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

خصوصية النظام العام على التصرف بالعضو البشري في العلاقات ذات العنصر الأجنبي

The peculiarity of public order is the elimination of the human member in relationships with a foreign element.

م.سارة صادق ساجت
Lecturer Sarah sadiq sachit
lawp1e247@utq.edu.iq
جامعة ذي قار/ كلية القانون

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

المستخلص : إنّ حدود التصرف بالجسد الانساني يرتبط بوجود حق أو حرية تخوله السلطة في الانتفاع بأعضاء جسمه لنفسه أو التبرع بها للآخرين وفق ضوابط شخصية وموضوعية تتأطر حسب الأسس والقيم الاخلاقية والاجتماعية للقانون الوطني، والدفع بفكرة النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي المختص حال مخالفته لهذه الضوابط في ظل قانون يفتقر لأهم المسائل المتضمنة لتأثير الصفة الأجنبية في تلك التصرفات، وعدم معالجة الموضوع بصورة تفصيلية، مما يفرض الرجوع إلى المحددات والشروط العامة الملزمة عند التبرع بالأعضاء البشرية في العلاقات الوطنية وتطبيقها على العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي. **الكلمات المفتاحية:** الأعضاء البشرية، النظام العام، التبرع، الوصية، حق شخصي، المصلحة.

Abstract : The limits of disposing of the human body are linked to the existence of a right or freedom that the authority grants to benefit from his body organs for himself or to donate them to others according to personal and objective controls that are framed according to the foundations and moral and social values of national law، and the promotion of the idea of public order to exclude the relevant foreign law in the event of its violation of these controls in light of a law that lacks the most important issues that include the influence of the foreign character in those actions، and the failure to address the issue in detail، which imposes a return to the general determinants and conditions that are binding when donating human organs in national relations and applying them to relations tainted by a foreign element.

Keywords: human organs، public order، donation، will، personal right، interest.

المقدمة– تتضمن المقدمة بيان الموضوعات المهمة في البحث نتناولها حسب الآتي:

أولًا– التعريف بالبحث: إنّ التصرف بالأعضاء البشرية يتم وفقًا للهبة بين الأحياء أو بناء على وصية تنفذ بعد الوفاة، فتكون كسائر العقود فتخضع لرضا الطرفين بصورة رئيسة؛ إلّا إن خصوصية هذا الموضوع تفرض أن لا تكون إرادة الانسان مطلقة وإلّا أحدثت خرقًا للقيم والمبادئ التي يرتكز عليها المجتمع؛ لذلك يتم استبعاد أي أتفاق يخالف النظام العام من حيث الالتزام بمجانية التبرع وتحقيق الغرض العلاجي الذي يحقق التوازن بين مصلحة الطرفين.

ثانيًا– مشكلة البحث: تبرز مشكلة البحث بسبب طبيعة المعالجة التي تبناها المشرع العراقي لموضوع مهم مثل التصرف بالأعضاء البشرية، وعدم ادراك حجم الخطورة المترتبة على عمومية النصوص وعدم تفصيلها؛ لذلك لم يحدد صلة القرابة

اللازمة للتبرع بين الأشخاص، وعدم تنظيم التبرع بين الوطنيين والاجانب من جهة، أو بين الأجانب أنفسهم بشكل صريح مكتفيًا بشرط القرابة فحسب، في الوقت الذي يجب أن يتم تطبيق القانون بأضيق نطاق ممكن مقتصرًا على أشخاص محددين تجمعهم رابطة القرابة لأهمية الموضوع وخطورته على المجتمع.

ثالثًا- أهمية البحث: تنبثق أهمية البحث من ندرة البحوث والدراسات العلمية المتضمنة تناول مشروعية التصرف بالأعضاء البشرية في إطار العلاقات الخاصة الدولية، مقتصرًا على بيان مدى مشروعية هذه الاعمال في الفقه الاسلامي، وبيان الشروط القانونية التي تقرر إباحة التبرع بالأعضاء البشرية من عدمه؛ لذلك يرتكز هذا البحث على بيان أثر الصفة الأجنبية في الحد من التبرع في حال مخالفته للنظام العام سواء من حيث العضو المتبرع به، أو الاشخاص الذين يحق لهم التبرع .

رابعًا- نطاق البحث ومنهجيته: يتحدد نطاق البحث ببيان التعارض بين التصرف بالأعضاء البشرية وأسس النظام العام، والدفع بعدم تطبيق القانون الأجنبي المختص حال تعارضه مع القيم والمبادئ الأساسية في المجتمع وعلى المستويين الشخصي والموضوعي، والنتائج المترتبة على الاستبعاد.

منهجية البحث، فسوف نعتمد المنهج التحليلي، ليتم تحليل النصوص الخاصة بقانون عمليات زرع الاعضاء البشرية ومنع الاتجار بها العراقي رقم(١١)لسنة ٢٠١٦،وبعض المواد الواردة ضمن القانون المدني العراقي رقم(٤٠)لسنة١٩٥١ المعدل، وانتهجنا أيضًا المنهج المقارن من خلال المقارنة مع قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية المصري رقم(٥)لسنة ٢٠١٠

خامسًا- خطة البحث: يقسم البحث إلى مبحثين، الأول لبحث إمكانية التصرف بالجسد الانساني، مقسمًا إلى مطلبين، الأول يتضمن التصرف بالجسد الانساني حق عيني، والآخر لبحث التصرف بالجسد الانساني حق شخصي، أما المبحث الثاني سيكون لبحث التبرع بالأعضاء البشرية وفق ضوابط النظام العام، متضمنًا مطلبين، الأول لبحث الضوابط الشخصية، والثاني نتناول فيه الضوابط الموضوعية للتبرع بالأعضاء البشرية.

المبحث الأول

إمكانية التصرف بالجسد الانساني

لمعرفة مدى إمكانية الانسان التبرع بالأعضاء البشرية لابد من تحديد طبيعة الحق الوارد على جسم الانسان، هل يتملك الشخص الحق بجميع أجزاء جسده أم لا، وإذا كان له الحق، ما طبيعته، والذي من خلاله نستطيع تحديد مدى تعارض هذا التصرف مع النظام العام من عدمه في إطار العلاقات الخاصة الدولية، فتكون المسألة محل اختلافات فقهية بشأن تكييف طبيعة التصرف الوارد على جسم الانسان بين من أدرجه ضمن فئة الحقوق، وبين من أنكر ذلك[١] والذي نحدده من خلال المطلبين الآتيين.

[١] يرى اتجاه فقهي آخر بأن ليس للإنسان حق على جسده بالمعنى الفني والقانوني الدقيق، وإنما هي حرية أو رخصة يمارسها الإنسان على جسمه، فممارسة مظاهر الأنشطة المتصلة بجسم الإنسان كالذهاب والمجيء، أطلق عليها البعض الحرية الطبيعية أو المادية، يمكن مقارنتها بالحرية التعاقدية، وكما إن إرادة الانسان تحقق ذاتها واستقلالها داخل حدود الحرية التعاقدية، فيكون للإنسان حرية مادية تخوله منح عضوًا من جسده، ويفرض القانون قيدًا على هذه الحرية تحقيقا لمصلحة الشخص نفسه أو للمصلحة العامة. ينظر : د. محمد المرسى زهرة، الانجاب الصناعي(أحكامه القانونية وحدوده الشرعية- دراسة مقارنة)، بلا طبعة، مطبعة جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٢-١٩٩٣، ص٢٥٦.

