جامعة عمار ثليجي –الأغواط–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

عنوان المذكرة:

التعويض عن الأضرار الناتجة عن الهندسة الوراثية في القانون

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص عقود ومسؤولية

إعداد الطالب:

– عيسى بعيط

– عمر محسن بوعكاز

إشراف الأستاذ:

د/ عبد الحليم بوقرين

لجنة المناقشة

الدكتور: ..... د/ شويرب جلول ..... رئيسا

الدكتور: ..... د/ عبد الحليم بوقرين..... مشرفا ومقررا

الدكتور: ..... د/ بن قسمية العربي ..... ممتحنا

السنة الجامعية: 2020/2019

كلمة شكر

الحمد لله والشكر لله أولا وأخيراء الذي يقول في محكم تنزيله
"ولئن شكرتم لأزيدنكم" وامتثالا للتوجيه النبوي:" من لا يشكر الناس لا يشكر الله"
أتوجه بالشكر والتقدير والعرفان إلى أستاذي المشرف الدكتور "عبد الحليم بوقرين" الذي تكرم على بقبول الاشراف على هذه المذكرة وتشجيعه المتواصل لي طيلة انجاز ها، والتي كانت توجيهاته وملاحظاته
القيمة لها عظيم الأثر في إعدادها.
كما أتوجه بالشكر الخالص والاحترام الكبير إلى أعضاء لجنة المناقشة الأستاذ الدكتور "بن قسمية العربي" والدكتور "جلول شويرب"
الذين تجشموا عناء قراءة وتقويم هذا البحث
وإلى كل من ساعدني في إنجاز هذا العمل من قريب أو بعيد.

إهـــــداء

الهدي هذا العمل المتواضع إلى:

الوالد والوالدة حفظهم الله

إلى إخوتي وأخواتي

إلى زوجتي

الى ابني الصغير عبد الرحمان

إلى كل الأصداق

إلى من كانوا سببا في نجاحي

عيسى

إهـــــداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى:

الوالدة الكريمة حفظها الله

إلى إخوتي وأخواتي

إلى زوجتي

إلى كل الأصدقاء

إلى من كانوا سببا في نجاحي

وإلى روح الفقيد والدي وسيدي الحاج علي بوعكاز رحمه الله واسكنه فسيح جناته

عمر

مقدمة

من نتاج تطور العلم و المعرفة تطور حياة البشرية في كل المجالات . و لقد عرف القرن 20 انجازات علمية عظيمة في مختلف الميادين لا مثيل لها، و لعل أعظم تلك الانجازات الهندسة الوراثية (التعديل الوراثي) بكل أشكالها،فالمواد المعدلة وراثيا هي كل مادة تم تعديل أو تغيير إحدى مورثاتها قصد تغيير صفاتها الوراثية، سواء كانت ذات مصدر نباتي أو حيواني أو حتى منتج صناعي يدخل ضمن مكوناته مواد معدلة وراثيا . و إذا كان التعديل الوراثي (الهندسة الوراثية) قد قدم للإنسان نتائج مذهلة، خاصة في تلبية احتياجاته الغذائية، و الرعاية الصحية، و الزراعة ...الخ، فإنها قد حملت في طياتها أخطار كامنة تهدد أمنه و سلامته، و لذلك أصبحت الحاجة ملحة لمواجهة تلك المخاطر، و لعل التطلع في هذا المجال يكون نحو القانون، من اجل ضبط ووضع القواعد الملائمة للاستفادة من هذا التطور العلمي، و بذلك نجد أن المواد المعدلة وراثيا قد فتحت مجالا جديدا أمام البحث القانوني . ولقد تميزت قواعد المسؤولية المدنية بالتطور المستمر، بسبب تطور و تغيير الأضرار، فنجد أن المسؤولية المدنية عن المواد المعدلة و راثيا يتجاذبها مبدآن ، مبدأ الوقاية و مبدأ الاحتياط . فإذا كان مبدأ الوقاية يرتبط بأخطار معرفة و معلومة، و يكمن التحكم فيها عن طريق صياغة قواعد يلتزم بها المنتج المعدل، من اجل تفادي حصول الخطر إذا كانت المواد المعدلة معيبة أو خطرة، فان هذا المبدأ يختلف عن مبدأ الاحتياط الذي يعرف على انه في حالة غياب اليقين العلمي و التكنولوجي، فلا يمكن التأخير في اتخاذ إجراءات فعالة و متناسبة، من اجل دفع الخطر الذي سوف يحدث ضرر كبيرا، قد يمس المجتمع في كنيته، و أحيانا قد يلحق ضررا بالأجيال القادمة، و لذلك صار من الضروري توقيع المسؤولية حتى قبل أن يتحقق الضرر فعلا أهمية الموضوع : إن المواد المعدلة وراثيا قد أصبحت واقعا ملموسا، فبين مكتشف متحمس و شركات هدفها الربح السريع، يقف مستهلك متحير، لذلك وجب ضبط و تطويع قواعد المسؤولية المدنية لتغطية الجوانب العلمية المستحدثة و حماية المستهلك من الضرر الحاصل بل حتى الضرر الاحتمالي، خاصة وان الأدلة العلمية لحد الآن ليست حاسمة بشان هاته المواد المعدلة وراثيا.

حظيت دراسة الأمراض وأسبابها القسط الكبير من اهتمامات علماء الهندسة الوراثة ، سواء أكان ذلك في مجال الطب البشري أم البيطري،ولم يقتصر الأمر على اكتشاف الأساس الوراثي للعدد الكبير من الإمراض ،بل تعدى ذلك لعرض الحلول المجدية في علاج تلك الإمراض،لاسيما

بعد وجود أعداد هائلة من مصابي مرض السكر وقصر القامة الناتج عن نقص هرمون النمو،وبعض الإمراض الفتاكة مثل الأورام وإمراض القلب وسرطان الدم وغيرها.

تمكن علماء الهندسة الوراثية في تقدم الأبحاث الدوائية ،بهدف التخلص من التأثيرات السلبية التي تتركها المواد الكيمائية داخل جسم الإنسان من خلال هندسة بعض الكائنات الحية و انتاج بعض المركبات الدوائية والأجسام المضادة واللقاحات اللازمة لعلاج العديد من الإمراض التي تسببها.لذا يمكن حصر تطبيقات العلمية للكائنات المهندسة وراثيا في هذا المجال وان كان يخرج عن نطاق بحثنا ،لكننا وجدنا ان بعض الاغذية المهندسة وراثيا تم استخدام فيها بعض المضادات الحيوية والعقاقير كما سنرى لاحقا ،

الفصل الأول

مجالات استخدام الهندسة الوراثية

المبحث الأول : إستخدامات الهندسة الوراثية في مجال الإثبات الجاني وتحديد النسب

نتيجة للتطورات العلمية التي يشهدها العصر الحاضر وتوصل العلماء إلى اكتشافات علمية تبهر الأنظار ، ومن تلك التطورات اكتشاف تقنية الهندسة الوراثية، بحيث قد حققت هذه التقنية نجاحا ملحوظا أدى إلى ثورة كبرى في مختلف المجالات لكونها تعتمد على المادة الحية في الخلية وهي (ADN) أي ما يعرف ب "البصمة الوراثية" ، و (Génes) أي ما يعرف ب "الموروثات" أو "الجينات". ونتيجة لهذه الإنجازات التي حققتها علم الهندسة الوراثية، زاد فضول العلماء في الغوص في هذا العلم وتطويرها أكثر فأكثر، وبالتالي تم إدخاله نواحي الحياة من أوسع أبوابها حتى أننا الآن نجد اليوم استخداما واسعا للهندسة الوراثية في مختلف المجالات[1]، حيث باتت تستخدم في مجال الإثبات بشتى أنواعه.

تكمن أهمية التعرف على الطبعة الجينية للكائن الحي عموما)إنسان، حيوان، نبات(و ذلك بتحديد وظائف الجينات و مواقعها و بنيتها ، ويتبين ذلك في بعض النماذج منها - :محاكاة عمل الجين مخبريا بإعداد مستحضرات طبية كاللقاحات و بعض البروتينات العلاجية كهرمون النمو لعالج أطفال المصابين بالتقزم، وكذلك أمراض أخرى كالسكري وأنيميا و الشلل المبكر أو بعد البلوغ....إلخ. الوقوف على مدى نجاعة العقاقير و المنتجات الطبية وكذا معرفة أسباب الأمراض وكيفية انتشارها عن طريق متابعة ذلك كله على الحيوانات بإدخال جينات حاملة ألمراض مقصودة، ثم تجريب الأدوية لمكافحتها قبل استخدامها في الإنسان ، إيجاد بعض المحاصيل الزراعية و النباتات المقاومة الأنواع من الحشرات و الفطريات و الطفيليات التي تتلفها و تضعف منتوجها و ذلك بتحوير جيناتها عن طريق إدخال مورثات أخرى مستمدة من نباتات مرغوبة بدال من رشها بالمبيد.

[1] محمد حسنين سليمان: مفهوم وتقنيات الهندسة الوراثية، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المنعقد بوم 5 إلى 7 ماى 2002 ، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الرابع، ماي 2002، ص.1706

المطلب الأول : استخدام الهندسة الوراثية في إثبات النسب

نظرا للنجاح الذي حققته تقنية الهندسة الوراثية والمتمثلة في تحليل البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب ، توجب علينا دراسة الأسس العلمية التي تقوم عليها (الفرع الأول) ثم استعراض موقف الفقه الإسلامية والقانون والقضاء الجزائري من هذه التقنية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأسس العلمية التي تقوم عليها الهندسة الوراثية في إثبات النسب

تقوم تقنية الهندسة الوراثية في إثبات النسب على تحليل البصمة الوراثية إذ تعتبر قوامها ومنها تستخلص المعلومات الوراثية للإنسان .

أولا- البصمة الوراثية قوام الهندسة الوراثية في الإثبات

في السابق كانت هناك تجارب واختبارات تقليدية اعتمدت على موائمة الصفات الوراثية للأب والابن عن طريق الفحوصات التي تشمل فحص الدم والإنزيمات والدلالات الخلوية، ولكن ومع تطور علم الوراثة وخاصة منذ أن اكتشف سنة 1985م، عالم الوراثة البريطاني "Alec Jeffreys " تتابعات وتسلسلات القواعد النتروجينية على شريط الدنا (ADN) أو التي أطلق عليها فيما بعد "بصمة الدنا" أو " البصمات الوراثية" والتي تعرف بأنها: " عبارة عن بيان بالخصائص والصفات الوراثية التي تسمح بتحديد هوية شخص ما والتعرف عليه، ومن ثم فهي تشبه بطاقة الهوية الشخصية، ولكنها لا تبين عناصر الحالة المدنية للشخص (كالاسم، والكنية، والموطن...)، وإنما تحدد خصائصه الوراثية ومن ثم فهي عبارة عن هوية شخصية وراثية للفرد تبين صفاته من لون عينيه، وبشرته، ودرجة ذكائه، وحالته الصحية ...

وعرفت ندوة الوراثة والهندسة الوراثية البصمة الوراثية بأنها: "البنية الجينية – نسبة إلى الجينات أي الموروثات التي تدل على هوية كل فرد بعينه"[1]. وقد سمية البصمة الوراثية كذلك ب"الحمض النووي" نظرا لوجوده وتمركزه بشكل أساسي في نوى خلايا جميع الكائنات الحية بدءا من البكتيريا والفطريات والنباتات والحيوانات إلى الإنسان[2]

[1] اعلي محي الدين القره داغي: المرجع السابق، ص.38.

[2] - الجندي و حسين حسن الحصيني: تطبيقات تقنية البصمة الوراثية في التحقيق و الطب الشرعي، ط1، أكاديمية نايف العربية

وتقوم فكرة تحليل البصمة الوراثية على أساس أن العوامل الوراثية في الطفل الابن لابد أن يكون أصلها مأخوذة من الأب والأم، فالطفل يأخذ دوما نصف الصفات الوراثية من الأب (عن طريق الحيوان المنوي) والنصف الآخر من الأم (عن طريق البويضة) ، ولهذا لا بد من وجود أصل الصفات الوراثية الخاصة بالولد من كل من الأب والأم تبعا لقانون "مندل" للوراثة. ومن ثم فإن لكل فرد بصمة وراثية تميزه عن غيره سواء من حيث طولها وسمكها وموقعها ولا يمكن من الناحية الطبيعية أن تتشابه بين اثنين إلا لدى التوأمين المتطابقين[1].

كما يتم الحصول على هذه البصمة الوراثية من مختلف خلايا أو أنسجة الجسم البشري سواء من الدم أو من العظام والأسنان واللعاب والمخاط ومن كل الأنسجة الجلدية والمني والأظافر والشعر ومن أي عينة أخرى صغيرة من جسم الإنسان.

إذن وكذا الاكتشاف أصبح من خلال إجراء اختبارات "البصمة الوراثية" البت في النزاعات المتعلقة بالنسب، حيث لم يعد يقتصر الأمر على نفي النسب فقط بل يتعدى ذلك إلى إثباته وبلا مجال للشك، بحيث تكون نسبة التأكد في الإثبات 99,99 % وفي النفي بنسبة 100% وبذلك تعطي هذه التقنية طريقة لحلول مشاكل النسب[2].

ثانيا- الطرق العلمية لتحليل البصمة الوراثية

لإثبات أو نفي بنوة طفل إلى أب معين أو أم معينة يدعي كلاهما أو أحدهما نفي أو إثبات نسب الطفل إليه يجب القيام بعملية تحليل البصمة الوراثية ولأجل ذلك يجب دراسة وتحليل الأطوال المختلفة للأجزاء المحددة (RELP[3])؛ بحيث تعتمد هذه الدراسة على عمل مسطرة نموذجية (Pattern) للمادة الوراثية "ADN" لكل منهما باستخدام أنزيم الفصل (Restriction Enzyme) وجهاز الفصل الكهربائي ويتم ذلك بأخذ عينات من كل من الأب (المزعوم) والأم (المزعومة والطفل وبعد الحصول على المادة الوراثية من هذه العينات يتم تقطيع جزيء "ADN"على

[1] ناصر عبد الله الميمان: البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، بحث مقدم الى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون المتعقد يوم 5 إلى 7 ماي 2002، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، ماي 2002، ص.593

[2] نادية تياب: حق النسب والحماية المقررة لمجهولي النسب في القانون الجزائري، م. ع. ق. ..س، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، رقم 6)، لسنة 2008، الجزائر، ص.163

[3] عصام احمد البهجي: تعويض الأضرار الناتجة عن تطبيقات الهندسة الوراثية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006، ص.47-48

لوحة الفصل الكهربائية، وإذا أثبتت هذه التحاليل الطبية المخبرية وجود تشابه في الجينات بين الأبن وأبويه، ثبت بيولوجيا وطبيا بنوته لهما وإن لم يوجد أي تشابه في الجينات الوراثية انتفى بيولوجيا وطبيا بنوته لهما[1].

أما في حالة ما إذا كانت عينة "ADN" أصغر من المطلوب فإنها تدخل في اختبار آخر وهو تفاعل أنزيم البوليمير (PCR)[2]، وقد ظهرت هذه الطريقة في تحليل الجينات سنة 1985م على يد الباحثة الأمريكية " B . Mullis Karin"، فتعتمد هذه الطريقة على إكثار ومضاعفة ADN، حيث تضخم مناطق مخصصة بذاتها في الحين الوراثي وهي الأقمار الصغيرة والدقيقة وذلك بإنتاج نسخ متكررة من الحين الوراثي باستخدام 20 إلى 25 دورة من التفاعل وإضافة المركبات الكيمايئية وإخضاع الجين الوراثي إلى التسخين والتبريد[3]، وتمتاز هذه الطريقة ببساطتها عن الطريقة الأولى إذ تمكننا من استخلاص المادة الوراثية الموجودة في العينات بيسر عليها مهما كانت ضئيلة وقليلة، وكذلك تمتاز بسرعة تحليل العينات، بالإضافة إلى إمكانية حفظ نتائج التحليل بسهولة على شكل صور فوتوغرافية، إلا أنه من سلبياتها أنها سهلة التلوث بADN الغريب، ولهذا يجب أخذ احتياطات مشددة عند جمع العينات وتحليلها مع التشديد بتخصص المعامل العاملة في هذا المجال.[4]

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي والقانون والقضاء من استخدام الهندسة الوراثية في إثبات النسب

وجب علينا البحث (أولا) عن موقف الفقه الإسلامي من العمل بتقنية الهندسة الوراثية في إثبات النسب وذلك باعتبارها كنازلة فقهية أفرزتها المعطيات العلمية الحديثة ، ثم دراسة موقف القانون والقضاء منها (ثانيا).

أولا- موقف الفقه الإسلامي من استخدام تقنية الهندسة الوراثية في إثبات النسب

[1] مراد بن صغير: حجية البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، عدد 9)، جوان 2013، الجزائر، ص.256.

[2] اختصار ل Plymeras Chain Reaction.

[3] Brogniez-Colin Cécilia: Diagnostic par PCR dans l'espace cannie : application a la clade chez le setter irlandais, thèse pour obtenir le grade de docteur Vétérinaire, université Claude-Bernard, lyounl, 2005., p.p.14. 15.

[4] عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص.182.

مسألة اثبات النسب في الشريعة الاسلامية من المسائل المهمة التي تدخل ضمن المقاصد الكبرى التي جاءت الشريعة لرعايتها ، ولهذا قد تم بحث موضوع البصمة الوراثية في المجامع الفقهية بوصفها من النوازل الفقهية المعاصرة و اختلفت آراء العلماء في تحديد النسب بالبصمة الو راثية من عدمه هناك من يؤيد)الرأي الاول(وهناك من يخالف)الرأي الثاني (كما يوجد في االخير الراي الراجح)الترجيح.)

القول الاول قال جمهور الفقهاء المعاصرين :ان البصمة الوراثية وسيلة شرعية جديدة إلثبات النسب ، و تأتي في منزلة متأخرة من الوسائل التي اتفق عليها الفقهاء ، فال تقدم على الفراش ، وال على االقرار، وال على الشهادة ، واذا توافر للقاضي شيء من هذه الوسائل المتفق عليها فال يعتد القاضي بنتيجة البصمة الو راثية ألنها دون تلك الوسائل التي اتفق عليها الفقهاء .الدليل: ان الشريعة السالمية بمنهج يحقق مصالح الناس و يكفل لهم الحياة المستقرة ، وقد تضمنت الشريعة التشوف إللحاق النسب ، ألن النسب أقوى الدعائم التي تقوم عليها االسرة، و يرتبط به أفرادها ، قال تعالى " وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا[1] "،والاعتناء الشريعة بحفظ النسب و تشوفها إلثباته تكرر فيها االمر بحفظه عن تطرق الشك اليه و التحذير من ذرائع التهاون به . وقال ابن القيم "و اصول الشرع و قواعده و القياس الصحيح يقتضي اعتبار الشبه في لحوق النسب، والشارع متشوف الى اتصال ألنساب و عدم انقطاعها ".علي الشيخ ابراهيم المبارك ، حماية الجنين في الشريعة و القانون .

القول الثاني ذهب بعض الفقهاء المعاصرين الى ان البصمة الوراثية تحقق ما حققه الفقه االسالمي من معرفته طرق اثبات النسب ، بل تزيد عليه ، وهذا مما يجعلها دليال مقدما على ألدلة التقليدية ، و ان البصمة الوراثية تكون بينة مستقلة يجب العمل بمقتضاها اذا توافرت الشروط االزمة ، و انها ال تقاس على القيافة ، فهي باب آخر، و ان عامة المعاصرين يرون صحة االعتماد عليها في حالت التنازع و حالات الاشتباه و حالت الاختلاط ، سواء اكان في الاطفال ام الجثث او الحروب او الكوارث والظاهر من هذا ما قاله بعض الشافعية سلفا في بنت المزني ، فقد افسحوا المجال لوسائل اخرى ، فقد قال أبو الطيب الطبري في حديثه عن زواج الزاني ببنت المزني بها : و اما الجواب عن

[1] سورة الفرقان ، الآية45- 48

قولهم : انها مخلوقة من مائه، فهو انا ال نسلم ، ومن يعلم ذلك ؟ فانه امر اليعلم اال بوحي او حكم شرع ، فأما الوحي فقد ارتفع ، وحكم الشرع يوجب ان النسب بينهما .ولهذا قال بعض اصحابنا : لو تحققت ذلك ، لحكمت بإثبات النسب ، اال فقولهم : لو تحققت ذلك لحكمت بإثبات النسب يوضح ان اي وسيلة يتحقق بها الثبات نسب بنت المزني بها الى الزاني تعد وسيلة شرعية ، فاذا توصل العلم الى اكتشاف شيء من ذلك فال ما نع منه ، وعلى هذا فالبصمة الوراثية التي تدل على معرفة ان المولود مخلوق من ماء رجل بعينه على وجه التحقيق وسيلة شرعية إثبات النسب . الدليل: ان ألمة و في ضمنها فقهاؤنا قبلت في اثبات الهوية الشخصية وسائل مستحدثة اثبتت جدواها علميا و عمليا ،مثل: الأخذ بنتيجة فحص بصمات الأصابع و التوقيع الخطي ، وكذلك الصورة الشخصية المأخوذة بانعكاس ألشعة المثبتة على البطاقة الشخصية ، التي تكتفي بها الجهات الرسمية إثبات الشخصية ، ولم ينكر احد من اهل العلم و الفقه شيئا من هذه الوسائل، بل استخدموها في انفسهم كما استخدمها غيرهم ، وهذا نوع من الإجماع العملي له اثره في اثبات الحكام ، وكذلك هذه الوسيلة الجديدة ، اي البصمة الوراثية ، ينبغي ان تستخدم في اثبات الابوة بالنسبة لمجهولي النسب الترجيح.

