AL-NAHRAIN UNIVERSITY
COLLEGE OF LAW
ISSN:3006- 0605 DOI:10.58255

تنازع القوانين في ميدان تداول المواد البيولوجية البشرية

م.د. بارق يوسف محمد
كلية القانون/ جامعة الفلوجة– العراق
bareqyousef@uofallujah.edu.iq

Conflict of Laws in the Field of Human Biological Material Transfer

Dr. Bariq Yousif Mohammed
College of Law - University of Fallujah – Iraq

This work is licensed under a
Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0)

الملخص : يُعد تداول المواد البيولوجية البشرية، من أعقد القضايا المعاصرة، لما يُثيره من إشكالات قانونية تتعلق بالاختصاص التشريعي وتنازع القوانين، لا سيّما في ظل الطابع الدولي العابر للحدود، الذي أصبحت تتخذه هذه العمليات في كثير من الحالات، بفعل النقص الموجود في كثير من البلدان، والاختلافات التشريعية التي تُجيز أو تحظر التعامل في هذه المواد.

ونظرًا لما تحمله هذه التعاملات من خصوصية أخلاقية وقانونية؛ فتُشكل عقود نقلها مجالًا آخر للدقة والتعقيد، كونها تتضمن نقل عينات أو أنسجة أو خلايا من جسم الإنسان، الأمر الذي يؤدي إلى تداخل القوانين المدنية مع قوانين الصحة العامة، وقواعد حماية حقوق الإنسان، والأخلاقيات الطبية. الأمر الذي يُشكل تحديًا كبيرًا للأطر القانونية التقليدية، وعلى رأسها قواعد تنازع القوانين.

الكلمات المفتاحية: المواد البيولوجية، قانون مكان الزرع، قانون مكان الاستئصال، القانون الشخصي، مجانية التداول، الترخيص الاداري.

Abstract: The trade in human biological materials constitutes one of the most complex contemporary legal issues, due to the legal challenges it raises concerning legislative jurisdiction, particularly given the cross-border and international nature that such transactions often take on. This is largely driven by shortages in many countries and legislative disparities that either permit or prohibit dealings in these materials.

Given the ethical and legal sensitivities surrounding such transactions, contracts for the transfer of human biological materials represent a particularly intricate and precise area. These contracts typically involve the transfer of samples, tissues, or cells from the human body, which leads to an overlap between civil law, public health legislation, human rights protections, and medical ethics. This confluence poses a significant challenge to traditional legal frameworks—foremost among them, the rules governing conflict of laws.

Keywords: Biological materials, law of the place of implantation, law of the place of extraction, personal law, non-commercialization principle, administrative authorization.

المقدمة

موضوع البحث:نتيجة للتطور الهائل الذي يشهده العالم الآن في ميدان التقنيات الطبية؛ لا سيّما في ميدان المواد البيولوجية البشرية النادرة كالأعضاء والأنسجة والنخاع، فقد اصبحت هذه المواد محلاً للتعامل. وفي ظل الحاجة المتزايدة للمواد البيولوجية البشرية، امام ندرتها وعجز الكثير من أنظمة الصحة الوطنية على تلبية كامل الطلب؛ فقد اخذ التعامل بها بعدًا دوليًا، حيث يتم تصديرها من الدولة التي تُستحصل فيها، إلى الدولة التي تستوردها. وتكون عملية انتقالها عبر الحدود محاطة باطار قانوني يرافقه أنواع مختلفة من العقود، بعضها مرتبط بنظم التراخيص الإدارية التي تصدرها سلطات الدولة. وفي ظل هذه الحركة الدولية، تتدخل مؤسسات عامة وخاصة، بعضها يختص باستحصال العضو، وأخرى تعالج وتخزنه بقصد توزيعه، كما هو الحال في البنوك البيولوجية. وبذلك نكون امام ظاهرة اجتماعية تدخل في ميدان القانون الدولي الخاص عمومًا وميدان تنازع القوانين على وجه الخصوص.

اهمية البحث:تكمن أهمية البحث من الناحية النظرية، في كونه يتناول موضوعًا حيويًا حديثًا نسبيًا – لا سيّما فيما يتعلق بإشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق– لم ينلَ القدر الكافي من اهتمام الباحثين والمشرّعين على حد سواء، خصوصًا في عالمنا العربي. أما من الناحية العملية، فتنعكس اهميته على الاشخاص الذين يرمون إجراء هذه العمليات، وعلى المحاكم التي تعرض امامها المنازعات الخاصة بتلك التعاملات، في حل مشكلة تنازع القوانين ومعرفة القانون الذي يحكم تعاملاتهم، وتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود نقل المواد البيولوجية البشرية.

مشكلة البحث:يُثير تداول المواد البيولوجية البشرية عبر الحدود العديد من الإشكاليات القانونية المعقدة، وذلك بفعل التباين في نطاق مفهومها، والاختلاف الكبير في موقف التشريعات الوطنية التي تُجيز أو تحظر التعامل بها، الأمر الذي يثير تنازعًا في القوانين ويدفع إلى التساؤل حول مدى كفاية الإطار القانوني الدولي في حماية الأفراد وضمان الاستخدام الأخلاقي لهذه المواد، لا سيّما في الحالات التي تتعدد فيها الروابط القانونية بين أكثر من دولة، كما لو كان المتبرع في دولة، والمتلقي في دولة أخرى، وتُجرى عملية الزرع في بلد ثالث. هذا التعدد في الروابط يفرض علينا التساؤل عن أي قانون ينبغي أن يُطبّق، قانون الدولة التي جرت فيها عملية الزراعة؟ أم القانون الشخصي للأطراف (المتبرع أو المتلقي)؟ أم ينبغي المزج بين قواعد قانونية متعددة طبقًا لطبيعة كل عنصر من عناصر العلاقة القانونية؟ لذا؛ فالإشكالية الرئيسة هي تحديد القانون الواجب التطبيق على عمليات زراعة المواد البيولوجية البشرية واستئصالها، وما يتفرع عنها من اشكاليات فرعية أخرى تتعلق بالصفة الدولية لعمليات التداول، وتحديد صنف الاسناد الملائم، لا سيّما في ظل الطابع المزدوج الذي تتصف به هذه المواد وارتباطها بكرامة الانسان وحقوقه الشخصية، فضلًا عن اشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود نقل هذه المواد.

تساؤلات البحث:يُعد تداول المواد البيولوجية البشرية مجالًا شخصيًا وطبيًا وقانونًيا حساسًا، ويُثير مجموعة واسعة من التساؤلات القانونية والأخلاقية، لعل ابرزها على سبيل المثال: ما المقصود بالمواد البيولوجية البشرية؟ وكيف تتحقق الصفة الدولية لعمليات تداولها عبر الحدود؟ وما هو صنف الاسناد الملائم؟ وما القانون الواجب التطبيق على

عمليات زراعة المواد البشرية واستئصالها؟ وما القانون الواجب التطبيق على عقود نقل المواد البيولوجية البشرية؟ ومن ثُمّ ما أثر تطبيق القواعد الآمرة في تضييق فرص الاسناد.

هدف البحث:يهدف البحث إلى تسليط الضوء على قواعد تنازع القوانين، للتحقق من مدى نجاعتها في تحديد القانون الواجب التطبيق على التداول الدولي للمواد البيولوجية البشرية، كما يهدف إلى بيان مدى صلاحية قواعد الاسناد العامة الخاصة بالعقود في حكم هذه التعاملات، وهل نحن بحاجة إلى ضوابط إسناد متخصصة تنسجم وطبيعة هذه التعاملات الحساسة، بغية الوصول إلى الغاية الجوهرية من البحث، والمتمثلة بمناقشة هذه القواعد ومحاولة تطويعها مع هذه التعاملات واستخراج الأحكام المناسبة للوضع القانوني والقضائي عندنا في العراق.

منهجية البحث:من اجل ذلك؛ اعتمادنا منهجًا علميًا مركبًا، وصفيًا من جانب سلطنا فيه الضوء على مفهوم المواد البيولوجية البشرية، وموقف النظم القانونية من نطاق هذا المفهوم، فضلًا عن بيان الوصف القانوني السليم للمواد لهذه الفئة من المواد، وتحليليًا من جانب آخر، وذلك بتحليل الافكار القانونية السائدة في الدول التي تُجيز هذه التعاملات. اما المنهج المقارن فهو أمّر حتميّ تقتضيه طبيعة الدراسة التي تجاوزت الحدود التشريعية والاقليمية للدول.

خطة البحث:ومن اجل الاحاطة بموضوع تنازع القوانين في ميدان تداول المواد البيولوجية البشرية؛ فقد وزِعت الدراسة على ثلاث مباحث، الاول: تداول المواد البيولوجية البشرية عبر الحدود، والثاني: القانون الواجب التطبيق على زراعة المواد البيولوجية البشرية واستئصالها، والثالث: القانون الواجب التطبيق على العقود المتعلقة بتداول المواد البيولوجية البشرية.

المبحث الأول

تداول المواد البيولوجية البشرية عبر الحدود

يُراد بتداول المواد البيولوجية عبر الحدود نقل الأعضاء أو زراعتها طبيًا عمليات جراحية تقوم على استبدال العضو المريض لدى الشخص المستقبل بعضو آخر سليم من الشخص الواهب، وهذا الأخير ربما يكون على قيد الحياة أو ميتاً، ويختلف مركزه القانوني بحسب التشريعات التي تنطوي على أحكام متباينة، على سبيل المثال، فيما يتعلق بنقل الأعضاء فيما بين الأحياء، يوجد أنموذجان مشهوران في العالم: الأنموذج الأول: المعروف في الدول الاسكندنافية، وهو المتحرر، الذي يسمح لكل شخص أن يوافق على هبة عضو إلى شخص آخر، ولو كان خارج نطاق الأسرة، والأنموذج الثاني، الذي يمثله القانون الفرنسي، الأكثر تقييداً، فلا يجيز الهبة سوى بين أفراد الأسرة (الأب، والأم، والزوج، والأخوة، والأخوات، والأبناء والبنات، والأجداد، والأعمام، والعمات، وأبناء العم، وبنات العم، وزوجة الأب، وزوج الأم)، أو المعيشة المشتركة للواهب مع المستقبل لمدة لا تقل عن سنتين، أو عند إثبات وجود رابطة عاطفية وثيقة ومستقرة منذ سنتين على الأقل مع المستقبل[١].

وعند فحص الأنموذجين التشريعيين، يتبين وجود نقطة مشتركة بينهما، تتعلق بمجانية الهبة.

(1) Art L1231-1 du code français de la santé publique.

بيد أن اتجاه معاكساً يطالب بوجود أنموذج اقتصادي، أي الترخيص ببيع الأعضاء والسماح بإنشاء سوق للأعضاء البشرية. والحقيقة يوجد نظام قانوني واحد في العالم يؤيد صراحة هذه لرؤية الاقتصادية: ففي القانون الإيراني، يعد نقل الأعضاء على سبيل المعاوضة جائز قانوناً[١].

أما بشأن زراعة أعضاء الأشخاص المتوفين، فثمة اختلافات كبيرة كذلك، فالنظم الوطنية تختلف تبعاً للمكانة التي تمنحها لرضا هذا الشخص. في بعض القوانين، كالقانون الفرنسي، يكتفى بإثبات بأن الشخص لم يكن معترضاً في حياته من استئصال العضو لغرض زراعته لدى شخص آخر. وهذا الإثبات يمكن تقديمه بأي وسيلة منها، على سبيل المثال: القيد في السجل الوطني، أو شهادة الأسرة .. وغير ذلك[٢]، وفي المقابل، توجد نظم قانونية تفرض على المتبرع أن يصرح علناً عن دعمه لهذا التبرع. ونتيجة هذا التباين التشريعي، تكون الدول الأكثر تحرراً، من الناحية القانونية أو الواقعية، أراض رحبة لاستقبال المرضى من الدول ذات التشريعيات المقيّدة في ميدان زراعة الأعضاء البشرية.

إن النصوص القانونية التي تحظر أو تقيّد هذه العمليات لا تشكل الدافع الوحيد للانتقال عبر الحدود ونقل الأعضاء، بل يضاف إلى ذلك نقص الأعضاء في بلد المريض، والتكاليف المالية للعملية[٣]، أو توفر الإمكانات الطبية لمثل هذا النوع من العمليات.

لهذا؛ يُثير موضوع تداول المواد البيولوجية البشرية عبر الحدود العديد من التحديات القانونية، ابرزها ما يتعلق بنطاق مفهوم المواد البيولوجية البشرية، فضلًا عما تُثيره هذه العمليات من اشكالية معقدة تتعلق بتنازع القوانين، لا سيّما في ظل اختلاف وتباين موقف النظم القانونية المنظمة لهذه العمليات الامر الذي يُوجب ايضاحه في مطلبين، وكما يأتي:

المطلب الأول

مفهوم المواد البيولوجية البشرية

يشمل مفهوم (المواد البشرية) منتجات الجسم البشري، وأجزاءه، ويقصد بأجزاء الجسم أعضاؤه، مثل: الكليتان، والرئتان، والقلب، والأمعاء، والكبد، والبنكرياس، والأعضاء التناسلية، والنخاع، والخلايا والأنسجة، والجلد، والقرنية، والأوردة، والشرايين، أما منتجات الجسم، فهي: الشعر، والأظافر، والأسنان، والدم، حليب الأم، والإفرازات[٤].

وتعد المواد البيولوجية البشرية ذات طابع مزدوج، فهي ذات طابع مادي قابل للتداول تستخدم للأغراض العلمية، في نطاق النشاط البحثي، أو لأغراض ربحية، في إطار عمليات نقل هذه المواد وزراعتها، ومن جهة اخرى لها طابع معنوي يتعلق بكرامة الانسان وحقوقه الشخصية ومن ثم تقييد أو حظر استخدامها أو التعامل بها حماية لكرامة الانسان واحترامًا لحقوقه الاساسية.

---

(1) Mathias AUDIT, Bioéthique et droit international privé, RCADI, Vol. 373, 2014, n°156, p.319.
(2) Art L1232-1 du code français de la santé publique.
(3) Mathias AUDIT, op.cit, p.319.
(4) Mathias AUDIT, *précit*., p.317.

ونتيجة لتباين موقف النظم القانونية من عمليات تداول المواد البيولوجية البشرية عبر الحدود؛ اصبح ضروريًا التطرق إلى نطاق مفهومها في ظل النظم القانونية المختلفة، ومن ثم بيان الصفة الدولية لعمليات تداولها من خلال ما تشهده من حركة متزايدة على مستوى الأشخاص أو المواد البيولوجية، وهو ما سنوضحه في الفرعين الآتيين، وكما يأتي:

الفرع الأول

نطاق مفهوم المواد البيولوجية البشرية

تتفاوت النظم القانونية بشأن مفهوم المواد البيولوجية البشرية، فعلى مستوى القانون الأوروبي، يعرف التوجيه الأوروبي الخاص بقواعد كفاءة الأعضاء البشرية وسلامتها المخصصة للزراعة لعام ٢٠١٠ كلمة (العضو) بأنه: "جزء مميز من جسم الإنسان، يتكون من أنسجة مختلفة، يحافظ على هيكله وتكونه الوعائي وقدرته على أداء وظائفه الفسيولوجية؛ ويعد الجزء من العضو كالعضو إذا كان مخصصاً للاستخدام للأغراض ذاتها التي يؤديها العضو الكامل في جسم الإنسان، مع الحفاظ على هيكله وتكوينه الوعائي."[١].