المطلب الأول

التصرف بالجسد الانساني حق عيني

أختلف الفقه القانوني في تحديد طبيعة حق الانسان على جسده، لذلك نورد تلك الآراء لغرض التوصل إلى الرأي الراجح، وحسب الآتي:

أولًا- حق ملكية: يرى بعض شراح القانون الفرنسي، إنّ للشخص على جسمه حق ملكية، كما أعتبره مالًا شخصيًا باستثناء الروح، فيعامل الانسان معاملة بقية الكائنات كالأشياء مثلًا، واستنادًا لذلك يمكن للشخص الاستفادة من جسمه، كما يمكنه أن يفيد غيره من الأشخاص عن طريق تصرف قانوني يكون محله شيء من الأشياء[١].

فأنّ الحق في ملكية الجسم يعطي صاحبه حقًا في منع غيره من الاعتداء عليه، كما إنّ اعتبار جسم الإنسان داخلًا ضمن الأشياء يمنح ميزة عملية كبيرة للاستقرار القانوني للجسم ومكوناته دون حاجة للتمييز بين الجسم وعناصره ومكوناته، كما تظهر أهمية الاعتراف بمادية الجسم وتملكه من قبل الشخص عندما يتعلق الأمر بتحديد حقوق الإنسان على الأعضاء التي انفصلت عنه إذ إنّ اعتبار حق الإنسان على جسمه حق ملكية يعني بطبيعة الحال ملكية الإنسان لما انفصل عنه من أعضاء وهذا بلا شك يمنح الحماية الضرورية لجسم الإنسان وأعضائه ضد كل أشكال الاتجار بالجسم البشري وأعضائه ومنتجاته المنفصلة عنه[٢]. لذلك فأنّ الأخذ بحكم هذا الاتجاه يؤدي إلى أن يكون للإنسان حق التصرف بحياته وأعضاء جسمه كيفما شاء[٣] متى كان ذلك لا يتعارض مع الحماية التي فرضتها التشريعات، وعليه لا يكون للإنسان أن يبيع نفسه ويعيش عبدًا تحت سيطرة غيره، أو أن يتصرف بحياته عن طريق الانتحار؛ لأنّ التشريعات جرمت هذه الأفعال، و إنّ الأعضاء المنفصلة تصلح لأن تكون محلًا لجريمة السرقة[٤].

من الملاحظ إن هذا الرأي تعرض للعديد من الانتقادات لأن جسد الانسان لا يصلح أن يكون موضوعًا للملكية لأنّه ليس من الأشياء، ومن المتفق فقهًا وقضاءً إنّ الانسان لا يستطيع التصرف بجسده حسب الوضع الشائع لطبيعة حق الملكية التي تخوله التصرف في جسده بشتى أنواع التصرفات القانونية كالانتحار أو الاجهاض أو الاتجار بالأعضاء البشرية، وهو أمر غير صحيح فالجسد جزء من الانسان ولا يمكن فصله حتى بعد وفاته[٥].

كما إنّ القول بوجود ملكية يستلزم وجود مالك أي صاحب الحق مستقلًا عن موضوع الحق، وطبيعة جسد الأنسان تتعارض مع ذلك؛ بسبب اتحاد صاحب ومحل الحق، فضلًا عن إنّ المفهوم الحديث للملكية اختلف في الوقت الحالي وأصبحت لها وظيفة اجتماعية من شأنها أن تورد قيود عديدة على سلطة المالك المطلقة[٦]، مع تعارض هذا التوجه مع مبادئ الشريعة الإسلامية التي تعد إنّ المالك الحقيقي لجسد الإنسان ومكوناته هو الله سبحانه وتعالى وليس للإنسان إلّا

---

[١] صابر محمد محمد سيد، محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة، بلا طبعة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨، ص١٥٢.

[٢] أحمد عبد الدائم ، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، رسالة دكتوراه، جامعة روبر شومان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٩، ص٤٣.

[٣] د. أحمد شرف الدين، د. السيد عيد نايل، المدخل لدراسة العلوم القانونية نظرية الحق، ٢٠٠٢، ص ١٨٣.

[٤] د. طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء/ دراسة مقارنه، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١ . ص٨٥.

[٥] مريم بو غازي، حق الانسان في التصرف في جسده على ضوء الاجتهاد القضائي للمحكمة الاوربية لحقوق الانسان، مجلة البحث القانوني والسياسي، العدد ٢، المجلد ٧، ٢٠٢٢، ص١٠٥.

[٦] رمضان جمال كمال، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠٠٥، ص١٩.

سوى الانتفاع بالجسد في حدود ما رسمه الشارع؛ لأن الانسان لا يجوز له التصرف في جسده إلّا في الحدود التي نص عليها شرع الله[١]، مع مراعاة أحكام الشريعة عند التبرع، بأن تتم بناءً على وصية صحيحة، وهذا ما نصت عليه المادة (١٢) من قانون زرع الاعضاء العراقي بأنّه : " لكل شخص كامل الأهلية أن يوصي... وفقًا لأحكام الشريعة".

ثانيًا– حق انتفاع: ظهر رأي فقهي آخر يرى بأن حق الانسان على جسده يمثل حق انتفاع، فيكون الجسد مملوك لله سبحانه وتعالى، وسلطة الانسان على جسده تشكل حق منفعة، فيكون للإنسان حق التمتع بجسده طوال حياته، وعليه أن يعيده لله سبحانه وتعالى بنفس الصورة التي تلقاها منه؛ لذلك يجب على الانسان أن يحافظ على جسده بجميع عناصره ومكوناته ولا يحق له التصرف، ولا يجوز له المساس بجسده إلّا لغرض المحافظة على حياته؛ إلّا إن هذا الرأي تعرض للنقد أيضًا، لأنّ حق الانتفاع من الحقوق العينية لا ترد إلّا على الأشياء، وهذا الأمر يتنافى مع طبيعة جسد الانسان، ويحصل تداخل بين صاحب الحق ومحله إذا كان الشخص نفسه صاحب الحق، فما هو محل الحق، فكيف يكون الجسد هو محل الحق، وهو عنصر في تكوين الانسان[٢].