يلاحظ ان اصحاب القول الاول يرون ان هناك ما يدل على جواز االعتماد على البصمة الوراثية، لكن الوسائل الشرعية التي اتفق عليها اهل العلم مقدمة عليها .اما القول الثاني فيتفق اصحابه مع اصحاب القول الاول بان تلك الادلة واضحة في جواز الاعتماد على البصمة الوراثية في اثبات النسب ، غير ان قوتها و دقتها في بيان المطلوب و 2تحديد النسب تسوغ تقديمها على الوسائل التي تقوم على الظن .وبعد التأمل في أقوال العلماء و الادلة التي استدلوا بها على جواز العمل بالبصمة الوراثية في اثبات النسب ، وانحصار انخلاف في تقديم البصمة الوراثية على غيرها من الوسائل الشرعية إلثبات النسب يظهر لنا و يتجلى "واهلل اعلم" ان البصمة الوراثية تقف جنبا الى جنب مع وسائل الثبات الأخرى في اثبات النسب ، الادلة القول بها محل اتفاق. فهي اقوى من استلحاق الزاني ولد الزنى اذا لم يكن مولودا على الفراش، اذا اختلفت اقوال اهل العلم في الثبات بها.

ثانيا: موقف القانون والقضاء من استخدام تقنية الهندسة الوراثية في إثبات النسب

لقد مر كل من المشرع (أ) والقضاء الجزائري (ب) على مرحلتين فالأولى كانت تميز برفضهما للبصمة الوراثية كوسيلة إثبات للنسب، والثانية بالعدول عن هذا الموقف.

أ- موقف القانون من استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب :

إن المشرع الجزائري في ظل القانون رقم 84-11 المتضمن تقنين الأسرة الجزائري - قبل التعديل - لم ينص على الطرق العلمية كوسيلة من وسائل إثبات أو نفي النسب مكتفيا بالطرق القانونية التي قررها المشرع والواردة في المادة 40 من قانون الأسرة[1]، وقد كانت المنظومة التشريعية ولا زالت بعيدة كل البعد عن ملاحقة الركب العالمي في محال وضع تشريعات أو تنظيمات تضبط موضوع البصمة الوراثية من كل جوانبها، وتجمع شتى مسائلها وفروعها، وخير مثال عن هذا أقرب القوانين إلى موضوع البصمة الوراثية وهو قانون الصحة العمومية[2] .

ولكن المشرع الجزائري ونظرا لاستجابته للتطورات الحديثة في ميدان الطب والبيولوجيا، جاء تعديل قانون الأسرة الصادر بمقتضى الأمر رقم (05-02) ولأجل سد مختلف الثغرات القانونية التي تعتري قانون الأسرة القديم فقد تم استحداث فقرة جديدة في نص المادة 40 من ق.أ[3]، حيث نصت على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون، ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب "[4].

وعليه فإضافة دليل علمي إلى جانب الأدلة التقليدية في إثبات النسب والتوسيع من دائرة أدلة إثبات النسب يوفر الحماية للأنساب ويصون أعراض الناس، غير أنه وفي غياب النصوص القانونية المنظمة للعمل بالبصمة الوراثية، فإن مسألة الحماية تبقى مسألة نسبية تستوجب تدخل المشرع لوضع آليات وضوابط من شأنها تكفل حماية الأنساب وعدم إهدار حقوق الأولاد[5]. وما يعاب على المشرع الجزائري هنا أنه جاء بنص عام، حيث لم يوضح للقاضي لا كيفية اللجوء إلى الطرق العلمية

---

[1] وقد نصت المادة 40 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 ، الموافق 9 يونيو سنة 1984، ج ، عدد 24، لسنة 1984، على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه

[2] زبيدة إقورفة: المرجع السابق، ص.306

[3] خالد بوزيد: النسب في تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي (دراسة تحليلية)، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر 2010-2011 ، ص.127.

[4] المادة 40 من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 ، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة، جزر، عدد 15 لسنة 2005

[5] أم الخير بقوقة: المرجع السابق، ص. 87.

ولا نطاق سلطته تجاهها[1]. أضف إلى ذلك إشارته الضمنية إلى إمكانية الاستعانة بالبصمة الوراثية كدليل علمي في إثبات النسب[2].

أما فيما تعلق بموقف المشرع الجزائري من تقنية البصمة الوراثية في مسألة نفي النسب فلا نجد مادة صريحة في تقنين الأسرة تبين صراحة اللجوء إلى هذه التقنية، ولكن باستقراء ما جاء المادة 41 من ق.أ والتي تنص على أنه : "... يمكن نفي النسب بالطرق المشروعة" فإن بعض الفقه[3] يرى بأن استعمال عبارة الجمع - الطرق - يفهم منها أن المشرع لم يعترض على الوسائل الحديثة لنفي النسب.

وبما أن المشرع بقي ساكتا عن هذه المسألة والفصل فيها بنص صريح، نجده في المادة 222 من ق.أ يدفع بالقاضي للتنقيب عن مبادئ الشريعة الإسلامية[4] قصد إخضاع حكمه للنصوص الشرعية[5]، ولا مانع من إعمال السلطة التقديرية للقاضي بأن يأمر الزوجين والطفل المتنازع في شرعية نسبه، إلى إجراء اختبارات البصمة الوراثية للتأكد من صحة دعوى الزوج وعدمها[6] ، بشرط أن يكون هناك عقد شرعي بين الزوجين. وكذلك يكون اللجوء لهذا الاختبار لعودته بالمنفعة على المجتمع بأكمله إذ تتصدى هذه الطريقة لمسألة التفرقة بين الطفل الشرعي والطفل غير الشرعي[7]، ولإبقاء الحياة الزوجية قائمة.

ومن جانب القانون المقارن، فنجد أن المشرع الفرنسي قد نص صراحة على جواز الاستعانة بالبصمة الوراثية لإثبات النسب وجعلها تحت الفصل الثالث والمعنون بدراسة الخصائص الوراثية للشخص وتحديد هوية الشخص من خلال الحمض النووي وذلك بموجب المادة 11/16 من القانون رقم 94-653 الصادر بتاريخ 1994/07/29 المتضمن القانون المدني الفرنسي والمعدلة بموجب المادة 06 من قانون 2011-267 الصادر في 04 مارس 2011م، بحيث نجده أجاز

[1] أحمد شامي: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2013-2014، ص. 392

[2] زبيدة إقورفة: المرجع السابق، ص.308

[3] جيلالي تشوار : الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، بط، د. م. ج ، الجزائر، 2001، ص.167 بحيث تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا تكميليا لقانون الأسرة، على عكس القانون المدني التي تعد مصدرا احتياطيا له

[4] جيلالي تشوار: النقائص التشريعية القوانين الأحوال الشخصية المغاربية في مسألة التسب، م. ج- ع.قي.ارس، جامعة الجزائر، جزء 39، رقم 01، لسنة 2002، الجزار، ص.134

[5] أحمد شامي: المرجع السابق، ص. 391

[6] جيلالي تشوار : الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص. 167.

[7] مراد بن صغير: المرجع السابق، ص. 264.

الاستعانة بالبصمة الوراثية لإثبات النسب في حالتين محددتين الأولى تتمثل في حالة صدور الأمر بذلك من جهة قضائية والثانية أن يتم القيام بتحاليل البصمة الوراثية الأغراض علمية .

أضف إلى ذلك فقد ضمن المشرع الفرنسي في قانون العقوبات مجموعة من العقوبات الردعية والجزائية في المادة 226 من الفقرة 25 إلى 30 لمن يخالف الأحكام المنصوص عليها في قانون الصحة العمومية كإجراء التحاليل الوراثية لغير الأغراض المحددة لها قانونا أو تزوير نتائجها أو أخذ عينات وتحليلها دون موافقة صريحة....[1].

وكذلك ما جاء به التشريع الانجليزي الصادر عام 1996م الذي أقر اللجوء إلى هذه العملية، وما جاء به قانون الأحوال الشخصية التونسي رقم 70 لسنة 1559م في نص المادة الأولى منه على اعتبار البصمة الوراثية هي دليل من أدلة الإثبات المعتمدة[2]. وفي مصر أنشئ معمل للطب الشرعي سنة 1995م من وظائفه الكشف عن الهويات في مختلف القضايا التي تحال عليه

ب- موقف القضاء من استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب

لقد عرف القضاء الجزائري في مجال إثبات النسب مرحلتين، بحيث وجد قاضي الأسرة نفسه في المرحلة الأولى مقيدا بنصوص التشريع الجامدة. وقد جاءت قرارات المحكمة العليا رافضة لأي دليل علمي حديث بشأن إثبات النسب أو نفيه[3]، وقد كانت هذه الأخيرة لا تأخذ في الحسبان التطورات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية ولا الظروف الاجتماعية التي تحيط المجتمع المعاصر من انخفاض الوازع الديني وتدهور القيم الأخلاقية والروحية في نفوس البشر وغيرها من الآفات الأخرى، حيث أصبح الكثير منهم اليوم لا يعبئون بأية شهادة أو يمين أو قسم[4]، ويظهر هذا الموقف الموقف في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/02/15، حيث أبدت هذه الأخيرة الحكم المستأنف القاضي برفض إجراء تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب وتعليلهم رأيهم بأنه مخالف لقواعد الإثبات الشرعية والقانونية. ولكن رغم أن القرار الصادر عن مجلس القضاء الداعم

[1] زبيدة إيقروفة: النسب بين تطور العلم وجمود التشريع في البلدان الغربية والعربية (البصمة الوراثية)، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد 1)، لسنة 2010، الجزائر، ص.73

[2] إيناس هاشم رشيد: تحليل البصمة الوراثية ومدى حجيتها القانونية في مسائل الإثبات القانوني (دراسة مقارنة)، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، السنة الرابعة، عدد 02، 2102، العراق، ص. 2019-2020

[3] زبيري بن قويدر: الفضاء بين التطور العلمي والتشريعي في مسألة إثبات النسب، م. ع. قا، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد 8 لسنة 2009، الجزائر، ص.64

[4] جيلالي تشوار: القضاء مصدر تفسيري تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنسب، م. ج . ع قياس، جزء 41، رقم 01، لسنة 2003، الجزائر، ص.14

لاعتماد اللجوء إلى الخبرة الطبية وتحليل الدم لإثبات النسب، إلا أن الكثير من القانونيين اعتبروه الانطلاقة الجريئة لاعتماد الأدلة العلمية الإثبات النسب، علاوة على الطرق الشرعية .

أما بعدما تبنى واعتمد المشرع الجزائري صراحة للوسائل العلمية كطريقة لإثبات النسب، صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 2006/03/05 لينقض القرار الصادر عن المجلس القضائي بمسيلة بداعي عدم استجابته لطلب اعتماد البصمة الوراثية (ADN) كدليل علمي لإلحاق نسب أبيه، فأقر هذا القرار بالنقض إلحاق الولد نتيجة الخبرة العلمية.

وبخصوص نفي النسب عن طريق البصمة الوراثية وتقديمها على اللعان، فقد صدر قرار حديث عن المحكمة العليا بتاريخ 2009/01/15 في قضية (ر. في) ضد (س.ش)، والذي جاء فيه: "حيث أنه ما دام أن المطعون ضده قد التجأ إلى دعوى اللعان فلا يجوز له التذرع بإتباع أحكام المادة 40 من قانون الأسرة في صياغتها الجديدة... ". و بالتالي يتبين من هذه الحيثية بأنه لا يمكن تقديم تقنيات فك الشفرة الوراثية على اللعان لأجل نفي النسب.

المطلب الثاني : استخدام الهندسة الوراثية في مجال الإثبات الجنائي

إن موضوع الإثبات الجنائي من المواضيع التي هي في تطور مستمر ويظهر صدق هذه الملاحظة سواء تعلقت بالدليل نفسه، أم بوسائل الوصول إلى الدليل ورغبة الإنسان في الوصول إلى الحقيقة بشتى الأدلة والتي هي في حراك مستمر. ويعلمنا تاريخ الإجراءات الجزائية أن تبدل أدلة الإثبات التي سعت المجتمعات الإنسانية كافة إلى اعتمادها لإثبات الجرائم يعود إلى التغيير في معتقدات هذه المجتمعات حول الحقيقة والوصول إليها، فبعد أن كان الدليل يتميز بالطابع الديني في مرحلة حكم الآلهة، ثم أصبح يتمحور حول الاعتراف باعتباره سيد الأدلة في الإمبراطورية الرومانية، وصولا إلى مرحلة الدليل العلمي التي يتميز بما عصرنا الحالي[1] . ومن الطبيعي أن يكون الكثير من النظم القضائية قد واكبت التطورات العلمية المعاصرة التي استحدثت الكثير من وسائل وطرق الإثبات المادية ومنها البصمة الوراثية.[2]

[1] معتصم خميس مشعشع إثبات الجريمة بالأدلة العلمية، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة 27، عدد 56، أكتوبر 2013، الإمارات العربية المتحدة، ص. 21

[2] منصور عمر المعايطة الأدلة الجنائية والتحقيق الجنائي، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص. 167.

الفرع الأول: المجال الجنائي

يعتبر مجال التحقيق الجنائي والكشف عن الجريمة مجالا واسعا يدخل ضمنه مسائل الكشف عن هوية المجرمين في جرائم القتل والضرب والجرح والسرقة، وكذا جرائم الاغتصاب والزنا، وفي حالات الاختطاف بأنواعها، وكذا حالة انتحال شخصيات الآخرين... ونحو هذه المجالات الجنائية.

ونظرا للحداثة النسبية لطريقة فحص ADN واعتبارها وسيلة إثبات في النظم القانونية والقضائية المقارنة، فإنه لا يوجد نص خاص في الجزائر بتشريع أو بتنظيم هذه الوسيلة العصرية والجديدة في الإثبات، ومع ذلك يمكننا اللجوء إلى النصوص القانونية المختلفة لاسيما قانون حماية الصحة وترقيتها، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقانون العقوبات، وغيرها.

ففيما يتعلق بكيفية انتزاع الأنسجة أو الأعضاء، يمكننا الرجوع إلى المواد 161 إلى 168 من القانون رقم 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم. حيث نصت المادة 162 منه على أنه " لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء، إلا إذا لم تُعرّض هذه العملية حياة المتبرع إلى الخطر، وتُشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه. وتُحرّر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة ".

وبشأن احترام حرمة الأشخاص الجسمية نصت المادتين 34 و44 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 1992/06/06 المتضمن أخلاقيات مهنة الطب.

كما نجد قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون رقم 09- 01 الصادر في 2009، قد شدّد هو الآخر في مسائل نزع الأنسجة والأعضاء أو الاتجار فيها بموجب المواد من 303 مكرر 17 إلى 303 مكرر 25 منه.

وهكذا نجد القانون الجزائري قد ساير توافق القوانين التي تجيز عمليات أخذ الدم، وأجاز صراحة الأخذ بهذه العمليات واعتبارها كدليل إثبات في المسائل الجنائية. فنجده قد خصّص قسما للبيولوجيا الشرعية، حيث تم تدشين مخبر الADN بمناسبة عيد الشرطة بتاريخ 2004/07/22. إذ يّعد هذا الإنجاز خطوة هامة في تكريس وتشجيع العمل بالبصمة الوراثية في مجال الإثبات الجنائي لمسايرة تطور التقنية العلمية ومواكبة الدول المتقدمة في هذا المجال.

ويشرف على هذا القسم تقنيين وباحثين مختصين في علم البيولوجيا والوراثة، وتتجلى مهمة هذا المخبر في البحث عن الأدلة عن طريق التحاليل المخبرية والتي يتركها الجاني في مسرح الجريمة. وبتعبير آخر يقوم المخبر كذلك بتحليل عينات الدم كما نصت عليه المادة 25 من قانون تنظيم حركة المرور بالإضافة إلى المني ، والشعر والبول واللعاب.

ويتم هذا التحليل بواسطة مناهج وعمليات مخبرية متطورة، وهناك آفاق مستقبلية تدور حول إنشاء بنك معلوماتي لذلك، مع العلم أنه يوجد بنك خاص لبصمات الأصابع في أي مركز للشرطة مثلما هو معمول به في الولايات المتحدة الأمريكية.18

كما نجد أن القانون الجزائري جعل مهمة جلب عينات للمخبر من الدم، البول، اللعاب أو الشعر...الخ من أجل تحليلها من قبل مصالح الشرطة التي تقوم عن طريق مختصين في مسرح الجريمة.

والقانون الجزائري مشابه للقانون الألماني في أن الفحص لا يُجرى إلا في مخابر الشرطة الفنية العلمية. ولم ينص القانون الجزائري على مجالات استعمال البصمة الوراثية مقارنة بالقانون الفرنسي الذي نص في قانون 468/98 المؤرخ في 1998/06/17 على إجراء تحليل البصمة الوراثية في الجرائم الجنسية. وهذا لوقاية القاصر وعدل هذا الأخير بقانون 1062/2001 المؤرخ في15 نوفمبر 2001 الذي يسمح بتوسيع ملفات البصمة الوراثية.19

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي والقانون من الإثبات الجنائي بالهندسة الوراثية

في هذا البند سنحاول تبيان موقف الفقه الإسلامي من استخدام تقنية الهندسة الوراثية في تحليل الحامض النووي في الإثبات الجنائي (أولا)، ثم التطرق إلى موقف القانون من اعتماد هذه التقنية (ثانيا).

أولا - موقف الفقه الإسلامي من الإثبات الجنائي الهندسة الوراثية

عندما ظهرت تقنية فك الشفرة الوراثية في أواخر القرن الماضي لم يقف الفقهاء المعاصرين موقفا سلبيا تجاه هذا الحدث العلمي الجديد بل نجدهم هتموا بدراستها وبحثها وتفصيلها والحكم عليها و بيان رأي الإسلام منها وذلك من خلال عقد عدة مؤتمرات إسلامية معنية لهذه المستجدات العصرية [1]،

[1] خالد محمد شعبان: المرجع السابق، ص.426

حيث أقر الجمهور الأكبر من السلف والخلف وأكبر أهل العلم والفقهاء من القدماء والمعاصرين[1] وكذلك مجلس المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة مابين 05 و10 جانفي لسنة 2002م، أنه من حيث المبدأ مشروعية استخدام تحليل البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي وهي تعتبر من باب العمل بالقرائن وهي توافق قواعد الشريعة ومقاصدها بحيث أنها تساعد على حفظ الأمن والاستقرار للأفراد[2] إلا أنه يجب يكون استخدام البصمة الوراثية مقيدا وفي غير جرائم الحدود والقصاص، كما نجد أن المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية المنعقدة في الكويت في الفترة ما بين 03 و 04 ماي لسنة 2000م، أنها قد أجازت في توصياتها الأخذ بالبصمة الوراثية في مجال الإثبات الجنائي ماعدا جرائم الحدود الشرعية[3].

وهناك البعض من الفقهاء المعاصرين أجازوا إقامة حد الزنا بالبصمة الوراثية - جرائم الحدود، أو بناء على نتائج تحليل الطب الشرعي عموما، ويرى الأستاذ "محمد المديني بوساف" في هذا الشأن بأنه لا يجب التعويل أو الاعتداد برأي هذا الفقه المخالف لجمهور الفقهاء وذلك لخطتها في إدراك التفصيل وتعيين قصد الشارع.

وبهذا يمكن القول بجواز الأخذ بتقنية تحليل البصمة الوراثية كقرينة من القرائن القاطعة، ومما يدل على مشروعية هذه الوسيلة من ناحية شرعية أنها وسيلة لا تتضمن محظورا شرعيا في ذاتها إضافة أن لها مقصد صحيح، والقاعدة المعتبرة أن الوسائل لها أحكام المقاصد، كما أن في هذه الوسيلة تحقيق المصالح ودرء المفاسد، ومعلوم أن الشريعة من قواعدها الخمس الكبرى "جلب المصالح ودرء المفاسد[4].