في حين يشمل مفهوم (المواد البيولوجية البشرية) (matériaux biologiques d'origine humaine) في القانون الفرنسي، أجزاء الجسم البشري (éléments du corps humain)، ومنتجاته (produits du corps humain)، والمقصود بأجزاء الجسم أعضاؤه (les organes)، ومثال ذلك: الكليتان، والرئتان، والقلب، والأمعاء، والكبد، والبنكرياس، والأعضاء التناسلية، والنخاع، والخلايا والأنسجة، والجلد، والقرنية، والأوردة، والشرايين. أما معنى منتجات الجسم، فهي: الشعر، والأظافر، والأسنان، والدم، حليب الأم، والإفرازات[٢].

اما على صعيد التشريعات العربية فقد جاء القانون العربي الاسترشادي لتنظيم زراعة الأعضاء البشرية ومنع مكافحة الاتجار بها فيستخدم لفظ (عضو بشري) ويعرفه بأنه: "كل جزء من جسم الإنسان أو جثته"، وكلمة (النسيج) هي "خليط من المركبات العضوية كالخلايا والألياف التي تعطي في مجموعها ذاتية تشريحية تتفق وعمل النسيج كالضام والعضلي والعصبي"، ولا يجوز نقل الأعضاء التناسلية التي تحمل الصفات الوراثية من جسم إنسان حي أو من جثة متوفى وزرعها في جسم إنسان حي آخر[٣].

ويعرف قانون رقم ١٥ لسنة ٢٠١٥ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية القطري (العضو) بأنه: "مجموعة الأنسجة والخلايا المترابطة المأخوذة من الجسم البشري الحي أو جثة المتوفى، والتي تشترك في أداء وظيفة حيوية واحدة"[٤].

---

(1) DIRECTIVE 2010/45/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 7 juillet 2010 relative aux normes de qualité et de sécurité des organes humains destinés à la transplantation, JOUE, 6.8.2010, L 207/14 à L 207/29.

(2) Mathias AUDIT, op.cit, p.317. ; LOI no 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, JORF, n°175, du 30 juillet 1994.

(٣) المادتان (٢) و (٢٠) من القانون العربي الاسترشادي لتنظيم زراعة الأعضاء البشرية ومنع مكافحة الاتجار بها لعام ٢٠٠٩.

(٤) المادة (١) من القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠١٥م، بشأن تنظيم نقل وزراعة الاعضاء البشرية القطري.

أما قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الاتجار بها رقم ١١ لسنة ٢٠١٦ فهو ينطلق من عنوان (الأعضاء البشرية) ثم يفرق بين مصطلح (العضو البشري) ويعرفه بأنه: "كل جزء من جسم الإنسان الحي أو من الميت"، ولفظ (أنسجة بشرية) ويقصد بها: "جزء من أي عضو بشري ينزع من إنسان حي أو ميت"، ولم يجز هذا القانون نقل أعضاء أو أنسجة بشرية من جسم إنسان حي إلى آخر يؤدي إلى اختلاط الأنساب، ولا نقل الأعضاء التناسلية من جثة المتوفى وزرعها في جسم إنسان حي[١].

ورغم ذلك، ثمة تباين ملحوظ بين التشريعات المحلية في ميدان تداول المواد البيولوجية البشرية، يمكن تحديده في المسائل المهمة الآتية:

١. تجعل قوانين بعض الدول الغرض من تنظيم تداول هذه المواد هو العلاج[٢]، بينما تشير قوانين دول أخرى إلى إمكانية استخدام هذه المواد للأغراض العلمية[٣].
٢. تقتصر بعض التشريعات على تنظيم استئصال الأعضاء ونقلها وزراعتها[٤]، وتشمل قوانين أخرى بالتنظيم عمليات الحفظ[٥] والاستيراد[٦]، وتنظم قوانين دول أخرى زيادة على ذلك مسألة جمع المنتجات البيولوجية البشرية[٧].
٣. تحكم قوانين الدول العربية جميعها بحظر نقل أو زراعة الأعضاء أو الأنسجة التي تحمل الصفات الوراثية أو تؤدي إلى اختلاط الانساب، فلا يجوز التبرع بالأعضاء التناسلية الذكرية أو الأنثوية ولا بالحيامن والبويضات. أما القوانين الأوروبية، وفي مقدمتها القانون الفرنسي، فيحمل أحكاماً خاصة بهبة الأمشاج واستعمالها[٨].

---

[١] المواد (١/ خامساً وسادساً) و (٥/ ثالثاً) و (١٦) من قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الاتجار بها رقم ١١ لسنة ٢٠١٦، منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٤٠٥ والتاريخ ٢٠١٦/٥/١٦.

[٢] المادة (٢) من قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الاتجار بها العراقي. غير أن الفقرة (رابعاً) من المادة (٥) من هذا القانون التي تتعلق بنقل الأعضاء بين الأحياء جاءت بنص غريب (يحظر استئصال= =الأعضاء البشرية أو الأنسجة أو نقلها أو زرعها إلا لغرض علاجي أو للأغراض العلمية) والغرابة فيه أنه لا يفرق بين الأعضاء والأنسجة من جانب، ويسمح بالاستئصال والنقل والزراعة بين الأحياء للأغراض العلمية من جانب آخر!. والمادة (٢) من قانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية المصري. والمادة (٥) من القانون العربي الاسترشادي لتنظيم زراعة الأعضاء البشرية ومنع ومكافحة الاتجار فيها.

[٣] يجيز قانون رقم ١٥ لسنة ٢٠١٥ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية في المادة (٤) منه استئصال عضو للأغراض العلمية والطبية من جثث الموتى فقط. ويميز القانون الفرنسي بين الأعضاء من جهة، والخلايا والأنسجة والمنتجات من جهة أخرى؛ فلا يجوز استخدام الأعضاء لأغراض البحث العلمي إلّا إذا استؤصلت من جثة إنسان ميت، وهذا ما تؤكده المادة (L.671-7) من قانون الصحة العامة. أما الخلايا والأنسجة والمنتجات فيجوز استخدامها للأغراض العلاجية والعلمية، سواء أزيلت من جسم إنسان حي أم من جثة ميت، طبقاً لحكم المادة (L.672-4) من قانون الصحة العامة.

[٤] قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الاتجار بها العراقي. قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية المصري.

[٥] أشارت الأحكام الختامية في قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الاتجار بها العراقي إمكانية إنشاء مصارف لحفظ الأنسجة وتنظيم ذلك بموجب تعليمات يصدرها وزير الصحة، لم تصدر لحد الآن. قانون تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية القطري.

[٦] قرار بقانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٧ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية الفلسطيني.

[7] L.665-11 de code de la santé publique français.

[8] L.673-1 à L.673-7 de code de la santé publique français.

٤. تختلف النظم القانون المحلية فيما بينها بشأن نطاق التداول للأعضاء البشرية، فثمة من يسمح به بين الأقارب[١]، أو بين الوطنيين[٢]، أو بين أي شخص متبرع وآخر متلقي في الإقليم بصرف النظر عن صلة القرابة وعن الجنسية[٣]، أو اشتراط القرابة عند التبرع بالأعضاء بين الأحياء[٤]، وعدم اشتراطها إذا كان النقل من جثث الموتى إلى الأحياء أو إذا كان الأمر يتعلق باستئصال الخلايا والأنسجة وجمع المنتجات البشرية[٥].

الفرع الثاني

الصفة الدولية لعمليات تداول المواد البيولوجية البشرية

في الحقيقة توجد أسباب عدة دفعت إلى حركة المواد البيولوجية بين البلدان: إذ تعزى ظاهرة تداول المواد البشرية عبر الحدود الوطنية إلى نقص هذه المواد في بلدان عديدة؛ والتكاليف الباهظة لإجراء عمليات زراعة الأعضاء؛ وعدم توفر الإمكانات الطبية لإجراء مثل هذا النوع من العمليات[٦]؛ ومن أبرز أسباب وجود هذه الظاهرة أنها نبتت وانتشرت نتيجة الاختلافات المهمة والعديدة بين التشريعات الوطنية التي تتسامح أو تتشدد في التعامل مع هذا الموضوع، فتكون الدول الأكثر تحرراً، من الناحية القانونية أو الواقعية، أراض رحبة لاستقبال المرضى على خلاف الدول ذات التشريعيات المقيّدة في ميدان زراعة الأعضاء البشرية.

وتتجلى صور هذا التداول في انتقال الأشخاص، سواء كانوا متبرعين أم متلقين، من دولة إلى أخرى، وفي إبرام العقود، سواء كانت عقود معاوضة أم تبرع، تنطوي على نقل دولي لمواد بيولوجية بشرية[٧]. وفي كلتا الحالتين، نكون بصدد ظواهر اجتماعية تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص، فالمريض الذي يسافر إلى بلد أجنبي لإجراء عملية زراعة عضو معين، كما أن المواد البشرية ذاتها يمكن نقلها من بلد إلى آخر.

---

[١] يعد اشتراط وجود صلة جينية أو قانونية أو عاطفية بين المتبرعين والمتلقين أحد المبادئ التوجيهية لمنظمة الصحة العالمية بشأن زرع الخلايا والأنسجة والأعضاء البشرية لعام ٢٠١٠. فعلى سبيل المثال، تحدد المادة (٦) من قانون تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية القطري درجة القرابة حتى الدرجة الرابعة، ويجوز استثناء= =التبرع لغير الأقارب عند وجود الحاجة الماسة والعاجلة. المادة (٢٢) من قرار بقانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٧ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية الفلسطيني.

[٢] المادة (٣) من قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية المصري، ويطبق القانون على ألأجانب من جنسية واحدة، ويشمل النص غير الأقرباء في حالة الضرورة. والمادة (٢٣) من قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الاتجار بها العراقي، ويجوز أن يستفيد الأجنبي من احكام القانون إذا كانت له صلة قرابة بشخص عراقي.

[٣] القانون العربي الاسترشادي لتنظيم زراعة الأعضاء البشرية ومنع ومكافحة الاتجار بها.

[٤] تشترط المادة (L.1231-1) من قانون الصحة العامة الفرنسي أن يكون التبرع بين أفراد الأسرة (الأب، الأم، الزوج، الأخوة والأخوات، الأبناء، الأجداد والجدات، الأعمال والعمات، وأبناء العم، زوجة الأب، زوج الأم) أو الهبة بين شخصين تجمعهما معيشة مشتركة بلا زواج لمدة لا تقل عن سنتين، أو عند وجود رابطة عاطفية وثيقة ومستقرة منذ سنتين.

[5] Les articles L.671-3, L.671-7, L.672-4 du code de la santé publique français.

[6] Mathias AUDIT, précit., n°161, p.319.

[7] Mathias AUDIT, *précit*., n°157, p.317.

ومن ثُمَّ فإن حركة الأشخاص عبر الحدود الوطنية لغرض إجراء عمليات زرع أو هبة الأعضاء البشرية ظاهرة اجتماعية جديرة بالملاحظة أثارت دراسات ذات طبيعة اجتماعية وإحصائية، ولكنها لم تسلط الضوء على جوانب القانون الدولي الخاص لا سيّما فيما يتعلق بميدان تنازع القوانين واشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على وجه الخصوص[١].

لذا؛ فلا شك دولية عمليات تداول المواد البيولوجية البشرية عبر الحدود، وذلك لتداخل النظم قانونية الحاكمة لهذه العمليات، التي تتجاوز حدود الدولة الواحدة، كأن تجمع المواد في دولة، وتُخزن في دولة، وتُحلل في أخرى، أو تُنقل إلى دول اخرى في الخارج، وتبدو الصفة الدولية اكثر وضوحًا في الاحوال الناجمة عن حركة الاشخاص عبر الحدود لإجراء هذه العمليات، خصوصًا في الاحوال التي تتعلق بأشخاص من جنسيات مختلفة.

ويُلاحظ في هذا الشأن، ان هناك ترابطًا وثيقًا بين الصفة الدولية لعمليات تداول المواد البيولوجية البشرية ونطاق تطبيق القانون المحلي، لا سيّما عند تسليط الضوء على أحكام القوانين الوطنية لبلدان مختلفة، فكلما كان نطاق التطبيق محصوراً بالوطنيين فقط، انعدمت فرصة هبة الوطني لأحد أعضائه للأجنبي، ومن ثم أغلق الباب دون العنصر الأجنبي في العلاقة، فقانون عمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الاتجار بها رقم ١١ لسنة ٢٠١٦ في جمهورية العراق، على سبيل المثال، يعطي الأولوية في نقل الأعضاء من الأحياء العراقيين إلى العراقيين، ويستثنى من ذلك المتلقي غير العراقي الذي يكون قريباً للمتبرع. ولم يمنع المشرع العراقي أن يكون الأجنبي متبرعاً، سواء كان المتلقي عراقياً أم أجنبياً، لتطبيق احكام القانون العراقي. كما لا يوجد ذكر لمسألة وصية العراقي بأحد أعضائه لأجنبي بعد موته.

وتحظر فئة أخرى من القوانين[٢]، صراحة نقل العضو من الوطني إلى الأجنبي، ولا يستثني من ذلك سوى الأزواج الذين يكون أحدهما أجنبياً ومضي ثلاث سنوات على الزواج، وكذلك عمليات الزرع بين أبناء الأم الوطنية والأب الأجنبي، كما أن نقل الأعضاء من الأموات إلى الأحياء بطريق الوصية غير جائز إلّا بين الوطنيين، بيد أن هذه القوانين لا تحظر عمليات نقل الأعضاء وزراعتها في الإقليم الوطني إذا جرت بين أجانب يحملون جنسية الدولة نفسها.

وتنطوي قوانين دول أخرى[٣]، على نصوص صريحة على تطبيقه داخل الدولة، ولكن لم ترد فيها أي إشارة إلى حصر إجراء عمليات نقل الأعضاء والأنسجة وزراعتها فيما بين الوطنيين، ويشترط أن يتم التبرع فيما بين الأقارب،

---

(1) Mathias AUDIT, *précit.*, n°161, p.320.

(2) المادتان (٣ و ٨) من القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية المصري؛ والمادة (٢٢) من قرار بقانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٧ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية الفلسطيني.

(٣) المادتان (٢، ١٢) من مرسوم بقانون اتحادي (الاماراتي) ٥ لسنة ٢٠١٦ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء والأنسجة البشرية. والقانون المغربي رقم ٩٨-١٦ المتعلق بالتبرع بالأعضاء البشرية وأخذها وزرعها.