المطلب الثاني

التصرف بالجسد الانساني حق شخصي

يرى الاتجاه الآخر من الفقهاء بأنّ حق الانسان على جسده هو حق شخصي، والذي يعبر عن رابطة بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين، يطالب بمقتضاها الدائن المدين أن ينقل حقًا عينيًا، أو يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل؛ لكن هذا الرأي أنتقد أيضًا؛ لأنّه يؤدي إلى حصول تداخل بين صاحب الحق ومحله، وما هو الأداء الذي يلتزم به، ويؤدي إلى الخلط بين فكرة الالتزام من جهة، وفكرة الاحتجاج بالحق في مواجهة الغير من جهة أخرى[٣]. لذلك ذهب جانب آخر من الفقهاء [٤] إلى إنّ حق الإنسان على جسمه يُعد من الحقوق اللصيقة بالشخصية وتثبت هذه الحقوق للإنسان بوجوده[٥]، وهو حقه في الحياة وفي تكامله الجسدي، فجسم الانسان هو الكيان الذي يباشر فيه الوظائف الحيوية وهو محل الحق في سلامة الجسم، وهو من الحقوق الشخصية التي يصونها المجتمع لكل فرد من أفراده، ويقرر المشرع الحماية الجنائية لحق الانسان في سلامة جسده[٦]. من أهم الخصائص التي تتميز بها هذه الحقوق بأنّها حقوق عامة فهي تثبت لجميع الناس على قدم المساواة، وحقوق مطلقة، أي يحتج بها في مواجهة الكافة، وعلى الجميع احترامها، و حقوق ملازمة لشخصية الإنسان ولا تنفك عنه بنهاية حياته[٧]؛ لذلك توصف هذه الحقوق بأنّها حقوق غير مالية كونها حقوقًا شخصية؛ إلا إنّها

---

[١] د. حسام الدين شحادة، الاستنساخ بين العلم والفلسفة والدين، مركز العلم والسلام، ١٩٩٧، ص١٤٨.

[٢] محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد(دراسة مقارنة في القانون المدني والشريعة الاسلامية)دار النهضة العربية'القاهرة، ١٩٩٦، ص٥٤.

[٣] د. ابراهيم الحسين ابراهيم، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، ط١، مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، القاهرة، ٢٠١٣، ص٨٩.

[٤] د.حسن كيره، أصول القانون، ط٢، دار المعارف، ١٩٦٩، ص٤٢٩ وما بعدها. د. أحمد شرف الدين، د. السيد عيد نايل، المدخل لدراسة العلوم القانونية(نظرية الحق)، مصدر سابق، ص ١٦٢.

[٥] د. توفيق حسن فرج، المدخل إلى العلوم القانونية، ط٢، دار النهضة العربية، ١٩٧٤، ص٦٧٧.

[٦] د. ابراهيم الحسين ابراهيم، مصدر سابق، ص١٩.

[٧] د. محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون(القاعدة القانونية– نظرية الحق)،ج٢، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦، ص٨٢.

قد تنتج أثارًا مالية فإنّ الاعتداء عليها يمنح أصحابها حقًا ماليًا في التعويض[١] فإذا تعرضت السلامة الجسدية للشخص للأذى فإن ذلك ينشئ ضررًا يستوجب التعويض لذلك تتميز الحقوق غير المالية بعدم جواز التصرف بها سواء بعوض أم بغير عوض؛ إلا إنّ هذا المبدأ وإن كان مطلقًا فيما يتعلق ببعض الحقوق الشخصية كالحق في الحياة مثلا فالاستثناء يرد عليه خاصة فيما يتعلق بالاتفاقات المتعلقة بالحق في السلامة الجسدية[٢] إذا تمت وفقا لما نصت عليها القوانين الخاصة بالتبرع بالأعضاء.

كذلك لا تنتقل هذه الحقوق بالميراث بل تنقضي بوفاة صاحبها كونها غير داخلة في الذمة المالية لصاحبها إلا أنّ هذا القول لا يُعد مطلقً؛ لأنّ الحق ينتقل بالإرث فعندما ينشأ الحق بالتعويض بعد الاعتداء على الشخص فيدخل الحق بذمته المالية للمضرور قبل وفاته، وكذلك الحال بالنسبة لحق المؤلف الأدبي، إذ ينتقل إلى ورثته حماية لذكره وسمعته وآثاره، وتتميز هذه الحقوق بأنّها غير قابلة للسقوط بالتقادم لسكوت الفرد عن استعمال حقه، أو عدم الدفاع عنه؛ كونها حقوق ملازمة لصفة الإنسان فهي لا تسقط بمضي مدة معينة بل تظل ثابتة للإنسان إلى وفاته، فهذه الحقوق تثبت بمجرد الحمل وتستمر إلى الوفاة؛ لذلك إنّ حرمة الجثة لا تُعد من الحقوق الشخصية، إلّا إن حماية هذا الحق تأتي كون الجثة امتدادًا لجسم الانسان بعد وفاته[٣].من الملاحظ إنّ هذا الرأي لا يسلم من النقد أيضًا؛ لأن فكرة الحقوق الشخصية ذاتها محل نقد من الفقهاء، فما يسمى بالحقوق الشخصية هي ليست حقوقًا بالمعنى الدقيق بل تُعد رخص أو حريات فردية، أو هي طائفة تقع وسط بين الحقوق والحريات[٤].

لكننا نرى بأنّ حق الانسان على جسده هو أقرب للرأي الفقهي الأخير، وهذا ما يجعل الأمر بأنّ المتبرع يخضع لقانونه الشخصي مالم يتعارض مع النظام العام، نظرًا لوقوع هذه التصرفات على جسم الانسان، ومساسها بحق من الحقوق اللصيقة بشخصية الانسان، وهو الحق في التكامل الجسدي، وإنّ مصطلح القانون الشخصي يستخدم للدلالة على تنظيم مسائل الأحوال الشخصية أو مسائل الحالة المدنية للشخص، والتي تقابل في الجانب الآخر الحق العيني، الذي يخرج من نطاقه حق الانسان في حرمة جسده[٥]؛ لذلك يتم التمسك بالنظام العام كضابط للحد من بعض التصرفات حالت مخالفتها له في نطاق الحقوق الشخصية فحسب؛ لأنّه لا تثار مشكلة في نطاق الحقوق العينية لأنّه في كل الأحوال يتم تطبيق أحكام القانون الوطني؛ لكونها من القواعد ذات التطبيق المباشر كما جاء في نصوص المواد (٢٣/ ف ثانياً، ٢٤) من القانون المدني العراقي. فتؤدي فكرة النظام العام دورًا مهمًا لحماية الجسم الانساني بوجه عام، فعلى الرغم من النقد الذي وجه إلى هذه الفكرة نظرًا لعدم إمكانية تحديد محتواها بدقة؛ إلّا إنّها تفرض نفسها في هذا المجال لحماية الانسان، وتسمح للقاضي تقرير بطلان التصرف إذا كان ينطوي على المساس بكمال الإنسان[٦].

---

[١] د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج٢، جامعة الكويت، ١٩٧٠، ص٢١٤.

[٢] د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، بلا طبعة، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص٥٦٥.

[٣] د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مصدر سابق، ص٢٠٠.

[٤] د. محمد المرسى زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية(دراسة مقارنة)، الكويت، ١٩٩٣، ص٢٥٦.

[٥] هايدي عيسى حسن علي، زراعة الاعضاء البشرية من منظور القانون الدولي الخاص(مركز الأجانب، الاختصاص التشريعي/ دراسة تحليلية مقارنة)،مجلة القانون والاقتصاد، العدد (٩٣)،ص٥٧٨.

[٦] د. محمد المرسى زهرة، مصدر سابق، ٢٦٨.