ثانيا - موقف القانون من استخدام الهندسة الوراثية في الإثبات الجنائي

نصت غالبية التشريعات على إباحة اعتماد البصمة الو ارثية كدليل للإثبات في القضايا الجنائية منها المادة 4 من قانون الأمن العام الإيطالي والمادة 119 من التشريع السوداني ، والمادة 46 من قانون

[1] محمد المدني بوساق: موقف الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية من استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، بحث ضمن كتاب الاستخدام الشرعي والقانوني للوسائل الحديثة في التحقيق الجنائي، جامعة نايف العربية، ط1، مكتبة الملك فهد الوطنية للنشرة الرياض، 2008، ص.93

[2] ناصر عبد الله عبد العزيز الميمان: المرجع السابق، ص.23 وما بعدها.

[3] خالد محمد شعبان: المرجع السابق، ص. 428

[4] - إسماعيل حسن الحميري: ضوابط العدالة في التحقيق الجنائي (دراسة علمية شرعية)، بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامية كلية العلوم الإسلامية، قسم الفقه، جامعة المدينة العالمية، دولة ماليزياء 2012، ص. 40

الإجراءات الجزائية الإماراتي والمادة 70 من قانون الإجراءات الجزائية العراقي. أما في الجزائر فهناك مرحلتين، مرحلة ما قبل 2016 ،التي لم ينص المشرع الجزائري خلالها ص ارحة على الأخذ بالبصمات بصورة عامة، إلا أنه بالرجوع إلى المادة 50/2 2من ق.ا.ج.ج التي تنص على ": وعلى كل شخص يبدو له ضروريا في مجرى استدلالاته القضائية التعرف على هويته أو التحقق من شخصيته أن يمتثل له في كل ما يطلبه من إج ارءات في هذا الخصوص ." ... فالتعرف على الهوية لا يكون ببطاقة التعريف الوطنية فحسب، إنما قد يكون ببصمة الأصابع ومقارنتها مع ما وجد بمسرح الجريمة، وأن مخالفة الفقرة السابعة من نفس المادة يعاقب عليها بالحبس مدة لا تتجاوز 10 أيام وبغرامة 500 دج وفقا للمادة 3/50 من ق.ا.ج.ج . كذالك المادة 1/68 من نفس القانون التي تنص على " يقوم قاضي التحقيق وفقا للقانون باتخاذ جميع إج ارءات التحقيق التي ى ارها ضرورية للكشف عن الحقيقة، بالتحري عن أدلة الاتهام وأدلة النفي "، وهذا ما يؤكد أن الأخذ بالبصمة إجراء مباح .

وقد أجاز المشرع الجزائري، ندب الخبراء بالنسبة لكل جهة قضائية تتولى التحقيق أو تجلس للحكم، إذا عرضت عليها مسألة ذات طابع فني، وبالرجوع إلى مصلحة تحقيق الشخصية بمخبر الشرطة العلمية بالجزائر العاصمة، فإنها تأخذ بتحليل بصمات الأصابع والكف والقدمين .فضلا عن ذلك فإن البصمات واسعة الانتشار، في كافة مجالات الحياة الخاصة في المعاملات كبطاقة التعريف الوطنية، جواز السفر، وبعض النقود الرسمية للذين لا يعرفون القراءة .أما بعد سنة 2016 فقد أخذ المشرع الجزائري بالبصمة الوراثية صراحة، وهذا بصدور القانون رقم 16-03 ،الذي نص في المادة الأولى منه على أنه ": يهدف هذا القانون إلى إجراءات التعرف على تحديد قواعد استعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والأشخاص المفقودين أو مجهولي الهوية ." أيضا المادة 4 من القانون رقم 16-03 التي تنص على ما يلي ": يخول وكلاء الجمهورية وقضاة التحقيق وقضاة الحكم الأمر بأخذ عينات بيولوجية ، وجراء تحاليل وراثية عليها وفقا للأحكام المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية ، وفي هذا القانون وفقا لنفس الأحكام، يجوز لضباط الشرطة القضائية، في إطار تحرياتهم طلب أخذ عينات إجراء تحاليل وراثية عليها بعد الحصول على إذن مسبق من السلطة القضائية بيولوجية والمختصة.

المبحث الثاني: إستخدامات الهندسة الوراثية في مجال إثبات الشخصية وموقف الفقه والقانون

بالإضافة إلى استخدام تقنية الهندسة الوراثية والمتمثلة في فك الشفرة الوراثية للأشخاص في المجالات السابقة ، فقد أظهرت البحوث والدراسات العلمية نجاحها في مجال إثبات الجنسية (البند الأول) و كذلك في مجال التعرف وإثبات الهويات (البند الثاني).

المطلب الأول: استخدام الهندسة الوراثية في إثبات الجنسية

تعتبر الجنسية بإطلاقها المعاصر، اصطلاحا حديثا لم يظهر إلا في القانون الفرنسي سنة 1735م، وهي بهذا اللفظ تعد الأداة الوحيدة التي يمكن من خلالها حماية الفرد في المجتمع الدولي، فالشخص الذي لا يتمتع بجنسية دولة معينة لا يمكنه الحصول على حقوقه والدفاع عناها[1]. فمسألة الجنسية مسألة في منتهى الدقة والأهمية ذلك أنا متعلقة بالحالة الشخصية للإنسان[2]. ولإثبات الجنسية يجب على الشخص اللجوء إلى عدة وسائل والتي من بينها اللجوء إلى تحليل الحامض النووي قصد إثبات جنسيته.

الفرع الأول : الجنسية وعلاقتها في الهندسة الوراثية وموقف الفقه الإسلامي

أولا- مفهوم الجنسية وعلاقتها باستخدام تقنية الهندسة الوراثية

سنحاول هنا دراسة وتحليل مفهوم الجنسية وذلك بتعريفها وتبيان طرق اكتسابهما (أ)، ثم دراسة العلاقة التي تربط تقنية الهندسة الوراثية بإثبات الجنسية (ب).

أ- تعريف الجنسية: كما قلنا سابقا أن فكرة الجنسية بمفهومها المعاصر لم تظهر إلا حديثا في القانون الفرنسي بعد الثورة الفرنسية. والجنسية لغة: مأخوذة من جنس الأشياء، أي شاكل بين الأفراد ونسبها إلى أجناسها[3]. وهي ترجمة اصطلاحية للكلمة الفرنسية **Nationalité** والمشتقة من كلمة **Nation** ومعناها أمة، وهذه الأخيرة مشتقة من الكلمة اللاتينية **Natio** ومعناها المنحدرون من جنس واحد[4].

---

[1]- عبد الرحمن أحمد الرفاعي : المرجع السابق ، ص728.
-لهام ساعد بن خليفة، مرجع سابق، ص130.
[3]- حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، ب. ط دار الفكر الجامعي، مصر، 2009، ص.821
[4]- عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص. 729.

وفي اصطلاح الفقه الإسلامي هي: رابطة سياسية ودينية بين الفرد ودار الإسلام، يترتب عليها آثار شرعية[1] .

أما الجنسية في اصطلاح فقهاء القانون: فنجدهم قد اختلفوا ولم يستقروا على تعريف محدد، إذ نجد من الفقه من عرف الجنسية بأنها: "العلاقة القانونية التي تربط شخصا بدولة ما [2]"، ومن الفقه من عرفها أنها: " المعيار الذي يتم بمقتضاه التوزيع القانوني للأفراد في المجتمع الدولي، أو هي المعيار الذي يتم بمقتضاه التوزيع القانوني للأفراد في المجتمع الدولي والذي يحدد نصيب أو حصة كل دولة من الأفراد الذين يكونون ركن الشعب فيها[3]". وعرفها البعض الأخر بأنها: " صفة في الشخص تقوم على رابطة سياسية و قانونية بينه وبين الدولة، وهي عنصر من عناصر تكوينها، وعرفها فريق آخر بأنها رابطة سياسية تربط الفرد بدولة ما[4].

أما فيما يتعلق بأسباب اكتساب الجنسية: فسنبين أسباب اكتساب الجنسية الأصلية دون الأسباب التبعية، وهذا نظرا لعلاقتها بموضوع بحثنا، حيث تكتسب هذه الجنسية بأحد السببين أو بهما معا، وهما: حق الدم وحق الإقليم.

ويراد بحق الدم أن الولد، ذكرا كان أم أنثى يتلقى جنسية والديه، أحدهما أو كلاهما، منذ الميلاد وأيا كان محل ذلك الميلاد استنادا إلى نسبه أو بنوته إليهما[5]. إذا فحق الدم يكون إما من جهة الأب أو يكون من جهة الأم[6]، ومن ثم يظهر لنا بأن أساس الجنسية هنا هو الأصل العائلي الذي يخدر منه المولود ولهذا سميت بجنسية النسب.

أما حق الإقليم فيراد به هو ثبوت الجنسية للفرد، من الدولة التي ولد في إقليمها دون النظر إلى الأصل العائلي الذي يخدر منه المولود، سواء ولد لأبوين وطنيين أم أجنبيين، ولذا سميت بجنسية

[1]- حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: المرجع السابق، ص. 822-823

[2]- ذيب بن صنتيان بن مشامع المطيري: أسس اكتساب الجنسية في النظام السعودي مقارنة بقوانين دول مجلس التعاون الخليجي الأخري، مذكرة ماجستير في العدالة الجنائية، كلية الدراسات العلياء قسم العدالة الجنائية (تخصص السياسة الجنائية)، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية، 2010، ص.10.

[3]- عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص. 732.

[4]- محمد قاسي: النظام القانوني للمتمتع بالجنسية الجزائرية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2009، ص.06.

[5]- صلاح الدين جمال الدين: المرجع السابق، ص.80

[6]- ذيب بن صنتيان بن مشامع المطيري: المرجع السابق، ص.48.

الإقليم[1] بمفهومه الواسع الإقليم البري، والإقليم الجوي، والإقليم البحري)[2] ، بحيث قد يولد الشخص على إقليم دولة ما من أم وأب لا جنسية لهما أو من والدين مجهولين[3].

ب- علاقة استخدام تقنية الهندسة الوراثية في إثبات الجنسية

مما ذكر سابقا يتبين لنا أي السببين السابقين لاكتساب الجنسية -حق الدم وحق الإقليم - له علاقة وصلة بتقنية الهندسة الوراثية، فنجد أنه لا يمكن ربط تقنية الهندسة الوراثية والمتمثلة في تحليل البصمة الوراثية بحق الإقليم، بحيث يشترط لاستخلاص البصمة الوراثية للشخص أن يتم تحليل أي خلية أو نسيج من جسم الإنسان، ومن هذه الخلايا هو دم الإنسان، وهذا الأمر مستحيل في هذه الحالة.

وعلى هذا فإن إعمال تقنية الهندسة الوراثية في موضوع إثبات الجنسية قاصر فقط على رابطة النسب فقط، فإذا كان الولد ثابت النسب بطريق تحليل البصمة الوراثية فالجنسية تثبت له اعتبارا بالنسب تبعا لوالديه سواء كان معروف الوالدين أو أحدهما كأن يكون مجهول الأم أو الأب[4]. ومن ومن هذا المنطلق يتبادر في ذهننا ما موقف الفقه الإسلامية والقانون من العمل بالبصمة الوراثية في إثبات الجنسية؟.

ثانيا- موقف الفقه الإسلامي والقانون من استخدام الهندسة الوراثية في إثبات الجنسية

بما أن الجنسية تلعب دورا مهما داخل الدولة و في المجتمع الدولي، فإن سبب اكتساب هذه الجنسية هو سبب تحقيق هذا الدور، وبما أن تقنية تحليل البصمة الوراثية يعد من أسباب اكتساب الجنسية، فإنه يجب علينا معرفة موقف الفقه الإسلامي من هذه التقنية (أ)، ثم الوقوف عند دراسة موقف القانون منها (ب).

[1]- عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص. 737.
[2]- ذيب بن صنتيان بن مشامع المطيري: المرجع السابق، ص.48.
[3]- شفيقة العمراني: إثبات الجنسية والمنازعات المتعلقة بها، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، با سل.ن، ص. 103.
[4]- عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص. 738.

أ- موقف الفقه الإسلامي من استخدام تقنية الهندسة الوراثية في إثبات الجنسية

لقد كان المسلمين من الأوائل المتواجدين وقت إنشاء الدولة الإسلامية الأولى ووقت إصدار الرسول صلى الله عليه وسلم" لدستور المدينة، وهم من تثبت لهم صفة الانتماء[1]. وبناء عليه يظهر لنا أن الجنسية حق مطلق للدولة بما لها سيادة واستقلال في منح الجنسية (الرعوية) ، لمن ولدوا على أرضها، أو بالدم ولو كانت الولادة في دولة أخرى، ومن ثم فلا علاقة توجد بين الجنسية والنسب، إلا إذا ضيقنا الجنسية وقصرنا اكتسابها على علاقة الدم[2].

وبناء على ما سبق ذكره، فإن الأستاذ "عبد الرحمن أحمد الرفاعي" يرى بأنه من الممكن استخدام تقنية الهندسة الوراثية والمتمثلة في تحليل البصمة الوراثية للشخص قصد إثبات نسبه، وبالتالي إثبات جنسية (رعوية) المدعي بالمطالبة بالحصول على جنسية دولة معينة بحجة أن الأصل الوراثي أو العائلي للمدعي يتحدد من تلك الدولة وفي جميع حالات التنازع على الرعوية[3]. وإذا ضيقنا فكرة الجنسية وقصرنا اكتسابها على علاقة الدم. فهنا يثور التساؤل: هل العبرة بالدم الشرعي الذي لا يثبت إلا برباط الزوجية؟ أم بالدم مطلقا ولو كان بعلاقة آثمة[4]؟

وفي هذا الشأن يرى كل من "عبد الرحمن أحمد الرفاعي"و"حسني محمود عبد الدايم" أن جنسية (رعوية) الدولة الإسلامية، على غالب الظن أنها تثبت للمولود سواء كانت ولادته بطريقة شرعية أو بطريقة آثمة وذلك الاعتبارين: الاعتبار الأول هو أن ولد الزنا يثبت نسبه من أمه عند جمهور الفقهاء، والاعتبار الثاني أن ابن الزنا يثبت نسبه من أبيه الزاني، عند ابن تيمية وابن القيم وبعض الإباضية وعدد من فقهاء السلف.

ب- موقف القانون من استخدام تقنية الهندسة الوراثية في إثبات الجنسية

على عكس إثبات الجنسية المبنية على حق الإقليم والتي يسهل إثباته، نجد صعوبات عند إثبات الجنسية المبنية على حق الدم[5]. وعلى عكس سهولة إثبات الجنسية من شخص معروف الوالدين، نجد

[1]- صلاح الدين جمال الدين: المرجع السابق، ص 79.
[2]- حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: المرجع السابق، ص.840
[3]- عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص. 738.
[4]- حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: المرجع السابق، ص.840.
[5]- شقيقة العمراني: المرجع السابق، ص.101.

صعوبات إثبات الجنسية من شخص مجهول الوالدين. ومن هنا يتوجب على الشخص الذي يريد إثبات جنسيته على أساس حق الدم إثبات نسبه أولا.

ومن هذا المنطلق يتوجب علينا معرفة موقف المشرع الجزائري من مسألتين؛ الأولى تتعلق بمعرفة موقفه من إثبات الجنسية عن طريق حق الدم، ثم معرفة موقفه من مسألة اعتماده لتقنية الهندسة الوراثية كوسيلة إثبات للجنسية.

فبخصوص موقف المشرع الجزائري من مسألة إثبات الجنسية عن طريق حق الدم فنجده قد نظم هذه المسألة وتطرق لها في المادة السادسة (06) من الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير لسنة 2005 المتضمن قانون الجنسية، حيث نصت على أنه: "يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية[1]". وهذا يتبين لنا أن المشرع الجزائري قد أعطى الجنسية للشخص المولود من أب جزائري أو من أم جزائري في حالة عدم التعرف على والده، ونتيجة عن ذلك فقد سوى المشرع بين دم الأب و دم الأم عكس ما كان معمولا به في قانون الجنسية السنة 1970م، الذي اكتفى المشرع آنذاك بمعيار حق الدم من ناحية الأب دون الأم[2].

أما المسألة الثانية والمتعلقة بمدى اعتماد المشرع الجزائري لتقنية الهندسة الوراثية والمتمثلة في تحليل البصمة الوراثية كوسيلة إثبات الجنسية؛ نجد أن المشرع قد نص صراحة في المادة 32 من ق. ج على أنه يمكن إثبات الجنسية عن طريق النسب[3]، وبالتالي تحيلنا هذه المادة إلى وسائل إثبات النسب، حيث نجد أن المشرع الجزائري قد تبنى الطرق العلمية والتي من بينها تقنية الهندسة الوراثية في إثبات النسب بموجب قانون الأسرة الصادر بمقتضى الأمر رقم (05-02) والذي أضاف فقرة جديدة في نص المادة 40 من تقنين الأسرة الجزائري، حيث نصت على أنه: " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32و 33 و 34 من هذا القانون. يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب .

[1]- المادة (6) من الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، بعدل ويتمم الأمر رقم (70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 والمتضمن قانون الجنسية، ج.ر عدد 15، لسنة 2005.

[2]- محمد قاسي: المرجع السابق، ص. 57-58

[3]- أنظر، المادة 32 من الأمر 05-01 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 والمتضمن قانون الجنسية

الفرع الثاني: استخدام تقنية الهندسة في إثبات هويات المفقودين

سنبين في هذا الصدد أهمية استخدام تقنية الهندسة الوراثية في تحديد الهوية (أولا)، ثم سنتطرق إلى موقف الفقه الإسلامي والقانون من العمل بتقنية الهندسة الوراثية في هذا المجال (ثانيا).

أولا- أهمية استخدام تقنية الهندسة في تحديد الهوية

مما لا شك فيه أن تقنية تحليل البصمة الوراثية يستفاد منها لدلالتها القطعية في التعرف على الجثث المجهولة الذين قد توفوا أثاء الحروب والكوارث الطبيعية والمفقودين والموتى أو الشهداء، والأسرى الذين طال عهدهم، وجهلت هويتهم الشخصية، لأن في ذلك تمكينا من تسليم الجثث لأقاربهم، واطمئنانهم، وإعادتهم لبلادهم[1] . وهذا ساعدت هذه التقنية في حل مشكلة تحديد الجثث حيث قد تؤدي الكارثة أو الحادثة إلى تشويه الجثث وتقطيع الأجسام البشرية إلى أشلاء يصعب التعرف عليها مثل ما يحدث في حوادث النقل الجماعي الجوي والبحري والبري، و التفجيرات الإرهابية وكذلك في حالة الجثث المعفنة والعثور على مقابر جماعية[2]، وكما يمكن الاعتماد على الشفرة الوراثية في حالة تحديد هوية الأطفال التائهين أو المخطوفين أو تحديد هويات فاقدي الذاكرة أو المحانين وإعادتهم إلى ذويهم[3]. والآن نحن نسمع عن محاولات كثيرة لكشف هوية جثث مضى عليها آلاف السنين[4] .

إذن فالحمض النووي مفيد لتحديد هوية الأشخاص وذلك لعدة أسباب، من بينها أن هذا الحمض النووي يمكن استخلاصه من أي أنسجة بشرية سواء كانت لعاب أو شعر أو عظام، ويمتاز الحض النووي بثبوته وعدم تغيره وكذلك باختلافه بين الأشخاص، إذ لا يمكن وجود على وجه الأرض شخصان يحملان نفس الجينات الوراثية باستثناء التوائم المتماثلة فكل ينفرد في الخصائص الموروثة[5] ، وكذلك تمتاز البصمة بأنها لا تتعرض للتلف أو التحلل بتغير الظروف المناخية من برد أو حرارة

[1]- وهبة الزحيلي: موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص. 527

[2]- تركي محمد السعيد: دور المخابر الجنائية في الإثبات الجنائي، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2013-2014، ص. 68.

[3]- عصام احمد البهجي: المرجع السابق، ص. 47.

[4]- عبد الواحد أمام مرسي: المرجع السابق، ص.416

[5] - Personnes Disparues, Analyses ADN Et Identification Des Restes Humains: Guide des meilleures pratiques à suivre dans les situations de conflit armé et autres situations de violence, Deuxième édition 2009, p.15.

لفترة طويلة[1]. وحاليا تقوم الولايات المتحدة الأمريكية بتصنيف الحمض النووي لجميع المواليد ليسهل تعيين هوية من خطف منهم، ويسهل بذلك العثور عليه[2].

