الجمهورية التونسية
وزارة العدل وحقوق الإنسان
المعهد الأعلى للقضاء

"التحليل الطبي والقضاء"
دورة دراسية
الخميس 16 جانفي 2003
بمقر المعهد
البرنامج

9.00 – التقرير التمهيدي - السيد فتحي الميموني
رئيس خلية بمركز الدراسات القانونية والقضائية بوزارة العدل وحقوق الإنسان

9.15 - التحليل الجيني - د. حبيبة الشعبوني
رئيسة قسم علم الوراثة بمستشفى شارل نيكـــول

10.00 – استـــراحة

10.15 – علاقة علم الوراثة الجينية بالقانون - د. نبيل بن صالح
رئيس مصلحة بمركز الإسعاف الطبي الإستعجالي والإنعاش

10.45 – الإثبات بالتحليل الطبي والبيولوجي - السيد الهادي مشعب
مساعد وكيل جمهورية بالمحكمة الإبتدائية بتونس

11.15 – نقـــــاش

13.00 – نهـــاية الأشغـــال

الجمهوريـــــة التونسيـــــة

وزارة العـدل وحقـوق الإنسان

---*---

المعهد الأعلـــى للقضـــاء

نـــــدوة حـــــول

القانـــــون والإثبـــــات الجيـــــني

-التقـــــرير التمهـــــــيدي-

يندرج هذا الملتقى ضمن سلسلة من الدورات التكوينية الـــتي ينظمـــها المعهد الأعلى للقضاء في نطاق برنامجه الرامي إلى التأهيل المـــهني والعلمـــي للقضاة حتى يساير نمط التطور في المجالات التي يرتبط بها عمل القضاء بمـــا يحقق الحاجة في بلوغ الغاية النبيلة لهذا السلك وهي الكشف عن الحقيقـــة وربط الحقوق بأصحابها وأيضا وإيصالها لهم لتحقيق العدل وهي الأمانة الـتي أبت حملها السماوات والأرض والجبال وحملها الإنسان ليكون خليفة الله في الأرض.

والقاضي الإنسان تحيط به مكونات كان ولا يزال وســـيبقى يســـعى جاهدا لمعرفة كنهها وأسباب تطورها ونموها ومن يوم إلى آخر يكتشـــف حقيقة جديدة ليقف على قصور الحقيقة القديمة.

ويعتبر القرن الماضي خاصة في ربعه الأخير مرحلة الثورة التكنولوجيـــة والعلمية بمختلف أوجهها وفيه دخل الإنسان مرحلة جديدة في البســـيطرة على عالمه البيولوجي بعد غزوه للفضاء وهيمنة الأقمار الصناعيـــة لتطويـــر طرق الإتصال والتعامل الإقتصادي وتحول إهتمام الإنســـان إلى مكوناتـــه البيولوجية وحصرها ومراقبة نموها والتعرف عليها وعلى أصولها وعلاقاتهـــا بالفروع.

وبعد أن قهر الإنسان العقم وضعف الخصوبة التي تمنع الحمـــل وذلـــك بواسطة التلاقيح الإصطناعية ومختلف صورها وما أثارته مـــن ردود فعـــل قانونية ودينية إنتهت إلى تكريس ما صلح منها قانونا واستبعاد ما تعـــارض منها مع الشريعة الإسلامية تحول إهتمام الإنسان إلى مجـــالات بيولوجيـــة أخرى من زراعة أعضاء وتغيير الجنس وهو أيضا ما أثار زوبعة بين رجـــال الدين من جهة ورجال القانون والعلماء من جهة أخرى.

وهذا التطور العلمي جعل للإنسان قدرة التحكم في مستقبله وحـــاضره والتيقن من ماضيه ومراحل التطور التي عرفها.

لذلك وجد الإنسان في علم الأحياء ما كان ينشده من قوة اليقين عبر ما يصل إليه من نتائج قوية المصداقية بالنظر إلى ما كان يستعمله مـــن طـــرق علمية قديمة.

وبقدر ما كان هذا العلم يوفر للإنسان نسبة قصوى من اليقين الـــذي ينشده بقدر ما كانت النتائج التي يتوصل إليها تفتح أمامه أبوابـــا أخـــرى للبحث وبقدر كل ذلك يثير الإنسان عبر هذه النتائج إشـــكاليات حـــول وجوده قد تصل إلى حد خلق مشاكل بين هذه النتـــائج ومـــا يجـــب أن يسايرها من مبادئ قانونية من ناحية وبين نظم قيمنا الإنسانية عامة والعربية

الإسلامية خاصة فتثار إشكاليات الخلف والوجود بين المعتقـــدات الدينيـــة والأخلاقية وما توصل إليه العلم من الإستنتاج.

كما تثار إشكاليات تهدم روابط إجتماعية كنفي النسب حيث شـــاع وجوده وإثباته حتى استبعد نفيه وما يترتب عن كل ذلك من إثبات أو نفـي علاقة أخرى كالأخوة والعمومة وغيرها. من هنا كان ولا بد من البحـــث عن مجال التطور العلمي والبحث عن الحقيقة عبر التحاليل الجينية وعلاقتـــها بالقانون والطرق التي من شأنها أن تكرس ما وصلت إليه من نتائج ضمـــن حقائق قانونية تسعى لتحقيق المعادلة بين ضمان التطور العلمي من ناحيـــة وصيانة القيم والمبادئ القائمة من ناحية أخرى.

لذلك نقول بأن القانون لا يمكنه الإستغناء عن التطور العلمي وبصـــورة أخص علم الأحياء وميدان التحليل الجيني الذي أصبح بتطوره يقدم حقـائق ثابتة في معظمها وقابلة للتطور في البعض الآخر مجانبـــا في ذلـــك الشـــك والتخمين والتصور الخيالي. وهذه العلاقة بين القانون وعلم الأحياء تنحصـــر أساسا فيما يوفره هذا الأخير للأول من وسائل ثبوتية قادرة على الإقنـــاع للكشف عن حقائق واقعية رتب لها القانون حكما خاصا وبهـــا يســـتأنس القاضي عند إصدار أحكامه.

فالقاضي رجل القانون توفرت له ثقافة قانونية يعوقها تكوين علمي لـــه دور هام في إنجاز عمله لذلك يلجأ القاضي إلى الخبير طبيبا كان أو محاســـبا أو أخصائيا في أي مجال يطلب منه إعطاءه قراءة علمية فنية لواقعة قانونيـــة مطروحة أمامه. فلا مجال للحديث عن القاضي خبير الخـــبراء فمجـــالات العلوم خاصة منها الطبية تطورت في اختصاصات عديـــدة متعـــددة مـــن المستحيل على القاضي الإلمام بها ومن هذه المعادلة فـــلا مجـــال لإســـتغناء القاضي عن العالم المختص فتكرس علاقة التعاون بينهما الغاية منها الكشف

عن الحقيقة المقنعة الثابتة تحقيقا للعدل وهي الغاية من وجود الإنسان على الأرض

ومن هنا نقول بأن علم الأحياء والتحاليل البيولوجية يثبت الحقيقة التي ينشدها القاضي وهو عمل استدلالي به يقع التوصل من خلال الأبحاث والتجارب العلمية إلى الحقيقة المقنعة والثابتة.

ولما كان الإثبات جوهر تدخل علم الأحياء في المجال القانوني نجد أن منظومة الإثبات أقرها المشرع قانونا فهو تارة يحدد مجالاتها وتارة أخرى يطلق لها الحرية.

وفي أي من الصورتين فإن الإثبات يندرج ضمن منظومة القابلية الشرعية حرا كان أم مقيدا ومن محور الإثبات تتحدد علاقة القانون بعلم الأحياء وبأعمال التحليل الجيني الذي أردناه أن يكون محورا لهذا الملتقى.

يعتبر النصف الأخير من القرن الماضي وخاصة العشرية الأخيرة منه عصر التطور في ميدان البحث البيولوجي فأدخلت عدة تغييرات على الطرق العلمية المؤدية إلى تحديد النسب والجنس والهوية بعد قصور التحليل الدموي كوسيلة إثبات إذ أقنعت هذه الطريقة في نفي النسب أي الإثبات السلبي لا الإثبات الإيجابي فنفي النسب لا يؤدي إلى إثباته ومن هنا دخل العالم مرحلة إختبار الخلايا الوراثية ومقارنة الأصل منها بالفرع المطلوب إثبات نسبه هذه العملية تنتهي إلى نتيجة إيجابية لها حجية قوية في إثبات النسب أو نفيه.

المحور الأول : التحليل الجيني

وفي هذا المجال سوف تعرض علينا الدكتورة الشعبوني لمحة عن التطور الذي عرفه علم البيولوجيا ودراسة المقاييس البيولوجية وإمكانية هذه الدراسة من الوجهة العلمية الصحيحة ومدى إمكانية استعمال هذه المقاييس

كتحديد مجالات تطبيقها سواء في مجال الصحة من علاج ومراقبة صحيـــة أو في المجالات المرتبطة بالعمل القضائي وخصوصا مجال الإثبات.

وترتكز التحاليل الجينية على اختبار الخلايا الوراثية Les empreintes génétiques والتي تؤدي إلى إثبات حقيقة علمية تكاد تكـــون مطلقـــة ومصدر إطلاقها إنفراد كل شخص بتفرد بيولوجي يميزه عن غيره فيســـتقل بنظام وراثي خاص به يميزه عن غيره.