لذلك فالتساؤل الذي يطرح بهذا الشأن إن آلية الكشف عن النصوص المتعلقة بالنظام العام تتم من خلال استخدام مصطلحات ضمنية تتضمن معنى الالزام والحظر أم باستخدام عبارات صريحة تفيد تعلقها بأحكام النظام العام؟

إنّ الأمر يكون مختلفًا في نطاق العلاقات الخاصة الدولية عما هو الحال عليه في القانون الداخلي بالتعامل معها على إنّها نصوص آمرة لا يجوز الخروج عليها؛ لأنّه لا يمكن حصر التصرفات ووضعها ضمن قانون معين؛ بسبب تعدد المسائل واختلافها باختلاف القانون واجب التطبيق، وهذا الأمر الذي دفع إلى وجود عدة اختلافات فقهية في تحديد مفهوم النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، فالأمر ينعكس على جهالة حدود النظام العام، فيتم الاستعانة بالضوابط الموضوعية للنظام العام في القانون الداخلي، لمعرفة ما يُعد من ضمن حدوده وما يخرج منها، وعلى وجه الخصوص في نطاق التصرف بالجسد البشري، كالشروط التي أوردها قانون زرع الأعضاء العراقي، إذ يجب توفر الأهلية وحالة الضرورة، ورضا المتبرع، ومجانية التبرع فالنسبة للقانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل أقر بشكل صريح بأنّ التعامل بجسد الانسان يُعد من أحكام النظام العام في المادة (١٦-٩) من القانون المدني الفرنسي، ثم أورد حالات تقضي بجواز التصرف به في حالات وأغراض محددة، أمّا في القانونين العراقي والمصري لم ينصا بشكل صريح؛ لكن هذا لا يمنع إنّ التصرف بجسد الانسان يخضع لضوابط وشروط خاضعة لأحكام النظام العام وتسري في مواجهة الوطنيين والأجانب على حد سواء.

لذلك لم تشِر القوانين إلى تعريف النظام العام وعلى المستويين الدولي والمحلي؛ وإنّما أكتفت بالإشارة إلى موضوعات محددة بأنّها من المسائل المتعلقة بالنظام العام، كما في نص المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي، وهذا ما أدى إلى اختلاف الفقهاء في تحديد مفهومه، فعرف بأنّه " وسيلة قانونية يستبعد بها في النزاع المطروح أمام القاضي الاختصاص العادي المعقود للقانون الأجنبي متى تعارضت أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في بلد القاضي[١]، فتكون فكرة النظام العام فكرة مرنة ومتطورة تتغير باختلاف المكان والزمان، فما يُعد متعارضًا مع النظام العام في دولة لا يُعد كذلك في دولة أخرى[٢]. أمّا على المستوى القانوني فاكتفى بالإشارة إليه على إنّ مانعًا من تطبيق القانون الأجنبي، حسب ما نصت عليه المادة(٣٢) من القانون المدني العراقي ويقابلها نص المادة (٢٨) من القانون المدني المصري، والتي جاء فيها: " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة اذا كانت هذه الاحكام مخالفة

---

[١] د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ج٢، الهيأة المصرية العامة للكتاب، مصر، ١٩٨٦، ص٥٣٧.

بالمقابل حاول جانب من الفقه وضع عدة معايير لبيان أساس الدفع بالنظام العام، اذ ذهب الفريق الأول انه يتم استبعاد القانون الاجنبي اذا تضمن نظم قانونية غير معروفة في دولة القاضي؛ الا ان هذا الرأي مبالغ فيه، فيؤدي الى زيادة للحالات التي يتم فيها استبعاد القانون الاجنبي، وان تطبيق أي قانون غير معروف في دولة القاضي يشكل مساساً بالقيم والمبادئ الاساس، واتجاه آخر يرى إن الاستبعاد يتحقق اذا كان القانون فيه مساس بمبادئ العدالة الدولية، أو يصطدم بالمبادئ العامة والمتعارف عليها دولياً، أو قواعد القانون الطبيعي؛ بينما اتجاه آخر يعده مخالفاً اذا تعارض مع السياسة التشريعية للدولة، وان كان القانون الاجنبي لا يتضمن مخالفة لمبادئ العدالة، فيتم استبعاد القانون اذا تعارض مع الاهداف الهامة التي يرمي الى تحقيقها تشريع دولة القاضي، للمزيد ينظر:

- د. أحمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الاماراتي، بلا طبعة، اثراء للنشر والتوزيع، عمان، بلا سنة طبع، ص٣٨٠-٣٨١.

[٢] د. هشام علي صادق، د. حفيظة الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠١٩، ص١٥٠.

للنظام العام أو الآداب في العراق"، هذا ما نتناوله بالتفصيل في المبحث القادم.

المبحث الثاني

التبرع بالأعضاء البشرية وفق ضوابط النظام العام

إنّ التبرع بالأعضاء البشرية يرد استثناءً على حرمة التصرف بها بنطاق ضيق وفقًا لشروط وضوابط غايتها تحقيق الصالح العام، لذا تُقيد هذه التصرفات ضمن حدود معينة تتعلق بالأشخاص من جانب ، وبطبيعة العضو المتبرع به من جانب آخر، هذا ما نحدده خلال المبحث وحسب المطلبين الآتيين.

المطلب الأول

الضوابط الشخصية للتبرع بالأعضاء البشرية

لضمان المحافظة على مشروعية التبرع بالأعضاء البشرية يقتضي تحديد نطاقها ضمن أشخاص محددين تجمعهم روابط اجتماعية ودينية، هذا ما نتناوله في المطلب من خلال تقسيمه إلى الفرعيين الآتيين.

الفرع الأول

اختلاف الجنسية

إنّ إجازة التبرع بالعضو البشري تستهدف تحقيق حالة إنسانية غايتها الحفاظ على حياة الانسان من الموت أو المرض، على عده الطريق النهائي لمعالجة هذا الشخص بدون مقابل، ولغرض الحفاظ على هذه الغاية النبيلة وعدم التوسع من نطاقها لتخرج إلى موضوع الاتجار، فقيد القانون نطاق التبرع بأشخاص محددين تربطهم صلة القرابة، ومفاد هذا التحديد هو تقييد التصرف بحدود معينة ولغايات انسانية بحتة تخلو من وجود المقابل المادي، وكل هذا الأمر يصب في تحقيق المنفعة العامة وتغليبها على المصلحة الشخصية، لذلك تتفاوت القوانين في تحديد الاشخاص الذين يجوز لهم التبرع، على خلاف توجه المشرع العراقي الذي أكتفى بالاعتماد على رابطة القرابة، فهو مفهوم غير محدد، فقد يؤدي إلى التوسع في تفسير النص ليشمل أشخاص متعددين غايتهم الحصول على العضو البشري من العراقي وادراج هذا التصرف ضمن عقد تبرع صوري، يتعارض مع مفهوم النظام العام. إذ يفتقر قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية العراقي لهذا التنظيم فأكتفى في نص المادة (٢٣) من القانون بأنّه: " تكون الأولوية في نقل الأعضاء من الأحياء العراقيين إلى العراقيين ويجوز نقل الاعضاء إلى غير العراقي إذا كان قريبًا"، فيكون النص غير محدد لصلة القرابة هل يشمل قرابة الدم والمصاهرة معًا، وما درجة القرابة الواجب توفرها، فالنص بمفهومه الواسع جاء يشمل كل من صلة الدم والمصاهرة فالنص مطلق، والمطلق يجري على أطلاقه، وكذلك فيما يتعلق بدرجة القرابة؛ لذلك من الممكن أن تصل الى الدرجة الرابعة، في حين إنّ الأمر يتطلب تضييق نطاق التبرع وبالخصوص بين الوطنيين و الأجانب والاقتصار على التبرع بينهم إلى الدرجة الثانية.