Les articles L.671-3, L.671-7, L.672-4, L.1231-1 du code de la santé publique français.

بمفهوم واسع، يصل حتى الدرجة الرابعة، وهذا يعني إمكانية التبرع فيما بين الأجانب، سواء كانوا من جنسية واحدة أم من جنسيات مختلفة، وفيما بين الوطنيين والأجانب.

وتبدو الفئة الأخيرة أكثر القوانين انفتاحاً، لأنها لم تحصر التبرع بالأعضاء والأنسجة فيما بين الوطنيين، كما لم يمنع تبرع الوطني إلى الأجنبي أو التلقي منه، بل ولم يشترط حتى إقامة الأجنبي في الإقليم الوطني[١].

المطلب الثاني

أثر تداول المواد البيولوجية البشرية عبر الحدود في تنازع القوانين

تُثير ظاهرة تدفق المواد البيولوجية البشرية عبر الحدود الوطنية، اشكاليات متعددة تبدأ بظهور مشكلة تنازع القوانين، ورحلة البحث عن القانون الواجب التطبيق، لا سيّما وأن المواد البيولوجية البشرية لا تندرج ضمن صنف اسناد واضح من التصنيفات التقليدية المتفق عليها عالميًا، مما يؤدي إلى تباين في المواقف التشريعية بين الدول، ويطرح تساؤلات جوهرية حول طبيعتها القانونية: هل تُعامل معاملة الأشياء؟ أم تُخضع لأحكام الكائن الحي والكرامة الإنسانية؟

وفي كلتا الحالتين، نكون بصدد ظواهر اجتماعية تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص عمومًا وميدان تنازع القوانين على وجه الخصوص؛ لا سيّما في الاحوال التي يتم تجميع المواد في دولة، وخزنها في أخرى، ومن ثُمَّ نقلها إلى دولة ثالثة في الخارج، مما يُعقد من عملية معرفة القانون الذي يجب أن يُطبق، فضلًا عن حالة انتقال الأشخاص من دولة إلى أخرى، وإبرام العقود، سواء كانت عقود معاوضة أم تبرع، تنطوي على نقل دولي لمواد الجسم البشري، وهو ما يستتبع معه الحاجة إلى تحديد النظام القانوني المنطبق على هذه المعاملات. لذا؛ اصبح ضروريًا تناول هاتين الاشكاليتين بالبحث، وكما يأتي:

الفرع الأول

ظهور مشكلة تنازع القوانين وتحدياتها

من المعلوم لدى المختصين في ميدان القانون الدولي الخاص، بأن تنازعًا مفترضًا بين القوانين المحلية يقوم لمجرد ارتباط عناصر العلاقة القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد، وبتعبير أكثر دقة، امتداد نطاق تطبيق قانونين أو أكثر ليشمل هذه العلاقة[٢]، وأن الرابطة التي يكون محلها نقل مواد بيولوجية من جسم إنسان وطني إلى آخر في بلد

---

[١] لم ينطوِ القانون القطري رقم ١٥ لسنة ٢٠١٥ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية سوى على نص، يمكن وصفه بأنه تشجيعي، في المادة (١٧) منه التي تجيز توفير الرعاية الصحية للمتبرعين أو المتلقين من الأجانب المقيمين في دولة قطر مجاناً. كذلك الحال، في: القانون الكويتي رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ في شأن زراعة الأعضاء (٥٥ / ١٩٨٧)، والقانون التونسي عدد ٢٢ لسنة ١٩٩١ المؤرخ في ٢٥ مارس ١٩٩١، والقانون الجزائري رقم ٨٥-٠٥ الصادر في ١٦ فبراير ١٩٨٥ يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، وقانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٧ الأردني.

[2] Pierre GOTHOT et Paul LAGARDE, Conflits de lois (Principes généraux), Rép. internat. DALLOZ, Janvier 2006, n°13. ; Marie-Laure Niboyet et Géraud de Geouffre de la Pradelle, Droit international privé, 7ème éd., L.G.D.J., Paris, 2009, p. 89, n°100.

أجنبي، أو نقلها من بلد إلى آخر، أو زرعها في جسم إنسان مقيم في بلد أجنبي، يثير تساؤلًا بشأن قانون أي بلد سيحكم زراعة هذه المادة، أو يحكم استئصالها، أو يحكم عقد نقلها، أو يحكم إمكانية الاتجار بها.

وبصرف النظر عن القانون الشخصي للمتبرع والمتلقي، يظهر التنافس – على سبيل المثال – بين قانون مكان زراعة المادة ومكان استئصالها، ومحل إقامة المتبرع ومحل إقامة المتلقي، وبلد استيراد المادة وبلد تصديرها.

فإذا كانت صفة التنازع الدولية جلية، ربما يشكك باحث في نشوء هذا التنازع في ميدان يتعلق بقوانين الصحة العامة التي تتردد بين القانون العام والقانون الخاص[١]، وتطبيق معايير التمييز بينهما[٢] على قوانين الصحة العامة والتشريعات الطبية يجعلها تدخل تارة في أسرة القانون العام، وتضم إلى فرع القانون الخاص تارة أخرى، بيد أن تعلقها بصحة المجتمع وأفراده، وانطوائها على أحكام تخص أشخاص القانون الخاص، الطبيعيون غالباً، والمعنويون بحسب مقتضى الحال، والإحالة إلى أحكام القانون المدني في بعض المسائل، وقيام المحاكم، العادية أو الإدارية، بالبت في قضايا تثير مشكلة تنازع القوانين[٣]، كل ذلك يدفع نحو حشر هذا النوع من القوانين التي تتعلق بزراعة الأعضاء البشرية في فئة القوانين التي لها صفة مميزة تكاد تكون مستقلة وهي القوانين الاجتماعية[٤]، وهذه الأخيرة ذاتها تعد من تفرعات القانون الخاص[٥]، ومن الضروري لفت النظر إلى أن تنازع القوانين لا يشمل سوى الحقوق الخاصة التي تنظمها هذه القوانين، ولا يمتد لبقية الأحكام ذات الصبغة الإدارية والعقابية[٦].

اما بشأن تحديات منهج الإسناد، فلا شك إن أول ما يواجه منهج الإسناد هو فقدان الوسيلة الأساسية لحل مشكلة تنازع القوانين ألا وهي قاعدة الإسناد؛ فالتقنينات الحديثة الموحدة بشأن القانون الدولي الخاص، وقواعد تنازع القوانين في القوانين المدنية تخلو من قواعد إسناد متخصصة في ميدان نقل وزراعة المواد البيولوجية البشرية، وحتى القوانين الخاصة التي تنظم هذا النوع من العمليات لم تنطو على نص صريح يعكس قاعدة إسناد، ولا أي إحالة إلى القانون العام المشترك (القانون المدني) لمعالجة احتمال وقوع تنازع القوانين.

---

[١] تتضمن قوانين الصحة العامة، والقوانين التي تعالج زراعة الأعضاء البشرية، أحكاماً تتعلق بالتراخيص الإدارية، وأخرى عقابية تترتب على مخالفة أحكامها، وأخرى تتعلق بإرادة الشخص وتصرفه وأهليته في ميدان القانون المدني أو قانون الأحوال الشخصية.

[٢] معايير التمييز بين القانون العام والقانون الخاص هي: معيار الأشخاص أطراف العلاقة القانونية، ومعيار درجة الالتزام في الأحكام القانونية، ومعيار المصلحة، ومعيار أصحاب المصلحة. ينظر للتفصيل: د. حسن كيره، الموجز في المدخل للقانون، ط١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٠، الصفحتان ٤٩ و ٥٠. كذلك: د. رياض القيسي، علم أصول القانون، ط١، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٢، ص٢٨١.

[3] Muriel JOSSELIN-GALL, BIOÉTHIQUE, Rép. internat. Dalloz, Octobre 2011, n°29 et 40.; Konstantinos A. ROKAS, L'ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ COMPARÉ, Thèse, Université PANTHÉON-SORBONNE (Paris 1), 2016, p.174 à 177.

[٤] ومثال القوانين الاجتماعية : قوانين العمل، وقوانين الضمان الاجتماعي التي تهدف لحماية صحة الإنسان، ودخله، وعجزه، وإصابته أثناء العمل أو خارجه، ووضعه الأسري، ومحل إقامته.

[5] B. Starck, H. Roland, L. Boyer, INTRODUCTION AU DROIT, 5ème *éd.*, Litec, 2000, p.83, n°184.

[6] Muriel JOSSELIN-GALL, *précit.*, n°45.

ومن هنا، تنشط فرص تطبيق قواعد الإسناد العامة المنصوص عليها في قانون القاضي، وتبدأ صعوبات كيفية تطبيقها على علاقة قانونية تتعلق بتداول المواد البيولوجية البشرية؛ فلا يمكن القول بأن هذه العلاقة سيحكمها نوع محدد من قواعد تنازع القوانين، لأن المشكلات التي تثيرها متنوعة، وتطلب كل واحدة منها حلاً ملائماً. ولتوضيح ذلك، إذا تعلق الأمر بعلاقة تعاقدية، تطبق قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود الدولية، وإذا كانت المسألة تخص أهلية المتلقي أو المتبرع فيحكمها القانون الشخصي لكل واحد منهما، ولو قام المتبرع بالتصرف بأحد أعضائه إلى ما بعد الموت فتخضع للقانون الذي يحكم الوصية، وإذا أصاب المتبرع أو المتلقي ضرر من عملية الزرع وتمكن من إثبات خطأ الطبيب أو الجهة الطبية فنكون بصدد قاعد إسناد خاصة بالفعل الضار، وعندما يتم نقل أشياء (مواد بيولوجية ذات أصل بشري) من بلد إلى آخر – مهما كان تكييفها – وكانت قابلة للتصرف فيها فيحل مشكل تنازع القوانين بشأن الحقوق العينية التي تترتب عليها قاعدة الاسناد الخاصة بالأموال.

الفرع الثاني

تصنيف مفهوم المواد البيولوجية البشرية

يشكل تصنيف المواد البيولوجية البشرية أحد التحديات الأساسية التي تُثيرها عملية تداولها عبر الحدود الدولية، لما لها من اثر على تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية الخاصة الدولية المتعلقة بنقل أو زرع الاعضاء البشرية، والتي تشمل الأعضاء والأنسجة والخلايا والمواد الجينية المستخرجة من جسم الإنسان، كونها من العناصر الحساسة ذات الطابع المزدوج، فهي تحمل من جهة طابعًا ماديًا قابلًا للتداول، ومن جهة أخرى تمسّ جوهر الكرامة الإنسانية والحقوق الشخصية، وقد انتجت الطبيعة المزدوجة للمواد البيولوجية إشكالية قانونية حقيقية عند انتقال هذه المواد بين الدول، بسبب اختلاف التكييف القانوني لها بين الأنظمة، ما يؤدي إلى تنازع في القوانين الوطنية المطبقة[١].

نظريًا يمكن عَدّ المواد البيولوجية البشرية بعد فصلها عن جسم الانسان (كالخلايا الجذعية المصنعة، العينات الوراثية) أشياء مادية منقولة تخضع لصنف الأموال، وتعامل المادة البيولوجية كشيء يمكن امتلاكه، بيعه، التعاقد عليه، ومن ثُمَّ يحكمها القانون الذي يحكم الأموال المنقولة (عادة قانون موقع الشيء أو قانون العقد)[٢]. لكن هذا التكييف يصطدم بقواعد النظام العام، التي تمنع الاتجار بأعضاء الإنسان وتفرض قيودًا أخلاقية، كونه يؤدي إلى نتائج قانونية غير منسجمة، حيث تجيز بعض الدول ما تمنعه دول أخرى[٣]، فضلًا عن كونه لا ينطبق على الأعضاء أو الأنسجة المرتبطة بالحياة والهوية الإنسانية.

---

(1) F. Bellivier et Ch. Noiville, « La circulation d'éléments et produits du corps humain: quand la propriété-exclusivité occulte la question de l'accès », RDC, 2008/4, p. 1357.

(2) Mathias AUDIT, *précit*., n°161, p.333.

(3) القاعدة العامة في القوانين المقارنة، ومنها القانون المدني الفرنسي والمصري، هي حظر التعامل المالي بالأعضاء البشرية، وهو ما يتعارض مع تكييفها كأموال قابلة للبيع.

وكنظرة بديلة يمكن عَدّ المواد البيولوجية كجزء من الشخصية القانونية (صنف الحقوق الشخصية)، وهنا يُنظر إلى المادة البيولوجية كامتداد غير قابل للتصرف للإنسان، وتُحمى بموجب قواعد الحقوق اللصيقة بالشخص (مثل الحق في الكرامة، والخصوصية، والسلامة الجسدية)، ومن ثُمَّ يُفترض تطبيق القانون الشخصي للمتبرع (lex personalis)، بغض النظر عن موقع المادة، فضلًا عن ذلك تُصنيف المواد البيولوجية ضمن الحالة الشخصية (كالاسم، والنسب)[١] ويؤدي هذا التصنيف إلى تطبيق القانون الوطني للشخص الذي أُخذت منه المادة، نظرًا لأن الحالة الشخصية تُنظَّم بالقانون الشخصي، وهذا التكييف يحسم مسألة التنازع: لأن الحالة الشخصية تخضع غالبًا في القوانين المقارنة لقانون الجنسية أو الموطن.

والتصنيف الأحدث والأكثر انتشارًا هو ربط هذه المواد بالحق في الحياة الخاصة، وحقوق الشخصية اللصيقة بالشخص، غير القابلة للتعامل أو التنازل (كالكرامة الإنسانية، والهوية الجينية). وتبدو رجاحة هذا التصنيف كونه يُفضي إلى ضرورة احترام الخصوصية الوراثية، وحفظ كرامة الإنسان ويمنع الاتجار به، ويؤسس لمفهوم "السيادة الفردية" على المادة الجينية كجزء من الحياة الخاصة، ويعطي الأولوية للموافقة الحرة، وفضلًا عن مسايرته للمعايير الدولية[٢] وتوجهات القضاء المقارن[٣]، يُوفر هذا التصنيف أساسًا موضوعيًا لحل تنازع القوانين بتطبيق القانون الشخصي للمانح أو المتبرع (lex personae). ولا يجوز الاتفاق على تطبيق قانون آخر يُخالف النظام العام (مثل قانون يجيز بيع الأعضاء)، ومن ثم تتحقق العدالة القانونية الدولية بحماية الإنسان كغاية لا كوسيلة[٤].