وهذا النظام نجده في كل نواة من كل خلية من خلايا الجســـم ويتوفـــر على ثلاثة وعشرين زوجا من الصبغيات Chromosomes وكل واحـــدة تتكون من هبات خطية Molécule.

وهذه الحقيقة البيولوجية يتوفر عليها الإنسان مـــن والديـــه بطريقـــة متساوية لذلك نقول بأن الحامض النووي متعدد الجزئيات ورغـــم ذلـــك يمكن التعرف إليه وتحديده كتحديد أصله وعلاقته بغيره إن وجدت إلا أن الإختلاف ليس مطلقا إذ نجده يتطابق بالنسبة للتوأم الحقيقي وكذلك الشأن بالنسبة للمستنسخ.

فالمكونات الجينية تنتقل بالوراثة من الأصل إلى الفرع وبصورة مختلفة من فرع إلى آخر إلا أن الثابت أن المكونات الجينية كما ســـتبينه الدكتـــورة الشعبوني الموجودة لدى الفرع توجد لدى الأصل ومن هنا يمكـــن ربـــط علاقة النسب تأكيدا أو نفيا.

وفضلا على ذلك فإن التحليل الجيني يمكن أن يعرف بهويـــة الشـــخص سواء كان ميتا لأي سبب من الأسباب مع بقائه مجهول الهوية أو حيـــا إذا دعت الحاجة إلى ربط صلته بالجريمة.

ومن الوجهة التقنية نجد أن قانون التناسل يفترض أن كل شخص يـرث خصائصه الدموية من الأب والأم مناصفة ولا تكون فصيلة دمه إلا منـــهما

وينقسم الاستعمال إلى قسمين الأول استعمال في المجال القضائي وهو ما يحدد بطريقة واضحة علاقة التحليل الجيني بالقانون إذ تكون هذه النتائج التي يفرزها التحليل وسيلة إثبات قانونية أحيانا مثل ما هو الحال في تحديد النسب إثباتا أو نفيا أو قضائية في ما يتعلق بتحديد هوية صاحب البصمة أكان متضررا أم هالكا أم مظنونا فيه. وفي نطاق الإجراءات الوقائية لمراقبة الهجرة فإن بعض الدول أيضا تستعمل نتائج هذه التحاليل للتأكد من صحة هوية صاحبها وذلك قبل إسناد رخص الإقامة أو منح الجنسية وأحيانا أخرى قبل السماح للأجانب بالدخول إلى التراب الوطني.

وهذا الإجراء من شأنه أن يحدد من حرية التنقل والحق فيه وهو من الحقوق الأساسية التي كرسها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ودعمته العديد من التشاريع الوطنية. وهو ما يدعو كما سنرى فيما بعد إلى ضرورة تأطير الاستعمال لهذه الثورة العلمية بما يكرس حقوق الإنسان من ناحية ويضمن الكرامة للمواطن أيا كان من ناحية أخرى.

ولا أحد ينكر ما أضافه هذا التطور العلمي من فائدة للعمل القضائي الذي أصبحت أحكامه تقوم اكثر على اليقين بالنظر إلى طبيعة ما يتوصل إليه من نتائج بعد أن كانت هذه الأحكام أغلبها تقوم على الاستنتاج والاستخلاص للمجهول من المعلوم دون تحديد علمي دقيق للمجهول.

أما الفائدة العلمية من الاستعمال كما سيبينها لنا الدكتور صالح فتظهر بالأساس في ما توصل إليه التحليل الجيني من كشف للمجين البشري Le général génétique بحيث توصل إلى كشف المكونات الجينية للبشر وكرس استعمالها على نمط بصمات الأصابع فمثلما يقع التعرف على الشخص من خلال بصمات الأصابع اصبح بالإمكان التعرف عليه من خلال مكوناته الجينية ومنها كانت التسمية العلمية لهذه الجينات البصمات الجينية.

لذلك إن لم تكن هذه الفصيلة منهما يقع نفي النسب. فالعناصر التي توجد بدم الطفل هي نفسها الموجودة لدى والديه في حين نجد البصمات الوراثية تُمكن من التعرف على جميع المكونات الجسمانية للفرد وأداء كل عضو لوظيفته لذلك فإن الموت لم يعد عائقا للتعرف على هوية المتوفى مهما بعد زمن الوفاة.

فالخلايا الوراثية أصبحت سيدة الأدلة في مجال التعريف بالهوية وتحديد علاقة النسب بعد أن عانى الإنسان من قرينة الفراش في الفقه الإسلامي والقانون الروماني فلم يعد قاطعا نسب الطفل لزوجين وضع بعد مدة ستة اشهر من الزواج وقبل أن يمضى عام على انحلال الرابطة الزوجية.

ورغم نجاعة هذه التحاليل من حيث ما تتوصل إليه من نتائج تكرس الحقيقة البيولوجية والحقيقة الجينية فإن فنيات التحاليل تختلف من مخبر إلى آخر والسؤال الذي يطرح هل من إمكانية لتوحيد هذه الفنيات ؟ أم هل أن في إختلافها إفادة علمية وقانونية ؟

ويطرح أيضا الإشكال في عدد هذه المخابر إذا ما علمنا أن الاختبار لا يلزم القاضي أولا ولا يلزم الأطراف إذ من حقهم إجراء إختبار ثاني.

هذه الإشكالية تطرح إشكالية ثانية حول الإمكانيات المادية لتوفير المخابر سواء على مستوى القطاع العام أو على مستوى القطاع الخاص كل هذه المسائل سوف تتعرض إليها بأكثر دقة فنية الدكتورة الشعبوني.

المحور الثاني : علاقة علم الوراثة الجينية بالقانون

هذا المحور يتحدث عنه الدكتور بن صالح وفيه سنتبين أوجه استعمال هذه النتائج التي توصل إليها الأخصائيون في التحليل الجيني.

ولا يخفى ما يوفره هذا العلم من استعجال الوصول إلى نتائج أخـــرى بطريقة مباشرة وهي التعرف على فصيلة الدم إذ بالمكونـــات الجينيـــة وفي غياب الحصول على عينة من الدم يمكن التعرف على فصيلة دم الجثة.

ومهما كان الأمر فإنه لا يمكن المبالغة في ما يحققه هذا التطور العلمـــي من إيجابية على مستوى الإستعمال العلمي والقانوني ذلك أن الحذر من هـذا التطور واجب بل هو ضرورة ملحة حتى لا يكون هذا التطور ســـلاحا ذو حدين إذ من الممكن البحث عن سلبياته.

فبفضل هذا العلم أمكن الحديث عن ظاهرة الإستنساخ وأيـــا كـــانت واقعية هذه الظاهرة وأثرها السلبي على الموروث الحضـــاري والأخلاقـــي للإنسان في مختلف أرجاء البسيطة فإن هذه التقنية لا تطور الحياة البشـــرية فالمستنسخ يكون نسخة مطابقة للأصل المستنسخ منه فلا يثري الإستنســـاخ الزاد المادي للخلايا الجينية. كما أن استعمال التحاليل الجينيـــة يجـــب أن يؤطر قانونا سواء في الاستعمال العلمي كما حللنـــا ذلـــك أو في المجـــال القضائي ذلك أن الإشكال لا يثار في المادة المدنية المتعلقة بالنسب حيث يقع إجراء هذه التحاليل بإذن من المحكمة المتعهدة وفق مجلة المرافعـــات المدنيـــة والتجارية ورغم ذلك نقول بأن المحكمة مدعوة للتأكد من ضرورة الاختبـلو للبت في الدعوى كإجراء قضائي إذا كان من شأنه أن يجعل هذه الوسيلة في الإثبات ضرورية للفصل واستبعاد الشك. فإنه في مجال الإجراءات الجزائيـــة نجد أن الإشكال يثار بالنسبة للمبالغة في الإستعمال خاصة على مســـتوى البحث الأولي ذلك أن الفصل 9 م.إ.ج. أكد على أن الضابطـــة العدليـــة مكلفة بمعاينة الجرائم وجمع الأدلة والبحـــث عـــن مرتكبيـــها وتقديمـــهم للمحاكمة ما لم يصدر قرار في افتتاح بحث.

وبالرجوع إلى أحكام هذا الفصل نجد أن المعاينة تتعلق بأعمال ضبط مسرح الجريمة وتحديده ووصفه كضبط الجثة إذا تعلق الأمر بالقتل ومكانها والحالة التي وجدت عليها وذكر ما تحمله من آثار إلى غير ذلك.

أما جمع الأدلة فيتعلق الأمر بسماع الشهود وحجز ما ارتبط بالجريمة أو يشتبه ارتباطه بالجريمة.