أمّا بالنسبة لقانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية المصري ذكرهم بشيء من التفصيل، وقيد التبرع بين المصري والاجنبي في حال وجود علاقة زوجية، بأنّه يجوز التبرع من أحد الزوجين إذا كان أحدهم أجنبيًا، فأجازت المادة الثالثة من القانون بتبرع المصري بأحد أعضاء جسمه أو انسجته حال حياته لزوجته، بمعنى إنّه يسري الأمر أذا كانت الزوجة أو الزوج مصريًا؛ لكن ضمن شروط تتعلق بوجود عقد موثق بشكل رسمي، ومضي ثلاث سنوات على الاقل لهذا الزواج، كل هذه

الشروط تقف عائقًا للحد من صورية العقد والتحقق من جدية هذه الرابطة الجدية، لكي يبقى هذا التصرف ضمن حدود الصالح العام.

وكذلك أجاز التبرع بين الأخوة إذا كانوا من أم مصرية وأب أجنبي، ويستوي الأمر بتمتع أحد الابناء بالجنسية المصرية أصلية كانت مكتسبة وسواء كان المصري هو المتبرع أو المتلقي؛ لأنّ الجنسية المصرية هي ركيزة وأساس تحديد جواز هذا التصرف من عدمه[١] وكذلك نظم المشرع المصري التبرع بين الأجانب من الجنسية الواحدة، وقيدها بوجود طلب يقدم من الدولة التي يتمتعون بجنسيتها، والغاية من ذلك لكي يبقى التبرع في حدود الامور المجازة، وأن لا يؤدي إلى الاتجار بالأعضاء البشرية الأمر الذي يتعارض مع مقتضيات النظام العام وإنْ كانوا يحملون الجنسية الأجنبية، وعلى الرغم من عدم تحديد الاجراءات المتبعة للتبرع بالعضو البشري؛ لكن هذا لا يمنع من تطبيق الشروط التي يفرضها القانون الشخصي للمتبرع والمتلقي بشرط عدم تعارضه مع النظام العام سواء من حيث ضابط صلة القرابة بينهم والسن المحدد لأهلية التبرع، والعضو المتبرع به مع الاخذ بنظر الاعتبار بالقيود المتعلقة بالجانب الموضوعي.

الفرع الثاني

اختلاف الدين

إنّ المشرع العراقي والمصري أغفلا النص بأنْ يكون اختلاف الدين مانعًا من التبرع من عدمه بالأعضاء البشرية سواء بالهبة أو الوصية، فيضيف قيدًا آخر على التبرع سواء كان بين الزوجين أو بين الأقارب، لأنّ بعض القوانين الأجنبية تُجيز الزواج بين مُختلفي الدين[٢]، فالتساؤل المثار في هذه الحالة هل يصطدم هذا الأمر مع القيم الاسلامية التي تُعد أحكامها من النظام العام؟ للإجابة على هذا التساؤل يقتضي الرجوع إلى الآراء الفقهية الواردة بهذا الخصوص، ومعرفة الشروط الواجبة لمشروعية هذا التبرع، وحسب الآراء الفقهية المذكورة أدناه. أجاز السيد محمد اسحاق الفياض زرع اعضاء الكافر الحربي والمرتد معاً، ولا مانع من ذلك وبعد عملية الزرع يصبح ذلك العضو عضواً للمؤمن ومحكومًا بأحكامه[٣]، وللمسلم قبول زرع عضو من المسلم أو الكافر إذا كانت الشخص تتوقف عليه حياته سواء بعلمه حال حياته، أو بعلم ورثته بعد وفاته[٤]. ويذهب سماحة السيد علي السيستاني أيضًا إلى جواز قطع عضو من بدن الميت الكافر غير محقون الدم أو مشكوك الحال لإلحاقه ببدن المسلم وتترتب عليه بعد الإلحاق وحلول الحياة فيه أحكام بدن المسلم لصيرورته جزءًا منه ويجوز أيضًا إلحاق بعض أعضاء الحيوان كقلبه ببدن المسلم وإن كان حيوان نجس العين كالخنزير ويصبح بعد الإلحاق وحلول الحياة فيه جزءًا من بدن المسلم وتلحقه أحكامه[٥]، وأجاز السيد محمد اسحاق الفياض التبرع

---

[١] هايدي عيسى حسن علي، مصدر سابق،ص٥٧٨.

[٢] د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص، ط١،مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٣، ص٣٥٧.

[٣] المسائل المستحدثة طبق فتاوى سماحة اية الله السيد محمد اسحاق الفياض، ط١، ٢٠٠٥، ص ١٨٤.

[٤] السيد محمد اسحاق الفياض، المصدر نفسه، ص١٨٥.

[٥] السيد علي السيستاني، منهاج الصالحين(المسائل المستحدثة)، المسالة (٦٤).

بالدم والجلد للكافر[١]. وذهب أيضًا المجمع الفقهي الاسلامي إلى جواز التبرع بالأعضاء لغير المسلمين إذا كان غير المسلم معصوم الدم غير محارب وكانت هنالك ضرورة تتعلق ببقاء الانسان حيًا وتعرضه لموت محقق[٢].

يرى الدكتور محمد راتب النابلسي بان التبرع جائز مع اختلاف الدين اذا كان يفيد المتبرع له ولا يضر بالمتبرع[٣]، ويرى الدكتور عبد المعطي بيومي ان المسألة كلها انسانية "الانسان يرجو فيها وجه الله" سواء كان لمسلم او لغير المسلم بشرط ان لا يكون من المحاربين لنا حتى لا نقويه علينا، أو يكون مرتداً معلن العداء للإسلام [٤].

لذلك نرى بأنّ اختلاف الدين لا يُعد مانعًا من التبرع من حيث الأصل؛ فالنسبة للمسلم يحق له الحصول على التبرع من غير المسلم، أمّا العكس فيجب أن يتقيد ضمن أضيق نطاق ممكن بأنّه لا يجوز استئصال العضو من المسلم لغير المسلم إلّا في حال تعذر وجود متبرع من نفس ديانة المتلقي.

المطلب الثاني

الضوابط الموضوعية للتبرع بالأعضاء البشرية

إنّ فكرة النظام العام في إطار التبرع بالأعضاء البشرية لا يقتصر على ارتكاب أفعال تتعارض مع المبادئ والقيم الشرعية التي يرتكز عليها المجتمع فحسب بل تتعدى إلى كل فعل يهدد الصالح العام من خلال تغليب مصلحة الجماعة على المصلحة الشخصية؛ لذلك يتقيد نطاق التبرع بأنّ التصرف لا يؤدي إلى وفاة المتبرع أو اصابته بمرض ما، وأن لا يؤدي إلى اختلاط الأنساب وهذا نتناوله خلال الفرع الآتي:

الفرع الأول

التوازن بين المصالح

بمعنى العمل على إجراء موازنة بين الضرر والمنفعة لكي يكون العمل مشروعًا، بحيث لا يجوز الاستئصال إلّا إذا كان النفع أكثر من الضرر أو على الأقل مساويًا له[٥]، فأمّا أن يتم تحقيق مصلحتين في آن واحد، وهي مصلحة المتبرع بتحقيق هدف انساني غايته علاج الشخص المريض وحمايته، بشرط عدم التأثير على صحته، ومصلحة المتلقي للحفاظ على حياته، إذ حددت المادة (٥) من قانون زرع الاعضاء العراقي ويقابلها نص المادة (٢) من القانون المصري، بأنه لا يجوز نقل عضو أو نسيج بشري الا لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة المتلقي أو علاجه من مرض خطير ويكون النقل هو الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياته، وأن لا يهدد حياة المتبرع أو يلحق به ضررًا دون الاخذ بنظر الاعتبار موافقة المتبرع أو رضاه؛ كون هذا الفعل يخالف النظام العام.