وتلافيًا لهذه إشكالية، نرى ان تصنيف هذه المواد ضمن صنف الحقوق الشخصية أو الحالة الشخصية هو الأنسب والأكثر انسجامًا مع القيم الإنسانية، والمعايير الدولية، وضرورات الأمن القانوني، إذ أن تصنيف المواد البيولوجية البشرية لا يمكن أن يتم من منظور مادي صرف، بل يجب أن يأخذ بعين الاعتبار بعدها الإنساني. فقبل فصلها عن الجسد هي جزء من كيان الإنسان، يخضع لحماية القانون الشخصي، بعد الانفصال يمكن تصنيفها كشيء مادي، لكن تبقى الحقوق الشخصية (مثل الموافقة، الخصوصية) سارية، وذلك لتفادي اختزال الإنسان إلى مصدر لمواد قابلة للتداول، في انتهاك مباشر لحقوقه الأساسية.

المبحث الثاني

---

(1) Mathias AUDIT, *précit*., n°161, p.320.

(2) UNESCO. Universal Declaration on Bioethics and Human Rights. Paris: UNESCO, 2009.=

=الذي يُجسّد أولوية كرامة الإنسان والموافقة الحرة والخصوصية، مشدداً على أن "مصالح الفرد يجب أن تسبِق المصلحة العلمية أو المجتمعية. ".

Council of Europe. Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine (Oviedo Convention), ETS No. 164, 4 April 1997.

إذ اكدت في ديباجتها ودستورها على "حماية الكرامة والهوية والمساواة، وعدم التمييز. "

(3) European Court of Human Rights, S. and Marper v. the United Kingdom, Judgment of 4 December 2008, Applications nos. 30562/04 and 30566/04.

(4) Mathias AUDIT, *précit*., n°161, p.320.

القانون الواجب التطبيق على زراعة المواد البيولوجية البشرية واستئصالها

ثمة قواعد أساسية مشتركة بين النظم القانونية المحلية والدولية، تتعلق بعمليات استئصال ونقل وزراعة (الأعضاء والأنسجة البشرية)[١]، اذا كان الغرض من هذه العمليات هو علاج المتلقي وإنقاذه من خطر حقيقي، وحظر الاستئصال من جسم الإنسان الحي إذا كان يؤدي إلى وفاته أو إلحاق ضرر جسيم به أو تعطيل إحدى حواسه، والموافقة المسبقة للمتبرع كامل الأهلية للتبرع في حال حياته أو بعد وفاته، وعدم جواز نزع خلايا أو أنسجة أو أعضاء من جسم إنسان قاصر حي إلّا في حدود استثناءات قليلة ينص عليها القانون[٢]، وألّا يكون التبرع بمقابل مالي، وألّا يكون العضو أو النسيج محلاً للبيع ولا التعامل التجاري، ولا شك بان كل هذه التعاملات تُثير مشكلة تنازع القوانين، لا سيّما في ما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه التعاملات.

ومن ثُمَّ فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على عمليات زراعة واستئصال المواد البيولوجية البشرية، لا يمكن أن يتم بشكل قطعي لصالح قانون معين دون مراعاة للظروف الواقعية والإعتبارات الإنسانية والطبية المحيطة بكل حالة من الحالات المذكورة، من خلال الامتثال للمعايير الأخلاقية والإنسانية المعترف بها دوليًا.

لذا؛ ينبغي التمييز بين حالتين مختلفتين تؤثران في عملية الاسناد، حالة القانون الواجب التطبيق على زراعة المواد البيولوجية البشرية، وحالة تحديد القانون الواجب التطبيق على استئصال المواد البيولوجية البشرية، وكما يأتي:

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق على زراعة المواد البيولوجية البشرية

تُعد المواد البيولوجية البشرية من العناصر الحساسة جدًا، ومن ثُمَّ فإن انتقال هذه المواد عبر الحدود الوطنية، سواء لأغراض البحث العلمي أو العلاج أو الصناعة، يؤدي إلى بروز إشكالات قانونية معقدة، ابرزها: اشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق، وذلك نتيجة التفاوت الكبير بين النظم القانونية في مفهوم هذه المواد وتنظيم التعامل بها،

---

[١] المادة (٢) من قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الاتجار بها العراقي، والتي نصت على ان: "يهدف هذا القانون إلى تنظيم عملية نقل وزرع الاعضاء البشرية لتحقيق مصلحة علاجية راجحة للمرضى والحصول على الاعضاء البشرية عن طريق التبرع ومنع الاتجار بها"؛ و المادة (٥/ أولاً وثانياً ورابعاً وخامساً) والمواد (٨ و٩) من نفس القانون. والمواد (٤، ٥، ٦، ٨، ٩) من القانون العربي الاسترشادي لتنظيم زراعة الأعضاء البشرية ومنع مكافحة الاتجار بها. والمادتان (٢) و (٥) من قانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية المصري=

=Les articles (L.665-13, L.665-15, L.671-3, L.672-4) du code de la santé publique français.

[٢] ومن هذه الاستثناءات: التبرع داخل الأسرة بالخلايا المتجددة، وزرع الكلى بين التوائم المتماثلين. وهي مقيدة بموافقة الوالدين أو أحدهما أو ممثلة القانوني. ينظر: المبادئ التوجيهية لمنظمة الصحة العالمية بشأن زرع الخلايا والأنسجة والأعضاء البشرية لعام ٢٠١٠؛ المادة (٨) من القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية المصري، والتي نصت على ان: "يجوز لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة انسان حي او علاجه من مرض جسيم او استكمال نقص حيوي في جسده، أن يزرع فيه عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد انسان ميت، وذلك فيما بين المصريين إذا كان الميت قد اوصى بذلك قبل وفاته بوصية موثقة، أو في اية ورقة رسمية، أو اقر بذلك وفقًا للإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون"

الأمر الذي يثير تنازعًا في القوانين ويدفع إلى التساؤل حول مدى كفاية الإطار القانوني الدولي في حماية الأفراد وضمان الاستخدام الأخلاقي لهذه المواد[١]، من ثُمَّ فإن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عمليات زراعة المواد البيولوجية، ليست مجرد إشكال فني في ميدان تنازع القوانين، بل هي اشكالية جوهرية تمس التوازن بين حماية كرامة الإنسان واحترام سيادة قانونية، في ظل تنوع ثقافي واخلاقي كبير. فبينما يظل قانون الدولة التي تُجرى فيها العملية هو الأصل، يظهر دور القانون الشخصي في ما يتعلق بحقوق المتبرع والمتلقي، بشرط عدم مخالفته للنظام العام في دولة الزرع.

لذا؛ اصبح ضروريًا التطرق إلى اختصاص قانون الزرع، استنادًا إلى مبدأ إقليمية القانون والنظام العام الطبي للدولة. ومن ثُمَّ التطرق إلى امكانية اختصاص القانون الشخصي للأطراف، لا سيّما فيما يتعلّق بالأهلية والرضا، مع ما يصاحب ذلك من قيود تفرضها اعتبارات النظام العام والمبادئ الأخلاقية الدولية، وكما يأتي:

الفرع الأول

اختصاص قانون مكان الزرع

ينبغي التمييز بين حالتين مختلفتين تؤثران في عملية الإسناد، حالة انتقال المريض من بلد إلى آخر للحصول على المادة البشرية، وحالة نقل المواد البشرية من بلد إلى آخر.

فعندما يغادر الشخص بلده متجهاً لبلد آخر بقصد العلاج بطريق زراعة عضو معين، فهو يعد أجنبياً بالنسبة لمكان إجراء العلمية، وأن العملية الجراحية تتم طبقاً للشروط المنصوص عليها في القانون المحلي، أي مكان زراعة العضو، وأن التنظيمات التي يجب اتباعها لممارسة المهنة بالنسبة للجراح والمؤسسة الصحية هي تلك التي تصدرها الدولة التي تجري فيها عملية الزراعة أو الاستئصال والنقل[٢]. وهذا يعني، أنه ليس بالإمكان التثبت من أن القانون الشخصي للمريض يسمح بإجراء هذا النوع من العلميات. فالجراح الفرنسي ليس ملزماً أن يطلع أو يطلب معلومات عن القانون العراقي من أجل معرفة أن زراعة القلب جائزة طبقاً لأحكام هذا القانون للمريض العراقي.

فالقانون الذي يجب تطبيق أحكامه، هو قانون مكان الزراعة فقط، ولا يزاحمه أي قانون أجنبي في ذلك. فالقانون الإيراني، على سبيل المثال، يجيز نقل الأعضاء بعوض، ولا يستفيد من هذا الحكم سوى المواطنين. وهذا يعني أن زراعة الأعضاء ونقلها في هذا القانون يتحدد بنطاق تطبيق شخصي بالنسبة للأشخاص الذين يحملون الجنسية الإيرانية. ويبدو أن الهدف الذي يسعى المشرع الإيراني إلى تحقيقه هو تجنب أن تصبح إيران مقصداً للمرضى الأجانب الذي يرغبون بإجراء عمليات من هذا النوع[٣].

في الحقيقة، إن تحديد القانون الوطني نطاق تطبيقه بالأسلوب المذكور آنفاً، لا يوصف بأنه أسلوب لحل تنازع القوانين؛ فلا توجد إمكانية، ولا فرصة محتملة، للتنازع بين القوانين الشخصية، ولا بين القانون الشخصي

(1) Pierre GOTHOT et Paul LAGARDE, Conflits de lois (Principes généraux),op. cit,p.89.
(2) Mathias AUDIT, op. cit, n°163, p.320.
(3) B. S. Padilla, « Regulated compensation for kidney donors in the Philippines », Curr. Opin. Organ Transplant, vol. 14, 2009, p. 120-123.

والإقليمي. فقانون مكان زراعة الأعضاء هو الوحيد المختص، ولا يتنافس معه أي قانون آخر. وهذه القاعدة تثبت كذلك حتى لو وجد عنصر أجنبي في العلاقة، أي ولو كان المريض ينتمي لبلد غير مكان الزرع في جنسيته أو موطنه أو محل إقامته. ففي دولة الفلبين، لا يجوز القانون سوى بالتبرع بالأعضاء، ويجوز للأجانب الاستفادة من زرع الكلى بنسبة لا تتجاوز ١٠ % فقط[١].

لذلك؛ فإن غياب تأثير قانون أصل المريض يكون نتيجة حتمية لتطبيق قانون مكان الزرع، في ميدان القانون الدولي الخاص، إذ ان زراعة الأعضاء في بلد أجنبي يشبه نظام القتل الرحيم (أو الانتحار بمساعدة الإدارة) خارج بلد أصل المريض. فهاتين الحالتين، عند تحققهما، ونشوء وضع قانوني جديد، لا تطلبان تأييداً من قانون بلد أصل الشخص المتوفى. وهكذا الأمر بالنسبة لزرع الأعضاء، فبمجرد إجراء عملية زراعة العضو، لن يكون المريض بحاجة لاعتراف دولته بحالته الجديدة[٢].

وفي نهاية هذا السياق، يمكن التصريح بأنه لا يتصور تطبيق قانون أجنبي في مكان زراعة الأعضاء، وهنا تعجز آليات القانون الدولي الخاص عن التدخل، فهي غير مفيدة وليس لها معنى[٣].

اما في حالة النقل الدولي للمواد البشرية سواء كانت منتجات أم أعضاء، والتي تظهر في حالة تصدير المواد البشرية من البلد الذي استحصلت فيه، واستيرادها من بلد آخر. وحركة هذه المواد عبر الحدود الوطنية تتم في إطار قانوني مقترن بأنواع مختلفة من العقود مرتبطة بنظم التراخيص الإدارية التي تصدرها السلطات المحلية. وفي سياق هذه المبادلات تتدخل مؤسسات متنوعة، عامة أو خاصة، بعضها يستأصل العضو، والآخر يعالجه ويخزنه بقصد توزيعه، كما هو حال البنوك البيولوجية[٤].

ويستلزم تداول المواد البشرية، على المستويين الوطني والدولي، أولاً الاستئصال أو الاقتطاع من المتبرع. ويجب تمييز هذه المرحلة الأولى، من الناحية القانونية، من التداول نفسه، أي تمييزها من المرحلة التي تتعلق بالعقود التي تنظم نقل ما تم اقتطاعه. وأصل هذه التجزئة في التحليل، هو حكم تحكيمي أصدرت غرفة التجارة الدولية عام ١٩٨٩ بصدد نظرها نزاع يتعلق بغدد نخامية بشرية تم الحصول عليها في هنغاريا من قبل شركة محلية (هنغارية) وبيعت إلى شركة أدوية سويسرية[٥].

والدراسة هنا تنحصر في تحديد القانون الواجب التطبيق على المرحلة السابقة على التعاقد، أي مرحلة اقتطاع المادة البشرية.

---

(1) B. S. Padilla, « Regulated compensation for kidney donors in the Philippines », op. cit. p. 120-123.
(2) Mathias AUDIT, *précit*., n°166, p.322.
(3) B. S. Padilla, op. cit. p. 120-123.
(4) C. Labrusse-Riou, « Human biological materials between civil, trade and health law:ethical, anthropological and legal implications of conflicts of law system »,
dans Altruism Reconsidered: Exploring New Approaches to Property in Human Tissue, M. Steinmann, P. Sýkora et U. Wiesing (dir. publ.), Ashgate, 2009, p. 201-208.
(5)Sentence CCI no 5617 (1994), JDI, 1994. 1041. Note Mathias AUDIT, *précit*., n°168, p.323.

الحصول على العينات البشرية، أياً كان نوعها، طبقاً للتشريعات الوطنية المختلفة، عملية ينظمها القانون بشكل صارم؛ فهي تستلزم على وجه التحديد الحصول على رضا المتبرع. وفي حالة كون المتبرع متوفى، فرضاه يكون مفترضاً طبقاً لنوعين من التشريعات: النوع الأول يعتمد على آلية (opting-in) أي اختيار الاشترك المتبرع، وهنا لا يمكن استحصال العضو إلّا إذا صدرت موافقة صريحة من المتبرع في حال حياته. ويعتمد النوع الثاني من التشريعات على آلية (opting-out) أي انسحاب المتبرع، في حالة عدم اعتراضه الصريح حال حياته على استئصال العضو. ويمثل الاتجاه الأخير القانون الاسباني والقانون الفرنسي.

الفرع الثاني

احتمالية تطبيق القانون الشخصي

يتجلى من تحليل قواعد القانون الدولي الخاص عمومًا وقواعد الاسناد على وجه الخصوص، إن عملية زراعة الأعضاء البشرية التي تُجرى في الخارج تُشبه، إلى حد ما، حالتي القتل الرحيم و الانتحار بمساعدة الغير عندما يَتمّان خارج حدود الدولة الأصلية للمريض[١]. ففي كلا الحالتين، يُلاحظ أن النظام القانوني لدولة الزرع وحده هو الذي يُطبَّق، بينما لا يكون لقانون الدولة الأصلية للمريض أي تأثير فعلي على تنظيم أو مشروعية العملية الطبية. فبمجرد أن تتم العملية خارج حدود الدولة التي ينتمي إليها المريض، فإن الروابط القانونية التي قد تنشأ وفقًا لقانونه الشخصي تفقد فعاليتها، ولا يمكنها أن تُلزم لا الطبيب و لا المؤسسة الصحية. وهنا يكمن الفارق الجوهري مقارنةً بمجالات أخرى، كحالات اللجوء إلى التلقيح الصناعي في الخارج، والتي تَتَطلّب لاحقًا الاعتراف برابطة النسب المستحدثة في دولة منشأ الوالدين[٢].