وأما البحث عن مرتكبيها فهو السعي في الكشف عنهم وضبطهم إن أمكن وتقديمهم إلى النيابة العمومية. لكن السؤال الذي يطرح هل أن التسخير من أعمال جمع الأدلة؟ وبذلك هل يمكن للباحث الإبتدائي أن يتولى تسخير خبير في أي مجال .بمناسبة البحث في جريمة؟ ثم من ناحية أخرى هل يمكن للباحث الإبتدائي ان يتولى تسخير الطبيب المختص بالبحث الجيني بإجراء التحاليل الجينية اللازمة سواء لإثبات نسب طفل ولد من سفاح من طفلة سنها دون العشرين عاما بأي وجه من الأوجه؟ أو للبحث عن آثار مني أو خلايا بشرية وجدت عالقة بالمتضررة أو بثيابها ؟

لو أجبنا عن هذه الأسئلة بالإيجاب لجانبنا الصواب ذلك أن المادة الإجرائية خاصة في القانون الجزائي لا تؤول إلا تأويلا ضيقا ولا تفسر إلا لتحقيق غايتين الأولى مصلحة المتهم الشرعية والثانية إحترام المسألة الإجرائية الشرعية فإذا كانت المسألة الأولى المتعلقة بمصلحة المتهم الشرعية لا تثير إشكالا جديا إذا ما خضع من تلقاء نفسه لاختبار متى تعلق الاختبار بحرمته الجسدية فإنها تثير إشكالا إذا ما رفض ذلك إذ لا يمكن إرغامه على إجراء التحليل ومن باب أحرى في غير هذه الصور فإن المسألة الشرعية تجد مبررا لإبرازها وإبراز مخالفتها ذلك أن التقيد بحرفية النص اعتمادا على مبدأ الشرح على المتون وكذا على وضوح عبارته التي لا تستدعي التأويل يؤدي إلى استبعاد هذه الإمكانية وجعل هذا الإجراء يخرج عن اختصاص مأموري الضابطة العدلية طبق أحكام الفصل 9 م.ا.ج. وبالتالي يمس بمبدأ الشرعية

الإجرائية ويعتبر باطلا وفق أحكام الفصل 99 م.إ.ج. فالاختبار يؤدي إلى خلق دليل علمي في حين أن صلاحيات مأمور الضابطة العدلية لا تتعدى الجمع والمعاينة والسماع للشهود والمظنون فيه.

لكن هل لوكيل الجمهورية أن يأذن بإجراء الإختبارات بما فيها التحاليل الجينية ؟

للإجابة عن هذا السؤال يجب العودة إلى الفصل 26 م.إ.ج. الذي يضبط مهام وكيل الجمهورية وهي معاينة الجرائم وتلقي الاعلامات وقبول الشكايات لكن له في صورة الجنايات والجنح المتلبس بها أن يجري أعمال التحقيق كما يمكن لوكيل الجمهورية أن يجري بحثا أوليا بنفسه أو بواسطة أحد مأموريه على سبيل الإسترشاد ويشمل البحث عملية جمع الأدلة واستنطاق المظنون فيه وتحرير المحاضر ويمكنه حتى في الجنايات أو الجنح المتلبس بما تكليف أحد مأموري الضابطة العدلية ببعض الأعمال التي هي من إختصاصه.

ولإيضاح الحال لا بد من التفرقة بين صور النص بطريقة الإستدلال. فلا مجال للشك أن وكيل الجمهورية له صلاحيات جمع الأدلة واستنطاق المشبوه فيه وتلقي التصريحات وتحرير المحاضر كل هذه الصلاحيات لا تؤدي إلى أن يكون من إختصاصه الإذن بإجراء أي إختبار كان بأي وجه من الأوجه ومن باب أولى وأحرى إذا تعلق الاختبار بالحرمة الجسدية للمشبوه فيه من ذلك التحاليل الطبية والجينية فلا وجه لاختصاص وكيل الجمهورية للإذن به كذلك يرتبط هذا بالمسالة الإجرائية أو الشرعية الإجرائية ومن هنا نقول أن فاقد الشيء لا يعطيه وبالتالي ليس لوكيل الجمهورية أن يأذن مأموري الضابطة العدلية بإجراء الإختبارات أيا كان نوعها لفقدان عنصر الاختصاص حيث لا يتعدى اختصاص وكيل الجمهورية في هذه المرحلة جمع الأدلة والسماع ولا يصل إلى خلق الدليل عبر الإذن بالاختبارات.

بقي الوجه الآخر الذي أقره النص فيما يتعلق باختصاص وكيل الجمهورية وهي صورة التلبس في الجنايات والجنح ويقصد المشرع أن في هذه الصورة يتعذر حضور حاكم التحقيق لذلك أقر المشرع لوكيل الجمهورية ضمن الفقرة الثانية من الفصل 26 م.إ.ج. أن يقوم بجميع أعمال التحقيق وليس ذلك من قبيل التعدي على اختصاصات قاضي التحقيق إذ أن الفصل 35 م.ا.ج. يمكن أيضا قاضي التحقيق من القيام بجميع الأعمال المخولة لوكيل الجمهورية في صورة الجناية المتلبس بها وهي الإختصاصات الواردة بالفصل 26 م.ا.ج.

ومن هنا كان لا بد من أن نحدد أعمال التحقيق الإجرائية لنجد أن الفصول من 47 إلى 111 م.إ.ج. حددت هذه الأعمال سواء تعلق منها بالسماعات أو الإستنطاقات أو جمع الأدلة وكذلك الإختبارات إذ نجد الفصل 53 م.ا.ج. يمكن قاضي التحقيق من معاينة موطن الجريمة وإجراء التفتيش بالمنازل وحجز ما يصلح لكشف الحقيقة وأن يأمر بإجراء الإختبارات اللازمة ويتمم جمع الأعمال المؤدية إلى إظهار الحقيقة فهو ملزم بالبحث دون توان عن الحقيقة طبق الفصل 51 م.ا.ع. فيتضح أن المشرع مكن صراحة قاضي التحقيق من صلاحية إجراء الإختبارات أيا كان نوعها بما فيها التحاليل الطبية وهذا الإختصاص لم يرد في الفصل 9 م.ا.ج. فيما يتعلق بصلاحيات مأموري الضابطة العدلية ولا نجده ضمن أحكام الفصل 26 م.ا.ج. فقرة أولى فيما يتعلق بالإختصاصات الأصلية لوكيل الجمهورية وبالتالي ليس لوكيل الجمهورية ولا مأموري الضابطة العدلية من شرطة وحرس وديوانة أي اختصاص في إجراء الإختبارات بما فيها التحاليل الجينية ويعتبر أي تسخير في هذا الإطار باطل لمساسه بالشرعية الإجرائية طبق الفصل 99 م.ا.ج. لكن يبقى لوكيل الجمهورية أن يأذن بالتحليل وبالإختبار في صورة واحدة.

وهي صورة ما إذا كان يمارس عملا يوصفه حاكم تحقيق وذلك في صورة الجناية أو الجنحة المتلبس بها وتعذر حضور حاكم التحقيق فيمكنه استثناء القيام بجميع أعمال التحقيق وهي الأعمال الواردة بالفصل 47 م.ا.ج. وما بعده ويدخل فيها ما أقره الفصل 53 م.ا.ج. من صلاحية إجراء الاختبار.

لكن يمكن للنيابة العمومية في صورة ما اقره القانون عدد 75 لسنة 98 المتعلق بإسناد اللقب العائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب أن تطلب من المحكمة الإبتدائية إسناد لقب الأب لطفل ولتأييد ذلك أن يقع الإثبات إما بالإقرار أو شهادة الشهود أو التحليل الجيني فتكون النيابة العمومية مدعية وطالبة والمحكمة هي التي تأذن ، وفي هذه الصورة لا يتم الإذن بالتحليل من النيابة العمومية بل من المحكمة الإبتدائية المتعهدة وقد يكون ذلك بناء على طلب من النيابة العمومية.

وعلى هذا الأساس نقول أن الضرورة تدعو إلى وجوب تأطير هذا الإجراء والمحافظة على الإطار القانوني الذي نظم الاختبار خاصة فيما يتعلق بالصفة والإختصاص.

كما علينا أن نستخلص العبرة من محدودية وجاهة هذا العلم وهو التحليل الجيني فيما يتعلق بعدم جدوى الإستنساخ وهي عملية تؤدي إلى استنساخ مولود مطابق للمستنسخ منه فضلا عن احترام عدم جدوى الإستعمال لنتائج هذا العلم إذا تعارضت مع الأخلاقيات المهينة للطبيب أو إذا أدى استعمال النتيجة إلى المساس بحرمة الفرع أو الأصل ذلك أن الإحصائيات بفرنسا تؤكد على أن نسبة عشرة بالمائة من الإختبارات المجراة بواسطة التسخير القضائي لإثبات البنوة كانت نتيجتها سلبية أي أن الإبن لا يرجع لأبيه من حيث الوراثة الجينية.

المحـور الثالـــث

هذا المحور يتعلق أساسا بقواعد الإثبات وعلاقتها بـــالتحليل الجيـــني ويتناوله الزميل الهادي مشعب.

وبالرجوع إلى الأحكام الجزائية لا نجد أثرا للإختبارات الفنية علـــى وجه التدقيق تبناها المشرع أو فرضها في إثبات مقيد ولعل مرجع ذلك هـو مبدأ الإثبات الحر في المادة الجزائية فنجد الفصل 53 م.ا.ج. مكن قـــاضي التحقيق من إمكانية الإذن بإجراء اختبار ومفهوم الاختبار هو الحصـــول على رأي أخصائي في مجال فني أو علمي يعوق معرفة القاضي لذلك نجد أن ما يطلبه هذا الأخير هو قراءة علمية أو فنية لواقعة قانونية مـــن شـــأنها أن تساعده على تكوين رأي للبت في الموضوع المطروح أمامه.