وقد سبق ووقعت عدة حوادث استخدم فيها تقنية فك الشفرة الوراثية عن طريق تحليل البصمة الوراثية ونذكر منها: ما تم نشره في وكالات الأنباء حديثا حول خبر عودة رفات (25) جثة مصرية انتشلت من قاع المحيط الأطلسي في مأساة الطائرة المصرية المنكوبة "بوينج 707" وتم التعرف على أصحابها عن طريق اختبار البصمة الوراثية[3].

وفي سنة 1992م تمكن الأطباء الشرعيون من تحديد الهوية الوراثية لقائد معسكر مفقود منذ الحرب العالمية الثانية من خلال عثورهم على بعض الهياكل البشرية أثناء جرف أرض المعسكر في إحدى الولايات الموجودة بأمريكا. وتم التعرف أيضا من خلال البصمة الوراثية على جثث ضحايا المركز التجاري العالمي في 11 ديسمبر السيئة 2001م. وبهذا يتبين لنا أهمية البصمة الوراثية ودورها في إسدال الستار على قضايا وأحداث كثيرة[4].

ثانيا : موقف الفقه الإسلامية والقانون من استخدام الهندسة الوراثية في إثبات الهويات

نظرا لأن تقنية الهندسة الوراثية تعتبر من المستجدات التي أفرزتها التطورات العلمية، فكان لا بد علينا أن نوضح موقف الفقه الإسلامي من الأخذ بها في مجال إثبات الهويات (أ)، ثم التوقف عند موقف القانون من هذه التقنية (ب).

أ- موقف الفقه الإسلامي من استخدام الهندسة الوراثية في إثبات الهويات

بخصوص موقف الفقه الإسلامي من استخدام الهندسة الوراثية في تحديد هوية الأشخاص؛ فالأصل أن موت المفقود يثبت بالبينة كشهادة العدول أو غيرها من أدلة الإثبات، ولكن إذا تعذر ذلك فهل يجوز إثبات هوية المفقود بالبصمة الوراثية؟[5]

[1]- إيناس هاشم رشيد: المرجع السابق، ص.219.
[2]- حسني محمود عبد الدايم: المرجع السابق، ص.111.
[3]- وهبة الزحيلي: موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، المرجع السابق، ص. 527.
[4]- حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: المرجع السابق، ص.111.
[5]- عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص 749.

وفي هذا الشأن نجد أن المجمع الفقهي الإسلامي قد أقر بجواز استخدام البصمة الوراثية عند وقوع الحوادث أو الكوارث أو الحروب عند تعذر معرفة أهل الأطفال أو ضياعهم، أو عند وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها، أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحروب والمفقودين .

ب- موقف القانون من استخدام الهندسة الوراثية في إثبات الهويات

عند بحثنا عن موقف المشرع الجزائري من استخدام الهندسة الوراثية في إثبات الهويات نجد أنه لم ينص على ذلك صراحة ولكن قياسا عن موقفه في إجازة إثبات نسب الشخص مجهول النسب أو المتنازع عليه وذلك طبقا النص المادة 40 من ق.أ، و نظرا لتوجه المشرع الجزائري إلى إنشاء بطاقية آلية للتعرف على الهويات[1]، فيمكننا القول بأنه قد أقر ضمنيا بجواز إثبات شخصية الشخص المفقود عن طريق تقنية تحليل الحامض النووي. على خلاف المشرع الفرنسي الذي نجده قد أقر صراحة إثبات هوية الشخص بالبصمة الوراثية، ونص على ذلك في المادة 11/16 من القانون المدني لسنة 1994م والتي جاء فيها ما يلي: "لا يمكن البحث أو التعرف على شخص ما ببصماته الوراثية، إلا في إطار إجراءات تحقيق.....".

كما نجد المشرع التونسي في الفصل الأول من قانون الأحوال الشخصية رقم (75) الصادر بتاريخ 1988/02/08 قد أجاز صراحة إثبات هوية الشخص بالبصمة الوراثية، والذي نص على جواز إثبات هوية المجهول بالتحليل الجيني[2].

الكروموسومات الجنسية (يحدد جنس المولود) يرمز له بالرمز (XY) أما في الأنثى فالكروموسومات متماثلة (XX)[3]

وبعد هذا الشرح يمكن لنا أن نبين طريقتي تحديد الجنس قبل عملية الإخصاب أو بعدها:

أ- عملية تغيير الجنس قبل عملية التلقيح: تكون هذه العملية إما داخل الجسد أو خارجه، إذ تقوم هذه العملية على الكشف عن الحيوانات الذكرية أو الأنثوية فما وجد منها محتويا على الجنس

[1]- لخضر رزاوي: بطاقية آلية لتحديد الهويات باستخدام الحمض النووي والبصمة الوراثية، مقال منشور في جريدة الشروق اليومية، يوم 2010/10/26 http://www.echoroukonline.com/ara/?news=61903 misse a jour 12/12/2014 21:57

[2]- عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص.751-752

[3] - François Enault, op.cit, p.05.

المطلوب أخذ وزرع في الرحم والأخرى تتلف وتهمل[1]، ويعتبر هذا عبارة عن تلقيح داخل الجسد ونسبة حدوث الحمل فيه 25% ونسبة الحصول على الجنس المرغوب فيه 80%[2]

أما التلقيح خارج الجسد فيتم بأخذ السائل المنوي من الزوج ومن ثم يتم وضعه في أنبوب خاص، ليتم بعد ذلك فصل الحيوان المذكر عن الحيوان الأنثوي باستخدام الطرد المركزي ثم نقوم بتلقيح البويضة في هذا الأنبوب فإن حدث التلقيح وانقسمت اللقيحة عدة انقسامات نقلت إلى رحم الزوجة لتنمو طبيعيا[3]، وتكون نسبة حصول الجنس المرغوب به في هذه الطريقة أكثر من 99% ونسبة الحمل 50%.[4]

ب- عملية تحديد الجنس بعد التلقيح: فتتم هذه العملية وفق أخذ عينة من الخلايا التناسلية الملقحة المتكونة في الرحم، وهي في مراحلها الأولى، وبعد فحصها وتبين جنس الجنين فيها يتم التصرف مع هذا الجنين وجودا أو عدما حسب الجنس المرغوب فيه، فمثلا إذا تبين وجود جنين أنثى وهم يريدون ذكرا تتم عملية الإجهاض لهدف اختيار جنس الجنين.

موقف الفقه الإسلامي والقانون من استخدام الهندسة الوراثية في تحسين النسل وتحديده أثار موضوع استخدام تقنية الهندسة الوراثية في مجال تعديل الصفات الوراثية ضجة كبيرة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون ومن ثم سارع هؤلاء إلى دراسة هذا العلم وذلك من حيث تبيان مدى مشروعية استخدام هذا العلم سواء من الناحية الشرعية (أولا) أو من الناحية القانونية (ثانيا).

المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من استخدام الهندسة الوراثية في تحسين النسل وتحديده

نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة تحسين النسل ميزوا بين نوعين، الأول هو تحسين النسل المطلوب الذي يكون الغرض منه الوقاية من الأمراض المضرة بالجنين وعلاجها، وقد خلصت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية إلى جواز العمل بهذه التقنية قصد منع المرض أو علاجه، مع عدم جواز التلاعب بالجينات لظهور أطفال مشوهين[5]. أما النوع الثاني من التحسين وهو المحظور

[1]- مازن إسماعيل هنية و منال محمد رمضان: المرجع السابق، ص.30.
[2]- علي أحمد الندوي: الهندسة الوراثية وتطبيقاتها، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون ، كلية الشريعة والقانون المنعقد يوم 5 إلى 7 ماي 2002، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الأول، ماي 2002، ص.180.
[3]- فرج محمد محمد سالم: المرجع السابق، ص. 274
[4]- فادية محمد توفيق أبو عيشة: المرجع السابق، ص. 90
[5]- رقية أحمد بن داود: المرجع السابق، ص.08.

شرعا والذي ليس فيه أي دفع للضر بل يكون من باب التحسينات أو الحاجيات العادية والذي يؤدي إلى تغيير خلق الله والعبث فيه وتبديله، وقد دعت بشأنه أعمال ندوة الجمعية الإسلامية للدراسات الطبية بالمستشفى الإسلامي بعمان عاصمة الأردن، إذ منعت من خلال توصياتها إلى عدم تغيير الجينات السليمة لانتقاء خصائص وراثية معينة. وجاء كذلك في قرار المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الخامسة عشرة أنه: "لا يجوز استخدام أي من أدوات علم الهندسة الوراثية ووسائله للعبث بشخصية الإنسان، ومسؤوليته الفردية، أو للتدخل في بنية الجينات بدعوى تحسين السلالة البشرية[1].

أما في مسألة تحديد الجنس بتقنية الهندسة الوراثية فقد اختلفت آراء الفقه الإسلامي إلى ثلاث اتجاهات:

أ- الإتجاه الأول[2]: ومؤداه إلى حظر هذه التقنية في هذا المجال حظرا مطلقا ويتزعم هذا الاتجاه كل من الفقهاء: صبري عبد الرؤوف، محمد النشته فيصل ملوي، سعد العنزي، أحمد الكوس، أحمد الحي الكردي[3]، يوسف عبد الرحيم بوبس ومحمد نعيم الدقر.[4]

ب- الإتجاه الثاني[5] : فمؤداه إباحة تقنية تحديد الجنس إباحة مطلقة ومن أبرز القائلين بهذا الاتجاه كل من الفقهاء: عبد الناصر عبد البصل[6]، الشيخ مصطفى الزرقا، يوسف القرضاوي، نصر فريد واصل، محمد رأفت عثمان، علي جمعة، وغيرهم.

ج- الإتجاه الثالث: فقد فصل بإباحة هذه التقنية في حالة الضرورة العلاجية في الأمراض الوراثية التي تصيب الذكور دون الإناث، أو بالعكس، ومنعه في حالة الاختيار، وهذا أخذ المجلس الأعلى للصحة التابع لوزارة الصحة التركية وكذا مجلس المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته التاسعة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 3 إلى 8 نوفمبر 2007م[7].

[1]- تكر الحاج موسي: القضايا المعاصرة المتعلقة بحفظ النسل (دراسة مقاصدية)، رسالة دكتوراه في أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، دولة ماليزياء 2013ء ، ص 304

[2]- للإطلاع على أدلة هذا الرأي، راجع: فرج محمد محمد سالم: المرجع السابق، ص.282 وما بعدها.

المطلب الثاني : موقف القانون من استخدام الهندسة الوراثية في تحسين النسل وتحديده

لقد استطاعت الهندسة الوراثية حتى المرحلة الحالية أن تتوصل إلى معرفة التركيب الوراثي للبشر، و هي تحاول من خلال فك الرموز الوراثية أن تصل إلى التحكم في هذه المورثات، و قد استطاعت حتى الآن أن تحقق بعض إنجازات ذات الفائدة العظيمة على البشرية، فتكنولوجية تجزئة المورثات عادة تركيبها أعظم والانتصار حققته الإنسانية، ولكن هذه التكنولوجيا تحمل في طياتها بعض المخاطر الكامنة التي لا نستطيع حيالها سو ى أن نتنبأ بها فحسب، فمثال ما حدث في الخمسينات من هذا القرن، حين كانت الحكومة الأمريكية تجري بحوثها في مختبراتها على أنواع الجراثيم المسببة الأوبئة مثل الطاعون والجذري ..... و غيرها من الأمراض و قد كان الهدف من هذه التجارب معرفة تأثيرها على الناس الاستفادة منها في الحروب الجرثومية، وقد تم إيقاف هذه التجارب علنا في عام 1969م بسبب إصابة المتطوعين خلال التجارب رغم الإيجابيات التي حققتها تطبيقات علم الأحياء المعاصر عامة، و الهندسة الوراثية خاصة إلى أن هناك الكثير من المشكلات القانونية، التي خلقها هذا العلم بتطويره لتطبيقات الهندسة الوراثية، ففي مجال التلقيح الصناعي أثار عدة أسئلة قانونية، فإذا كانت النطفة المنوية من غير الزوج :هل للزوج حق الإعتراض ؟ .هل الزوجة تعتبر زانية ؟ .من كان الوالد الشرعي للطفل ؟ و كيف هي الحال بالنسبة للميراث 2؟ .على القانون أن يتساءل عن النتائج الخطيرة الناجمة عن المعرفة، و الوسائل الخاصة بخلق نسخ طبق الأصل قد تكون لشخص ذي ذكاء متفوق، أو غباء و بالتالي يكون هذا العلم قد ميز بين طبقتين من البشر خلقهما هو و بالتالي طغيان فئة على أخر ى، إذا هل من حق علم الهندسة الوراثية وضع أجنة متعددة ومتطابقة في كل شيء، تكون نسخا جينية من شخص معين ؟ .لقد اتخذ رجال القانون موقفا صارما من تطبيقات الثورة البيولوجية، ألنها ستوقع الإنسان في مشاكل كان سيكون في غنا عنها، لهذا فقد وضعت مواد ونصوص للحد من هذه التجارب فمثال انتشار بيانات الشفرة الوراثية الإنسان، سيشكل تعديا على حق الفرد في السرية، ذلك أنه في حالة وقوع جريمة سيلجأ المتحرون إلى التفتيش في نماذج الدنا DNA المخزنة . 1إن فكرة الاستنساخ Clonage أثارت الكثير من المشاكل القانونية، فالاستنساخ الذي يقضى بخلق طفل يعتبر نسخة جينية مطابقة لكائن بشري موجود هو امتهان للكرامة الإنسانية، ألنه من جهة يختزل فردانية وحرية الطفل المستنسخ، ومن

جهة أخرى يجعل من هذا الطفل نتاج إرادتهم وتكنولوجيتهم و الخطر المباشر يكمن في تحول حقوق الأطفال المستنسخين المعتبرين كسلعة منتجة على موضوع شكوك، وأن يعامل البشر المستنسخين بالقياس إلى الأصل و كأنهم مواطنون 2من الدرجة الثانية .إذا فرجال القانون يقرون بوجود إشكالية للشخص المستنسخ في مجال المعاملات، نظرا لوجود نسخ متماثلة يصعب التفريق بينها بحيث إذا ارتكب أحد هذه النسخ لجريمة ما، فإنه قد تحدث فوضى في مجال الإلتزامات بين الفرد و الدولة مثل الخدمة العسكرية و التعليم.

يبدوا لنا وبعد مراجعة القوانين الجزائرية وخاصة منها ما تعلق بالقانون الطبي، أن المشرع الجزائري لم يتطرق المسألة تقنية تحسين النسل وتحديده عن طريق تقنيات الهندسة الوراثية بصفة صريحة، ولكننا نجده في المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 جويلية 1992، قد أشار إلى منع كل يمس صحة الإنسان البدنية أو العقلية أو يزيد في معاناته أو لا يحترم حياة الفرد ويمس بكرامته. وفي المادة 06 من هذا المرسوم نجد أن المشرع يلزم كل طبيب على أن يمارس مهامه على أساس احترام حياة وشخصية الإنسان[1].

كما أن الدستور الجزائري قد حمي الجسم البشري وذلك بمعاقبة كل شخص يمس السلامة الجسدية للإنسان البدنية والمعنوية.

وفي المقابل نجد أن المشرع الفرنسي في المادة 1 / 2141 من القانون الفرنسي الجديد رقم 2004-800 الصادر في 06 أوت 2004م والمتعلق بالبيوتيك، قد جرم كل ممارسة انتقائية ترمي إلى تنظيم الانتقاء والاختيار بين الأشخاص، ويرصد المخالف عقوبة السجن لمدة ثلاثين سنة وبغرامة تقدر 7500.000 ألف أورو[2].

[1]- أنظر، المادة 06 و07 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 05 محرم عام 1413 الموافق 06 يوليو سنة 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج 1، عدد 52، لسنة 1992

[2]- رقية أحمد بن داود: المرجع السابق، ص. 09.

الفصل الثاني

أساس وكيفية التعويض عن اضرار الهندسة الوراثية

المبحث الأول : أحكام الضرر الواجب التعويض

الضرر في القانون هو الأذى الذي يلحق بالشخص في ماله أو جسده أو عرضه أو عاطفته وهو واجب التعويض مهما كان نوعه ماديا كان أو معنويا، مما يؤدي إلى المسؤولية القانونية للشخص الذي يرتكب الفعل الضار. وتختلف التشريعات فيما بينها في النظريات التي تبنى على المسؤولية التقصيرية أو ما يطلق عليها بالفعل الضار. فبعضها يقيم المسؤولية التقصيرية على فعل الأضرار دون حدوث الخطأ، وبعضها الاخر يقيمها على اساس الخطأ بحيث ان من تسبب في الضرر لا يلتزم بالتعويض الا في حال كان مخطئا. وترجع أهمية الضرر باعتباره أحد أركان الفعل الضار المنشئ للالتزام

يقال عادة لا مسؤولية مدنية بدون ضررPas de responsabilité sans prejudice ، فالضرر هو الذي يقدر التعويض بمقداره عادة في المسؤولية، وبهذا يعتبر الضرر الركن الثاني للمسؤولية المدنية، سواء أكانت مسؤولية عقدية أو تقصيرية، وسواء أكانت مسؤولية عن الفعل الشخصي أو عن عمل الغير أو عن فعل الأشياء. والضرر هو جوهر وأساس هذه المسؤولية، على أساس أنه لا يكفي كي تقوم مسؤولية بوقوع خطأ بل يجب أن ينشأ عنه ضرر[1]، وهو أيضا عنصر وجوبي في المسؤولية الطبية حتى يمكن للمضرور المطالبة بالتعويض، ولا يكفي لتعويض الأشخاص أن يقع الطبيب في خطأ، وإنما يلزم أن يلحق من جراء هذا الخطأ ضرا بهؤلاء الأشخاص[2].

بل إن الضرر أصبح العنصر المهم الذي يكفي وحده - في كثير من الحالات - لثبوت الحق في التعويض وبخاصة في ظل الاتجاه التشريعي والقضائي نحو الإقرار بحق المضرور في الحصول على التعويض المناسب بدون الدخول في مسألة تحديد المخطئ وهو ما يشكل ظاهرة جديدة من ظواهر نظرية الضمان التي يقوم عليها نظام المسؤولية في الفقه الإسلامي، وعلى العموم فإن انتفاء الضرر يحول دون قبول دعوى المسؤولية وذلك طبقا القاعدة: "لا دعوى بدون مصلحة". ويكون تقرير وقوع الضرر مسألة موضوعية لا رقابة فيها للمحكمة العليا، ولكن الشروط الواجب توافرها في الضرر مسألة قانونية تخضع لرقابتها.

---

[1] مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة تأصيلية مقارنة)، ط.1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2015، ص 222-223

[2] د محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، ب. ط دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص268.

المطلب الأول : نوع الضرر الواجب التعويض وشروطه

لا شك أن القواعد العامة التي تحكم ركن الضرر في المسؤولية المدنية هي التي تطبق في المسؤولية الطبية وبالتالي فالضرر في إطار المسؤولية الطبية فهو يتكون كما هو الحال في كل مسؤولية مدنية[1] ، ومن ثم نقول أن ركن الضرر في المفهوم الشاسع هو نوعين[2].

الفرع الأول: الضرر المادي والمعنوي

أولا: الضرر المادي

لقد عرف بعض الفقه الضرر المادي على أنه: " هو إخلال محقق بمصلحة أحد الأشخاص ذات قيمة مالية[3]" ، وهناك من عرفه بأنه ذلك الخسارة المادية التي تلحق المضرور نتيجة المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة. وعرفه آخر بأنه: "الإخلال بمصلحة ذات قيمة مالية وهو يصيب المضرور في جسمه أو ماله وهذا النوع هو الغالب والأكثر حدوثا[4]"

وهناك من عرف الضرر المادي بأنه: "ذلك الضرر الذي يصيب المضرور في حق من حقوقه التي يحميها القانون سواء في جسمه أو في مال، أو يصيبه في مصلحة مادية مشروعة"[5]. ويقول الأستاذ السعيد مقدم عن الضرر المادي بأنه هو: " الذي يصيب الشخص في جسمه أو ماله أو انتقاص حقوق المالية، أو بتفويت مصلحة مشروعة له ذات قيمة مالية، بمعنى أن نطاق التعويض يقتصر على الضرر الذي يلحق بالمال أي بالذمة المالية...". وعرفه بلحاج العربي على أنه: "ما يصيب الشخص في جسمه أوفي ماله، فيتمثل في الخسارة المالية التي تترتب على المساس بحق (أو بمصلحة) سواء كان الحق ماليا أو غير مالي". وعرفه محمود جلال حمزة على أنه: " ما يصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو بانتقاص حقوقه المالية، أو تفويت مصلحة مشروعة تسبب خسارة مالية له، أي أنه إخلال بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالية[6]"

---

[1] مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 225.
[2] محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.163
[3] خليل أحمد حسن قدادة: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري (مصادر الإلتزام)، الجزء الأول، ط4، د.م.ج، الجزائر، 2010، ص248
[4] علي فيلالي: المرجع السابق، ص.286-287.
[5] عمار عوابدي: المرجع السابق، ص. 207
[6] علي علي سليمان: المرجع السابق، ص. 162.