أما في حالة زراعة الأعضاء خارج الدولة الأصلية، فإن مثل هذا الاعتراف غير مطلوب، بل لا يكون ذا معنى من الأساس. وهكذا، تبقى هذه الممارسات – من وجهة نظر القانون الدولي الخاص – خارج نطاق تطبيق القواعد التقليدية لتنازع القوانين، لكونها تخضع بالكامل لاختصاص الدولة التي يجري فيها التدخل الطبي. وبالتالي، فإن البحث عن قانون واجب التطبيق على العملية لا يُطرح فعليًا، كما أن تقنيات القانون الدولي الخاص، بوجه عام، لا تكون فعّالة في الأصل، كالاعتداد بالقانون الشخصي للمريض، مما يفسّر تراجع دور القانون الدولي الخاص في هذا النوع من التفاعلات الطبية العابرة للحدود، والتي تُخضع كل شيء تقريبًا لاختصاص قانون مكان الزرع[٣]. وبالتالي، فإن خصوصيات المريض القانونية أو الثقافية، المتمثلة في قانونه الشخصي، تصبح بلا فاعلية تُذكر من الناحية العملية أو الإجرائية، باستثناء ما قد يرتبط بالرضا أو الأهلية قبل العملية، لا ما بعدها.

ورغم ذلك، فثمّة دور يمكن ان يؤديه القانون الشخصي في ميدان زراعة المواد البيولوجية البشرية، لا سيّما فيما يتعلق برضا وأهلية الشخص (المتبرع او المتلقي)، وكذلك في حالة التحقق من شروط التبرع بين الأجانب وفرص التبرع بين الوطني والأجنبي. ويكتسب هذا الاتجاه أهميته من كونه يستند إلى اعتبارات شخصية تمس بشكل مباشر أهلية الفرد،

(1) Mathias AUDIT, *précit*., n°166, p.322.
(2) B. S. Padilla, «Regulated compensation for kidney donors in the Philippines »,op. cit ,p. 120-123.
(3) Mathias AUDIT, *précit*., n°166, p.322.

مدى رضاه، وحريته في التصرف بجسده، وفقًا لمعتقداته وثقافته فمثلًا، بعض القوانين الدينية لا تجيز التبرع بعد الوفاة أو في حالات الغيبوبة، حتى إن وافق الشخص مسبقًا، غير أن تطبيق هذا القانون ليس أمرًا يسيرًا، خصوصًا إذا ما اصطدم بأحكام النظام العام في دولة الزرع[١]، أو بالمبادئ الأخلاقية المتعارف عليها دوليًا، ما يجعل المسألة أكثر تعقيدًا وتحتاج إلى معالجة دقيقة تتناول نطاق هذا التطبيق وحدوده، ومن ثُمَّ، فإن تطبيق القانون الشخصي يُعدّ خيارًا مشروعًا ولكن غير مطلق، ويرتبط ارتباطًا وثيقًا بجدلية بين احترام الشخصية الثقافية ومراعاة التقييد القانوني الأخلاقي في دولة الزرع[٢].

وبما أن تطبيق القانون الشخصي، في مجال زراعة المواد البيولوجية البشرية، يُسهم في احترام خصوصية الأفراد، خاصة فيما يتعلق بالأهلية والموافقة؛ فالحل الأمثل يمكن في الجمع بين القانون الشخصي والقانون المحلي، وفق مقاربة مرنة توازن بين احترام حرية الفرد وسيادة الدولة المضيفة.

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على استئصال المواد البيولوجية البشرية

إذا جرى استئصال العضو من متبرع حي، فتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العملية ينبغي أن يكون من منطلق الرابطة التعاقدية التي تقوم بين المتبرع والجراح أو المؤسسة التي تتم فيها العملية. وهذا يعني أن القانون الواجب التطبيق على اقتطاع العضو يشابه القانون الذي يحكم هذا العقد. بيد أن هذا التحليل غير ملائم، فتكييف العلاقة بين المتبرع والجراح بأنها تعاقدية محل جدل كبير[٣]، ولكنه يحقق المنفعة؛ لأن اعتماد هذا التكييف لتحديد القانون الواجب التطبيق على عملية الاقتطاع على المستوى الدولي يفسح الطريق أمام إمكانية الأطراف (المتبرع والجراح) القيام باختيار القانون[٤]. غير أن قانون الإرادة، في هذا النوع من التصرفات، لن يكون مقبولاً. كذلك الحال بالنسبة لتطبيق القانون الشخصي الذي يواجه صعوبات عملية معقدة تجعل من الصعب إن لم يكن مستحيلًا تطبيقه.

لذا؛ نتناول بيان القانون الواجب التطبيق على عمليات استئصال المواد البيولوجية البشرية، من خلال التطرق إلى اختصاص قانون الدولة التي جرى فيها الاستئصال، ومن ثُمَّ التطرق إلى بيان دور القانون الشخصي، وكما يأتي:

الفرع الأول

اختصاص قانون مكان الاستئصال

(1) Dicey, Morris and Collins. The Conflict of Laws, 15th ed. London: Sweet & Maxwell, 2012.
(2) Mathias AUDIT, *précit*., n°166, p.322.
(3) C. Deplagne, Les contrats internationaux portant sur les éléments et les produits du corps humain, mémoire Master II Contentieux international et européen – Université Paris Ouest Nanterre La Défense, dactyl., juin 2012, p. 15.
(4) A. Mezghani, « Méthode de droit international privé et contrat illicite », Recueil des cours, tome 303 (2003), no 303, p.324.

التنظيم القانوني الصارم الذي تخضع له هذه العمليات يبدي للعيان نظاماً آمراً ومجرداً من حرية التصرف بالنسبة للأشخاص المعنيين. ومن ثم لا يمكن تصور إمكانية المتبرع والمؤسسة الصحية الإفلات من النظام الآمر في القانون المحلي، أي قانون مكان الاقتطاع، باختيار قانون أجنبي أخف صرامة وأكثر حرية[١].

لذا؛ فإن خضوع فعل الاقتطاع لقانون المكان الذي تم فيه أمر ضرورة، على الأقل بالنسبة للجراح، الذي سيجد نفسه مخلاً بالتزاماته المهنية إذا تجاوز أحكام هذا القانون. وبناء على ذلك، إن إقليمية القواعد الخاصة بممارسة المهنة تقضي بأنه لا يمكن بأي حال من الأحوال إجراء عملية الاقتطاع لا تتفق مع القانون المحلي[٢].

وقد اعترفت المحاكم الإدارية الفرنسية باختصاص قانون مكان الاقتطاع بمناسبة النظر في طعن قدمته مجموعة من الجمعيات الفرنسية تطالب الحكم بإلغاء قرار وزاري يسمح باستيراد خلايا جذعية أخذت في استراليا لصالح أحد المختبرات العلمية الفرنسية. فقد اعتبرت المحكمة الإدارية في باريس أن الاقتطاع تم خارج الإقليم الوطني، ولذلك فإن الدفع الذي يقوم على أساس مخالفة القانون الفرنسي لا يمكن قبوله[٣]. وفي مرحلة الاستئناف، قضت محكمة الاستئناف الإدارية في باريس، بأن الخلايا الجذعية تم اقتطاعها في بلد أجنبي طبقاً لشروط تتفق مع القانون المحلي مع احترام حقوق الشخص المتبرع[٤].

وقد حاز اختصاص قانون مكان الاقتطاع اعتراف تشريعي في بعض النظم القانونية الوطنية. فثمة تشريعات تعترف بالفعل باختصاص هذا القانون، كما هو حال قانون ولاية فلوريدا الذي ينظم هبة الأعضاء البشرية، الذي لم يرتب على الشخص الذي يتبرع طبقاً لأحكام قانون ولاية أخرى أو قانون دولة أجنبية أي مسؤولية جنائية ولا مدنية أمام محاكم ولاية فلوريدا، ويمنع تعرضه للجزاء الإداري كذلك. في الحقيقة، إن هذا النص لا يصرح باختصاص قانون مكان الاقتطاع، ولكن عند قراءته بهدوء يمكن ملاحظة إحالته (لقوانين التبرع في ولاية أخرى أو بلد أجنبي) فإذا كان من الممكن مراعاة القوانين الأجنبية التي تتعلق بهبة الأعضاء، طبقاً لقانون فلوريدا، فمن المحتمل جداً أن اقتطاع العضو جرى طبقاً لهذه القوانين، وعلى أراضي الدولة الأجنبية أو الولاية الأخرى[٥].

ومن الجدير لفت النظر إلى أن النصوص التشريعية التي تقضي باختصاص قانون مكان الاقتطاع، وحتى النص الوارد في قانون ولاية فلوريدا، لا تُعد قواعد إسناد، لأن القانون الأجنبي، أو قانون الولاية الأخرى، لا تطبقه المحاكم الوطنية (محاكم فلوريدا)، بل سيؤخذ القانون الأجنبي بنظر الاعتبار كظرف محدد للمسؤولية.

---

(1) Mathias AUDIT, *précit*., n°173, p.325.

(2) C. Deplagne, Les contrats internationaux portant sur les éléments et les produits du corps humain, op. cit, *précit* no 27-28.

(٣) قضت هذه المحكمة بأن الخلايا الجذعية ذات الأصل الجنيني هي خلايا من جسم الإنسان. ونتيجة لذلك، يخضع استيرادها لترخيص مسبق من وزير الأبحاث طبقاً للمادة (١٢٥٤ – ٤) من قانون الصحة العامة. والخلايا الجذعية لا يمكن أن تعد بمثابة أجنة.

Tribunal administratif de Paris, 21 janvier 2003, n° 0207626/6, Association Alliance pour les droits de la vie, Revue de l'Actualité Juridique Française. http://www.rajf.org/spip.php?article1508

(4) Mathias AUDIT, *précit*., n°176, p.326. ; Cour administrative d'appel de Paris, 3ème Chambre - formation B, du 9 mai 2005, 03PA00950, mentionné aux tables du recueil Lebon.

(5) Mathias AUDIT, *précit*., n°178, p.327.

وفي القانون الألماني، تم اعتماد قانون مكان الاقتطاع، في القانون الصادر في عام ٢٠٠٢ بشأن استيراد الخلايا الجذعية الجنينية واستخدامها، إذ فرض المشرع الألماني في هذا القانون حظراً على استيراد الخلايا الجذعية الجنينية من البلاد الأجنبية إلى الأراضي الألمانية[١]. بيد أنه وضع استثناء على هذا المبدأ، وهو يتعلق بميدان القانون الدولي الخاص؛ فمن ضمن الشروط المطلوبة للاستفادة من الاستثناء المذكور، أن السلطة التنظيمية الألمانية المكلفة بهذه المسألة ترخص باستيراد الخلايا الجذعية الجنينية من البلدان الأجنبية التي يتم أخذها من الأجنة الزائدة طبقاً لقانون الأصل، أي قانون الدولة التي جرت فيه عملية استحصال هذه الخلايا[٢].

ومن الواضح أن المشرع الألماني قد اعتمد اختصاص قانون مكان الاقتطاع، كما ان القانون ينص على آلية قريبة من الدفع بالنظام العام الدولي تسمح باستبعاد القانون الأجنبي الذي لا يتفق مع بعض المبادئ الأساسية التي يعترف بها قانون المحكمة التي تنظر النزاع[٣]. وينص هذا القانون كذلك على أنه حتى لو جرى استحصال العضو طبقاً لأحكام القانون المحلي، فإنه يجوز رفض إجازة الاستيراد إذا تبين أن الحصول على الخلايا الجذعية كان مناقضاً لبعض مبادئ النظام القانوني الألماني، لا سيّما ذلك المبدأ الذي لا يجيز أي مقابل للتبرع بالأجنة. وهذه الآلية لا تتعلق بالدفع بالنظام العام، فلو كان قانون مكان الاقتطاع ينص على مقابل للخلايا الجذعية، فلا يمكن استبعاد هذا القانون لصالح قانون المحكمة التي نظر النزاع، بل أن طلب رخصة الاستيراد سيرفض من قبل الإدارة الألمانية. بيد أنما يشترك مع النظام العام، هو ضرورة موافقة القانون الأجنبي لمكان الاقتطاع مع المبادئ الجوهرية للقانون الألماني[٤].

الفرع الثاني

ضآلة دور القانون الشخصي

إن دراسة تداول الأعضاء البشرية في ميدان القانون الدولي الخاص، والبحث عن القانون الواجب التطبيق، يحتاج ابتداء تحديد صنف الإسناد الذي يحشر إليه هذا النوع من العلاقات. فالمواد البشرية (المنتجات والأعضاء) يتم استحصالها من جسم المتبرع الحي أو الميت، فهي مسألة تتعلق مباشرة بالشخص نفسه، ولذل فمن المتصور تطبيق القانون الشخصي[٥].

بيد أنه حتى لو كان القانون الشخصي مطلوباً للتطبيق، تبقى مسألة تصنيف تداول المواد البشرية محل جدل. فالقول بتطبيق قانون مكان اقتطاع العضو قد يواجه مشكلة أن الشخص الذي تؤخذ منه المادة ربما يكون اجنبياً أو مقيماً في

(1) loi du 28 juin 2002 dont l'intitulé est Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen (Stammzellgesetz – StZG), BGBl 2002 I, S. 2277.
(2) S. Halliday, « A Comparative Approach to the Regulation of Human Embryonic Stem Cell Research in Europe », Med. L. Rev., 2004, vol. 12, p. 60-61.
(3) S. Halliday, « A Comparative Approach to the Regulation of Human Embryonic Stem Cell Research in Europe »,op.cit,p.61.
(4) Mathias AUDIT, *précit*., n°182, p.328.
(5) P. Lagarde, intervention au cours des débats du 23 mars 2001, TCFDIP, 2000-2002, p. 74.

بلد أجنبي، حتى لو كان القانون المحلي يجيز هذه العملية، فهل يتفق ذلك مع أحكام القانون الشخصي؟ وقد أعطى أحد الكتاب مثالاً قائلاً: لو أن فتاة إيرلندية قاصرة توفيت على الطريق العام في فرنسا، واستؤصلت أعضاءها من دون استشارة والديها، وهذا يتناقض من القانون الايرلندي الذي يشترط موافقة الوالدين[١].