وبالرجوع على أحكام الفصول 101 إلى 103 م.ا.ج. حدد المشرع إجراءات الاختبار المتعلقة بموضوعه وهو أن يكون ذا صبغة فنية وأن يحـــدد مجاله على وجه الدقة حتى تقع الإجابة من الخبير في نطاق ما استعصى علـى القاضي فهمه كما حددت الفصول المذكورة إجراءات الإعلام بالإختبـــار والخبير طبق أحكام مبدأ المواجهة الإجرائية من حيث إبداء الرأي في الخبـير حتى تستبعد أو تستعمل إجراءات التجريح أو من حيث الإعلام بنتيجـــة الاختبار لإبداء الرأي بشأنها. لذلك فبإمكان القاضي الجزائي اللجـــوء إلى الإختبارات بطريقة التحليل الجيني سواء للوقوف على هوية صاحب الجثـــة حيث أصبحت هذه العملية ممكنة و لو في غياب بعض الأعضاء التي كـانت هامة وأساسية لتحقيق هذا الغرض كبصمة الأصابع أو تحليل الـــدم إلا أن اليوم أصبحت الإمكانية أوسع بالإعتماد على خلايا الأعضاء الموجودة والتي يمكن استغلالها مهما مضت المدة الزمنية على الوفاة ومهما كانت الحالة التي وجدت عليها الجثة ومهما كانت طبيعة العضو المتحصل عليه.

كما أنه بالنسبة للتعرف على الجاني كانت العملية الاثباتية صعبة إن لم تكن في كثير من الأحيان مستحيلة بالنظر إلى الطرق التي كانت تستعمل في الكشف على الجناة وهي طرق تقليدية بالإعتماد إما على بصمات الأصابع أو أثار عنف قد تكون علقت بجسم الجاني أو أثار دم تكون قد علقت بالجاني وتتطابق مع دم المجني عليه ورغم ذلك فإن نتائج هذه الإختبارات لم تكن قطعية بل هي تقيم قرائن قضائية لا قانونية. لأنه بالإمكان دحضها بكل الطرق.

بالنسبة لبصمات الأصابع فكانت طريقة التعرف على صاحبها تقع بطريق المقارنة مع المخزون من البصمات وهي التي تتعلق أساسا بمن سبق عرضهم على القيس بمناسبة ارتكابهم لجريمة أو قضائهم لعقاب ولذلك فإن كانت هذه البصمة لشخص لم يسبق عرضه على القيس فإنه لا يمكن المقارنة بل حتى وإن تمت المقارنة كما ذكرنا في الأول فإنها تكون قرينة بسيطة يمكن دحضها وذلك بإثبات المشبوه فيه وأن تواجده بمكان الجريمة واقعا لكن لا علاقة له بالجريمة.

أما بالنسبة للتحليل الدموي فإنه لا يثبت إلا تطابق فصيلة الدم دون إسنادها إلى شخص معين لذلك نقول بأن هذه الوسائل لم يجازف المشرع بتبنيها قانونا وتركها لسلطة القاضي يستأنس بها عند الاقتضاء ولا تكون قرائن قاطعة بل بسيطة تحتاج إلى تأييد من قرائن أخرى كالإعتراف أو شهادة الشهود.

أما في المجال المدني فكان الإثبات يقوم على قواعد قانونية نجد لها مصدرا في الشريعة الإسلامية أو في القانون الروماني وأهمها بالنسبة للنسب قرينة الفراش لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر.

والمقصود بقرينة الفراش هو نسبة المولود لأبيه إذا وضعت أمه بعد مضي ستة اشهر على الزواج وهي أدنى مدة للحمل والوضع وقبل مضي عام على إنحلال العلاقة الزوجية وهي المدة التي يحمل فيها الزوج على الإتصال جنسيا بزوجته بما يخلف المولود فعقد الزواج يمنع المرأة من أن تنكح غير زوجها من الرجال.

وهذه القرينة ولئن كان مصدرها الحديث النبوي للرسول صلى الله عليه وسلم إلا أنها لا تكون دلالة قاطعة على النسب بل أنها قرينة يمكن دحضها بإثبات عدم إمكانية تواجد الزوج بمحل الزوجية في المدة المذكورة كما لو كان مقيما بالسجن وحكمة هذه القرينة أنها تكون حقيقة الأغلبية الساحقة فالأصل أن كل مولود ينسب إلى الفراش أي أن أغلبية الأبناء من صلب آبائهم.

كما أن المدة الدنيا وهي ستة اشهر ليست عادية للحمل والوضع لذلك سادت هذه القرينة منذ القديم ورغم محدودية قطعها في الحكم فقد تحملها الإنسان واخذ بها الفقهاء وهي لا تزال قائمة إلى يوم الناس هذا وهي موضوع الفصل 68 م.ا.ش.

وبالرجوع إلى أحكام هذا الفصل نلاحظ أنه أقر وسائل أخرى للإثبات وهي الإقرار والشهادة ولئن كنا لا نجادل في الإقرار تأسيسا على أنه خير ما يؤخذ به المرء إقراره على نفسه، فإن الإقرار أيضا لا يؤدي إلى القطع فهو اعتراف بالنسب لا يدعمه شيء آخر في الخارج خاصة من الوجهة العلمية الصحيحة فقد يكون المقر أسس إقراره على ثقته بزوجته أو تصوره بأن الإبن لا يمكن أن يكون إلا منه لذلك نقول بأن صبغة الإقرار هي شخصية وليست موضوعية.

فالإقرار ولئن كان سيد الأدلة فإن إطلاقه لا يكـــون إلا في المعـــاملات المالية أما في الحالة الشخصية كالنسب فيبقى ذا صبغة شخصية لا تـــؤدي حتما إلى القطع.

أما الشهادة أيضا فهي من وسائل الإثبات الشرعية والقانونية فقد أقرها الله سبحانه وتعالى في المعاملات المالية واستوجب الشارع الإسلامي شـهادة رجلين أو رجل وامرأتين للدلالة على صحة الواقعة المالية وقد أقرها المشـرع في جميع أنحاء العالم وأخذ فيها المشرع التونسي كوسيلة من الوسائل الكاملة وسوى بين شهادة المرأة وشهادة الرجل.

وهي أيضا طريقة تصلح لإثبات المعـــاملات الماليـــة والإســـتحقاق وثبوت الولادة أما بالنسبة للنسب فهي تثير إشكالا يجعلنا نتســـاءل عـــن موضوع الشهادة المطلوبة لإثبات النسب. هل هي التأكيد على مشـــاهدة الوقاع الذي أدى إلى الحمل ؟ وهذا أمر مستبعد واقعيا وأخلاقيا أم هـــل أن الشهادة هي شهادة أن الإبن ولد لفلان من زوجته فلانة ؟ وهنـــا ينقلـــب موضوع الشهادة إلى إثبات علاقة الزواج والرجوع إلى قرينة الفراش فنعـــود إلى نفس إشكال القوة الثبوتية لقرينة الفراش وهي نسبية وليست مطلقة.

وأمام ضعف نجاعة الوسائل المذكورة في الإثبات برز التطور العلمـــي في مجال التحاليل الطبية ومنها التحليل الجيني المتعلق بضبط ومراقبـــة وتحديـــد الإنسجة لدى جسم الإنسان في مختلف مكوناتـــه ويطلـــق عليـــه تحليـــل البصمات الجينية والذي كما ذكرنا يوفر نتائج على درجة كبيرة من الدقـــة يطمئن إليها القاضي وتقنعه بطريقة يقينية بعد أن كان التحليـــل الدمـــوي يقتصر على نفي النسب دون إثباته.

وقد ساير المشرع هذا التطور العلمي وتبنى هذه الطريقة في الإثبـــات ضمن أحكام القانون عدد 75 لسنة 1998 المتعلق بإسناد اللقب العـــائلي

للأطفال مجهولي النسب أو المهملين وقد أقر في الفصل الأول إمكانية إثبات النسب بواسطة التحليل الجيني.

لكن السؤال الذي يطرح هل أن هذه الطريقة يمكن أن تستعمل في إثبات النسب الذي يحدث ضمن العلاقة الزوجية ؟ أي هل تستوعب أحكام مجلة الأحوال الشخصية هذه الطريقة في الإثبات والحال أن الفصل 68 م.ا.ش. ضبط على وجه الدقة والحصر وسائل إثبات النسب ؟ وهل يجوز اللجوء إلى أحكام الفصل الأول من قانون أكتوبر 98 بمثابة البحث عن صحة واقعة نظمها الفصل 68 م.ا.ش. ؟

قد نستعجل الإجابة بنعم حيث لا يوجد مانع من ذلك باعتبار أن المحكمة وفق م.م.م.ت. مكنها المشرع من اللجوء إلى الاختيار في المساءل الفنية والعلمية لكن ما يعوق هذا التوجه هو أن قانون 98 يتحدث عن الابن مجهول النسب لا المتنازع في ثبوت نسبه أو نفيه حالما يكون قد ولد لفلانة متزوجة بفلان.

هذه التساؤلات سوف يحدثنا عنها زميلنا الهادي مشعب ضمن مداخلته المتعلقة بالإثبات بواسطة التحليل الجيني.