أو تغليب الصالح العام على المصلحة الشخصية فيؤدي إلى عدم قبول الهبة في حال التبرع بعضو منفرد غير متجدد كالتبرع بالقلب والرئة فمن الطبيعي أن يؤدي إلى وفاة المتبرع، في حين يجوز التبرع بجزء من الكبد وإنْ كان عضو منفرد

---

[١] السيد محمد اسحاق الفياض، المصدر نفسه، ص١٨٣.

[٢] القرار الصادر عن المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الاسلامي في دورته المنعقدة بتاريخ ١٨ جمادي الآخرة ١٤٠٨هـ –١٩٩٨.

[٣] د. محمد راتب النابلسي، قضايا فقهية معاصرة، (المسائل المتفرقة ١٣).

[٤] مقال منشور على الموقع الالكتروني، https://www.lahamag.com/article/25824–

[٥] د. حسام الدين كامل الأهواني، مصدر سابق، ص٣٥٧.

لكنه متجدد ويمكن للإنسان العيش بجزء من كبده[١]، أو التبرع بعضو غير منفرد لكنه يؤثر على ممارسة الانسان لنشاطه بشكل طبيعي كالتبرع بالعين مثلًا، أو تغليب مصلحة المتلقي إذا كان التبرع من جثة المتوفي بشرط استيفاء الضوابط القانونية المتعلقة بطبيعة العضو والشروط الاخرى المتمثلة بوجود وصية تقضي بجواز التصرف بالعضو، وموافقة ذويه على الاستئصال سواء بعضو واحد أو أكثر كما في نص المادة (١٢) من القانون العراقي ويقابلها نص المادة (٨) من القانون المصري.

في حين يقرر المشرع الفرنسي بأنّ الأصل هو إباحة التبرع بعد الوفاة، متبنيًا فكرة الرضا المفترضِ؛ إلّا في حال التصريح بالرفض حال حياته، فإذا رفض الشخص ودون ذلك، فيمتنع نقل العضو، واذا لم يوجد يستفسر الطبيب من ذويه عن مدى رفضه في حياته، فيرجح القانون الفرنسي المصلحة العامة على حرمة الميت ويكتفي بإخطار أقاربه بعملية النقل[٢]، في حين إنّ هذا الأمر يتنافى مع النظام العام في القانون العراقي والمصري؛ لأنّه وإنْ كان يقرر مصلحة المتلقي بالدرجة الأساس؛ لكن يجب أن تبقى في حدود الضوابط الاخلاقية للمجتمع.

لذلك عمدت بعض القوانين إلى إنّ التصرف بالأعضاء البشرية لأغراض علمية مقتصرًا على الجثة فحسب، فالمشرع يغلب الفائدة العلمية على الجثة لأنّها سرعان ما تتحلل في التراب، وهذه التفرقة لها ما يبررها لكون الجسم أولى بالرعاية من الجثة ولا يجوز المساس بالجسم إلّا لمصلحة علاجية لجسم آخر؛ وإنّ استئصال أي عضو يحقق ضرر مؤكد، فيجب أن تكون هنالك مصلحة مؤكدة لجسم آخر؛ في حين البحث العلمي يقتضي التجارب، وبالتالي تحمل النجاح والفشل[٣]، في حين إن المشرع العراقي لم ينص بشكل صريح على ذلك بل أشار فحسب إلى تحديد نطاق التبرع بالغرض العلاجي والعلمي بصورة عامة دون تمييز بأن يرد التصرف على أعضاء الانسان الحي أو جثة المتوفى.

علمًا إنّ هذا الضابط يسري في مواجهة الوطنيين والأجانب، أولًا لكون أغلب القوانين تشير إلى هذه الضوابط عند التبرع بالأعضاء، باستثناء البعض منها كما في القانون الفرنسي الذي جعل الأصل أن يتبرع الانسان بأعضائه بعد وفاته مالم يثبت تحريريًا رفضه التبرع حال حياته، بمعنى أن يكون للدولة السلطة للتصرف بجثة المتوفى، وثانيًا أنّه في حال لو كان القانون الشخصي يجيز ذلك فيستبعد القانون الأجنبي لأنّه يصطدم بالنظام العام في البلدان العربية كون التبرع يتم بناءً على وصية مستوفية للشروط القانونية، لكون القوانين العربية تحترم القيم التي أرستها الشريعة الاسلامية وجاءت قوانينها متوافقة معها من حيث المحافظة على الكرامة الانسانية، وحرمة التصرف بجسد الانسان من حيث الأصل، وإجازة التصرف بما يتوافق مع الحفاظ على حرمة الميت؛ لذلك أقر القانون العراقي استعادة الجثة بوضع موقر يضمن كرامتها بعد استئصال العضو المحدد[٤]. من خلال ذلك يظهر الأثر السلبي للنظام العام فحسب والمتمثل بإستبعاد القانون

---

[١] مصطفى سماعيلي، تنينة محمد، النطاق القانوني للتصرف في الأعضاء البشرية، مجلة المعرفة، العدد العاشر، ٢٠٢٣، ص٣٠٠.

[٢] د.غنام محمد غنام،المشكلات القانونية المتعلقة بأخلاقيات علم الأحياء في القانون المقارن،مجلة البحوث القانونية والاقتصادية،العدد٧٣، ٢٠٢٠، ص٥٢.

[٣] د. حسام الدين كامل الأهواني، تعليق على القانون الفرنسي رقم ١١٨١ لسنة ١٩٧٦ بشأن نقل وزرع الأعضاء البشرية، ص٣٦٨.

[٤] د. ينظر نص المادة (١٣) من قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية العراقي.

الاجنبي، وعدم تطبيق أي قانون آخر يحل محله[١]، بسبب عدم مشروعية الفعل المتفق عليه، بمعنى من الممكن إنّ آثار النظام العام تقتصر على الاثر السلبي دون أنْ يتبعه أثر إيجابي؛ لكن العكس غير صحيح، في حين يرى البعض[٢] إنّ استبعاد القانون الأجنبي يستتبع دائمًا إحلال القانون الوطني محله؛ وإن كان المشرع العراقي لم يفصل في ذلك، مكتفيًا بالأثر السلبي وفقًا لنص المادة (٣٢) من القانون المدني؛ إلّا إن الاتجاه الفقهي الراجح يقر بوجوب تطبيق القانون الوطني بدلًا من القانون الأجنبي[٣]؛ لأنّ بمجرد الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي التي تقر بإجازة التبرع بالأعضاء المحضورة ما هو إلّا تطبيق للقانون الوطني الذي يمنع هذا التصرف.