وعلى الرغم من حل المشكلة بالطريق الدبلوماسي فإن القانون الشخصي لم يستبعد تمامًا، وربما هذا الوضع أوحى لأحد الكتاب أنه تم تطبيق القانون الشخصي مع قانون مكان الاقتطاع[٢]. غير ان هذا المقترح يواجه صعوبتين: فمقتضى هذا المقترح أما تقاسم نطاق التطبيق للقانونين، وهذا أمر عسير جداً، وأما تطبيق القانونين بشكل جامع، وهذا يؤدي في النهاية إلى اعتماد أشدهما تقييداً، ناهيك عن احتمالية تعارض القانونين مما يجعل امر تطبيقهما معًا غير عملي اطلاقًا[٣]، فضلًا عن ذلك يُثير تطبيق القانونية معًا اشكالية عملية على مستوى التنفيذ لا سيّما في الحالات الطارئة أو عندما يكون المتبرع متوفى أو لا يستطيع التعبير عن ارادته، والتي يستحيل فيها التعرف على القانون الشخصي. وهاتان فرضيتان لا تقدمان ما هو مقنع. كما ان تطبيقهما معاً صعب جداً؛ فلا يمكن إجبار الجراح الذي يجري العملية على الاطلاع على القانون الشخصي للمتبرع. فقواعد تنازع القوانين تخاطب المحاكم وليس الأفراد. ولذلك يبدون أن الاعتراف بالقانون الشخصي صعب جداً تطبيقه بل مستحيل. فالمرجح هو تطبيق قانون مكان إجراء عملية أخذ العضو.

لهذا؛ فإن عقد الاختصاص للقانون الشخصي في هذه الحالة يعد أمرًا عمليًا معقدًا، إن لم يكن مستحيلاً ، لان القانون الذي يحكم عملية الاستئصال هو قانون المكان الذي تُجرى فيه العملية.

المبحث الثالث

القانون الواجب التطبيق على العقود المتعلقة بتداول المواد البيولوجية البشرية

تعد المنتجات والأعضاء البشرية، ولا سيّما بالنسبة لبعض الأعضاء ونخاع العظم، نادرة. ولذلك فالنظم الوطنية المتعلقة بالصحة العامة ليست قادرة على مواجهة الطلب الوطني لها. وهذه حقيقة تؤدي إلى ملاحظتين: أن هذا النقص يحث على نمو نطاق محتمل في السوق. والمقصود بذلك أن قانون العرض والطلب المرتبط بالمبادلات المالية، يمكن أن يولد مثل هذا النقص، بل وتغذيته. والملاحظة الثانية: أن مثل هذا السوق سيأخذ بالضرورة بعدًا دوليًا، فالمورد المحلي ضعيف، الأمر الذي يحث على البحث على هذه الأعضاء خارج الحدود الوطنية[٤].

وعند الحصول على الأعضاء، نكون بصدد تداول دولي بها. وتتزايد هذه المبادلات بتعاظم إبرام العقود الدولية بشأنها، الامر الذي يُثير اشكالية تتعلق بالقانون الواجب التطبيق على تلك العقود. ونظرًا لخطورة التعامل بتلك المواد؛ اندفعت التشريعات المحلية إلى حماية تلك التعاملات بقواعد قانونية آمرة. بالشكل الذي أثر على قوة منهج الاسناد المعتاد في حل مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق.

---

(1) Mathias AUDIT, *précit*., n°183, p.329.
(2) M. Josselin-Gall, v° « Bioéthique », Rép. int. Dalloz, octobre 2011, no 42.
(3) En ce sens : C. Deplagne, op. cit., p. 22
(4) Mathias AUDIT, *précit*., n°187, p.330.

لذا؛ فمن الضروري التطرق إلى إعمال قواعد الاسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود نقل المواد البيولوجية البشرية، ومن ثُمَّ بيان أثر تطبيق الأحكام الآمرة الخاصة بهذه الطائفة من العقود في تضييق فرص الإسناد، وكما يأتي:

المطلب الأول

تطبيق قواعد الإسناد

تُعد قواعد الإسناد الأداة الأساسية التي تحدّد القانون الواجب التطبيق على العقود ذات الطابع الدولي، بما فيها عقود نقل المواد البيولوجية البشرية، ويحتل قانون الإرادة (lex voluntatis) مكانة بارزة من بين هذه القواعد، حيث يمنح الأطراف حرية في اختيار القانون الذي يحكم التزاماتهم التعاقدية. ومع ذلك، فلا يقتصر الأمر على قانون الإرادة، بل يبرز أيضًا دور التركيز الموضوعي للعقد، من خلال ربط بالعقد بالقانون الأكثر صلة كمكان تنفيذ العقد أو مكان وجود المواد البيولوجية.

ونظرًا لما تمتاز به عقود نقل المواد البيولوجية البشرية من خصوصية ناجمة عن ارتباطها بحقوق الإنسان، والأخلاقيات الطبية، والقانون الصحي الوطني والدولي، فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود لا يمكن أن يتم بإعمال آلية اسناد تقليدية فقط، بل يجب أن يتم من خلال إعمال ضوابط اسناد متخصصة تُراعى الضوابط القانونية والطابع الأخلاقي والبُعد الإنساني للعقد.

لذا؛ سنركز البحث على إبراز الدور المحوري لقواعد الاسناد العامة، فضلًا عن تركيز البحث على ضوابط الاسناد المتخصصة، وكما يأتي:

الفرع الأول

قواعد الاسناد العامة

من المعلوم، في ميدان القانون الدولي الخاص، لا سيّما في ميدان تنازع القوانين، أن العديد من النصوص القانونية الدولية والإقليمية التي تحكم العقود الدولية، تنقسم بين نصوص قانونية تضع نظامًا قانونيًا مشتركًا للعقود الدولية، ونصوص أخرى تحكم نوع من العقود الدولية على وجه التحديد. ومن المهم معرفة فيما إذا كانت هذه النصوص تحكم العقود الدولية التي تتعلق بنقل الأعضاء بعوض أو تبرعاً[١].

ففي ميدان القانون المشترك لقانون العقود، لدينا تنظيم روما الأول لعام ٢٠٠٨ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، حيث نصت المادة (١/٣) منها، على ان: "يخضع العقد للقانون الذي يختاره الطرفان، حيث يجب ان يكون هذا الاختيار صراحة أو ضمناً من خلال شروط العقد أو ظروف القضية وباختيارهم، كما يمكن للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على كل العقد أو جزء منه". واتفاقية الدول الأمريكية بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية لعام ١٩٩٤[٢]. والمادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي، والتي نصت على ان:

(1) Mathias AUDIT, *précit*., n°189, p.331.
(2) Convention adoptée à Mexico le 17 mars 1994 lors de la 5e conférence spécialisée interaméricaine sur le droit international privé.

"يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين ان اتحدا موطنًا، فان اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا مالم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانوناً اخر يراد تطبيقه"[١].

إن هذه الاتفاقيات تنطوي على أحكام قريبة من بعضها، وتتيح تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية. ويتبين لنا من خلال تسليط الضوء على نطاق التطبيق الموضوعي لها، أنها لا تستبعد صراحة العقود المتعلقة بالمواد البيولوجية ذات الاصل البشري. ونستنتج من ذلك، أنه من الممكن تطبيق هذه النصوص من حيث المبدأ على هذه العقود[٢].

وبناءً على ذلك، أما أن يتفق الاطراف على اختيار القانون الذي يحكم العقد، أو عند غياب الإرادة يتم تحديد هذا القانون طبقاً لضوابط إسناد معينة. فالفقرة الثانية من المادة الرابعة من تنظيم روما الأول، نصت على ان: "يخضع العقد لقانون الدولة التي يوجد فيها محل الإقامة المعتاد للطرف المدين بالأداء المميز"، ويمكن القول بأن عقود تحويل الأعضاء يخضع لقانون الدولة التي يوجد فيها محل الإقامة المعتاد للشخص الذي يزود هذه الأعضاء. وهذه القاعدة يمكن عرقلة تطبيقها عند وجود قوانين البوليس أو تعارض مع النظام العام الدولي[٣]. وبالتالي، تتداخل حرية اختيار القانون الواجب التطبيق مع عوامل موضوعية ومادية، وذلك لضمان ان تكون القواعد المطبقة على هذه الفئة من العقود منسجمة مع خصوصيتها وحساسيتها الأخلاقية والقانونية. فبينما يسعى القانون الدولي الخاص إلى احترام إرادة الأطراف، فإنه يضع حدودًا لضمان عدم تعارض اختيار القانون مع مبادئ النظام العام وحماية كرامة الإنسان.

ولقد جري الحال على تكييف هذا النظام بالمزدوج، بسبب الفارق في الحلول حيث يتم التكريس لهذا النظام، بحسب ما إذا كان الأطراف قد تبنوا من عدمه قانون العقد. وعلى نحو قريب، نستطيع القول بأن اتفاقية روما قد أخذت بمنطق قريب. ومن نافلة القول، أن قضاء النقض هنا لم يشذ عن التيار الفقهي، الذي وصفه بعض الفقهاء بالنزعة الشخصية الخالصة[٤].

المطلب الثاني

قواعد الإسناد المتخصصة

---

[١] وبنفس الصيغة ورد هذا الحكم في التشريع المصري، في المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري، والمادة (٥٩)، من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي الكويتي رقم (٥) لسنة ١٩٦١، والمادة (١/١٩) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥. اما على مستوى التشريعات الوطنية الغربية: فالأبرز في هذا الجانب هو موقف القانون الدولي الخاص السويسري، الصادر في ١٨ ديسمبر عام ١٩٨٧، والذي اشار الى حرية الاطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، في المادة (١١٦) منه، والتي نصت على ان: "١- يخضع العقد للقانون الذي يختاره الاطراف. ٢- يجب ان يكون اختيار القانون صريحًا أو واضحًا من شروط العقد وظروفه الملابسة، وفي جميع الاحوال يجب مراعاة ان العقد يحكمه القانون المختار. ٣- يجوز اختيار او تعديل القانون في اي وقت اذا قدمت او عدلت بعد ابرام العقد، ويكون باثر رجعي الى وقت اختيار العقد مع مراعاة حقوق الاغيار".

[2] Mathias AUDIT, *précit*., n°190 et 191, p.331.

[3] Mathias AUDIT, *précit*., n°191, p.332.

[4] *Th. Vignal, Droit international privé, ARMAND COLIN, 2005, P.220*

أما بالنسبة للنظم القانونية التي تتعلق بنوع محدد من العقود، كما هو الحال لاتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠، واتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للأشياء المادية المنقولة لعام ١٩٥٥، فهاتان الاتفاقيتان لا تستبعدان من نطاق تطبيقهما العقود التي يكون موضوعها مواد بيولوجية بشرية، ولا تكمن الصعوبة هنا، بل في تكييف البيع، الذي كان محلاً للجدل.

وعلى الرغم من أن الاتفاقيتين لم تعرفا البيع الدولي، لكنها يشيران إلى مفاهيم تخص البيع مثل (نقل الملكية) ودفع (الثمن)، وتطبيق أحد هذين المفهومين أو كلاهما على عقود نقل الأعضاء البشرية يعد مصدا للصعوبات.

فيما يتعلق بـ (نقل الملكية) فخضوع العقود لهتين الاتفاقيتين يعتمد على وجود هذا الحق، ولكن الاعتراف بحق ملكية على المواد البشرية محل جدل كبير. ومن أجل تدقيق المسألة، ينبغي القول أن مثل هذا الاعتراف يقوم من جهتين: الجهة الأولى، من الممكن التساؤل بشأن وجود حق الملكية للفرد على جسده. والجهة الثانية، وجود حق ملكية لحائز المادة البشرية التي تعود للغير. فيما يخص الفرضية الأولى، يمكن ملاحظة قضية (Moore) التي حسمتها محاكم ولاية كاليفورنيا نهاية الثمانينات. في هذه القضية، استغل احد المختبرات واستفاد من خلايا شخص له قدرات تجديدية غير مسبوقة، من دون استحصال موافقته ولا حتى إعلامه بذلك. وقد حصل هذا الشخص على حق في جزء من الأرباح على أساس شكل من اشكال حق الملكية في بداية الأمر، ولكن فيما بعد مُنِح تعويضاً بسبب الاخلال برابطة ائتمانية[١].

وفي قضية أخرى، اعترفت المحاكم الإنجليزية بوجود حق ملكية على منتجات الجسم البشري. وفي هذه القضية، قام ستة رجال بتجميد الحيامن المنوية قبل الخضوع للعلاج الكيمياوي، ولكن بسبب خطأ المستشفى، تم إذابة هذه العينات وتم إتلافها. فرفعا الدعوى وطالب هؤلاء الأشخاص بالمطالبة عن تعويضهم عن خسارة ملكيتهم. واعترفت المحكمة بوجود هذا الحق، وهي ترى بأن الحيامن كانت محلاً للايداع لدى المستشفى.

وفي هذا التيار، يذهب القانون البرتغالي إلى الاعتراف بأن حق الشخص على جسده له الخصائص الجوهرية لحق الملكية[٢]. ومع ذلك، فإن القوانين الوطنية التي تميل إلى حق ملكية الفرد على جسمه قليلة جداً.

وحتى لو قدرنا بأن الفرد يملك شكل من أشكال الملكية على جسده. فإن هذه المسألة تتميز على اي حال من مسألة حيازة الغير للمواد البشرية التي استحصلت من شخص آخر الذي يمكن الاعتراف له بهذا الحق.

بمجرد انفصال العضو عن جسم الانسان، وحيازة الغير له، فإن مسألة الملكية تطرح بأشكال مختلفة[٣]. ولكن حق الملكية طبقاً للنظرية العامة ليس النموذج الذي يتمتع بالامتياز. ولكن الممارسة العملية، بسبب الافتقار الى أي شيء

(1) Mathias AUDIT, *précit*., n°195, p.232-333.

(2) G. Nicolas, « Les interactions entre le droit constitutionnel et l'éthique dans le domaine de la recherche biomédicale », dans Jeux de normes dans la recherche biomédicale, J.-P. Duprat (dir. publ.), Publications de la Sorbonne, 2002, p. 115-140, spéc. p. 127.

(3) F. Bellivier et Ch. Noiville, « La circulation d'éléments et produits du corps humain: quand la propriété-exclusivité occulte la question de l'accès », op.cit.p.1357.

أفضل، تميل القوانين الوطنية إلى الاعتراف بشكل من اشكال الحق العيني، إن لم يكن حق الملكية مناسباً. وتعد البنوط البيولوجية مالكة للعينات الموجودة في حيازتها[١].

وهكذا، سواء تعلق الأمر بحق الفرد على جسده أم بحق الغير على جسد الآخرين، فالوجود المحتمل لحق المكية ممكن ان يطرح. ونتيجة ذلك، أن عملية نقل المواد البيولوجية عبر الحدود الوطنية، التي تخضع لهذا الحق، يتم تكييفها بالبيع الدولي، وتخضع للصكوك الدولية في ميدان البيع الدولي للبضائع (فيينا ولاهاي).