وفي الختام نقول بأن هذا الملتقى سوف يكون لبنة من لبنات التمازج بين القانون والعلوم الطبية بما يقرب فهم كل منهما للآخر على أن العبرة لا بد أن تكون بالسعي إلى تحديد إطار قانوني للتحاليل الجينية وذلك بضبط أسس وطرق إجراءها وتحديد النتائج التي تصل إليها بما لا يمس بأخلاقيات المهنة الطبية والعمل القضائي سعيا في الحفاظ على كرامة الإنسان وكتم أسراره وعدم ترويجها وصيانتها وتحديد الاستعمال بما ينفع فقط لتطوير العمل القضائي والبحث العلمي ولا يكون ذلك إلا بضبط قانوني لطرق الخزن ونظمها وطرق الاستعمال ضمن إطار قانوني محدد.

والله ولي التوفيق.

السنة القضائية: 2003/2002

الإثبـــــــــــات

بواسطـــــة التحاليـــل الطبية والبيولوجية

محاضـــــرة أعدها وألقـــاها : السيـــــد الهـــــادي مشعـــــب
مساعـــد وكيل جمهورية بالمحكمة الابتدائية بتونس

بتاريـــــخ 16 جانفي 2003

الفهـــــــــرس

* مقدمـــــــــــة

الجـــــزء الاول: الاثبـــات في المادة المدنيـــــة بواسطـــة التحاليل الطبيـــــــة والبيولوجيـــــــة

* الفصـــــل الاول : اثبات النسب او نفيه

المبحث الاول : التحليل الدموي ونفي النسب
المبحث الثاني : تحليل البصمات الوراثية بواسطة التحليل الجيني في اثبات النسب
المبحث الثالث : تحديد مدة الحمل بواسطة التحاليل الطبية والبيولوجية

* الفصـــــل الثاني : اثبات الحالة المدنية بواسطة التحاليل الطبية والبيولوجية

المبحث الاول : تحديد الجنس
المبحث الثاني : معاينة الموت

الجـــــزء الثانـــــي : الاثبات في المادة الجزائية بواسطة التحاليل الطبية والبيولوجية

* الفصـــــل الاول : اسناد الجريمة بواسطة التحاليل الطبية والبيولوجية

المبحث الاول : تحديد الجريمة
المبحث الثاني : معرفة مرتكب الجريمة

* الفصـــل الثانـــي : تقديـــــر الضـــــرر بواسطة التحاليل الطبية والبيولوجية
المبحث الاول : تحديد نسبة العجز
المبحث الثاني : اشكالية تقدير الضرر الجمالي .

مقـدمـــــــــــــة

يعــرف الإثــبات بأنـــه البحث عن الحقيقة والوصول إلى اليقين ولقد كانت الوسائل المعــتمدة لبــلوغ هــذه الغاية تقليدية جدا ولكن مع تطور العلوم وخصوصا التحاليل الطبية والبيولوجية أضحى الرجوع لها مسلكا هاما للبحث عن حقيقة فعل فيزيولوجي معين ،الحالات التي يتم فيها الرجوع للتحاليل الطبية والبيولوجية عديدة وهامة جدا في دراسة الإثبات.

وتعــرف الــتحاليل الطبية والبيولوجية بانها جملة الأعمال التي يقوم بها الطبيب أو الــبيولوجي لفهــم واقعــة معينة وقد يستعمل في ذلك كمواد كيمياوية أو استنتاجات منطقية ومتناسقة تؤدي إلى فهم فعل أو تحديد واقعة معينة .

وترتــبط التحاليل الطبية بالتحاليل البيولوجية شديد الارتباط على الرغم من أن مجال الطب أوسع من مجال البيولو[1]جيا (1) ولكن بفعل التطور الحاصل في العلوم عامة اصبح من الممكــن الحديث عن البيولوجيا الطبية Biologie Médicale (2) التي لها مظاهر عديدة تأتي في مقدمتها الهندسة الوراثية ،تحليل الدم واختيار الخلايا الوراثية.

فبروز الحقيقة البيولوجية يوفر للقاضي حقائق تكاد تكون مطلقة في مادة الإثبات وهو مــا يترجم ضرورة التنسيق بين القانون والتحاليل الطبية والبيولوجية. فالقوانين العلمية التي أفرزتها هذه الأخيرة تتجاوز إلى حد كبير ميادين علم الإجرام ،فالتشريعات الجنائية استفادت من إسهاماتها أمدا طويلا في مكافحة الظاهرة الإجرامية (3).

ومــن الثابت أن التحاليل الطبية والبيولوجية أفرزت وسائل تقنية لها قدرة كبيرة في الوصــول إلى الحقيقــة وفــض النزاعات المتشعبة، وبالتالي أثرت تأثيرا واضحا على مادة الإثــبات غيــر أن هــذا الــتأثير يبقى خاصا لمساسه بالقوانين التي ترتكز على المعطيات الفيــزيولوجية دون ســواها (4) . وقد حققت هذه التحاليل مكاسب لها اصل ثابت لا فقط في

---

[1]- احمد ابو القاسم احمد دراسة حول " أساليب البحث الجنائي بين الاصالة والعلم ورجاحة الفكر مجلة الامن والقانون جويلية 1993.
2- ناهدة البقصمي " الهندسة الوراثية والاخلاق" ص 83
3- احمد ابو القاسم احمد .مرجع سابق ص 34
4- ناهد البقصمي .مرجع سابق ص 65.

دراســة الإثبات و إنما أيضا في تطوير القوانين الجوهرية التي تشبعت هي الأخرى بالتحاليل الطبية والبيولوجية المجرات.

فالحالات التي يتم الرجوع فيها للتحاليل الطبية والبيولوجية للبحث عن حقيقة فعل ما عديــدة ولا يمكن حصرها فالخبير البيولوجي يحدد نسبة السقوط الحاصلة من جراء حادث ما ويــبين إن كــان الطفل ولد حيا أو ميتا قابلا للحياة أم لا ويساعد على كشف الجريمة وضبط الجناة.

فهذه الأهمية للتحاليل الطبية والبيولوجية تجعلنا نتساءل عن مكانتها في دراسة الإثبات .فماهي قيمة التحاليل الطبية والبيولوجية في دراسة الإثبات ؟.

ان أهميــة البحث عن الحقيقة والوصول إلى اليقين تفرض علينا اعتماد وسائل يقينية يغيــب فيهــا البعد الفني. فالتحاليل الطبية والبيولوجية عرفت تطورا هاما جعلها قادرة على الوقوف على الحقيقة العلمية وتقديم نتائج يمكن الاطمئنان لها.لذلك فان الرجوع لها يعد مسالة ضرورية. فالوسائل التقليدية في البحث عن الحقيقة تفتقد إلى الدقة واليقين على عكس التحاليل الطــبية تعتمد وسائل علمية متطورة ومستحضرة سواء تعلق الأمر بالإثبات في المادة المدنية (**القسم الأول**) أو الاثبات في المادة الجزائية (**القسم الثاني**).

الجــــزء الأول : الإثبـــــات في المـــادة المدنيـــــة بواسطـــــة التحاليـــل الطبيـــــة والبيولوجيـــــــة:

ترتكــز المــادة المدنيــة عــلى المعطيات الفزيولوجية لذلك فان التحاليل الطبية والبيولوجية لها قيمة كبرى بفضل النزاعات المتشعبة فيها. فالرجوع الى التحاليل الطبية في نســب الانسان (**الفصل الاول**) او حالته المدنية (**الفصل الثاني**) تعتبر ضرورة ملحة لكونها تتقصى الحقائق بطرق فنية وعلمية لاتترك مجالا للشك.

الفصـــــل الأول : إثبـــات النســـــب أو نفيــه

تضــطلع مــادة النسب باهمية كبيرة في ابراز مقومات الشخص وارساء نظام عائلي متناســق لذلك لايجب ان تحكمها قواعد تقليدية من الممكن ان يتسرب لها شك .ونظرا لاهمية المســالة فانــه مــن الضروري اعتماد طرق علمية قائمة في هذا المجال على اساس التحليل

الدموي (**المبحث الاول**) او اختبار الخلايا الوراثية بواسطة التحليل الجيني (**المبحث الثاني**) ذلك ان الوسائل التي وصلت اليها التحاليل الطبية والبيولوجية لا تترك مجالا للشك خاصة في تحديد مدة الحمل (**المبحث الثالث**).

المبحث الأول : التحليل الدموي ونفي النسب:

بناء على نظرية مندالMENDEL فان للتناسل قانونا يفترض ان كل شخص يرث خصائصه الدموية من الاب والام وذلك بالتناصف بحيث ان الطفل الذي يندرج ضمن فصيلة – أ ب – لايمكن ان يكون من ابوين من صنف – و – وسبب ذلك انه لا يمكن ان يوحد بدمه عنصر او عدة عناصر الا اذا كانت موجودة عند ابويه .وفي هذا المستوى تستند التفرقة الى حقيقة علمية تتمثل في وجود بعض المواد بالدم تعمل على تجميع كرياته اذا اخلط بنوع اخر من دم الانسان اما في الحالة التي لا نجد فيها هذه المادة عند الاب المزعوم فانه لاسبيل للحديث عن صلة النسب الدموي (5).