وعلى العموم فيمكن القول أن الضرر المادي هو: "كل ما يصيب مصلحة مالية للمضرور، كأن يؤدي إلى ضياع مكسب عليه أو تحقيق خسارة له، فلكل إنسان الحق في سلامة حياته وجسمه، ويشكل التعدي على هذا الحق ضررا يحيط بصاحبه[1]"

وفي المجال الطبي يتمثل الضرر المادي في المساس بجسم المريض أو إصابته أو إضعاف بنيته التي تؤدي إلى إضعاف القدرة على الكسب أو انعدام هذه القدرة أصلا نتيجة خطأ من الطبيب[2] ، كالموت والزيادة في حجم المرض والعطب والعجز ومختلف الإصابات من جروح وفقدان لعضو ما كالبصر أو تشويه وجه... وغيرها من الأضرار الجسمانية[3]. ويترتب عن كل هذا خسارة مالية تتمثل في نفقات العلاج[4]، والدواء والأجهزة الطبية المساعدة وحتى نفقات تجهيز الميت ودفنه، وقد قبل القضاء في هذا الصدد تعويض المصاب عن كافة النفقات التي يدفعها في سبيل شراء سيارة خاصة تتلاءم مع درجة الإعاقة التي أصيب بها المضرور، أو شراء تجهيز منزل بالمصاعد والآلات والأدوات التي تعين المضرور على أداء متطلبات حياته بشكل أفضل، وحتى نفقات إقامته في المركز العلاجي أو المستشفى مدى حياته إن كانت درجة الإعاقة التي ترتبت عن الإصابة كبيرة جدا. كما يشمل الضرر المالي أيضا ما فات المضرور من كسب بسبب درجة العجز الكلي أو الجزئي المؤقت الذي أقعده عن العمل أو العجز الدائم الذي سبب انقطاع مصدر رزقه[5].

ومعلوم أن الضرر الذي يشمله التعويض يتضمن عنصرين كما نصت على ذلك المادة 182 من القانون المدني الجزائري بأن التعويض المادي يشمل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب. فمتى تسبب الطبيب بخطئه في إلحاق ضرر بالمريض كعاهة مثلا أو زيادة نفقات العلاج والأدوية وأتعاب الطبيب وغيرها، كان ذلك خسارة للمريض وجب تعويضه عنها. كما أن المريض لو أصيب بعاهة ما، أو لازم الفراش مدة طويلة نتيجة خطأ طبي دون عمل أو كسب لأولاده ولأسرته، كان ذلك ضررا واضحا فيما فاته من كسب ووجب تعويضه عنه.[6]

ثانيا: الضرر المعنوي

---

[1] علي فيلالي: المرجع السابق، ص. 287.
[2] عبد الحميد الشواربي: مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، ط2، منشأة المعارف للنشر، مصر، 2000 ص. 81.
[3] علي فيلالي: المرجع السابق، ص. 367-368.
[4] مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.226
[5] عدنان إبراهيم سرحان: المرجع السابق، ص.171.
[6] مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 226

كما سبق وشرحنا أن الضرر المادي هو ذلك الضرر الذي يصيب المضرور في حق من حقوقه التي يحميها القانون سواء في جسمه أو في مال، أو يصيبه في مصلحة مادية مشروعة[1]، فلو نظرنا إلى طبيعة هذا الضرر فإنه ضرر معنوي، وإذا نظرنا إلى نتائج هذا الضرر فإنه يترتب عليه أضرار مادية وأضرار معنوية. ولهذا يجب علينا تحديد الضرر المعنوي المترتب عن هذا الضرر المادي.

وهناك من أطلق مصطلح الضرر الأدبي على هذا النوع من الضرر، وعرفه بأنه ذلك الضرر الذي يخص العاطفة، ويمس الشعور، ويلحق الآلام، ويؤثر على النفس ويصيب المريض بالأحزان[2]. وبهذا يكون الضرر الأدبي هو يقع بمصلحة غير مالية لأحد الأشخاص[3]. ولذلك فإنه لا يعد قيمة اقتصادية في ذاته ولا يمس عنصر من عناصر الذمة المالية لمن يدعيه، وهو ما يترجم أن الضرر المعنوي هو المساس بمصلحة غير اقتصادية أو بحق من حقوق الضحية.

وهناك من عرف الضرر المعنوي بأنه: كل ألم نفسي أو جسدي يحدثه عمل أو إهمال صادر من الغير في نفس شخص ما، أي هو ذاك الضرر الذي يصيب المضرور في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه، أو أي معنى آخر من المعاني التي يحرص ويحافظ الناس عليها. وعرفه آخر بأنه: "هو ذلك الضرر الذي يمس المضرور في مشاعره أو عواطفه أو في شرفه أو في عقيدته.

ومن الفقه من حاول تعريف الضرر المعنوي من زاوية النتائج والآثار التي تترتب عليه وتميزه عن الضرر المادي، فإذا كان الضرر المادي يتمثل بالخسارة المادية التي تنتج عن المساس بالحق أو المصلحة المالية فقيل إن الضرر الأدبي هو الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه يسبب له ألاما جسمانية أو نفسية أو تصيبه في عواطفه أو شرفه أو كرامته أو في شيء يحرص عليه الإنسان دون أن يسبب له خسارة مالية.[4]

كما يرى الأستاذ "على فيلالي" أن الضرر المعنوي يترتب عند التعدي على حقوق أو مصالح غير مالية، فهذا النوع من الضرر يلحق بما يسمى بالجانب الاجتماعي للذمة المعنوية أو الأدبية La partie sociale du patrimoine moralليكون في العادة مقترنا بأضرار مادية، أو يلحق

[1] علي علي سليمان: المرجع السابق، ص. 162.
[2] محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 269.
[3] خليل أحمد حسن قدادة: المرجع السابق، ص.250.
[4] طارق عبد العزيز العبيدي: الضرر الأدبي و كيفية إثباته في المسؤولية التقصيرية (دراسة في القانون العراقي)، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد 1، الإصدار 2، سنة 2012، العراق، ص.148.

بالعاطفة والشعور بالآلام، التي يحدثها في النفس و الأحزان ومن ثم ينعت بالجانب العاطفي للذمة المعنوية La partie effective du patrimoine morale ليقوم وحده غير مصحوب بأضرار مادية، أو يكون قد لحق أمورا أخرى ذات طبيعة غير مالية، كالعقيدة الدينية[1] أو الأفكار الخلقية، وبعبارة أخرى يحتوي الضرر المعنوي على عدة أصناف، منها ما يتعلق بالجانب الاجتماعي للذمة المعنوية، وتمس الشخص في شرفه، في سمعته، ومنها ما يتعلق بالجانب العاطفي للذمة المعنوية، وتمس الشخص في عاطفته، ومنها ما يتعلق بالمعتقدات الدينية والأخلاقية، ومنها ما تصيب الشخص جسمانيا من دون أن تنقص من قدرته في العمل كالآلام والجروح... إلخ.

وقد يقتصر الضرر الأدبي على المصاب نفسه وقد يمتد إلى غيره من أقاربه وذويه، وهو في الحالة الأولى يكون مرتبط بالإصابة الجسدية ذاتها، فالإصابة الجسدية تؤدي دائما إلى مثل هذا الضرر الأدبي، وهو بذلك لا وبعد تعديل المشرع للقانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 لسنة 2005، وبإضافته للمادة 182 مكرر نجده قد قطع الشك وأزال اللبس وأمي هذا الجدل، حيث جاء فيها ما يلي: " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة". وبهذه الإضافة بات لا ينازع اليوم في مبدأ تعويض الضرر المعنوي مثله مثل الضرر المادي تماما، لاسيما بعد إضافة المادة 182 مكرر السالفة الذكر.

الفرع الثاني: شروط الضرر الواجب التعويض

سنتطرق في هذا الفرع إلى شروط تطبيق ركن الضرر الموجب للتعويض، وهذا بغض النظر إلى نوع الضرر حيث اتفق فقهاء القانون على وجوب أن يشكل الضرر إخلالا بحق أو مصلحة مالية ومشروعة .

أولا: أن يشكل الضرر إخلالا بحق أو بمصلحة مالية ومشروعة

قد يكون الضرر ناشئا عن الإخلال بحق أو من مجرد الإخلال بمصلحة مالية للمضرور [2]، فينشأ الحق عند المساس بالسلامة الجسدية للشخص وفي حياته وعقله، ولا شك أن خطأ الطبيب الذي أصاب جسم المريض يعتبر قد مس حقا من حقوقه الأساسية في الحياة. فالتعدي على الحياة ضرر

[1] كمن يتسبب بخطئه في منع جماعة دينية من الصلاة في المسجد كما إذا قطع المياه عنه، أو المساس بأحد معتقداته الدينية. عز الدين الدناصوري و عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص. 162

[2] نبيل إبراهيم سعد عوض: النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، الجزء الأول، ب. ط دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، 2004، ص 439

بل هو أبلغ ضرر، كما أن إتلاف عضو أو إحداث جرح أصاب الجسم أو العقل بأي أذي من شأنه أن يخل بقدرة الشخص على الكسب، أو يكبده نفقات العلاج[1].

وقد يكون الضرر إخلالا لا يحق للمضرور، ولكن بمجرد مصلحة مالية له، كمن يقتل شخص ويكون هذا الأخير رب عائلة أو يكون يعيل عائلة ما، ومن ذلك أيضا الضرر الذي يصيب الخطيبة من فقد خطيبها فالقاضي يقدر ما ضاع على المضرور من فرصة ويقضي على هذا الأساس[2].

كما أن الإخلال بمصلحة مالية يكون عندما ينتج عن خطأ الطبيب ضرر لأحد العاملين بشركة ما ويقعده عن العمل وعن الكسب. ويفوت عليه مكافأة أو يقطع عنه راتبه، فيكون مرتكب الخطأ الطبي قد أصاب كذلك الشركة في مصلحة مالية لها[3].

ومما سبق يتبين لنا أن الجانب المالي للضرر في حالة الإصابة يشمل كل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب، فتكون خسارة المضرور متمثلة في نفقات العلاج وشراء الأجهزة التكميلية أو التعويضية التي تساعده في القيام بمتطلبات الحياة، وكذلك في النفقات الإضافية التي يمكن أن تترتب على إصابته، كضرورة الاستعانة بأجهزة إضافية كدراجة أو سيارة في حالة الشلل وغيرها من الأمور. أما ما تعلق بالكسب الفائت بالنسبة للمضرور فتتمثل في كل الآثار الاقتصادية السلبية للإصابة على نشاط المضرور الحال والمستقبل في مجال عمل. ويدخل كذلك في الجانب المالي للضرر تفويت الفرصة، فصحيح أن القاعدة تقتصر على الضرر المحقق ولو كان مستقبلا، إلا أن القانون لا يمنع من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان للمضرور من رجحان كسب قوته[4].

وقد يكون الإخلال بمصلحة مالية عند الاعتداء على الملكية، كأن يقوم شخص بإتلاف نباتات معدلة وراثيا أو مواد غذائية أو أدوية معدلة جينية ومصنوعة خصيصا لمعالجة المريض، فينتج عن هذا الإتلاف الخسارة المالية الناتجة عن إعادة شرائه لهذه المواد والأدوية.

[1] مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.233.
[2] نبيل إبراهيم سعد عوض: المرجع السابق، ص. 440.
[3] مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.233.
[4] محمد حسين منصور: النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 607-608.

ويجب أن تكون المصلحة شخصية تخص الشخص في شخصه أو في ماله، فالتعويض لا يكون إلا عن الضرر الذي يلحق بالمضرور، والحق في التعويض لا يثبت إلا للمضرور أو نائبه أو خلفه، فلا يمكن للشخص المطالبة بالتعويض عن ضرر لم يصبه[1].

وتشير في هذا الصدد أن الضرر قد يصيب الغير، وهو ما يسما بالضرر المرتد أو الغير مباشر، فإذا كان الضرر الذي أصاب الميت نفسه فقد يصيب الضرر شخصا بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخصا آخر، فالقتل ضرر أصاب المقتول في حياته، وعن طريق هذا الضرر أصيب أولا عائلة المقتول بحرمانهم من العائل، وقد يصيب حتى الغير كدائن المصاب، فالإخلال بهذا الحق يعتر ضررا بالتبعية، مثل دائن يطالب المدين بعمل يستوجب تدخله الشخصي، وقد قتل المدين، فللدائن مطالبة القاتل بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء فقد مدينه وفوات الفرصة عليه في تنفيذ العمل، بشرط أن المدين لا يستطيع الحصول على حقه إلا بتدخل هذا المدين[2]، حيث أن الدائن تربطه بالمتوفي (المدين) مصلحة اقتصادية[3]، ويشترط أن تكون هذه المصلحة مشروعة يحميها القانون[4].

أما عن مشروعية المصلحة المالية المطالب بهما، فيقول عنها الأستاذ السنهوري ما يلي: "إذا كانت المصلحة غير مشروعة فلا يعتد بها، ولا يعتبر الإخلال بما ضرر يستوجب التعويض، فالخليلة لا يجوز أن تطالب بتعويض عن ضرر أصابها بفقد خليلها، لأن العلاقة فيما بينهما غير مشروعة. أما الولد الطبيعي والأبوان الطبيعيان فيجوز لهم ذلك، لأن العلاقة فيما بينهم، وإن كانت نشأت عن علاقة غير مشروعة، فهي في ذاتها مشروعة[5].

ونقول في الأخير أنه يجب أن يكون محل الضرر مصلحة مشروعة، فإذا كانت مخالفة للنظام العام والآداب العامة ومخالفة للقانون حتى لا يصبح القاضي وهو يصدر حكما بتعويض الضرر غير المشروع ممارسا العمل يضفي الحماية والمشروعية على محل غير مشروع و مخالف للقانون والأخلاق، كما أنه يصعب على القاضي تقدير التعويض الجابر للضرر الغير مشروع حيث أنه ضرر غير متقوم وغير محدد لأنه لم يجرى تعامل شرعي وإن جاز تقديره فسيكون بعيدا عن المماثلة.

[1] محمد حسين منصور: مبادئ القانون، المرجع السابق، ص.226.
[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص.856-857
[3] محمد حسين منصور: النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.619.
[4] علي علي سليمان: المرجع السابق، ص.188.
[5] عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص. 858.

ويبدو عدم مشروعية المحل ذلك في حالة قيام إحدى الشركات التي تحري أبحاثا على نباتات محورة وراثيا بمخالفات الاشتراطات التي يتطلبها القانون و بدون ترخيص، ثم يقوم شخص ما بإتلاف هذه المحاصيل أو النباتات المحورة وراثيا، فهنا لا يجوز إلزام الأهالي بتعويض الضرر الذي يرد على محل غير مشروع.

كما أن قيام مؤسسة طبية من إنتاج أعضاء بشرية باستخدام تقنية الهندسة الوراثية بمخالفة النصوص القانونية، فهذا يجعل مصلحة الشركة في حماية منتجاتها غير مشروعة ولا يجوز حمايتها في حالة ما إذا تم إتلاف أو مصادرة هذه المنتجات[1].

ثانيا: أن يكون الضرر محققا

لا يمكن للمضرور أن يطالب بالتعويض إلا إذا كان الضرر الذي يدعيه محققا، ويكون الضرر محققا، إذا كان بطبيعة الحال قد حصل فعلا وتحسدت آثاره على الواقع[2]. ومثال ذلك، أن يكون الضرر قد حصل بالفعل، كأن مات المصاب أو احترق منزله، أو تلفت السيارة[3]. وفي هذه الحالة لا يشير تقدير التعويض عن هذا الضرر أي صعوبة، فيقدر القاضي التعويض عنه على أساس ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، مع مراعاة ما سوف يترتب على هذا الضرر من نتائج في المستقبل، سواء كانت مادية أو أدبية، بحيث يؤخذ في الاعتبار حرمان المتضرر في المستقبل من بعض المزايا بسبب هذا الضرر [4]، وقد يعوض القاضي عن الضرر المستقبلي بعد أن يتأكد من وقوعه حتما عاجلا أم آجلا وإن تراخت آثاره وتأخرت كلها أو بعضها[5]، طالما كان وقوع هذا الضرر مستقبلا أمرا محققا وأكيدا، ويكون تقديره من قبل القاضي أمرا يسيرا حيث تكون معالمه واضحة.

ونعني بالضرر المستقبل أنه ذلك الضرر الذي سوف يقع بعد وقوع الفعل الضار أي تحقق سببه عند وقوع الفعل الضار ولكن آثاره لم تتحقق إلا بعد ذلك سواء كلها أبعضها. ونشير في هذا الشأن أن المادة 131 من القانون المدني الجزائري تسمح للمضرور أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في تقدير التعويض الذي يستحقه، وهذا إذا لم يتيسر للقاضي وقت صدور الحكم من تحديد مقدار

[1] عصام احمد البهجي: المرجع السابق، ص. 91-92.
[2] علي فيلالي: المرجع السابق، ص.293-294
[3] عبد الله مبروك محمد النجار: المرجع السابق، ص.251.
[4] علي علي سليمان: المرجع السابق، ص.179-180.
[5] مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.233.

التعويض بصفة نهائية[1]. ومثال ذلك عامل أصيب في فعل ضار بعاهة مستديمة أعجزته عن العمل، فيجب أن يعوض عما سوف يترتب على هذه العاهة من حرمانه مما كان سوف يكتسبه من عمله مستقبلا، فالعاهة محققة، وهي السبب، والآثار التي لم تتحقق بعد مؤكدة الوقوع في المستقبل فيعوض عنها باعتبارها ضررا مستقبلا محقق الوقوع.[2]

وفي المجال الطبي يكون الضرر المستقبل في حالة تعرض جسم المريض للأشعة وينتج عنها حروق والتي تبدو في أول وهلة هي خفيفة، ولكن سرعان ما يترتب عنها ضرر جسيم في المستقبل[3]. وكذلك المريض الذي أصيب بأضرار جسدية، ولم يتمكن الأطباء من الجزم ما إذا كانت الساق سبتر، فإن لهذا المريض المطالبة بالتعويض عن الأضرار الحالة والمستقبلية، إذا كان احتمال بتر الساق وارد لا محالة[4]. ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن، ما قضت به المحكمة العليا من ضرورة تحقق وقوع الضرر كشرط لقيام المسؤولية، وأن لا يكون افتراضيا أو احتماليا.

ومما تجدر الإشارة أنه يجب التمييز بين الضرر المستقبلي والضرر المحتمل وتفويت الفرصة، فالضرر المستقبل كما سبق ذكره أعلاه هو ذلك الضرر الذي سيقع حتما وبصفة أكيدة مما يقضي تعويضه ولو بصفة مؤقتة، بينما الضرر الاحتمالي هو ضرر لم يتحقق بعد وتوقع وقوعه في المستقبل غير أكيد فلا يمكن المطالبة بالتعويض عنه.

أما عن تفويت الفرصة فيجب التعويض عن ضياع الفرصة في حد ذاتها، فإن كانت النتائج التي تترتب عن ضياع الفرصة الضائعة محتملة، فإن ضياع الفرصة في حد ذاتها أمر محقق، مما يستوجب التعويض عن ضياع الفرصة لا عن نتائجها لكون هذه الأخيرة هي أمر احتمالي[5]. والتعويض عن تفويت الفرصة يعني تعويض المضرور عن ضرر غير مؤكد في وجوده ومداه، ولكنه راجع إلى خطأ المدين[6]. ومن مقتضى ذلك عند تقصير المحامي في رفع استئناف عن الحكم الابتدائي حتى يسقط ميعاد استئنافه، أو أن يتسبب حادث في منع طالب من الدخول في امتحان أو في مسابقة، أو أن

[1] علي فيلالي: المرجع السابق، ص. 294.
[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص 859. على على سليمان: المرجع السابق، ص 184.
[3] مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 234.
[4] محمد رأي: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 274
[5] علي فيلالي: المرجع السابق، ص. 294-295
[6] طلال عجاج: المرجع السابق، ص. 377

يفوت حادث قتل خطيب فرصة الزواج على خطيبته لا سيما وأن الزوا[1]، أو عند تفويت فرصة الزواج.