وينبغي التثبت من أمرين لضمان إمكانية تطبيق هذه النصوص من عدمه على هذا النوع من المعاملات. أولًا، يجب التأكد من وجود حق ملكية منذ البداية لمن يقوم بعملية التحويل للمادة البيولوجية. ومن أجل القيام بذلك، فإن قانون الموقع الفعلي لهذه المادة هو الوحيد الذي يجب الرجوع إليه. فأحكام هذا القانون هي التي ستؤكد أو تنفي إمكانية ممارسة هذا الحق على جزء من جسم الانسان. ومن ثم إثبات حق الملكية، لا بد من التثبت من أنه تم نقله بالتزامن مع نقل المادة البيولوجية. وفي الحقيقة، غالباً ما تشترط الاتفاقيات المبرمة في هذا الميدان على أن المادة المنقولة تبقى ملكاً للمؤسسة التي تقوم بخزنه. وهذا ما تقوم به عمليات البنوك البيولوجية، عندما تضع المادة تحت تصرف مستخدم خارجي[٢].

وبصفة عامة، إن اتفاقات نقل المواد البيولوجية (ATM) التي هي المظهر التعاقدي النموذجي في ميدان تداول المواد البشرية للأغراض العلمية تستبعد أي نقل للملكية. مثال ذلك Uniform Biological Material Transfer Agreement (UBMTA) الاتفاق الموحد لنقل المواد البيولوجية المستخدم غالباً ينص على الحكم الآتي: (يحتفظ المورد بملكية المادة، بما في ذلك أي مادة محتواه أو مدمجة في التعديلات)[٣].

في ظل هذه الظروف، يتبين أن القواعد الموحدة أو قواعد التنازع في البيع الدولي لا يمكن في النهاية تطبيقها عملياً على اتفاقية النقل الدولي لمواد الجسم البشري[٤]. ولذلك فإن القانون العام للعقود الدولية هو الذي يجب تطبيقه. ولكن هذا الأخير لا يستنفد جميع مسائل تنازع القوانين المطروحة عند النقل الدولي للمواد البشرية.

المطلب الثاني

أثر تطبيق الأحكام الآمرة في تضييق فرص الإسناد

لقد دفعت خطورة التعامل مع جسم الإنسان التشريعات الوطنية إلى حماية الفرد وكرامته بقواعد قانونية شديدة الحساسية، وحملت المنظمات الدولية لوضع صكوك دولية تنظم جوانباً من إجراءات التبرع بالأعضاء والأنسجة ونقلها وزراعتها. وهكذا، تراجعت قوة منهج الإسناد في حل مشكلة تنازع القوانين إزاء تقدم منهجين آخرين هما: القواعد ذات

(1) R. Brownsword, « Biobank Governance: Property, Privacy and Consent», dans Ethics and Law of Intellectual Property – Current Problems in Politics, Science and Techno- logy, Ch. Lenk (dir. publ.), Ashgate, 2007, p. 11-25, spéc. p. 16-18.
(2) Mathias AUDIT, *précit*., n°198, p.335.
(3) Uniform Biological Material Transfer Agreement, article II.1, disponible à : https://www.rpi.edu/dept/finance/docs/research/STANDARD_MTA.pdf
(4) Mathias AUDIT, *précit*., n°199, p.335.

التطبيق الضروري، والقواعد الموضوعية الدولية. عند إمعان النظر في نصوص القوانين المحلية التي تنظم كيفية نقل الأعضاء البشرية وزراعتها، فمن السهل ملاحظة أسلوب الأحكام الآمرة التي تحكم بعض المسائل، والتي يجب مراعاة تطبيقها مهما كان القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد. ومثال هذه القواعد الوطنية، تلك المتعلقة بمجانية التبرع، وعدم إمكانية الحي التبرع بأعضاء غير قابلة للتجدد كالقلب[١]. لذا؛ اصبح ضروريًا التطرق إلى تلك الاحكام، وذلك ببيان الاحكام الخاصة بقابلية التداول التجاري، والأحكام الخاصة بالاستيراد والتصدير للمواد البيولوجية البشرية، وكما يأتي:

الفرع الأول

الأحكام الخاصة بقابلية التداول التجاري

تقضي نصوص قانونية عديدة بعدم إمكانية دفع ثمن مقابل الحصول على أعضاء بشرية أو منتجات الجسم البشري، فهي تشترط ضرورة النقل بشكل مجاني. ولتوضيح ذلك، أصدرت الجمعية العامة لمنظمة الصحة العالمية قراراً عام ١٩٩١ تحت عنوان (المبادئ التوجيهية بشأن زراعة الأعضاء البشرية)، حيث ينص المبدأ التوجيهي رقم (٥) على الحكم الآتي: "لا يجوز أن يكون جسم الإنسان وأعضاء الجسم البشري محلاً للمعاملات التجارية. ونتيجة ذلك، يحظر منح أو تلقي أي مقابل مالي (أو تعويض، أو مكافأة) عن هذه الأعضاء.".

وفي ميدان الاتحاد الأوروبي، نقرا الاتفاق الأوروبي الخاص بتبادل المواد العلاجية ذات الأصل البشر المبرم في إطار مجلس أوروبا عام ١٩٥٨ ، وهو صك يطبق على الدم البشري ومشتقاته، تنص المادة (٢) منه على ان: "تتعهد الأطراف المتعاقدة على أن تضع المواد العلاجية ذات الأصل البشري تحت تصرف الأطراف الأخرى التي تكون بحاجة ماسية لها، دون أي مقابل عدا ما هو ضروري من سداد تكاليف الحصول على المواد وتحضيرها ونقلها، بشرط أن تكون لديها احتياطي كاف لاحتياجاتهم الخاصة".

وبشكل عام، يمكن ملاحظة النظم القانونية المحلية تنطوي على أحكام تستبعد بعض الأشياء من ان تكون محلاً لحق الملكية، ومن ثم تخرج عن التعامل التجاري، ومثال ذلك القبور. وهذه فكرة موروثة من القانون الروماني مفادها عدم إمكانية التعامل التجاري بالأشياء المقدسة أو الدينية. والحقيقة أن فكرة عدم إمكانية التداول التجاري التي ترد النظم القانوني المعاصرة مستمدة من أصل علماني[٢].

بيد ان الأعضاء البشرية صنفت مراراً من قبل القوانين المحلية على أنها مجموعة من الأشياء خارج التداول التجاري[٣]. على سبيل المثال، المادة (١٦ – ٥) من القانون المدني الفرنسي تنص على أن: "تعد الاتفاقات التي من شأنها منح قيمة مالية للجسم البشري أو لأعضائه أو لمنتجاته باطلة.". وكذلك استبعاد أي تسليع للأعضاء البشرية

---

[١] د. هايدي عيسى حسن علي حسن، زراعة الأعضاء من منظور القانون الدولي الخاص (مركز الأجانب الاختصاص التشريعي) دراسة تحليلية مقارنة، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، عدد ٩٣، ٢٠٢٠، الصفحات ٥٢٢ إلى ٥٢٤.

[2] R. Libchaber, vo « Biens », Rép. Dalloz de Droit civil, no 86.

[3] M.-J. Bernardi, « Diversité génétique humaine : éléments d'une politique », RJT, 2001, vol. 35, p. 327-406, spéc. p. 357.

والمنتجات البشرية، يستبعد نقلها بعوض. وفي المقابل، فإن عمليات النقل المجاني جائزة، كما هو الحال في التبرع بالدم[١].

نفهم عند قراءة هذا النوع من النصوص، بأن التبادل الدولي للأعضاء البشرية يتعلق بأموال لا تعدها نظم قانونية عديدة داخلة في ميدان التجارة. لذلك يرى بعض الكتاب أن ثمة إمكانية محدودة للأطراف في العقد الدولي يتعلق بهذا النوع من الأموال باختيار القانون الواجب التطبيق. وبعبارة أخرى، من الملائم تحديد نطاق قانون الإرادة، لأن هذا الأخير سيمنحهم إمكانية كبيرة للالتفاف على القانون المحلي الذي ينطوي على أحكاماً تقييدية. وهكذا يمكن تجنب أن يتاح لهم الالتفاف الإرادي على تطبيق قانون، ولا سيما قانون بلد التصدير، عندما تحظر هذه الدولة أن يكون الشيء محلاً للتعامل التجاري[٢].

من هذا يتضح أن مشكلة حظر التداول التجاري، يمكن أن تنشأ فعليًا من جهة قانون دولة تصدير المنتجات أو العناصر البيولوجية البشرية، ومن جهة قانون دولة الاستيراد. وبالتالي، فإن كلا القانونين يملكان مبررات مشروعة للتدخل والتصدي لعقد نقل دولي يُبرم بعوض مالي بشأن هذه العناصر. ومن ثمَّ، فإن محاولة إيجاد حلًا مقبولًا من خلال إعمال قاعدة تقليدية لتنازع القوانين قد لا يكون مناسبًا. إذ أن إعمال مثل هذه القاعدة لن تؤدي سوى إلى اختيار قانون واحد فقط لتطبيقه على مسألة التداول التجاري، إما قانون دولة التصدير، أو قانون دولة الاستيراد، غير أن كلا القانونين يجب أخذهما بالحسبان، لأن لكل منهما مصلحة تنظيمية وأخلاقية معتبرة.

يتبين من هذا الجدل، ان مشكلة عدم إمكانية التداول موجودة سواء من جانب قانون دولة تصدير الأعضاء البشرية، ومن جانب البلد الذي يستوردها. وهذا القانونان يمكنهما أن يحكما أو يعيدا النظر في عقد نقل الحق الذي ابرم بعوض. ولذلك فإن اعتماد قاعدة تنازع غير ملائم بلا شك. وعلى كل حال، فإنها لا تسمح سوى بتحديد قانون واحد يطبق على عدم إمكانية التعامل التجاري، وهو قانون بلد التصدير، او قانون بلد الاستيراد. ومع ذلك، يجب أن يؤخذ كلا القانونين بنظر الاعتبار. وهكذا يبدو أن منطق قانون البوليس أكثر ملاءمة. بالتأكيد، هذا لا يعني أن جميع القواعد التي تتعلق بعدم إمكانية التعامل التجاري التي يفرضها القانون المحلي لها صفة قوانين البوليس في جميع الظروف. فتكييف قانون البوليس يجب اعتماده فقط عندما تكون قواعد التي تتعلق بعدم إمكانية التعامل التجاري منصوص عليها في قانون بلد التصدير أو في قانون بلد الاستيراد المادة البيولوجية. وبمعنى آخر، عند افتراض وجود عقد نقل بين إقليمي الدولتين المذكورتين وينطوي على ما يمس القواعد القانونية في إحدى الدولتين بشأن عدم إمكانية التعامل التجاري، فهذه القواعد تطبق بصفتها قوانين بوليس، أياً كان القانون الواجب التطبيق على العقد، حتى لم تم تعيينه طبقاً لقانون الإرادة.

الفرع الثاني

الأحكام الخاصة بالاستيراد والتصدير

(1) M.-J. Bernardi, op. cit, p. 357.
(2) Mathias AUDIT, *précit*., n°204, p.338.

تعد المبادلات الدولية في ميدان الأعضاء البشرية تجارة منظمة جداً (بالمعنى الواسع وليس المعنى التجاري الضيق) مراعاة للطبيعة الخاصة لمحلها. والقوانين الوطنية، سواء المتعلقة بالاستيراد أم التصدير، تضع غالباً نظام التراخيص الإدارية، وتفرض التزامات خاصة على المستوردين والمصدرين[١].

ففي ميدان الترخيص الإداري، ينص قانون لوكسمبورغ لعام ٢٠٠٧ بشأن الأنسجة والخلايا البشرية المخصصة للتطبيقات البشرية على أن: "لا يكون استيراد الأنسجة والخلايا البشرية من دول أخرى وتصديرها إلى دول أخرى إلّا من خلال مؤسسة حاصلة على موافقة وزير الصحة". وكذلك، تقضي المادة (L.2151-6) من قانون الصحة العامة الفرنسي: "إن استيراد وتصدير الخلايا الجذعية الجنينية لأغراض البحث تخضع للترخيص المسبق من وكالة الطب الحيوي"[٢].

وبعيداً عن نظم التراخيص الإدارية، نجد أن القوانين الوطنية تفرض على المستوردين والمصدرين المحليين التزامات بالقيام بعمل وأن من بين هذه الالتزامات ما له صلة بالقانون الدولي الخاص. ويرجع إليها لمعرفة محتوى القانون الأجنبي للمتعاقد في الميدان البيولوجي. ونجد أثراً لهذا النوع من الالتزامات في التوصية التي اعتمدتها اللجنة الوزارية في مجلس أوروبا بشأن البحث باستخدام مواد بيولوجية ذات أصل بشري، ففي ميدان التداول عبر الحدود نلاحظ نص المادة (١٦) نصت على ان: "لا يجوز نقل المادة البيولوجية والبيانات الشخصية المرتبطة بها إلى دولة أخرى إلّا إذا كانت تلك الدولة تضمن مستوى ملائماً من الحماية.".

وقد تكون القوانين الوطنية أكثر دقة، كالقانون السويسري في الأمر الصادر عام ٢٠٠٧ بشأن زراعة الأعضاء والأنسجة والخلايا ذات الأصل البشري، إذ نصت المادة ٢٢ منه، على ان: "لا يجوز لصاحب ترخيص الاستيراد أو التصدير أن يستورد أو يصدر الأعضاء والأنسجة والخلايا إلّا من أو إلى مؤسسات أجنبية تملك ترخيصاً باستخدام الأنسجة والخلايا والأعضاء طبقاً لتشريع بلدانها"[٣].

وكذلك، تنص المادة (R. 1235 - 2) من قانون الصحة العامة الفرنسي، والتي نصت على ان: "يكفل مستورد الأعضاء بأنه تم الحصول عليها بموافقة مسبقة للواهب ومن دون دفع أي مقابل، أياً كان نوعه، لهذا الأخير"[٤].

إن لهذا النوع من الالتزامات أهمية في ميدان القانون الدولي الخاص، لأنها ترمي إلى توسيع التطبيق القانون الأجنبي أو التحقق من مضمونه إلى ما وراء الحالة الوحيدة للقاضي أو السلطة العامة. من المؤكد أن هذه الالتزامات الإدارية بالتحقق من القانون الأجنبي المفروضة على المستوردين أو المصدرين لا تتجسد في قاعدة التنازع التقليدية ولا حتى في قوانين البوليس. ولكنها تسهم في تناسق النظم القانونية الوطنية ، وهذه هي أحد المهام الموكلة بشكل عام للقانون الدولي الخاص[٥].

---

(1) Mathias AUDIT, *précit*., n°208, p.339.
(2) Art L.2151-6du code français de la santé publique.
(3) Article 22 de l'ordonnance sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules d'origine humaine du 16 mars 2007, RO, 2007, p. 1961.
(4) Art R. 1235 - 2 du code français de la santé publique.
(5) Mathias AUDIT, *précit*., n°212, p.341.