ولقد اقتضى الفصل 75 من مجلة الاحوال الشخصية انه " اذا نفى الزوج حمل زوجته او الولد اللازم له فلا ينتفي عنه الا بحكم الحاكم وتقبل في هذه الصورة جميع وسائل الاثبات الشرعية[2]".ولعله يفهم من وسائل الاثبات الشرعية الواردة بالفصل المذكور كل الوسائل الممكنة خاصة وان الاثبات في مادة النسب تتعلق بواقعة قانونية ولا بتصرف قانوني .واذا كان الامر كذلك فان طلب تحليل الدم يفرض نفي الزوج حمل زوجته او الولد اللازم له ، يكون في طريقه.

ولقد تسنى لمحكمة التعقيب (6) النظر في هذا الاشكال القانوني فاعتبرت وسيلة تحليل الدم من بين الوسائل الشرعية الواردة ضمن الفصل 75 م ا ش . وبذلك سايرت محكمة التعقيب محكمة الاستئناف التي اعتبرت النص المذكور لم يضبط بالعد جملة هذه الوسائل الشرعية بل تركها قابلة بان تفهم بحسب التطور الحاصل في مادة الاثبات التي تتاثر كثيرا بتطور العلوم خاصة اذا تعلق الامر باثبات واقعة قانونية كما هو الشان في مادة النسب.

---

[2]5- يوسف بالعيوني " دراسة نقدية للاثبات في القانون المدني"مذكرة للاحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص للسنة الجامعية 1993-1994 جامعة تونس ص252-253 .

6- قرار تعقيبي مدني عدد 1005 بتاريخ 27 جويلية 1976 المجلة القانونية عدد1 لسنة 1977 ص29.

وتعتــبر الاختبارات والتحاليل الطبية والبيولوجية من الوسائل التي درج فقه القضاء على اعتبارها من وسائل الاثبات القاطعة وذلك منذ القديم (7).

ويســتخلص مما سبق بيانه ان التحليل الدموي وسيلة شرعية وان نفي الابوة يدرس الفصائل الدموية ، يعتبر حقيقة علمية مقررة بصفة قاطعة (8) ولقد ايد جانبا كبيرا من الفقهاء ما ذهبت اليه محكمة التعقيب في قرارها السالف الذكر (9) فالصغة النحوية لعبارة الوسائل الشــرعية تؤكــد ضــرورة عدم الاكتفاء بما كان يعرفه الشرع الاسلامي من وسائل في نفي النســب أي اللعان وترك الباب مفتوحا لاجتهاد المحاكم حتى تعتمد اية وسيلة من الممكن ان تنفي النسب، تجعل النص متحصنا بصياغة متطورة تمكنه من مواكبة التطورات الحاصلة في العلوم.

وبناء عليه فان نتيجة التحاليل تعد قانونا من باب الشهادة ولكن سبق لفقهاء الاسلام ان تــناولوا موضوع الاختبارات الفنية واكدوا ان تحقيقات الخبير فيما يقوم ببيانه تدرج في باب شهادة الخبراء التي يكتفي فيها الحاكم بشاهد فقط (10) ليقع اعتمادها في الدعوى.

ولقــد اعتــبر احد الفقهاء ان الاراء الفقهية المشاطرة لموقف محكمة التعقيب مؤسسة عــلى افتراض خاطئ ادى بالضرورة الى نتيجة خاطئة وهي ان الفصل 75 م ا ش لايتسع لادراج الوسائل الطبية البيولوجية صلبه وان النصوص المتعلقة باثبات النسب تقف حائلا دون قبول تحليل الدم وان الفصل 75 م ا ش ورد في صغة عامة وغامضة ولايكون بالتالي اساسا صلبا لتبرير اعتماد الوسائل الطبية للغرض (11).

ولكننا نعتقد ان الاساس الصلب لايفترض بالضرورة صياغة واضحة وجلية ، تشترط اعــتماد الــتحاليل الطبية والبيولوجية في نفي النسب بل يكفي احيانا ان تكون صياغة النص واردة في شكل عام ليشتشف منها رغبة المشرع في استيعاب احدث الاكتشافات العلمية، ولعل ذ[3]لك يجرنا الى الحديث عن سياسة صياغة النصوص القانونية التي تختلف من المادة المدنية الى المادة الجزائية باختلاف المبادئ المعتمدة في خصوص كل مادة منها.

---

[1]7- قرار استئنافي عدد 3411 صادر عن محكمة الاستئناف بسوسة بتاريخ 17 جانفي 1974 م ق ت لسنة 1974 عدد5 ص66

8- الاستاذ يوسف بالعيوني المرجع السابق ص 261.

9- محمد الهاشمي دحيدح نفي النسب عن طريق تحليل الدم م ق ت لسنة 1974 عدد5 ص 12

10- محمد الهاشمي دحيدح مقال سابق ص 13

11- يوسف بالعيوني مرجع سابق ص 264.

ولـــئن كان الوضوح والدقة في صياغة النصوص الجزائية امر لابد منه تماشيا ومبدا الشـــرعية فان العمومية والشمولية احيانا تجعل النص القانوني في المادة المدنية متحصنا من النسخ او الالغاء وبذلك تجعله متطورا ومواكبا للعصر .

فالنص الافضل في صياغته يكون قابلا لان يؤول بطرق مختلفة تجعله يتمتع بمرونة تتماشـــى ومرونة القواعد القانونية في المادة المدنية خاصة اذا تعلق الامر بالاثبات لذلك فان الفصـــل 75 م ا ش يمكن ان يفهم منه ان المشرع اراد بالوسائل الشرعية كل ما من شانه ان ينفي النسب بقطع النظر عن طبيعة الوسائل المعتمدة .فيكفي ان تكون الوسيلة المعتمدة لاتجيز ممنوعا حتى يستساغ اعتمادها.

ويـــزداد راينا تدعيما برجوعنا الى تمييز التصرفات القانونية عن الوقائع القانونية ، فـــالاولى تخضـــع الى نظام الاثبات المقيد في حين ان الثانية تتاثر بنظام الاثبات الحر، ونفي النسب من الوقائع القانونية التي لايسوغ اخضاعها لاثبات نظام مقيد لذلك فاننا نشاطر محكمة التعقيب في فهمها للفصل 75 م ا ش الذي كان متطورا في صياغته البنيوية.

واجمـــالا فـــان التحليل الدموي يوفر نتائج علمية ثابتة يمكن الاطمئنان لها كلما تعلق الامر بنفي النسب.

المـــبحث الثاني : تحليل البصمات الوراثية بواسطة التحليل الجيني في اثبات النســـــــب:

ان تحـــليل البصمات الوراثية Les empreintes génétiques ترتكز على حقيقة علمية المقصود بها ان لكل شخص تفرد بيولوجي(12) Unicité Biologique تستقل بنظام وراثـــي فـــريد (13) Patrimoine héréditaire original يوفـــره كل من الاب والام بالتساوي لحظة الاخصاب.

ويكـــون هذا النظام الوراثي مستقلا في كل نواة من كل خلية في جسم الانسان ويتخذ شـــكل 23 زوجـــا من الصبغيات Chromo sonnes . وتتكون كل واحدة منها من هبات خطيـــة Molécules مركـــبة [4]بدورهـــا مـــن – د. ن. أ – (11) ويصطلح على تسميتها بالحامض النووي Acide désoxyribonucléique (14).

---

[4]12- هذا التفرد يعد حقيقة علمية لامجال للشك فيها ويستثنة في ذلك حالة التوام.

-13Jean Christophe Galloux l'empreinte génétique la preuve parfaite JCP °ed G 1991 N°3497-

وتحمـــل كل – د ن أ- جميع البيانات الضرورية المتعلقة بالتكوين الجسماني الخاصة بكـــل فـــرد وكيفية أداء كل وظيفة بيولوجية مثل طول القامة ولون العين ...الخ التي تتكون نتيجة لنشاط جزء من الحامض النووي التي يطلق عليها مصطلح المورثة الجينات Géne . ويختلف عمل المورثات من شخص الى اخر ويطلق على هذه الظاهرة اسم الشكانة البيولوجية Le polymorphisme génétique (15).

ويتميز اختبار الخلايا الوراثية عن تحليل فصائل الدم اذ ان هذه الاخيرة قاصرة على اثبات النسب بصفة مباشرة فاجراء تحليل الدم ينتهي بالحصول على دليل سلبي يتمثل في نفي النســـب فـــي حيـــن ان تحليل البصمات الجينية الذي يرتكز على مقارنة اكثر عدد ممكن من الاجهزة (خاصيات الشعر، الجلد، العين...)حتي يتمكن من معرفة هوية المعني بالأمر بصفة ايجابية وهو ما جعل البعض يعتبرها سيدة الادلة.

لقـــد ذهـــب المشـــرع التونسي صلب احكام الفصل 68 م ا ش الى ان النسب يثبت بالفـــراش او اقرار الاب او شهادة شاهدين من اهل الثقة فاكثر.ويستنتج من ذلك ان المشرع وعلى مستوى هذا النص حصر صور اثبات النسب في اقرار الاب والفراش وشهادة شاهدين فاكثر بدليل انه عددها مستعملا حرف " الواو".

وبـــناء عـــليه لايمكن التوسع في تاويل هذا الفصل ولااضافة وسائل اخرى كالتحليل البيولوجي والاختبار الجيني .