أما في نطاق المسؤولية الطبية فإنه يكفي للحكم على الطبيب بالتعويض أن يثبت أن هذا الأخير قد ضيع على المريض فرصة في الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، حيث لا يهم بعد ذلك أن تتأكد المحكمة من الخطأ الذي ارتكبه الطبيب هو السبب، بل يكفي أن يكون هناك شك في وجود السببية يحمل المسألة من نطاق السببية اليقينية إلى نطاق السببية الاحتمالية.[2]

وقد كان القضاء في فرنسا في أول الأمر اتخذ موقفا مانعا لكل تعويض عن الفرصة الضائعة[3]، ولكنه منذ عام 1965م قرر القضاء الفرنسي وبشكل ثابت مستقر بأن الطبيب الذي يسبب بخطئه تفويت فرصة الشفاء على مريضه يؤدي إلى قيام مسؤوليته، غير أن الالتزام بالتعويض يبقى جزئيا مقارنة بالضرر النهائي الذي أصاب المريض وهو الإعاقة أو الوفاة[4]. ثم صدر القرار المشهور بقرار Perruche والصادر بتاريخ 2000/11/17 م[5] والذي قضى بتعويض أبوين نتيجة الضرر المعنوي الذي أصابهما بسبب ولادة طفل مشوه، وتعويض الطفل المولود نتيجة تشوهه وتفويت فرصة العيش بدون إعاقة، و كان هذا بسبب تأكيد أطباء التشخيص على سلامة الجنين.

أما عن موقف القضاء والقانون الجزائري فيري بخصوصه الأستاذ "مراد بن صغير" بأنه قد أخذ بمبدأ التعويض عن تفويت الفرصة، متى كانت الفرصة حقيقية وجدية - وإن لم يشر إلى تفويت الفرصة بشكل صريح إذ لم يذكر مصطلح تفويت فرصة، ويشير كذلك أن القانون الجزائري لا يوجد فيه مانع يمنع القاضي من أن يحسب في عناصر التعويض ما كان لطالبه من ربحان كسب قوته عليه وقوع فعل ضار غير مشروع، كما أنه لا رقابة للمحكمة العليا على تقدير قاضي الموضوع للضرر المترتب على تفويت الفرصة.

[1] علي علي سليمان: المرجع السابق، ص.185.
[2] طلال عجاج: المرجع السابق، ص. 377-378
[3] محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.276.
[4] عدنان إبراهيم سرحان: المرجع السابق، ص.180.
[5] Assemblée plénière, Arrête Perruche, 17/11/2000, Abdelkader Khadir : op.cit, p. 134-136.

وبعد ما قمنا بدرسنا أحكام الضرر الواجب التعويض ننتقل في المطلب الموالي إلى البحث عن التطبيقات العملية للأضرار الناتجة عن استخدامات الهندسة الوراثية سواء كان ذلك في مجال الإثبات أو في المجال الطبي والعلمي.

المطلب الثاني: أضرار الهندسة الوراثية في المجال العلمي

في الحقيقة وقبل التطرق إلى أضرار الهندسة الوراثية في المجال العلمي أريد أن أبين أن بعض ما سأذكره هو مجرد توقعات مستقبلية للأضرار التي يمكن أن تحدث نتيجة استخدام الهندسة الوراثية في المجال العلمي الذي لا يرمي إلى العلاج وإنما يرمي إلى البحث وإشباع نزوات العلماء، ولهذا سنحكم عليها من خلال منظور الحاضر، وبذلك فقد يكون بعض الأحكام سابق لأوانها لأن مثل هذه القضايا لا تزال محصورة في المختبرات، ولم يظهر تأثيرها الفعلي على الإنسان، ولهذا سنقسم دراسة هذه الأضرار المتوقعة عند استخدام تقنية الهندسة الوراثية حسب تقسيم مجالات استخدام هذه التقنية في المجال العلمي، حيث قد تحدث أضرار خطيرة عند تعديل الصفات الوراثية .

الفرع الأول : أضرار استخدام الهندسة الوراثية في تعديل الصفات الوراثية

الصفات الوراثية يكون إما بتحديد الجنس أو بتحسينه، فبالنسبة للاستخدام الأول فإن أهم ضرر يمكن أن يحدث هو إفساد التوازن الطبيعي بين تعداد الذكور والإناث في العالم[1]. أما فيما يتعلق بالاستخدام الثاني والمتمثل في تحسين النسل فقد سبق وقلنا أنه يدخل في دائرة المحرمات ويعتبر انتهاك لحرمة الإنسان، حيث يتدخل العلماء في تحسين الإنسان وتحويله إلى كائن ذي صفات خاصة بحيث يؤثر على طبيعته وذكائه وسلوكه[2] ، وغيرها من الصفات الوراثية، ونتيجة لهذا التدخل والتلاعب في المعطيات الوراثية قد تحدث أضرارا عديدة ومن بينها:

أ- أن الإنسان يصبح عدوانيا أو مسلوب الإرادة؛ فالبحث العلمي بنطف الإنسان باسم العلم مرفوض شرعا وقانونا وأخلاقا، لأن البحث يصبح بذلك من أدوات الدمار المادي والروحي للإنسان الذي كرمه الله على سائر خلقه[3]. إذ قد تشعر الفئة المولودة بهذا النوع من التقنية بأن غيرهم

[1] عبد الناصر أبو البصل: المرجع السابق، ص. 721.
[2] دانييل كيفلس وليروي هود، ترجمة أحمد مستجير، المرجع السابق، ص.288.
[3] عارف على عارف القره داغي: قضايا فقهية في الجينات البشرية من منظور إسلامي، المرجع السابق، ص.766-767.

من أصحاب المعرفة والقرار هم الذين تحكموا في تخليقهم وتحديد غرائزهم وسلوكهم فيدركون بأنهم مجرد بشر صناعي أنجبوا لأغراض معينة[1].

ب- ظهور أمراض جديدة أو عودة أمراض معدية؛ حيث يجمع عدد كبير من الباحثين المتخصصين على أن تحارب الهندسة الوراثية كانت وراء انتشار أمراض جديدة فيروسية متلازمة مثل مرض "الإيدز" و مرض "إلتهاب الكبد المميت من النمط"، كما يظهر في بريطانيا" تحديد وباء مرضي كل شهر تقريبا بالإضافة إلى ذلك عودة بعض الأمراض المعدية ذات المنشأ البكتيري بعد أن انحسرت تماما، مثل مرض التدرن السلي، والكوليرا، والملاريا وغيرهم، وهذا كله جراء التلاعب بالجينات الوراثية.[2]

ج- قد يكون التدخل في تحويل الرموز الوراثية في الإنسان طبقا لتحقيق أهداف معينة[3] علمية كانت أو لاستغلال سياسي أو عسكري[4]. إذ أن إنجاب أشخاص لهم مواصفات بشكل معين قد يؤدي مثلا إلى إنتاج أنماط من البشر تمسك بمقاليد سياسة العلوم أو الحكم في المستقبل.

الفرع الثاني: أضرار استخدام الهندسة الوراثية في الاستنساخ

لقد سبق وقلنا أن الفقهاء الإسلاميين قد حرموا الاستنساخ البشري وأجازوا الاستنساخ الحيواني والزراعي الذي يكون الهدف منه خدمة البشرية، ولهذا سنحاول أن نبين بعض الأضرار التي يمكن أن تحدث نتيجة استخدام تقنية الهندسة الوراثية في الاستنساخ سواء كان بشريا أو غير ذلك.

فبخصوص الاستنساخ البشري فقد ظهرت حول هذه التقنية آراء متباينة، يدافع أصحاب كل رأي عن رأيهم، فهناك من يرى أن هذا النوع من الاستنساخ يسبب في الكثير من الأضرار والمفاسد، بينما هناك آخرون يرون فيها فوائد ومميزات كثيرة، ولكن في الحقيقة أن العلماء قد اكتشفوا بعد استنساخ النعجة "دولي" العديد من الأضرار والمفاسد يصل بعضها إلى درجة الخطر،

[1] كمال محمد السعيد عبد القوي عون: المرجع السابق، ص.184.
[2] فرج محمد محمد سالم: المرجع السابق، ص.642
[3] كمال محمد السعيد عبد القوي عون: المرجع السابق، ص.184.
[4] عبد الناصر أبو البصل: المرجع السابق، ص.714.

وذلك لكون الاستنساخ البشري يخالف المنهج الإلهي في الحلق ومفاسده تتجاوز محاسنه[1]. وتتمثل هذه الأضرار في:

أ- إلغاء التنوع البشري البيولوجي: حيث أن استنساخ الإنسان سيخل بالتوازن الحيوي للبشرية ويفسد قانون الكائنات الحية. ولقد اتفق العلماء باختلاف تخصصاتهم وانتماءاتهم على أن تطبيق تقنية الاستنساخ في عالم البشر سيؤدي إلى إنتاج نسخ متطابقة ومتماثلة، مما يؤدي إلى اختفاء سمة التنوع البيولوجي والقضاء على التمايز البشري التي خص بها الخالق عباده[2] سواء في اختلاف الألسنة، الصورة والصوت أو اللون[3]. فلو أراد الله نسخا متشاكمة لفعل، ولكنه ميز الإنسان بصفة التفرد. وقد يؤدي الاستنساخ كذلك بالإخلال بتوازن الجنسين الذكور والإناث، وهذا ما سيسبب اضطرابا في تكوين المجتمع، لأن الفطرة تميل إلى الذكور عن الإناث.

ب- تدمير قاعدة الزوجية ومفهوم الأسرة: حيث قد نجد أنفسنا أمام عالم اختفى منه الزواج، وإنشاء حياة أحادية الجنس يتم فيها جنس دون الآخر، إما الرجال أو النساء، الأمر الذي يؤدي إلى سيادة أحدهما دون الآخر[4]. وهذا منافاة لسنة الله تعالى فالله الذي خلق المخلوقات كلها من ذكر وإناث[5].

المبحث الثاني : أساس وكيفية التعويض عن أضرار الهندسة الوراثية

إذا كانت استخدامات تقنية الهندسة الوراثية تحدث أضرار للغير أي كان نوعها، ولقد سبق ورأينا أنه يمكن أن يتعرض الشخص الذي تم استخدام هذه التقنية عليه الأضرار مادية أو معنية، سواء كان نتيجة تم استعمال هذه التقنية في مجال الإثبات بنوعيه المدني والجنائي، أو تم استعمالها في المجال الطبي أو العلمي. فإنه كان من الواجب علينا أن ندرس مسؤولية الشخص القائم على استخدام هذه التقنية.

---

[1] محمد رايس: مدى مشروعية الاستنساخ وفقا لقواعد القانون الخاص، المرجع السابق، ص. 58.

[2] فقال المولى عز وجل في كتابه الكريم: لا ومن آياته خلق السموات والأرض واختلاف ألسنتكم وألوانكم إن في ذلك لآيات اللعالمين >> سورة الروم، الأية 21

[3] وقوله تعالى: لا ولو شاء ربك لجعل الناس أمة واحدة ولا يزالون مختلفين بس سورة هود، الآية 118

[4] ميرفت منصور حسن: التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي - نقل وزراعة الأعضاء البشرية، الاستنساخ، الخلايا الجسدية (دراسة مقارنة)، بط، درا الجامعة الحديثة، مصر، 2013، ص.403

[5] مصداقا لقوله تعالى: وخلقناكم أزواجا سورة النبأ الأية 8.
وقوله تعالى: « ومن كل شيء خلقنا زوجين لعلكم تذكرون ...» سورة الذاريات. الآية 49.

وبحكم موضوع دراستنا وتخصصنا فإننا سنتعرض إلى مسؤولية الطبيب المدنية الذي يستخدم تقنية الهندسة الوراثية في تشخيص مرضاه وعلاجهم أو القيام بتجارب علمية على المرضى قصد تطوير هذا العلم وبدون غرض العلاج.

المطلب الأول: التقدير القضائي للتعويض

لا يمكن للقاضي أن يقضي بالتعويض دون إصابة المريض بضرر مترتب عن خطأ من طرف الطبيب المعالج. ونشير في هذا الشأن أنه إذا كان من السهل على القاضي أن يتبين بنفسه خطأ الطبيب فيما يتعلق بالأعمال العادية، فإن ذلك يبدو عسيرا بالنسبة للأعمال الطبية التي تنتمي إلى الفن الطبي، لذلك فإن القاضي يستعين في هذا الصدد بأهل الخبرة[1] ، فله أن ينتدب خبيرا أو أكثر لتحقيق الواقع في الدعوى وإبداء الرأي في المسائل الفنية التي يصعب عليه استقصائها بنفسه، مع احتفاظه بحرية الأخذ برأي الخبير أو استبعاده[2].

والتعويض في هذه الحالة (التعويض القضائي) قد يكون في صورة عينية، أي بإلزام المسؤول بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار، ويتعين على القاضي أن يحكم بذلك تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور[3]. ويعتبر هذا النوع من التعويض أفضل طرق الضمان، إلا أنه يقع في الغالب في الالتزامات التعاقدية، ونطاقه محدود في المسؤولية التقصيرية، لأنه لا يكون ممكنا إلا حين يتخذ الخطأ صورة القيام بعمل تمكن إزالته، فالطبيب الذي يخطأ أثناء عملية جراحية، وينتج عن خطئه تشويها للمريض، يمكن إصلاحه أو إزالته، بإجراء عملية جراحية جديدة[4]. وقد يكون التعويض غير نقدي عن طريق إلزام المتسبب بالضرر بأداء بعض الإعانات التي تتصل بالفعل الضار.

[1] محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.186. مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 562.
[2] أنظر، المادة 132 من القانون المدني، المعدل و المتمم بقانون 05-10.
[3] وهبة الزحيلي: موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص.85
[4] أنظر، المادة 132 من القانون المدني المعدل و المتهم بقانون 05-10

الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير التعويض

قبل تعرفنا على سلطة القاضي في تقديرية للتعويض، يجب علينا أن نبين الشرط الذي يجب أن يتوفر في الضرر الذي يعرض عليه القاضي، وكذلك نوع هذا الضرر. وقد أجابت عن هذا المادة182 والمادة 182 مكرر من القانون المدني والتي ألزمت القاضي على التعويض فقط على الضرر المباشر[1] سواء أكان ضررا ماديا أو معنويا[2] وبهذا فقد حسمت الاختلافات الفقهية والقضائية الواقعة حول مسألة مدى التعويض عن الضرر[3].

وفي الحقيقة أن المشرع الجزائري لم يترك للقاضي حرية في تقدير التعويض حسب ميوله وأهوائه الشخصية، بل حدد له معايير يسير عليها[4] وتكون خاضعة لرقابة المحكمة العليا[5]. فالقاضي عند تقديرية لهذا التعويض يجب أن يراعي عناصر موضوعية .

أولا: التقدير الموضوعي للضرر

الضرر الواجب التعويض يشمل عنصرين جوهريين هما الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاته وفي هذا الشأن فقد نصت المادة 182 من ق.م، على أنه يجب أن يشمل التعويض ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب ومن ثم يتضح لنا أنه يجب على القاضي أن يراعي عند تقديره للتعويض ما لحق المريض من ضرر وما فاته من كسب، إذ قد ينتج عن خطأ الطبيب إضعاف بنية المريض أو زيادة في حجم المرض أو العطب وبالتالي سيؤدي هذا حتما إلى إضعاف كسبه كليا أو جسديا نتيجة خطأ الطبيب. كما أن المريض لو أصيب بعاهة ما، أو لازم الفراش مدة طويلة نتيجة خطأ طبي دون عمل أو كسب لأولاده ولأسرته، كان ذلك ضررا واضحا فيما فاته من كسب ووجب تعويضه عنه. كما يمكن للقاضي المطروح أمامه النزاع عند تقديره للتعويض أن يرجع إلى سبيل الخبرة الطبية، لأن الخلاف الناشئ بين المدين بالتعويض والضحية يتعلق بتقدير نسبة العجز، أو تاريخ الشفاء أو جبر الضرر، أو طبيعة المرض أو الإصابة، ومثل هذه الحالات تتطلب رأيا فنيا من قبل أهل الخبرة.[6]

---

[1] أنظر، المادة 124 والمادة 182 مكرر من القانون المدني، المعدل والمتمم بقانون 05-10.
[2] حسن علي الأنون: المبسوط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 78.
[3] أحمد حسن عباس الحياري: المرجع السابق، ص.168.
[4] عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 971
[5] أنظر المادة 182 من القانون المدني، المعدل والمتمم بقانون 05-10..
[6] على فيلالي: الإلتزامات الفعل المستحق التعويض، المرجع السابق، ص. 379.

وقد يترتب عن خطأ الطبيب خسارة مالية متمثلة في نفقات العلاج[1]، والدواء والأجهزة الطبية المساعدة وحتى نفقات تجهيز الميت ودفنه، وقد قبل القضاء في هذا الصدد تعويض المصاب عن كافة النفقات التي يدفعها في سبيل شراء سيارة خاصة تتلاءم مع درجة الإعاقة التي أصيب بها المضرور، أو شراء تجهيز منزل بالمصاعد والآلات والأدوات التي تعين المضرور على أداء متطلبات حياته بشكل أفضل، وحتى نفقات إقامته في المركز العلاجي أو المستشفى مدى حياته إن كانت درجة الإعاقة التي ترتبت عن الإصابة كبيرة جدا. كما يشمل الضرر المالي أيضا ما فات المضرور من كسب بسبب درجة العجز الكلي أو الجزئي المؤقت الذي أقعده عن العمل أو العجز الدائم الذي سبب انقطاع مصدر رزقه[2].

والجدير بالتنويه أنه لا يدخل في الحساب عند تقدير التعويض من طرف القاضي أن يكون الضرر متوقعا أو غير متوقع. ففي المسؤولية التقصيرية يشمل كل التعويض عن كل ضرر مباشر متوقعا كان هذا الضرر أم غير متوقع[3]. أما في حالة المسؤولية العقدية (العقد الطي) لا يكون التعويض إلا عن الضرر المباشر المتوقع وقت التعاقد[4]، إذ نصت المادة 2 / 182 من ق.م، على أنه أنه في حالة ما إذا كان مصدر الالتزام هو العقد، فإنه لا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقده. بمعنى أن مضمون الالتزام العقدي إنما تحدده إرادة الطرفين باستثناء حالتي الغش والخطأ الجسيم فيسأل فيهما الطبيب عن الضرر المتوقع وغير المتوقع[5].

ثانيا: التقدير الذاتي للضرر

إلى جانب أن القاضي عند تقديره للتعويض عن الضرر الذي أصاب المريض المضرور وما فاته من كسب . فإنه من جانب ثاني يجب على القاضي أن يراعي في تقديره للتعويض الظروف الملابسة للمضرور وذلك طبقا لما جاء في نص المادة 131 من ق.م، حيث نصت على أنه: "يقدر القاضي

[1] مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.226.
[2] عدنان إبراهيم سرحان: المرجع السابق، ص.171.
[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 971.
[4] راجع: المادة 182 فقرة 02 من القانون المدني المعدل والمتمم بقانون 05-10
[5] عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص. 978.

مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادة 182 مع مراعاة الظروف الملابسة...."[1].

والظروف الملابسة هي تلك الظروف التي تلابس المضرور، ويقصد بها الظروف الشخصية والصحية والعائلية والمالية التي تحيط بالمضرور[2]، وهذه تقدر على أساس ذاتي لا على أساس موضوعي بمجرد فننظر إلى المضرور نظرة شخصية، لأن التعويض يهدف إلى جبر الضرر الذي أصاب المضرور بالذات دون غيره، فيدخل في الظروف الشخصية حالة المضرور الجسمية والصحية. فمن كان عصبيا فإن الانزعاج الذي يتولاه من خطأ طبي يكون ضرره أشد بكثير مما يصيب سليم الأعصاب، ومن كان مريضا "بالسكر" ويصاب بجرح، كانت خطورة هذا الجرح أشد بكثير من خطورة الجرح الذي يصيب السليم[3]. كما يأخذ القاضي بعين الاعتبار حالة المريض الجسمية مالها مثل الشخص الذي فقد عينه ثم فقد العين الأخرى بسبب خطأ الطبيب، يكون الضرر الذي يصيبه بفقد العين الأخرى وصيرورته مكفوف البصر أشد من الضرر الذي يصيب من كان سليم العينين وفقد عينا واحدة.[4]

ويدخل أيضا في الاعتبار حالة المرور المالية، وليس ذلك معناه إذا كان المضرور غنيا كان أقل حاجة إلى التعويض من الفقير، فالضرر واحد، سواء أصاب غنيا أو فقيرا، وإنما يدخل في الاعتبار هو اختلاف الكسب الذي يفوت المضرور من جراء الإصابة التي لحقته، فمن كان كسبه قليل كان الضرر الذي يحيق به أشد[5]، وهذه يدخلها القاضي في نطاق ما لحق المضرور من خسارة[6].