الفرع الثاني

عدم اختلاط الانساب

إنّ تطبيق القانون الأجنبي بوصفه قانونًا واجب التطبيق على التبرع بالأعضاء البشرية، يؤدي إلى بطلان التصرف وعدم الاعتداد من وجهة نظر القانون الوطني بسبب تعارضه مع النظام العام، وإنْ كان القانون الأجنبي يجيز التبرع بعضو معين وينطبق هذا الأمر على وجه الخصوص على التبرع بالأعضاء التناسلية الناقلة للصفات الوراثية؛ إذ إنّ اختلاط الأنساب يصطدم مع قاعدة أخلاقية ودينية؛ كون الطريق الطبيعي لإنجاب الذرية هو الزواج بين الذكر والانثى كمسلك وحيد للإنجاب[٤]، علمًا إن هذا الحظر يرد على الانسان الحي والميت معًا، إذ نصت المادة (٥/ ثالثًا) من قانون عمليات زرع الاعضاء العراقي على أنّه: " لا يجوز نقل أعضاء أو أنسجة بشرية من جسم إنسان حي إلى آخر يؤدي إلى اختلاط الأنساب"، وكذلك المادة (١٦) المقابلة لنص المادة (٢) من القانون المصري. بأنّه: " لا يجوز نقل الاعضاء التناسلية من جثة المتوفى وزرعها في جسم انسان حي".

لذلك فأنّ آثار النظام العام تنتج أثر سلبيًا فحسب[٥]، كما لو تم مطالبة الشخص أمام قضاء الدولة التي لا يسمح قانونها بإجراء عمليات تخص التبرع بالأعضاء التناسلية، أو الاستنساخ البشري، أو عمليات تغيير الجنس، وإن كان قانونه يجيز هذا التصرف؛ كون هذه التصرفات تندرج ضمن المساس بحرمة الجسد البشري، فتكون لقواعد قانون القاضي الطبيعة الالزامية في استبعاد القانون الاجنبي المختص، ويكون لقواعد النظام العام سموًا على القانون الأجنبي واجب التطبيق فيظهر الأثر الإيجابي بأنّ القواعد المنصوص عليها في قانون القاضي لها الأولية في التطبيق، فيرفع من قيمتها ويجعل لها الأسبقية دائمًا على تطبيق القانون الأجنبي، وإن المصلحة العليا ذاتها تبرر وجود ما يسمى ب " النظام العام الصحي" وبمقتضاه يستلزم تفضيل مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد[٦]. علمًا إن هنالك اتجاه فقهي " الاتجاه الراجح" يقرر

---

[١] د. هشام علي صادق، تنازع القوانين (دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري)، ط٢، دار المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٤، ص١٠٩.

[٢] د.غالب الداوودي،د. حسن محمد الهداوي،القانون الدولي الخاص، القانون الدولي الخاص،العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة،دون سنة طبع، ص١٩٠.

[٣] د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، ط١، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٥، ص٢١٦.

[٤] محمود ثابت محمود الشاذلي، الضوابط القانونية لعملية نقل وزراعة الاعضاء البشرية بين الأحياء، مجلة بحوث الشرق الاوسط، العدد ٤٤، جامعة عين شمس، مصر، ص٢٢٣.

[٥] جديرًا بالذكر من غير الممكن تصور الأثر الايجابي في شأن التصرفات المحظورة مطلقًا من قبل قانون قاضي النزاع.

[٦] هايدي عيسى حسن علي، مصدر سابق، ص٥٣٤.

اقتصار الإستبعاد على الجزء المخالف دون بقية الاجزاء، فيقتصر القاضي على تطبيق أحكام القانون الأجنبي غير المتعارضة مع النظام العام، لإتفاق ذلك مع هدف قاعدة الاسناد المتمثلة بإختيار القوانين الأكثر ملاءمة لحكم النزاع، فضلاً عن انسجامها مع وظيفة النظام العام، والتي تقتصر على درء الخطر الذي يهدد المجتمع[١].

وهذه الحالة تظهر خصوصية للدفع بالنظام العام، كما لو تم الاتفاق بين شخصين على زرع أحد الاعضاء البشرية خارج حدود الدولة، وحصل خلاف يتعلق بامتناع الشخص عن التبرع بعد حصوله على مقابل مادي، فعند إقامة الدعوى أمام القضاء الوطني، ترد دعواه لمخالفتها النظام العام، لأنّه لا يمكن إلزام الشخص بتنفيذ إلتزام مخالف للنظام العام، وهنا يظهر الأثر السلبي والمتمثل بإستبعاد القانون الأجنبي؛ لكن من الممكن أن يؤدي إلى تطبيق القانون الأجنبي نفسه مؤسسًا الدعوى على سبب آخر يتوافق مع النظام العام، فيجوز له الرجوع على أساس "قاعدة الاثراء بلا سبب" خلاف الأصل المقرر الذي غالبًا ما يقرر إحلال قانون القاضي، وبالتالي تخضع حسب قاعدة الاسناد المقررة في قانون القاضي المنصوص عليها في المادة (٢٧) من القانون المدني العراقي بأنّه : "الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام"، أضف إلى ذلك إدراج هذه الأفعال ضمن موضوع المساءلة الجزائية؛ كونها تدخل ضمن نطاق المتاجرة بالأعضاء البشرية؛ لكون الفعل مجرم قانونًا في أغلب التشريعات العربية والأجنبية.

من الملاحظ إنّ حدود التمسك بالنظام العام تقل في حال ممارسة بعض الأعمال التي تتضمن التبرع بالأعضاء أو الانسجة التناسلية ضمن قانون الدولة الأجنبية التي يسمح القانون بممارستها، والاعتراف بآثارها فيما بعد، وتظهر على وجه الخصوص عمليات التلقيح الاصطناعي التي تتم بتبرع من امرأة أجنبية وزرع البويضة في رحم الزوجة بعد تلقيحها من الزوج، أو التبرع بمني رجل أجنبي لتلقيح بويضة الزوجة أو عمليات اجارة الأرحام[٢]، أولًا بسبب محاولة إبعاد هذا الأمر عن اختصاص القانون الوطني؛ لكون الأمر لا يفرض إجراء فحوصات طبية للكشف عن صلة الدم بين الابن و أبويه إلا في حال وجود خلاف بينهما، وثانيًا غالبًا ما يلجأ الاشخاص إلى تأطير عملية التبرع ضمن إطار شرعي من خلال ابرام عقد زواج بين الزوجة والمرأة المتبرعة. إضافة إلى ذلك إنّ وقت الاعتداد للدفع بالنظام العام يكون وقت الفصل في النزاع وليس وقت نشوء العلاقة القانونية، ففي هذا الوقت يعمل القاضي على فكرة الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الاسناد[٣].

الخاتمة : في نهاية بحثنا الموسوم بـ **(خصوصية النظام العام على التصرف بالعضو البشري في العلاقات ذات العنصر الأجنبي)** توصلنا إلى مجموعة من النتائج والمقترحات نوردها حسب الآتي:

أولًا– النتائج.