ولعـــل ذلـــك يعتـــبر مظهرا من مظاهر التنافر بين العلم والقانون لذلك فان المشرع التونســـي وامـــام الاشكاليات القانونية التي من الممكن ان يطرحها تطبيق هذا النص فانه سن قانونـــا خاصـــا تحت عدد75 لسنة 1988 بتاريخ 28 اكتوبر 1988 يتعلق باسناد لقب عائلي للاطفال المهملين او مجهولي النسب (16) اذ جاء بالفصل الاول " انه يمكن للاب او للام او النيابة العمومية رفع الامر الى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب اسناد لقب الاب للطفل الذي يثـــبت بالاقـــرار او شـــهادة الشهود او بواسطة التحليل الجيني ان هذا الشخص هو اب ذلك الطفـــل، مـــتجاوزا بذلك تعداد وسائل الاثبات على سبيل الحصر في اطار الفصل 68 م ا ش

14-اشلي مانتاجيو " الوراثة البشرية" ترجمة زكريا فهمي مكتبة انجلو المصرية القاهرة 1970 ص25.

15- ظهرت هذه التقنية على يد العلماء البريطانيين A JEFFREYS J BROCKFIELD et R SEMENOFFI VOIE ROSSIN LADN remplace les empreintes génétiques Sc et Vie n°823 1986 page 46 .

16- الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 30 اكتوبر 1998 عدد 87 ص2176

واعترافا منه باهمية التحاليل الطبية والبيولوجية في اثبات النسب وخاصة التحليل الجيني الذي لايترك شكا وبذلك وفر الاحراج عن القضاء عندما تتعارض نتيجة التحاليل الطبية والبيولوجية مع ما اقرته الوسائل الواردة صلب الفصل 68 م ا ش خاصة وان احكام هذا الفصل تهم النظام العام.

واجمالا ونظرا لاهمية النسب في النظام الاجتماعي والعائلي فان المشرع التونسي لم يتركها لشهادة الشهود فحسب بل اعترف بالتحليل الجيني الذي هو في الحقيقة تحليلا طبيا وبيولوجيا.

المبحث الثالث : تحديد مدة الحمل بواسطة التحاليل الطبية والبيولوجية:

تتمثل مدة الحمل في الفترة الممتدة بين مرحلة التلقيح حتى لحظة الولادة .ويكون فيها الكائن الحي في المرحلة الجينية (17) وهي من الناحية العلمية تدوم تسعة اشهر ومن الممكن ان تقل عن ذلك الى حدود ستة اشهر غير انه لايعقل بناء على التحاليل الطبية و البيولوجية ان تتصور جنينا يبقى في رحم امه لمدة تتجاوز تسعة اشهر ففي هذه الحالة يلتجئ الطبيب الى التوليد القهري والا فان الموت يجمع الجنين بامه. ومن الممكن احيانا الا تواصل الام حملها وتضعه قبل اوانه Prématuré ففي هذه الحالة فانه يتم اللجوء الى الوسائل الطبية حتى يكتمل نمو الجنين ان كان قابلا للعيش .

ومن الملاحظ ان اول قاعدة تنعكس عليها التطورات الحاصلة في التحاليل الطبية والبيولوجية هي قرينة القرائن التي عرفها القانون الروماني وكذلك الفقه الاسلامي ويفهم من هذه القرينة ان الطفل الذي تضعه امراة متزوجة بعد ستة اشهر على الاقل وقبل مضي عام[5] على انحلال العلاقة الزوجية ينسب الى الزوج.وبناءا على المدة العادية للحمل التي تبلغ تسعة اشهر فان الاجال المؤسسة على قرينة القرائن لا تتماشى والمنطق العلمي السليم .

فالتقنيات البيولوجية اصبحت اليوم قادرة على معرفة نسب الطفل ومدة الحمل الحقيقية فلم يعد مبررا لاعتماد هذه القرينة خصوصا امام هذا التطور اللامتناهي للاليات البيولوجية التي تحدد التاريخ الصحيح للحمل وستؤثر بداهة على هذه القرينة التي لن تشمل الاطفال الذين يولدون في ظروف تجعل ابوة الاب مشكوك فيها بل ستؤدي الى استبعادها.

---

[5] 17- ناهد البقصمي مرجع سابق ص 84

الفصل الثاني : اثبـــات الحالة المدنيـــة بواسطة التحاليـــل الطبيـــة والبيولوجيـــــــة:

ان اثـبات الحالـــة المدنية للشخص عبر التحاليل الطبية والبيولوجية مسالة خالية من الـــتعقيد .وان هـــذه الـــتحاليل تقدم نتائج يقينية يطمئن لها القضاء . فاعتماد التحاليل الطبية والـــبيولوجية فـــي اثبات الجنس (**المبحث الاول**) او في معاينة الموت (**المبحث الثاني**) او ترسيم الوفاة (**المبحث الثالث**) تعد مرجعية هامة ومتقدمة.

المبحث الاول: تحديـــد الجنس :

تتـــبؤ مســـالة تحديـــد الجـــنس مكانة هامة في الانظمة القانونية لتاثيرها الشديد على مؤسستي المواريث والزواج ومع ذلك فان المشرع التونسي لم يكلف نفسه عناء تقديم تعريف للجـــنس مثله في ذلك كمثل المشرع الفرنسي الذي اكتفى صلب الفقرة الاولى من الفصل 75 مـــن المجلة المدنية بوجوب ذكر جنس الطفل بمضمون الولادة او الفصل 75 من نفس المجلة في فقرته الاخيرة الذي تعرض الى ضرورة اختلاف الجنس لشرعية الزواج.

وامام هذا الفراغ التشريعي تولىفقه القضاء الفرنسي تقديم تعريف للجنس عندما اثير امامه كسبب من اسباب بطلان الزواج ($8^{6}1$) فقد ارتأت محكمة التعقيب الفرنسية (**19**) إلى أن الجنس يتم تحديده بالمظاهر الخارجية بقطع المظر عن نجاعته أو غياب الجهاز المميز له كـــانعدام وجـــود الرحم أو المبيض absence d'utérus ou d'ovaires فيكفي ان يكون الزوجان على اختلاف ظاهر في الجنس حتى يصح الزواج .

وتـــتميز هذه الحالة عن تلك التي تتعلق بالعجز الجنسي الذي يمكن تعريفه بعدم قدرة احد طرفي الزواج على الممارسة الجنسية (**20**).

ويســـتخلص ممـــا سبق بيانه ان المعيار المرفولوجي يبقى دائما نسبي ولايعتد به في حالات تتشعب فيها المظاهر الخارجية للجنس ومن بين هذه الحالات نجد الخنثاء الذي له آلة الرجال وآلة النساء معا او ليس له شيئا منها فلا يمكن الجزم في جنسه.

6- Michel Trouchu - l'impuissance- 1965 chronp153 et s

19- Cass 06/04/1903 DP 1904 I 395 avec la conclusion du procureur general BOUDOUIN.1904 I273

20- Micheal TROUCHOU op cit page 153.

فبالاضافة الى الخنثاء فقد يحصل ان تتشعب المسالة اكثر عندما تولد الانثى في شكل ذكر ويتم علاجها بالخص لتصبح انثى بناء على الظاهر الخارجي غير ان الخصائص الانثوية الهـرمونية جاءت نتيجة تحويل ا صطناعي في حين ان الجنس التناسلي كان ذكرا. فاعتماد المعيار السالف الذكر لا ينفع في شيء لان الظاهر يتناقض في مثل هذه الحالة.

ومن الملاحظ ان المشرع التونسي لم يتعرض لمثل هذه الحالة ولم يضع لها احكامها على الرغم من اهميتها في المواريث وفي صحة عقد الزواج.

وامام هاته الحالات المتشعبة لا يستقيم واقعا وقانونا اعتماد المظهر الخارجي لمعرفة الجـنس ذلك ان جواز اعتماده يفتح الباب بالتلاعب على قواعد المواريث خاصة في الانظمة القانونيـة العربية المتشبعة بالاحكام الاسلامية في مادة المواريث التي تميز مناب الذكر عن مناب الانثى. وعليه فان هذا المعيار يتميز بكثرة البساطة وقلة الدقة في معرفة طبيعة الجنس وتزداد عدم ناجاعته عندما يرغب الشخص الذي غير جنسه في تغيير حالته المدنية بما يتلاءم وجنسه الجديد .

واجمالا فان مسالة اثبات الجنس تضطلع باهمية كبرى في الابحاث العلمية والمخبرية لـتاثيرها الشـديد على الوضعيات القانونية خاصة في المادة المدنية التي تتاثر في جزء كبير مـنها باخـتلاف الجنس الذي لا يجب تحديده بناء على المعيار المرفولوجي الذي سبق بيان بسـاطته وقلة دقته بل يجب الرجوع فيه الى التحاليل الطبية والبيولوجية المخبرية التي تمير بين الذكر والانثى ولاتؤمن بوجود نوع ثالث من الجنس الى جانبهما فهي تؤكد على الوجود الهرموني في الجنسين ولا تتاثير بالظاهري او بالعمليات الجراحية في تغيير الجنس. فالتحاليل الطبية والبيولوجية لها ما يمكنها من بيان الجنس الصحيح الذي ينتمي له الشخص.