وفي ختام هذا الموضوع، يمكن ملاحظة في نطاق السوق الأوروبية المشتركة، إن هذا النوع من الالتزامات الخاص بالتحقق من موافقة القانون الأجنبي للقانون المحلي يعد متناقضاً مع مبدأ حرية تداول البضائع الذي وضعه قانون الاتحاد الأوروبي.

في هذه قضية البلازما البشرية التي قضت فيها محكمة العدل في ٩ ديسمبر/٢٠١٠، اشتكت شركة تجارية ألمانية من استبعادها من الدعوى لتقديم العطاءات التي أطلقتها مستشفيات نمساوية تتعلق بتزويدها بمنتجات الدوم، بسبب أن القانون النمساوي يحظر استيراد الدم استحصل من واهب بعوض حتى لو كان العوض بسيطاً. فالقانون النمساوي بشأن استيراد المنتجات الطبية ينص على أنه يجب على المستورد ان يثبت ، فيما يتعلق بالتبرع بالدم، أنه تم التبرع به مجاناً بشكل كامل[١]. بينما في دول أخرى، كألمانيا، فإن التعويض (وليس الأجر) الواهب جائز.

تدعي الشركة الألمانية بأن النظام النمساوي الذي يستبعد استيراد منتجات الدم من ألمانيا إذا كانت تخضع طبقاً للقانون المحلي (القانون الألماني) للتعويض، يعد بمثابة إجراء ذو أثر مماثل للتقييد الكمي، وفي هذا مخالفة لأحكام المادة ٢٨ من معاهدة سير العامل في الاتحاد الأوروبي. وقضت محكمة العدل الأوروبية، بأنه: "على الرغم من أن النظام النمساوي يضمن أن الدوم ومكونات الدم الذي يتم تسويقه في النمسا يلبي معايير الجودة والسلامة العالية"، ولكنه من جانب آخر (يشجع على الهبة الإرادية للدم ومن دون عوض) ولذلك يبدو (أن الالتزام الذي يكون بموجبه هبة الدم قد جرى من دون رد ما تحمله الواهب من تكاليف ليس ضرورياً بأي حال لضمان جودة والسلامة الدم ومكونات الدم). ولذلك، في إطار سوق واحدة وفي ميدان منتجات الدم، فإن الالتزام من التحقق من توافق القانون الأجنبي مع القانون المحلي يكون محل نظر[٢].

الخاتمة

كشفت هذه الدراسة ان تنازع القوانين في ميدان تداول المواد البيولوجية البشرية، يُمثل إشكالية قانونية معقّدة جدًا، نظرًا لتداخل الجوانب الأخلاقية، والحقوقية، والطبية، ناهيك عن ارتباطها المباشر بكرامة الإنساني و الخصوصية الجينية للأفراد. وقد تبيّن أن التشريعات الوطنية، بما فيها التشريع العراقي، لا زالت تفتقر إلى القواعد القانونية اللازمة لحكم هذه العلاقات بشكل دقيق ومتوازن.

لذا؛ تُسهم هذه الدراسة – ولو بجزء يسير– في حل مشكلة تنازع القوانين في الميدان المذكور، لا سيّما عندنا في العراق، من خلال التمسك بالحلول التشريعية السائدة في الدولة التي تولتها بالتنظيم، والاعتداد بما توصلت إليه من نتائج وتوصيات، وكما يأتي:

أولا: الاستنتاجات:

١- يُمثل موضوع تنازع القوانين في ميدان تداول المواد البيولوجية البشرية، تحدّيًا معقدًا قانونيًا، و ملتبسًا قضائيًا، و غامضًا فقهيًا، ناجمًا عن التقدم الكبير في تقنيات الطب الحيوي وزرع الاعضاء، واندفاع الدول إلى الانخراط في

[1] Art 7 de loi de 2002 sur l'importation des médicaments (Arzneiwaren- einfuhrgesetz 2002), dans sa version publiée au BGBl, I, 153/2005.

[2] Mathias AUDIT, *précit*., n°215, p.342.

عمليات تبادل هذه المواد، لأغراض العلاج أو البحث العلمي، حيث تتداخل فيه قواعد القانون الدولي الخاص، وقواعد القوانين الطبية، وقواعد حقوق الإنسان، والقانون التجاري.

٢- ثَمّة فراغ تشريعي نسبي عندنا في العراق، لا سيّما في ميدان تنازع القوانين بخصوص هذه التعاملات، نتيجة لغياب قواعد اسناد متخصصة تجمع بين الأصالة الوطنية والتحولات العالمية لزراعة المواد البيولوجية البشرية، فضلًا عن عدم وجود قواعد قانونية دولية موحدة تضمن التداول الدولي لهذه المواد بصورة فعّالة ومنصفة.

٣- تباين موقف النظم القانونية المنظمة لهذه العمليات، بشأن تداول المواد البيولوجية البشرية، فضلًا عن تفاوت موقفها بشأن نطاق مفهومها، وتصنيفها ضمن صنف اسناد معين، وذلك بفعل طبيعتها الغامضة بوصفها شيئًا قابلاً للتصرف أو جزء من الجسد البشري غير قابل للتصرف، وهو ما يولد صعوبات حقيقية في تحديد القانون الأنسب للتطبيق، خاصةً في حالتي انتقال الاشخاص أو الاشياء بين الدول ذات المفاهيم القانونية المتباينة.

٤- نتيجة لانعدام السوابق القضائية في الحالة مدار البحث؛ تُلحظ ندرة في الاحكام القضائية عمومًا والعراقية على وجه الخصوص، مما يعكس ضعفًا في التعامل مع هذه الحالات، لا سيّما في ظل غياب قواعد إسناد مخصّصة بشأن تداول المواد البيولوجية البشرية عبر الحدود.

٥- دفعت خطورة التعامل بهذه المواد؛ العديد من التشريعات الوطنية إلى حماية الفرد وكرامته بقواعد قانونية آمرة (القواعد ذات التطبيق الضروري، والقواعد الموضوعية الدولية)، يجب تطبيقها أيًا كان القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، بالشكل الذي تراجعت معه قوة منهج الإسناد المعتمد في حل مشكلة تنازع القوانين.

ثانيًا: المقترحات:

تبدو الحاجة ماسة إلى تطوير إطار قانوني دولي منسّق، يوازن بين اختلاف التشريعات الداخلية ويوحّد المعايير الأساسية لحماية الكرامة الإنسانية في مجال زراعة المواد البيولوجية البشرية، بما يحدّ من التنازع القانوني ويمنع استغلال الثغرات بين النظم القانونية المختلفة.

ولحين تحقق ذلك، نتوجه بادراج ما نراه مناسبًا للوضع القانوني والقضائي عندنا في العراقي، وكما يأتي:

١- **على مستوى التشريع:** يُقترح إدراج قواعد اسناد متخصصة، تتضمن ضوابط واقعية تتناسب مع كل حالة من الحالات المذكورة، من خلال الاستفادة من التجارب الدولية، مثل اتفاقية اليونسكو بشأن الجينوم البشري، وإدماج مبادئها في التشريع الوطني وبما يتماشى مع النظام العام العراقي.

٢- **على مستوى القضاء:** يُمثل القضاء –في ظل غياب التنظيم التشريعي– الركيزة الأهم لمعالجة الفراغ القانوني والفصل في المنازعات ذات البُعد الدولي المرتبطة بهذه المواد. وبهذا الصدد، يُقترح الاستئناس بالاجتهادات القضائية الدولية المقارنة، التي أرست مبادئ متقدمة بشأن التعامل بالمواد البيولوجية البشرية، من خلال الاستفادة من نص المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي، مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعًا.

قائمة المصادر

اولًا: الكتب القانونية:

١. د. حسن كيره، الموجز في المدخل للقانون، الطبعة الاولى، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٠.

٢. د. رياض القيسي، علم أصول القانون، الطبعة الاولى، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٢.

3. B. Starck, H. Roland, L. Boyer, INTRODUCTION AU DROIT, 5ème *éd*., Litec, 2000.

4. C. Labrusse-Riou, « Human biological materials between civil, trade and health law:ethical, anthropological and legal implications of conflicts of law system », dans Altruism Reconsidered: Exploring New Approaches to Property in Human Tissue, M. Steinmann, P. Sýkora et U. Wiesing (dir. publ.), Ashgate, 2009.

5. Dicey, Morris and Collins. The Conflict of Laws, 15th ed. London: Sweet & Maxwell, 2012.

6. G. Nicolas, « Les interactions entre le droit constitutionnel et l'éthique dans le domaine de la recherche biomédicale », dans Jeux de normes dans la recherche biomédicale, J.-P. Duprat (dir. publ.), Publications de la Sorbonne, 2002.

7. Marie-Laure Niboyet et Géraud de Geouffre de la Pradelle, Droit international privé, 7ème éd., L.G.D.J.,Paris, 2009.

8. Pierre GOTHOT et Paul LAGARDE, Conflits de lois (Principes généraux), Rép. internat. DALLOZ, Janvier 2006.

9. R. Brownsword, « Biobank Governance: Property, Privacy and Consent», dans Ethics and Law of Intellectual Property – Current Problems in Politics, Science and Techno- logy, Ch. Lenk (dir. publ.), Ashgate, 2007.

10. Th. Vignal, Droit international privé, ARMAND COLIN, 2005.

ثانيًا: الرسائل والاطاريح:

11. C. Deplagne, Les contrats internationaux portant sur les éléments et les produits du corps humain, mémoire Master II Contentieux international et européen – Université Paris Ouest Nanterre La Défense, dactyl., juin 2012.

12. Konstantinos A. Rokas, L'Assistance Medicale a la Procreationen en Droit International Prive Compare, Thèse, Université Panthon-Sorbonne (Paris 1) , 2016.

ثالثًا: البحوث:

١٣. د. هايدي عيسى حسن علي حسن، زراعة الأعضاء من منظور القانون الدولي الخاص (مركز الأجانب الاختصاص التشريعي) دراسة تحليلية مقارنة، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، عدد ٩٣، ٢٠٢٠.

14. A. Mezghani, « Méthode de droit international privé et contrat illicite », Recueil des cours, tome 303, no 303,2003.

15. B. S. Padilla, « Regulated compensation for kidney donors in the Philippines », Curr. Opin. Organ Transplant, vol. 14, 2009.

16. F. Bellivier et Ch. Noiville, « La circulation d'éléments et produits du corps humain: quand la propriété-exclusivité occulte la question de l'accès », RDC, 2008.

17. Mathias AUDIT, Bioéthique et droit international privé, RCADI, Vol. 373, n°156, 2014.

18. Muriel JOSSELIN-GALL, BIOÉTHIQUE, Rép. internat. Dalloz, Octobre , n°29 et 40,2011.

19. S. Halliday, « A Comparative Approach to the Regulation of Human Embryonic Stem Cell Research in Europe », Med. L. Rev., 2004, vol. 12.

رابعًا: المقالات:

20. M. Josselin-Gall, v° « Bioéthique », Rép. int. Dalloz, octobre 2011.
21. M.-J. Bernardi, « Diversité génétique humaine: éléments d'une politique », RJT, 2001, vol. 35.
22. P. Lagarde, intervention au cours des débats du 23 mars 2001, TCFDIP, 2000-2002.
23. R. Libchaber, vo « Biens », Rép. Dalloz de Droit civil, no 86.

خامسًا: القوانين:

٢٤. القانون المدني المصري، رقم ١٣١، لسنة ١٩٤٨.
٢٥. القانون المدني العراقي، رقم ٤٠، لسنة ١٩٥١.
٢٦. قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي الكويتي رقم (٥) لسنة ١٩٦١.
٢٧. قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٧ الأردني.
٢٨. القانون الصحة الجزائري رقم ٨٥-٠٥ الصادر في ١٦ فبراير ١٩٨٥.
٢٩. قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥.
٣٠. القانون الكويتي رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ في شأن زراعة الأعضاء (٥٥ / ١٩٨٧).
٣١. القانون التونسي عدد ٢٢ لسنة ١٩٩١ المؤرخ في ٢٥ مارس ١٩٩١.
٣٢. القانون المغربي رقم ٩٨-١٦ المتعلق بالتبرع بالأعضاء البشرية وأخذها وزرعها لعام ١٩٩٩.
٣٣. قانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية المصري.
٣٤. القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠١٥م، بشأن تنظيم نقل وزراعة الاعضاء البشرية القطري.
٣٥. قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الاتجار بها العراقي رقم ١١ لسنة ٢٠١٦.
٣٦. قانون تنظيم نقل وزراعة الأعضاء والأنسجة البشرية (الاماراتي) رقم ٥ لسنة ٢٠١٦.
٣٧. قانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٧ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية الفلسطيني.

38. Federal Act on Private International Law (PILA), adopted on 18 December 1987.
39. LOI no 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, JORF, n°175, du 30 juillet 1994.
40. Code français de la santé publique (CSP), créé par l'ordonnance n° 2000-548 du 15 juillet 2000.
41. loi du 28 juin 2002 dont l'intitulé est Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen (Stammzellgesetz – StZG).
42. Loi allemande de 2002 sur l'importation des médicaments (Arzneiwareneinfuhrgesetz 2002), dans sa version publiée au BGBl I, 153/2005.
43. Ordonnance suisse sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules d'origine humaine du 16 mars 2007, RO 2007.

سادسًا: الصكوك الدولية:

أ- الاتفاقيات الدولية:

44. Convention adoptée à Mexico le 17 mars 1994 lors de la 5e conférence spécialisée interaméricaine sur le droit international privé.

45. Council of Europe. Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine (Oviedo Convention), ETS No. 164, 4 April 1997.

46. Uniform Biological Material Transfer Agreement, disponible à: https://www.rpi.edu/dept/finance/docs/research/STANDARD_MTA.pdf

ب- الاعلانات العالمية:

47. UNESCO. Universal Declaration on Bioethics and Human Rights. Paris: UNESCO, 2009.

ج- التوجيهات الدولية:

٤٨. المبادئ التوجيهية لمنظمة الصحة العالمية بشأن زرع الخلايا والأنسجة والأعضاء البشرية لعام ٢٠١٠.

49. DIRECTIVE 2010/45/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 7 juillet 2010 relative aux normes de qualité et de sécurité des organes humains destinés à la transplantation, JOUE, 6.8.2010, L 207/14 à L 207/29.

د- القوانين النموذجية:

٥٠. القانون العربي الاسترشادي لتنظيم زراعة الأعضاء البشرية ومنع مكافحة الاتجار بها لعام ٢٠٠٩.

سابعًا: الاحكام القضائية:

51. Tribunal administratif de Paris, 21 janvier 2003, n° 0207626/6, Association Alliance pour les droits de la vie, Revue de l'Actualité Juridique Française. http://www.rajf.org/spip.php?article1508

52. Cour administrative d'appel de Paris, 3ème Chambre - formation B, du 9 mai 2005, 03PA00950, mentionné aux tables du recueil Lebon.

53. European Court of Human Rights, S. and Marper v. the United Kingdom, Judgment of 4 December 2008, Applications nos. 30562/04 and 30566/04.