وفي هذا الشأن اتجه القضاء الجزائري وذلك في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2009/01/21 م، حيث جاء فيه: " أنه من خلال الإطلاع على الحكم المدني المطعون فيه بأنه أرجع المبلغ المطالب به إلى الحد المعقول بالنظر إلى حالة المتهم والوضعية الاقتصادية والاجتماعية

[1] أنظر، المادة 131 من القانون المدني، المعدل والمتمم بقانون 05-10.
[2] محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص. 188.
[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.971-972.
[4] كريم عشوش: المرجع السابق، 210
[5] عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 972.
[6] أحمد حسن عباس الحياري: المرجع السابق، ص.170

لكل الطرفين في حين أن التعويض في الدعوى المدنية أساسه الضرر الذي أصاب فعلا الأطراف المدنية مما يجعله غير مسببا..."

والجدير بالذكر في الأخير أن هذا النوع من التعويض يلجأ إليه رافع الدعوى أمام الجهة القضائية للمكان الذي قدم فيه العلاج وهذا طبقا للمادة 5 / 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويكون ذلك طوال مدة خمسة عشر سنة طبقا للمادة 308 من ق.م.

الفرع الثاني: وقت تقدير القاضي للتعويض

يعد الضرر عصب المسؤولية المدنية، وفي ضوء نتائجه التي استقر عليها يوصف بأنه ضرر ثابت لا صعوبة في تعويضه، إلا أن المسألة تذهب إلى أبعد من ذلك، فقد يكون الضرر متغيرة يختلف مداه ووقت التعويض عنه عما كان عليه وقت وقوعه سواء من حيث حجمه زيادة أو نقصانة، أو من حيث قيمته ارتفاع أو انخفاضا، ويحصل كل هذا وقت صدور الحكم بالتعويض .

أولا: تقدير التعويض قبل صدور الحكم

إذا كان وقت تقويم الضرر عند أغلب شراح القانون المدني هو وقت وقوع الضرر [1]، إلا أن هذا الحق لا يتحدد إلا بصدور حكم القاضي، فهذا الحكم لا ينشئ الحق بل يكشفه، ولقد استقر الفقه والقضاء الفرنسي على هذا سواء اشتد الضرر أم خف ونفس الشيء بالنسبة إلى تغير قيمة النقد والعملة التي يقدر على أساسها التعويض، فالعبرة بقيمتها وقت صدور الحكم سواء ارتفعت أو انخفضت[2]. وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 131 من القانون المدني[3].

وتظهر أهمية تحديد هذا الوقت أن تغير السعر قد يؤثر في العملية الحسابية للضرر بالزيادة رغم أنه لم يتغير داخليا وهو ما يدفع القاضي إلى زيادة مقدار التعويض حتى يكون مساويا للضرر وكافيا لجبره[4]، حيث يزداد التعويض في مقداره بالزيادة في أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر. فقد تقتضي حالة المريض إجراء علاج أو جراحة أخرى أو شراء أدوية بالمستقبل، وتلك الأمور تختلف نفقتها من وقت لآخر، فالقاضي يقدر التعويض على ضوء التكاليف ساعة النطق بالحكم ولكن هذه

[1] جودت الهندي وأصالة كيوان كيوان: تعويض الضرر المتغير، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، عدد 03، لسنة 2007، سوريا، ص. 551

[2] حمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص. 189،

[3] عز الدين حروزي: المرجع السابق، 211. مراد بن صغير: مسؤولية الدولة غير التعاقدية عن أخطاء أطباء المستشفيات العمومية المرجع السابق، ص. 100.

[4] أنظر المادة 131 من القانون المدني المعدل والمتمم بقانون 05-10.

التكاليف تكون محلا للزيادة في المستقبل. وفي هذا الشأن أجاز المشرع الجزائري في المادة 132 من ق.م، بأن يكون التعويض في صورة إيرادا مرتبا تتغير قيمته بتغير قيمة النقود، وهذا ما يسمح بمسايرة التعويض في مقداره لقيمة الضرر وفقا لقيمة النقد الذي يقدر به، فالحكم بهذا النوع من التعويض أنسب صورة لجبر الضرر المستمر[1].

أما عن تغير مقدار الضرر بعد وقوعه بأن أصبح وقت الحكم بالتعويض أكثر أو أقل من قدره وقت حدوثه، فيجب على القاضي أن يعتد في تقدير التعويض المستحق بمقدار الضرر الذي أصابه وقت الحكم به، وذلك تطبيقا لقاعدة تقدير التعويض وقت الحكم[2]. أما إذا كان التغير مترتبا دون خطأ الطبيب المسؤول أو كان بخطأ المريض أو خطأ الغير فإن هذا المبدأ لا يطبقه القاضي بل سيعوض المريض على حالة الضرر وقت وقوعه لأن مسؤولية الإنسان محددة بمقدار ما نشأ عن فعله الخاطئ من ضرر وليس بمقدار الضرر الذي لحق الطرف الآخر والذي لا صلة له بفعل الفاعل[3]. وفي حالة إذا لم يتيسر للقاضي وقت الحكم أن يعين مقدار التعويض تعيينا نهائيا، فقد أعطى المشرع للمضرور الحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر من جديد في التقدير.

ثانيا: تقدير التعويض بعد صدور الحكم

الحكم بالتعويض كأي حكم قضائي يخضع لقواعد الطعن بالأحكام سواء بالنسبة إلى طرائق الطعن العادية أو غير العادية، فإذا طعن به بإحدى الطرق الجائزة قانوناً، فقد يتغير الضرر زيادة أو نقصانة خلال المدة المحددة للطعن إلى وقت الفصل فيه، فهل تعتد المحكمة التي تنظر بالطعن بهذا التغير في تقديرها للتعويض ؟[4]

للإجابة عن هذا يجب علينا أن نفرق بين حالتين: الحالة الأولى هي حالة عدم صدور حكم حائز لحجية الشيء المقضي به، والحالة الثانية هي حالة صدور حكم حائز لحجية الشيء المقضي به.

[1] محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.190-191.
[2] جودت الهندي و أصالة كيوان كيوان: المرجع السابق، ص. 559
[3] حسن علي الأنون: المبسوط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.415-416. مراد بن صغير: مسؤولية الدولة غير التعاقدية عن أخطاء أطباء المستشفيات العمومية، المرجع السابق، ص.100
[4] جودت الهندي و أصالة كيوان كيوان: المرجع السابق، ص. 561.

أ- في الحالة الأولى: حالة عدم صدور حكم حائز لحجية الشيء المقضي به؛ فنجد أنفسنا أمام فرضين الأول هو في حالة عدم النص في الحكم على إمكانية مراجعة التعويض والفرض الثاني هو في حالة النص في الحكم على إمكانية مراجعة التعويض.

1- الفرض الأول : حالة عدم النص في الحكم على إمكانية مراجعة التعويض؛ في هذه الحالة ما على المضرور إلا يقدم طلب فرعي يثيره أمام المجلس لأول مرة. فالمبدأ المستقر في هذا الصدد أن محكمة الاستئناف تعد محكمة موضوع نظر الدعوى أمامها محددة وتقوم ببحث الوقائع وتطبيق القواعد القانونية عليها[1] ومن ثم لها سلطة النظر إما في تخفيض التعويض أو رفعه تناسبا مع الضرر[2]، وذلك كما جاء في المادة 342 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ومما نشير إليه هنا أنه إذا كان الضرر قد تغير بعد صدور الحكم الابتدائي ورفع عنه استئناف، فلمحكمة الاستئناف أن قدر التعويض على أساس الأسعار الجارية يوم صدور حكم الاستئناف[3].

2- الفرض الثاني: حالة النص في الحكم على إمكانية مراجعة التعويض؛ ففي هذه الحالة فلا صعوبة تثار إذ يحق للمضرور المطالبة بتعويض تكميلي نتيجة تفاقم الضرر، ويعد ذلك تطبيقا للقاعدة التي تتضمن أن القاضي ملزم وعلى الدوام بضمان التعويض العادل للمضرور عما لحقه من ضرر. ويحصل ذلك عندما لا تستطيع المحكمة وقت نظر الدعوى تحديد مقدار التعويض النهائي، إذ لا يجوز لها رفض دعوى التعويض، بل ينبغي أن تقرر مبدأ المسؤولية من خلال الحكم بتعويض مؤقت مع الاحتفاظ للمتضرر بالحق في طلب التعويض الإضافي لتكملة التعويض الذي تتحقق به رغبة المتضرر أولا، وغاية التعويض ثانية، وهي جبر الضرر كاملا.[4]

ب- في الحالة الثانية: حالة صدور حكم حائز لحجية الشيء المقضي به؛ فتكون مسألة تفاقم الضرر محل دعوى جديدة مستقلة عن الدعوى الأولى التي يفترض فيها أن القاضي نظر في جميع الطلبات المعروضة عليه، كما أن تفاقم الضرر لا يعتبر طلبا جديدا لأنه يتناقض مع سلطة الشيء المقضي به، وله استقلالية عن الأضرار المعوضة فهو ضرر مؤكد ولم يعوض أصلا في الحكم الأول، فالقاضي عند

[1] أحمد شاعة، تعويض الضرر المعنوي المتعلق بالسلامة الجسدية على ضوء القضاء الجزائري، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2012، ص. 82.
[2] جودت الهندي و أصالة كيوان كيوان: المرجع السابق، ص. 561
[3] مراد بن صغير : مسؤولية الدولة غير التعاقدية عن أخطاء أطباء المستشفيات العمومية، المرجع السابق، ص.101.
[4] جودت الهندي و أصالة كيوان كيوان: المرجع السابق، ص. 563-564،

الحكم والمضرور عند طلبه لم يشيرا إلى أسس تعويضه، والقانون لم يحدد المدة التي يجب فيها رفع الدعوى، وبالتالي يحق للضحية أن يرفع الدعوى من جديد في أي وقت شاء متى صدر الحكم الأول وصار نهائيا[1]. كما أن المضرور في هذه الحالة لا يستطيع أن حيث قضى مجلس الدولة في القرار الصادر منه بتاريخ 2003/03/11 م، قضية (م. خ) ضد (مستشفي بجاية)، برفع مبلغ التعويض نتيجة تفاقم الضرر وذلك بعد الرجوع إلى تقرير الخبير، حيث جاء في إحدى حيثياته بأنه: "... حيث أن نسبة العجز الدائم الذي بقي المستأنف مصابا تقدر بل90% وتستدعي إعادة النظر في قيمة التعويضات بموجب القرار المستأنف... وبما أنه معاق مدى الحياة ويحتاج لمساعدة شخص آخر... فإنه يتعين رفع التعويض.."، يتقدم بطلب إعادة النظر في الحكم الذي حدد مقدار التعويض بمقولة زيادة الأسعار أو ارتفاع مستوى المعيشة، إذ أننا لسنا في صدد ضرر متغير فهو ضرر ثابت لم يتغير ولكن الذي تغير هو قيمة الضرر وقد فصل القاضي في هذه القيمة بحكم حاز قوة الشيء المقضي فيه فلم يعد من الجائز الطعن في هذا الحكم أو تعديله بأي شكل من الأشكال[2].

المطلب الثاني :التعويض عن طريق التضامن الوطني

نتيجة لهذا التوجه الساعي نوح تحقيق أكبر حماية للمتضررين وتعويضهم، أقر المشرع الفرنسي نظاما خاص يكمل به الآلية الجماعية للتعويض المتمثلة في التأمين من المسؤولية الطبية - السابق التطرق لها- ، وخاصة مع كثرة الأضرار التي يتعرض لها المتعاملون مع الجهات التي تقدم خدمات طبية سواء كانت وقائية أو تشخيصية أو علاجية، وتتمثل هذه الآلية الجديدة في إنشاء صندوق التعويض عن طريق التضامن الوطني المبني على أساس فكرة التضامن الوطني (الاجتماعي).

الفرع الأول: فلسفة التعويض عن طريق التضامن الوطني

بالرغم من المزايا التي يحققها التأمين من المسؤولية بشكل عام من حصول المضرور على تعويض، إلا أن هذا الأخير قد يواجه صعوبات كبيرة حتى يستقر مبلغ التأمين في يده، فقد يواجه إعسار المسؤول أو إفلاس الشركة المؤمنة[3]. كما أن هناك حالات أخرى تخرج عن حدود تلك

[1] أحمد شاعة المرجع السابق، ص.82
[2] حسن علي الأنون: المبسوط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 412.
[3] أحمد عبد الكريم موسى الصرايره: المرجع السابق، ص. 238

الحماية التي يقررها نظام التأمين من المسؤولية، كعدم إبرام المسؤول عقد تأمين من مسؤوليته، أو أن يكون مبلغ التأمين غير كاف لجبر الأضرار التي لحقت بالمضرور.

ولذلك كانت الحاجة تكون ماسة إلى سد الثغرات التي قد تعتري التأمين كآلية أساسية للتعويض، وسبيل ذلك هو إنشاء ما يسمى بصندوق الضمان التعويض) وذلك باسم التضامن الوطني[1]. وبالتالي سارع المشرع الفرنسي في البداية - وذلك استجابت للمبادئ التي قررتها محكمة النقض الفرنسية، حيث أصدرت عددا من المبادئ التي من شأنها كفالة حماية قانونية حقيقية للمضرورين نتيجة للاعتداء على حياتهم أو على سلامتهم في المجال الطي وعدم تعويضهم بسبب هذه الثغرات -، إلى إنشاء صندوق وطني لتعويض ضحايا الأضرار الناتجة عن الإصابات بفيروس الإيدز عن طريق نقل الدم أو الحقن مواد مشتقة من مركباته، ثم ضمان حقوق المرضى بموجب الإصلاح الشامل الذي شهده قانون الصحة العامة[2].

ويرتكز نظام التعويض عن طريق التضامن الوطني بأنه يمثل المرحلة الثالثة والأخيرة في تعويض المخاطر الطبية ، حيث تأتي قبله مرحلتان أساسيتان، الأولى هي إصلاح قواعد المسؤولية الطبية باعتناق مسؤولية موضوعية قائمة على أساس الضرر خد با صعوبة إثبات المسؤولية كما هو الحال في المسؤولية الشخصية، ثم تأتي المرحلة الثانية والتي تعتمد على إبرام عقد التأمين من المسؤولية الطبية، وأخيرا يبرز دور نظام صندوق الضمان، كنظام تكميلي، يتقرر للمضرور الذي لا يحصل على تعويض كامل للأضرار التي أصابته، والتي تعذر تغطيتها بواسطة عقد التأمين

فنظام التضامن الوطني يقوم على أساس تحمل الجماعة أعباء الأضرار التي تحصل للمرضى بمناسبة انتفاعهم من الخدمات الصحية التي تقدمها المؤسسات الصحية العامة والخاصة، وهذا ما يتبين لنا من خلال المصادر المالية للمكتب الوطني للتعويض عن الأضرار الطبية الذي أنشأ بموجب قانون 04 مارس لسنة 2002م للتعويض على أساس التضامن الوطني، حيث أنه يمول بواسطة التقديمات والتبرعات المختلفة وفقا للشروط المحددة بموجب المادة L 174-2.من قانون الصحة العامة الفرنسي[3].

[1] أشرف جابر: المرجع السابق، ص.455.
[2] أمال بكوش: المرجع السابق، ص. 291.
[3] أحمد عيسي: المرجع السابق، ص.136-137.

كما أن نظام التضامن الوطني له أهمية كبيرة تتجلى في أنه يمثل نظاما جديدا للتسوية الودية يضمن تعويض المضرورين في إطار التضامن الوطني، ينعقد الاختصاص بالفصل في منازعاته لجهاز حكومي يطلق عليه "الديوان الوطني لتعويض أضرار الحوادث الطبية"، حيث لم يعد هناك من محال للجوء إلى الطريق القضائي إلا في حالات

نادرة على المستوى العملي، وإن كان القانون قد كرس الطابع الاختياري لهذا القانون، حيث يحق للضحايا الاختيار بحرية بين الطريقين الودي أو القضائي[1].

الفرع الثاني: نطاق التعويض عن طريق التضامن الوطني

لم يتخلى المشرع الفرنسي عن فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية الطبية، وكذلك لم يستبعد فكرة الضرر كأساس لهذه المسؤولية، وإنما عمل بهذه الأخيرة في نطاق محدود. وبما أن التعويض عن طريق صندوق الضمان هو عبارة عن تعويض مستقل عن القواعد التقليدية المسؤولية المدنية القائمة على أساس الخطأ، فإنه كذلك يكون الإعمال به في نطاق محدود، أي أن يكون عبارة عن تعويض تكميلي فقط في حالة إذا ما لم يتم إثبات خطأ طبي صادر من طرف الطبيب نتج عنه ضرر.

ومما يبرر صحة هذا القول ما نصت عليه المادة L 1142-1.الفقرة الثانية من قانون الصحة العامة الفرنسي، حيث جاء فيها ما يلي : " عندما لا تقوم مسؤولية مهني أو مؤسسة أو مصلحة أو هيئة المشار إليهم في الفقرة الأولى[2] ، أو صانع منتجات صحية، فإن أي حادث طبي أو علة علاجية المنشأ أو أخماج المشفى، يعطي للمريض أو لورثته في حالة وفاته الحق في تعويض الأضرار باسم التضامن الوطني، وذلك عندما تكون هذه الأضرار ناجمة مباشرة عن الأعمال المتعلقة بالوقاية أو التشخيص أو العلاج، وتكون قد أدت بالنسبة للمريض إلى نتائج استثنائية بالنظر إلى حالته الصحية وكذلك التطور المتوقع لها، وأن تمثل هذه النتائج طابعا جسيما يحدد بموجب مرسوم، ويقدر طابع الجسامة بالنظر إلى مقدار فقدان القدرة الوظيفية، وأثرها على الحياة الخاصة والمهنية، مع الأخذ بعين الاعتبار درجة العجز الدائم أو الوظيفي. ويجب أن يكون الضرر المسبب للعجز البدني أو العقلي

[1] أمال بكوش: المرجع السابق، ص. 294.

[2] جاء في الفقرة الأولى من هذه المادة ما يلي: " باستثناء الحالة التي تقوم فيها مسؤوليتهم على عيب في مادة أو منتج صحي، لا يسأل محترفو الصحة، وكذلك كل مؤسسة، مصلحة أو هيئة يتم فيها إنجاز الأعمال الفردية المتعلقة بالوقاية و التشخيص أو بالعلاج، عن النتائج الضارة لتلك الأعمال إلا في حالة الخطأ"

والواجب التعويض تحت نطاق التضامن الوطني أن تتعدى نسبته 25% ويتم تحديدها بموجب مرسوم."

إذن يتبين لنا من هذه المادة بأن التعويض عن طريق التضامن الوطني لا يكون إلا في حالات محددة ووفق شروط معينة، ففيما يتعلق بمجال تطبيق هذا التعويض فيكون في حالتين: الحالة الأولى تتعلق بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن الحوادث الطبية أو العلاجية وعدوى المشافي الناجمة عن أعمال الوقاية أو التشخيص أو العلاج. والحالة الثانية تتعلق بالتعويض عن أضرار الناتجة عن عيب في منتج صحي.

أما فيما يخص شروط تطبيق التعويض عن طريق التضامن الوطني فإنه يجب أولا انتفاء الخطأ وذلك بموجب الفقرة الأولى من المادة 1-1142 .L. كما يجب أن يكون الضرر متعلق في الحالات المذكورة أعلاه. و أن يكون الضرر نتيجة القيام بأعمال الوقاية أو التشخيص أو العلاج. إضافة إلى ذلك فإنه يجب أن يتصف هذا الضرر بأنه ضرر غير عادي (استثنائي)[1] وجسيم[2] وأن يتسبب هذا الضرر في عجز بدني أو عقلي بنسبة تفوق الخمسة وعشرون 25.% .

وبالتالي يتبين لنا أنه تم تحديد الشروط اللازمة لقبول المسؤولية بدون خطأ في مجال الأضرار الناشئة عن الأعمال الطبية، وذلك لأجل الحد من تطبيق هذا النوع من المسؤولية من جهة ومن جهة أخرى كي لا تثقل كاهل الخزينة العامة وتحددها بمخاطر جسيمة.

الفرع الثالث: إجراءات الحصول على التعويض وفق نظام التضامن الوطني حرص المشرع الفرنسي، بمقتضى قانون 2002 4 / 3 /على بيان الكيفية التي يكمن من خلالها الحصول على التعويض عن المخاطر العلاجية بالتحديد السابق بيانه فوضع لذلك طريقا للتسوية الودية ليس فقط في إطار تطبيق مبدأ التضامن الوطني وإنما كذلك في إطار تطبيق قواعد المسؤولية لتسهيل الأمر على المضرور ، وتجنيبه إجراءات ومشقة التقاضي وتحقيقا لهذه الأهداف نص القانون على أن تنشأ في كل إقليم لجنة التوفيق والتعويض(Conrission de conciliation et d ' inderninisation) ، يرأسها قاض إداري أو محي وتشمل في عضويتها ممثلين عن المنتفعين بالخدمة الصحية، وممثلين عن الأطباء، والمراكز والمؤسسات الصحية في القطاع العام والخاص، وممثلين عن المكتب الطبي

[1] راجع بخصوص هذا الشرط، قضية Bianchi حيث كانت أول قضية أثارت هذا الشرط السابق ذكرها في الصفحة 178

[2] راجع بخصوص هذا الشرط، قضية Gomez حيث كانت أول قضية أثارت هذا الشرطة السابق ذكرها في الصفحة 180.

التعويض الحوادث الطبية وممثلين عن المشروعات المنظمة بمقتضى قانون التأمين وشخصيات مؤهلة في مجال تعويض الأضرار الجسدية على أن المضرور، أو ممثله القانوني، أو ورثته في حالة وفاته، بإمكانه التوجه إلى اللجنة المذكورة والتي حدث في نطاقها الجغرافي اعمال الوقاية أو التشخيص أو العلاج المترتب عليها الضرر. يطلب في صيغة شكلية معينة، يرسل إلى اللجنة بخطاب مسجل بعلم الوصول. أو يتم إيداعه لدى أمانة اللجنة، مقابل الحصول على ما يثبته هذا الإيداع. ويرفق الطلب بمجموعة من الوثائق، أهمها شهادة طبية تتعلق بتحديد الضرر الذي يقر المضرور أنه أصيب به، وكذلك ما يثبت توافر شرط الجساسة في الضرر المدعى به وبعد تلقي الطلب، تقوم اللجنة، أو رئيسها في حالة تفويضه، بالتحقيق من شرط جسامة الضرر- بمعرفة خبير ينتدب لذلك إجباريا، وبصفة خاصة معدل العجز الذي أصيب به المضرور. ويعد قيام اللجنة بفحص طلب المضرور، والتحقق من الشروط السابقة في خلال مدة ستة أشهر، فإن الأمر لا يخرج عن أحد فرضين

أولا: أن تنتهي اللجنة من فحصها بطلب المضرور إلى وجود خطأ مما تتحقق به مسؤولية القائم بالعمل الذي ترتب عليه الضرر. وعلى اللجنة في هذه الحالة إخطار المضرور بذلك، مع إعلامه بإمكانية اتخاذ اللجنة إجراءات التسوية الودية، أي دعوة المؤمن الضامن -1- Article L1 142-4 Li n"20X2- 3013 ,4 Murs 2002 , precite, 20. Aurelie BINET GROSCLAUDE, l'engagement de la responsabilité médicale, Revue Générale de Droitmédical, n42 mars 2012, p 78, 21المسؤولية عن الضرر الذي يكون له أن يقدم عرضا بالتعويض الودي إلى المضرور خلال مدة أربعة أشهر ففي حالة قبول المضرور لهذا العرض، فإنه يعد مخالصة نهائية وفي حالة رفضه لهذا المبلغ، فإنه يبقى للمضرور اللجوء إلى القضاء أما إذا كانت مؤسسة التأمين هي التي رفضت التعويض، هنا يتدخل الديوان الوطني لتعويض الحوادث الطبية التعويض الكلي للاضرار

ثانيا: أن ترى اللجنة أن الضرر ينتمي إلى نطاق الأضرار المنصوص على تعويضها على أساس مبدأ التضامن الوطني، وتوافرت الشروط المتطلبة لذلك فعليها في هذه الحالة رفع الأمر إلى الهيئة التي أنشأها القانون لهذا الغرض، وهي الديوان الوطني لتعويض الحوادث

a (L'office nationale d'indemnisation des accidents médicaux, des (infections iatrogènes , et des infections nosocomiales.

الخاتمة

الخاتمة

لقد أثار علم الوراثة وما استتبعه من تقنيات حديثة، الاهتمام والجدل الواسع حول العالم من قبل رجال الدين السالمين والقانون، فيما يخص إسهام العلم في التصدي للعديد من تحديات الصحة والغذاء التي تواجه المجتمع في القرن الواحد والعشرون .وعلى الرغم من القفزات الكبيرة التي حققها هذا العلم والتي أسهمت بشكل كبير في تغيير الكثير من المفاهيم الطبية التقليدية، وأعطت البدائل العلاجية والبحثية النافعة لخدمة الجنس البشري، إلى أن هذا الأمر يبقى مرهونا دائما بما يلتزم به العاملون في هذا الحقل من موضوعية وأمانة علمية وآداب للمهنة، والحياد عن هذه الطريق تجعل الإنسان عرضة للعديد من الاعتداءات على كرامته وحقوقه وبشكل أدق حقه في الخصوصية الجينية .ولقد حاول المشرع الجزائري وضع خطة تشريعية لمجابهة هذا النوع من الاعتداءات كمحاولة منه لتفعيل الحركة القانونية لإرساء حماية جنائية للجينوم البشري إزاء صور المساس غير املشروع بالعينة الوراثية .ورغم ما يكتنف هذا التشريع من نقص لعدم تناوله للعديد من المسائل التي تثير إشكالات رئيسية، كمسألة الفحص غير المشروع للعينة الوراثية والاستياء عليها، إال أن هذا الأمر قد يبرر بحداثة علم الجينات وتطوره المستمر، وهو ما يتطلب معالجة تشريعية دائمة لمواكبة هذا التطور .وفي الأخير يمكن القول أن علم الوراثة وما يحمله من اكتشافات يشكل سالحا ذو حدين فكما يمكن استخدامه في العديد من المجالات المفيدة للإنسان، يمكن استخدامه لتدمير الحياة على سطح هذا الكوكب عن طريق إنتاج أسلحة ذات تقنية عالية باستخدام جينات توجه ضد جماعات عرقية معينة لإبادتهم.

وبعدما تطرقنا إلى أهم العناصر التي جاءت في هذه الدراسة، رأينا أنه من الواجب علينا أن نبين أهم التوصيات التي وصلنا إليها والمتمثلة في ما يلي:

أولا- مراجعة القوانين التي تستعمل فيها وسائل الإثبات العلمية وخاصة قانون الأسرة وقانون الإجراءات الجزائية والقانون المدني، وذلك بأن تتطرق صراحة إلى تقنية تحليل البصمة الوراثية كوسيلة علمية للإثبات، لتجنب كل إشكال أو سوء تفسير من قبل القضاة.

ثانيا- إصدار تنظيم خاص يتطرق إلى تنظيم البصمة الوراثية، ويبين ضوابط العمل بما والجهات المخولة بذلك، فيكون بذلك كمصدر تستند إليه القوانين التي تستعين بتقنية البصمة الوراثية في شتى المجالات.

ثالثا- مراجعة وتعديل قانوني الصحة العمومي ومدونة أخلاقيات الطب، وذلك تماشيا مع التطورات العلمية والطبية والبيولوجية، خاصة ما تعلق بمسألة العلاج والتشخيص بتقنية الهندسة الوراثية وكذلك استخدامها في مجال التجارب

الطبية و تبيان موقف القانون من هذه المسائل وذلك وفقا لرأي فقهاء الشريعة الإسلامية.

رابعا- إصدار قانون يتعلق بالمسؤولية المهنية عموما والمسؤولية الطبية خصوصا، يتطرق فيه المشرع إلى شرح أكبر حول الأخطاء الطبية وكيفية إثباتها، كما يجب أن يستحدث فيه فريق تحقيق متخصص في التحقيق في الخطأ الطبي وإثباته مكون من ممثلي المجتمع المدني وأطباء مختصين في المجال الذي وقع فيه الخطأ الطبي ، وبشرط أن يكون هؤلاء لا يمارسون عمله في نفس مكان ممارسة عمل الطبيب المخطئ.

خامسا- ضرورة الإسراع إلى إنشاء صندوق خاص بضحايا الأخطاء الطبية تحت غطاء هيئة وطنية مستقلة تضم جميع القطاعات المعنية من وزارة الصحة ووزارة العدل، وممثل عائلات ضحايا الأخطاء الطبية، وممثلي حقوق الإنسان وممثلي مجلس أخلاقيات الطب، ويكون ممول من طرف الدولة والمجتمع ككل، وذلك قصد تمكين المتضررين من الحصول على حقهم في التعويض المناسب وتحقيق أكبر قدر من العدالة.

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية و الاجنبية :

- القرآن الكريم:

1. سورة الذاريات. الآية 49.
2. سورة هود، الآية 118.
3. سورة الفرقان ، الآية45- 48
4. سورة النبأ الأية 8.
5. سورة الروم، الأية 21

- الكتب:

6. نبيل إبراهيم سعد عوض: النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، الجزء الأول، پ. ط دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، 2004.
7. ميرفت منصور حسن: التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي - نقل وزراعة الأعضاء البشرية، الاستنساخ، الخلايا الجسدية (دراسة مقارنة)، بط، درا الجامعة الحديثة، مصر، 2013.
8. منصور عمر المعايطة الأدلة الجنائية والتحقيق الجنائي، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.
9. مراد بن صغير: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة تأصيلية مقارنة)، ط.1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2015.
10. محمد المدني بوساق: موقف الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية من استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، بحث ضمن كتاب الاستخدام الشرعي والقانوني للوسائل الحديثة في التحقيق الجنائي، جامعة نايف العربية، ط1، مكتبة الملك فهد الوطنية للنشرة الرياض، 2008.
11. عصام احمد البهجي: تعويض الأضرار الناتجة عن تطبيقات الهندسة الوراثية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006.

12. عبد الحميد الشواربي: مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، ط2، منشأة المعارف للنشر، مصر، 2000 .
13. ذيب بن صنتيان بن مشامع المطيري: أسس اكتساب الجنسية في النظام السعودي مقارنة بقوانين دول مجلس التعاون الخليجي الأخري، مذكرة ماجستير في العدالة الجنائية، كلية الدراسات العلياء قسم العدالة الجنائية (تخصص السياسة الجنائية)، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية، 2010.
14. خليل أحمد حسن قدادة: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري (مصادر الإلتزام)، الجزء الأول، ط4، د.م.ج، الجزائر، 2010، ص248
15. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، پ. ط دار الفكر الجامعي، مصر، 2009.
16. جيلالي تشوار : الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، بط، د. م. ج ، الجزائر، 2001.
17. الجندي و حسين حسن الحصيني: تطبيقات تقنية البصمة الوراثية في التحقيق و الطب الشرعي، ط1، أكاديمية نايف العربية .

مذكرات تخرج :

18. أحمد شاعة، تعويض الضرر المعنوي المتعلق بالسلامة الجسدية على ضوء القضاء الجزائري، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2012.
19. أحمد شامي: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2013-2014.
20. إسماعيل حسن الحميري: ضوابط العدالة في التحقيق الجنائي (دراسة علمية شرعية)، بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامية كلية العلوم الإسلامية، قسم الفقه، جامعة المدينة العالمية، دولة ماليزياء 2012.

21. تركي محمد السعيد: دور المخابر الجنائية في الإثبات الجنائي، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2013-2014.
22. تكر الحاج موسي: القضايا المعاصرة المتعلقة بحفظ النسل (دراسة مقاصدية)، رسالة دكتوراه في أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، دولة ماليزياء 2013.
23. إيناس هاشم رشيد: تحليل البصمة الوراثية ومدى حجيتها القانونية في مسائل الإثبات القانوني (دراسة مقارنة)، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، السنة الرابعة، عدد 02، 2102، العراق، 2019-2020 .
24. جيلالي تشوار: القضاء مصدر تفسيري تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنسب، م. ج . ع قياس، جزء 41، رقم 01، لسنة 2003، الجزائر.
25. جيلالي تشوار: النقائص التشريعية القوانين الأحوال الشخصية المغاربية في مسألة التسب، م. ج-ع.ق.ارس، جامعة الجزائر، جزء 39، رقم 01، لسنة 2002، الجزائر.
26. خالد بوزيد: النسب في تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي (دراسة تحليلية)، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر 2010-2011.
27. د محمد رايس: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، پ. ط دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
28. زبيدة إيقروفة: النسب بين تطور العلم وجمود التشريع في البلدان الغربية والعربية (البصمة الوراثية)، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد 1)، لسنة 2010، الجزائر.
29. زبيري بن قويدر: الفضاء بين التطور العلمي والتشريعي في مسألة إثبات النسب، م.ع. قا، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد 8 لسنة 2009، الجزائر.
30. سورة الفرقان ، الآية45- 48
31. شفيقة العمراني: إثبات الجنسية والمنازعات المتعلقة بها، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، با سل.ن.

32. محمد قاسي: النظام القانوني للمتمتع بالجنسية الجزائرية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2009، ص.06.

33. نادية تياب: حق النسب والحماية المقررة لمجهولي النسب في القانون الجزائري، م.ع. ق. ..س، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، رقم 6)، لسنة 2008، الجزائر.

34. ناصر عبد الله الميمان: البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، بحث مقدم الى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون المتعقد يوم 5 إلى 7 ماي 2002، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، ماي 2002.

- المجلات والدوريات:

35. جودت الهندي وأصالة كيوان كيوان: تعويض الضرر المتغير، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، عدد 03، لسنة 2007، سوريا.

36. طارق عبد العزيز العبيدي: الضرر الأدبي و كيفية إثباته في المسؤولية التقصيرية (دراسة في القانون العراقي)، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد 1، الإصدار 2، سنة 2012، العراق.

37. علي أحمد الندوي: الهندسة الوراثية وتطبيقاتها، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون ، كلية الشريعة والقانون المنعقد يوم 5 إلى 7 ماي 2002، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الأول، ماي 2002.

38. محمد حسنين سليمان: مفهوم وتقنيات الهندسة الوراثية، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المنعقد بوم 5 إلى 7 ماى 2002 ، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الرابع، ماي 2002.

39. مراد بن صغير: حجية البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، عدد 9)، جوان 2013، الجزائر.

40. معتصم خميس مشعشع إثبات الجريمة بالأدلة العلمية، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة 27، عدد 56، أكتوبر 2013، الإمارات العربية المتحدة.

المواثيق والقوانين:

41. المادة 131 من القانون المدني المعدل والمتمم بقانون 05-10.

42. المادة 182 من القانون المدني، المعدل والمتمم بقانون 05-10.

43. المادة 06 و07 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 .

44. المادة 124 والمادة 182 مكرر من القانون المدني، المعدل والمتمم بقانون 05-10.

45. المادة 131 من القانون المدني، المعدل والمتمم بقانون 05-10.

46. المادة 132 من القانون المدني، المعدل و المتمم بقانون 05-10.

47. المادة 32 من الأمر 05-01 .

48. المادة 182 فقرة 02 من القانون المدني المعدل والمتمم بقانون 05-10.

49. المادة 06 من الأمر رقم 05-01 .

50. المادة 40 من الأمر رقم 05-02 .

51. المادة 40 من القانون رقم 84-11 .

- المراجع الأجنبية :

52. François Enault, op.cit, p.05.

53. Brogniez-Colin Cécilia: Diagnostic par PCR dans l'espace cannie : application a la clade chez le setter irlandais, thèse pour obtenir le grade de docteur Vétérinaire, université Claude-Bernard, lyounl, 2005.

54. **Personnes Disparues, Analyses ADN Et Identification Des Restes Humains: Guide des meilleures pratiques à suivre dans les situations de conflit armé et autres situations de violence, Deuxième édition 2009.**

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات	الصفحة
تشكرات	
إهداء	
مقدمة	01
الفصل الأول : مجالات إستخدام الهندسة الوراثية	
المبحث الأول : إستخدامات الهندسة الوراثية في مجال الإثبت الجاني وتحديد النسب	04
المطلب الأول : استخدام الهندسة الوراثية في إثبات النسب	05
الفرع الأول: الأسس العلمية التي تقوم عليها الهندسة الوراثية في إثبات النسب	05
الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي والقانون والقضاء من استخدام الهندسة الوراثية في إثبات النسب	07
المطلب الثاني : استخدام الهندسة الوراثية في مجال الإثبات الجنائي	13
الفرع الأول: المجال الجنائي	14
الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي والقانون من الإثبات الجنائي بالهندسة الوراثية	15
المبحث الثاني: إستخدامات الهندسة الوراثية في مجال إثبات الشخصية وموقف الفقه والقانون	18
المطلب الأول: استخدام الهندسة الوراثية في إثبات الجنسية	18
الفرع الأول : الجنسية وعلاقتها في الهندسة الوراثية وموقف الفقه الإسلامي	18
الفرع الثاني: استخدام تقنية الهندسة في إثبات هويات المفقودين	23
المطلب الثاني : موقف القانون من استخدام الهندسة الوراثية في تحسين النسل وتحديده	28
الفصل الثاني: أساس وكيفية التعويض عن أضرار الهندسة الوراثية	
المبحث الأول : أحكام الضرر الواجب التعويض	31
المطلب الأول : نوع الضرر الواجب التعويض وشروطه	32
الفرع الأول: الضرر المادي والمعنوي	32

الفرع الثاني: شروط الضرر الواجب التعويض	35
المطلب الثاني: أضرار الهندسة الوراثية في المجال العلمي	41
الفرع الأول : أضرار استخدام الهندسة الوراثية في تعديل الصفات الوراثية	41
الفرع الثاني: أضرار استخدام الهندسة الوراثية في الاستنساخ	42
المبحث الثاني : أساس وكيفية التعويض عن أضرار الهندسة الوراثية	43
المطلب الأول: التقدير القضائي للتعويض	44
الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير التعويض	45
الفرع الثاني: وقت تقدير القاضي للتعويض	48
المطلب الثاني :التعويض عن طريق التضامن الوطني	51
الفرع الأول: فلسفة التعويض عن طريق التضامن الوطني	51
الفرع الثاني: نطاق التعويض عن طريق التضامن الوطني	53
الخاتمة	58
قائمة المصادر والمراجع	61
فهرس المحتويات	
ملخص البحث	

ملخص البحث

إن تطور علم الهندسة الوراثية عموما ،وتقنية التحوير الجيني خاصة ،والذي حدث في غضون السنوات الأخيرة، قد أسهم بشكل فعال بوضع الحلول الحاسمة لكثير من مشاكل الإنسان المعاصر مثل إنتاج الغذاء وبعض العقاقير واللقاحات ، وان اصل هذه المنتجات عبارة عن كائنات حية سواء أكانت نباتات أم حيوانات أم كائنات دقيقة،بحيث يتم اختيار جينات تمثل صفات مرغوبة من أي كائن ونقلها إلى كائن آخر من اجل تحسين نوعيته،ويطلق عليها ب(الكائنات المهندسة وراثيا)،وتستخدم في مجالات عديدة منها على مستوى غذاء الإنسان النباتي أو الحيواني ،أو على مستوى معالجة الإنسان للعديد من الأمراض التي يجد صعوبة في إيجاد الحلول لها بالطريقة التقليدية.

يحتل موضوع الهندسة الوراثية أهمية كبيرة لرجال القانون والدين، ويظهر ذلك في إسراع هؤلاء بدراسة هذا العلم وإدخاله في جميع مجالات الحياة سواء ما تعلق منها بالمجال القانوني ، ولكن رغم فوائد هذا العلم إلا أنه قد تنتج عن استخدامهم له ، ومن هذا كان لا بد لنا من دراسة مسؤولية المشرع التي ترتب عن عمله بتقنية الهندسة الوراثية ضررا للغير ، وذلك بدراسة أساس هذه المسؤولية وكيفية التعويض عنها، حيث تهدف هذه المذكرة إضافة إلى تبيان مجالات استخدام الهندسة الوراثية فإنها تهدف كذلك إلى إبراز التطور الذي طرأ على أساس وكيفية التعويض عن الأضرار الناتجة عن استخدام هذه التقنية .

وعلى الرغم من وجود هذا الاثار الايجابية لهذه التقنية ،الا انها لم تخلُ من وجود أثار سلبية متمثلة في مخاطر وأضرار مترتبة على استهلاكها او استعمالها،لذلك لابد من وجود تدخل تشريعي ينظم مسؤولية المنتج المدنية ،لاسيما ان دراسة المسؤولية المدنية تحتل الصدارة بين موضوعات القانون المدني ، ولا غرابة في ذلك ،لان كل تطور علمي إذا ما ترتب عليه ضرر وجب تنظيمه تشريعيا ، لانه قد يقدر لهذه الدراسة ،ان تكون من موضوعات المسؤولية المدنية المستحدثة ،والتي تتبلور في بعض منها بصيغة مبادئ قانونية يمكن أن تصبح نصوص قانونية إذا ما اقتنع بها المشرع الوطني و أسبغ عليها من فن صياغته ما يراه ملائما لتشكيل نظام قانوني جديد قائم على مسؤولية المنتج المدنية عن المنتجات المعيبة ،وكذلك تكون الكائنات المهندسة وراثيا محل اهتمام تشريعي بان يفرد لها قانون خاص.