١. إن التوصيف الأدق لتكييف حق الانسان في التصرف بجسده بأنّه يُعد من الحقوق اللصيقة بالشخصية استنادًا لما يتمتع به هذا الحق من حماية يوفرها القانون في مواجهة الغير، ويقيدها بالنسبة لتصرفات الانسان بجسده.

---

[١] د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤، ص١٩٢–١٩٣

[٢] د. عارف علي عارف القرة داغي، قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية، ط١، بدون دار ومكان نشر، ٢٠١١، ص١٩٤ وما بعدها

[٣] د. عز الدين عبد الله، مصدر سابق، ص٥٣٧.

٢. يُعد اختلاط الأنساب من أخطر المسائل التي تتعارض مع مقتضيات النظام العام؛ لكونها تتنافى مع القيم الأخلاقية والدينية للمجتمع، وإن جميع القوانين العربية تتفق على هذا المانع، من خلال تحريم التبرع بالأعضاء التناسلية الناقلة للصفات الوراثية.

٣. من الآثار المترتبة على عدم مشروعية التبرع بالأعضاء البشرية هو الدفع بمخالفتها لأحكام النظام العام للقانون الوطني بغض النظر عن موقف القانون المختص، وإحلال قانون القاضي محله.

ثانيًا– المقترحات.

١. ندعو المشرع العراقي إلى تعديل نص المادة (٢٣) من قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية العراقي لغرض تحديد صلة القرابة للتبرع بالأعضاء البشرية بين الوطنيين والأجانب، لتقييد التبرع بأضيق نطاق ممكن؛ لكي لا يكون وسيلة للتحايل على القانون واتخاذه طريقًا للإتجار بالبشر, وحسب الآتي: **((أولًا– للعراقي حق التبرع بالعضو البشري للوطني إذا كان قريبًا إلى الدرجة الرابعة, ويتقيد تبرعه للأجنبي إذا كان قريبًا من الدرجة الأولى والثانية حصرًا. ثانيًا– يجوز للزوجين التبرع فيما بينهما بالأعضاء البشرية، وإذا كان أحدهما عراقيًا والآخر أجنبيًا يتقيد بشرط أن يكون بموجب عقدًا رسميًا, ومضي ثلاث سنوات على إبرام عقد الزواج.))**.

٢. ندعو المشرع العراقي إلى إضافة نص إلى قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية لغرض تقييد التصرف بالأعضاء البشرية المخصص للأغراض العلمية , وحسب الآتي: **((تقتصر التصرفات الواردة على الأعضاء البشرية المخصصة للأغراض العلمية بأن ترد حصرًا على جثة المتوفى مقترنة بموافقته حال حياته أو موافقة ورثته بعد الوفاة))**.

٣. ندعو المشرع العراقي إلى إضافة نص يقضي بمشروعية شراء الأعضاء البشرية من البلدان الأجنبية استثناءً من ضوابط النظام العام من خلال النص الآتي: **((يجوز لوزارة الصحة التعامل مع بلد أجنبي لشراء جثة المتوفى لاستخدامها في الاغراض العلمية حصرًا))**.

قائمة المصادر –References

أولًا: الكتب القانونية.

١. د. ابراهيم الحسين ابراهيم، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، ط١، مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، القاهرة، ٢٠١٣.
٢. د. أحمد شرف الدين، د. السيد عيد نايل، المدخل لدراسة العلوم القانونية نظرية الحق، ٢٠٠٢.
٣. د. أحمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الاماراتي، بلا طبعة، اثراء للنشر والتوزيع، عمان، بلا سنة طبع.
٤. د. توفيق حسن فرج، المدخل إلى العلوم القانونية، ط٢، دار النهضة العربية، ١٩٧٤.
٥. د. حسام الدين شحادة، الاستنساخ بين العلم والفلسفة والدين، مركز العلم والسلام، ١٩٩٧.
٦. د. حسن كيره، أصول القانون، ط٢، دار المعارف، ١٩٦٩.
٧. رمضان جمال كمال، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠٠٥.
٨. صابر محمد محمد سيد، محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة، بلا طبعة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨.
٩. د. طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء/ دراسة مقارنه، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١ .
١٠. د. عارف علي عارف القرة داغي، قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية، ط١، بدون دار ومكان نشر، ٢٠١١.
١١. د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، ط١، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٥.

١٢. د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج٢، جامعة الكويت، ١٩٧٠.
١٣. د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص، ط١،مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٣.
١٤. د.عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص،تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي،الهيأة المصرية العامة للكتاب، مصر، ١٩٨٦.
١٥. د.غالب الداوودي،د.حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص،القانون الدولي الخاص،العاتك لصناعة الكتاب،القاهرة
١٦. د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤.
١٧. د. محمد المرسى زهرة، الانجاب الصناعي(أحكامه القانونية وحدوده الشرعية– دراسة مقارنة)، بلا طبعة، مطبعة جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٢–١٩٩٣.
١٨. د. محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون(القاعدة القانونية– نظرية الحق)،ج٢، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦.
١٩. محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد(دراسة مقارنة في القانون المدني والشريعة الاسلامية)، بلا طبعة، دار النهضة العربية' القاهرة، ١٩٩٦.
٢٠. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، بلا طبعة، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.
٢١. د. هشام علي صادق، تنازع القوانين (دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري)، ط٢، دار المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٤.
٢٢. د. هشام علي صادق، د. حفيظة الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠١٩.

ثانيًا: الكتب الفقهية.

١. المسائل المستحدثة طبق فتاوى سماحة اية الله السيد محمد اسحاق الفياض، ط١، ٢٠٠٥، ص ١٨٤.
٢. السيد علي السيستاني، منهاج الصالحين(المسائل المستحدثة)، المسالة (٦٤).

ثالثًا: البحوث القانونية.

١. د. حسام الدين كامل الأهواني، تعليق على القانون الفرنسي رقك ١١٨١ لسنة ١٩٧٦ بشأن نقل وزرع الأعضاء البشرية.
٢. د. غنام محمد غنام، المشكلات القانونية المتعلقة بأخلاقيات علم الأحياء في القانون المقارن، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد ٧٣، ٢٠٢٠.
٣. محمود ثابت محمود الشاذلي، الضوابط القانونية لعملية نقل وزراعة الاعضاء البشرية بين الأحياء، مجلة بحوث الشرق الاوسط، العدد ٤٤، جامعة عين شمس، مصر.
٤. مصطفى سماعيلي، تنينة محمد، النطاق القانوني للتصرف في الأعضاء البشرية، مجلة المعرفة، العدد العاشر، ٢٠٢٣.
٥. مريم بو غازي، حق الانسان في التصرف في جسده على ضوء الاجتهاد القضائي للمحكمة الاوربية لحقوق الانسان، مجلة البحث القانوني والسياسي، العدد ٢، المجلد ٧، ٢٠٢٢.
٦. هايدي عيسى حسن علي، زراعة الاعضاء البشرية من منظور القانون الدولي الخاص(مركز الأجانب، الاختصاص التشريعي/ دراسة تحليلية مقارنة)،مجلة القانون والاقتصاد، العدد (٩٣).

رابعًا: القوانين.

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.
٢. قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الاتجار بها العراقي رقم (١١) لسنة ٢٠١٦.
٣. قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية المصري رقم (٥) لسنة ٢٠١٠.
٤. القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل.