. عطا عبد العاطي المنياطي، بنوك النطف والأجنة دراسة مقارنه في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ،ط١، بدون مكان نشر،٢٠٠١

١١. د سعيد بن منصور، الموسوعة الفقهية للأجنة والاستنساخ البشري، دار الايمان / مصر، ٢٠٠٥

١٢. د. محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ،٢٠٠٤،

ثانياً: البحوث

١. د حسن محمد كاظم وآخرون، مشروعية الحمل لحساب الغير واحكامه ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق تصدر عن كلية القانون جامعة كربلاء، العدد١ ،٢٠١٠

٢. ايثار موسى ، استئجار الارحام في القانون الاماراتي، مقال منشور في جريدة الرؤية الاماراتية، متاح على الموقع الالكتروني الآتي:

https://www.mohamah.net/law/%D8%A7%D8%B3%D8%AA%D8%A6%D8%AC%D8%A7%D8%B1-%D8%A7%D9%84%D8%B1%D8%AD%D9%85-%D9%81%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%A5%D9%85%D8%A7%D8%B1%D8%A7%D8%AA%D9%8A/

٣. د. كريمة عبود جبر استئجار الارحام والآثار المترتبة عليها بحث منشور في مجلة ابحاث كلية التربية الاساسية المجلد ٩ العدد ٣

٤. تأجير الأرحام بواشنطن، مقال متاح على الرابط الالكتروني

https://www.exfraconceptions.com/ar/washington-surrogncy-need-know/

ثالثاً: الرسائل والاطاريح

١- سعاد جاسم محمد الكرعاوي ، عقد اجارة الارحام (دراسة مقارنه، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بابل ، ٢٠١٣

٢- مشتاق عبد الحي التنظيم القانوني للانتفاع بالاجنة البشرية -دراسة مقارنة-رسالة ماجستير مقدمه إلى مجلس كلية القانون في جامعة بابل ٢٠١٦

٣- د. حسين نعمه نغيمش، الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين –دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون في جامعة بابل ،٢٠٢٢

رابعاً: احكام المحاكم

١. قرار محكمة التمييز الاتحادية / هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية ذي العدد ١٠٦٥٧ بتاريخ ٨/ ٨/ ٢٠٢٢ تسلسل ١٠٧٣٤

٢. حكم محكمة باريس الكبرى في ٢٨/ ٦/ ٢٠٠٥ ، داللوز،،٢٠١٣

٣. حكم محكمة نيوجرسي بتاريخ ٣١/ ٥/ ١٩٨٧ متاح على الموقع الالكتروني الآتي

https://www.jrphil.com/slideshows/how_arc_thy_now_baby_m/

خامساً: المصادر الاجنبية

1. Leo Rapc, International Privantrechnt,London,1995,
2. Dr. Bouanaka Essaid ,le droit conventionnel ct I order public derogatoire : entrele principle de favenret « Iinteret des relations jetraxd,universite Abjerrahmance.mira,faculte de jroit etdes politiqnes,2015

سادساً : القوانين والانظمة

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل
٢. قانون تنفيذ احكام المحاكم الاجنبية العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨
٣. القانون المدني المصري رقم
٤. قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ النافذ
٥. التقنين الامريكي الثاني متاح على الرابط الالكتروني

www.columbia.edu/mr2651/../rest2.confi/187