المبحث الثاني : معاينـة الموت :

ما من شك ان معاينة الموت تضطلع باهمية كبرى يمكن حصرها في امران التاكد من حـدوث الوفـاة ومعرفة ساعتها بشكل تقريبي ففي هذا المجال لايجوز الاعتماد على المعرفة الظـنية بـل لابد من الرجوع الى الخبراء وهم اساس الاطباء ، حيث اقتضى الفصل 1 من الامـر العلي المؤرخ في 19 جويلية 1951 ان الوفاة يجب ان يشاهدها طبيبان من المؤسسة الاستشفائية للتحقق من الموت كذلك بالنسبة للقرار الصادر عن وزير الصحة العمومية بتاريخ 01 اوت 1991 الذي اوكل هذا الاختصاص للطبيب دون سواه .

ولعـــل هـــذا الحرص في اسناد هذه المهمة للتحاليل الطبية بواسطة طبيب تفسر مدى اهميـــة لحظـــة الموت التي لاتكون في ومضة واحدة بل في تمش كامل يبدا بتوقف المراكز الحيوية في جسم الانسان .ويؤدي هذا التوقف الى موت وظائف الخلايا ثم يتولى التوقف كافة الاعضاء ليؤول الى موت وفناء كافة الانسجة الحية في البدن **(21)**.

وإجمـــالا فـــان معرفة لحظة الموت تتطلب كثرة الدقة لاثباتها لذلك ترتكز الابحاث الـــبيولوجية والتحاليل الطبية على مسائل دقيقة جدا في تحديد الموت وبيان زمانه خاصة في حـــالات متشـــعبة جـــدا يشـــتبه فيها الاحياء بالاموات. فاثبات لحظة الموت تكون بناء على خصائصـــه المـــتطورة والـــتي لها اصل ثابت في العمل الطبي ومستمد من البحوث العلمية والبيولوجية المتطورة فالموت يفصله عن الحياة ثلاثة مراحل **(22)**.

اننا نجد في اولها مرحلة الموت الظاهر وتتمثل عوارضه في توقف التنفس مع تقلص مـــلحوظ فـــي[7] نبضـــات القلب التي تصبح كلينيكيا خفية وغير محسوسة. ففي هذه المرحلة لاتستطيع الجزم بان الانسان قد مات وانه لاسبيل لرجوعه ،ويباشر فتح تركته اواخذ اعضاء منه .

امـــا المرحلة الثانية فهي مرحلة الموت النسبي وهي التي تتوقف فيها الدورة الدموية وهي مرحلة قريبة جدا من الموت غير انها لاتزال ظنية ولايجوز اعتبارها مرحلة موت فعلي لكن ذلك لايكون الا في مرحلة الموت المطبق. وتنحصر عوارضه في موت المخ ويعد ظهور جمـــلة هذه المؤثرات التي تدل كلها على توقف المخ عن نشاطه درجت العادة على ان يتولى الطـــبيب القيام بسلسلة من الفحوصات التي تبرز جميعها نتيجة سلبية **(23)**وبذلك يتاكد بصفة مطـــلقة ولارجعة فيها من الموت المحقق فيتولىالطبيب حقن الشخص بمادة الانتروبين فينتج عـــنها اســـراع دقـــات القـــلب كما يلاحظ ظهور خط مستقيم رغم عمليات الاثارة في عملية التســـجيل الكهربائي للمخ وعندها يمكن القيام بعملية اخذ الاعضاء من الميت اوافتتاح تركته **(24)**.

---

[7] 21 رضا خماخم وسمير معتوق " زراعة الاعضاء بين الطب والدين والقانون م ق ت لسنة 1993 ص 27

22- رضا خماخم وسمير معتوق مرجع سابق ص 22

23 الموجز في الطب الشرعي للدكتوران سحر كامل ومحمود مرسي ص 48 وما بعدها

24- Pr Agrégé M NABIL BEN SALAH cours de medecine légale -aspecst techniques législatifs et reglementaires des entreprises scientifiques et médicolégales- page 2

25- احمد ابو القاسم احمد مرجع سابقة ص 35

الجـــــــزء الثاني : الاثبـــــات في المـــــادة الجزائيـــــــة بواسطـــــة التحاليـــــل الطبيـــــة والبيولوجيـــــة :

ان التحاليل الطبية والبيولوجية المجراة داخل المخابر او خارجها تقدم حقائق يقينية لها اهميـــة كـــبرى فـــي المادة الجزائية وتساعد الى حد كبير في كشف الجريمة والتعرف على مرتكـــبيها وهـــو مـــا يصطلح على تسميته بالاسناد (**الفصل الاول**) كما انها تعتبر المرجعية الاولى والوحيدة في تقدير الضرر (**الفصل الثاني**).

الفصـــل الاول: اســـنـــــاد الجـــريمـــــة بواســـطة الـــتحاليل الطـــبيـــة والبيولوجيـــــــــــــة:

لقـــد تطور عالم الجريمة تطورا مذهلا فتقلصت الجريمة التقليدية ذات العلاقة الثنائية بين الجاني والمجني عليه والضرر المحدود لتفسح مساحة اكبر للجريمة المنظمة بكل ابعادها الخطيرة .

لقد كان للتقدم الذي شهده العالم في مجال العلوم والتكنولوجيا اثره الواضح في تطور الجـــريمة،حيث استخدمت كافة تقنيات العالم الحديث في التخطيط للجريمة وتنفيذها وفي جزء مـــنها كـــان لـــزاما الـــرجوع الى التحاليل الطبية والبيولوجية لتكون اسلوبا علميا ودقيقا في المواجهة (25).

وان هذه التحاليل يمكن الاعتماد عليها في فحص الاثر المادي للجريمة للتعرف عليها (**المبحث الاول**) كالتعرف على الجاني وذلك بتقديم الادلة الكافية لاتهامه (**المبحث الثاني**).

المبحـــث الاول : تحديـــــد الجريمـــة :

ان الـــرجوع للـــتحاليل الطبية والبيولوجية يعد مسالة هامة في في العديد من الحالات خاصـــة اذا تعلق الامر بوجود فعل ضار من ذلك مثلا ان يقوم شخص بالاعتداء بالعنف على شخص اخر ففي هذه الحالة فانه لابد من التحاليل الطبية التي وجودها يحدد نوع الاعتداء فقد يلاحـــظ الطبيب ان المتضرر من الاعتداء لم ينله من هذا الاخير الا مجرد عنف لايستوجب اكثر من ستة ايام من الراحة عندها يكون المعتدي مسؤولا من اجل الاعتداء بالعنف الخفيف

وهـو مـنطوق الفصل 329 م ج وقد يستوجب هذا الاعتداء اكثر من ذلك ايام راحة فتصبح الجريمة في الاعتداء بالعنف الشديد طبقا لاحكام الفصل 218 م ج.

وفي حالات اخرى اكثر خطورة فقد يترك الاعتداء سقوطا للمتضرر ففي هذه الحالة لابـد مـن الرجوع الى التحاليل الطبية والبيولوجية التي تحدد نسبة السقوط طبق عمل علمي منظم.

وبالاضـافة الى ذلك فان دور التحاليل الطبية والبيولوجية في الاعتداءات التي تمس بشـرف الانسان وعفته يعد هاما .فالتحاليل التي تجرى على المتضرر من هذه الجرائم تحدد بشكل واضح نوع الاعتداء الذي تعرض له المتضرر وبالتالي تحدد نوع الجريمة .

فـان الطـبيب يحدد ان كان الاعتداء بفعل فاحشة او انه مواقعة وذلك بفحص مكان الجريمة اذ انه لايقتصر على تصريحات المتضرر وحده.

ويزداد دور التحاليل الطبية اهمية خاصة في معرفة رضا المجني عليها في المواقعة ففي الحالة التي تكون فيها هذه الاخيرة فاقدة للرضا فان التحاليل الطبية والبيولوجية تبين ذلك ضمن تقرير مفصل .

وتكون الجريمة في مواقعة انثى دون رضاها طبق احكام الفصل 227 م ج وان كان هـناك خطفا باستعمال العنف فان الطبيب الفاحص يحدد ذلك كما يؤكد احيانا وجود المواقعة ووجود الرضاء ايضا من طرف المجني عليه وبذلك يتغير وصف الجريمة .

وقد يحصل احيانا ان يتوفى الشخص وتحوم شكوك في بادئ الامر حول موته ان كان مسترابا او ان الموت طبيعيا.لذلك فان التحاليل الطبية والبيولوجية ترفع عنا هذا اللبس وتبين للقضاء نوع الموت واذا كان الموت بفعل فاعل فاننا نتحدث عندها عن قتل نفس بشرية.

المبحث الثاني : معرفـــة مرتكـــــب الجريمـــــة:

يعـتد المجـرمون في استخدام العلوم الحديثة في مجال الجريمة على اسلوبين : اما طمـس الاثـار الـتي تقود الى معرفة مرتكب الجريمة واما جعلها من الضآلة حيث يصعب

الكشـــف عـــنه لذلـــك فان مهمة التحاليل الطبية والبيولوجية تكون صعبة وتسعى للكشف عن الجاني .

فقد يحدث احيانا ان يترك الجاني اثارا تدل على هويته من ذلك مثلا قد يترك الجاني بفـــرج المتضررة اوتبانها اثارا لمنيه او قطرة دمه فانه بفعل التحاليل الطبية والبيولوجية التي تتولى تحليل خصائص كل منها ومقارنتها بتلك الموجودة لدى الجاني وبالتالي تقديم الادلة التي تؤيد اتهامه فهي ادلة تستلزم شروطا معينة في تطبيقها ومدى كفايتها ونظام تسلسلها لكي تقنع القاضي.

الفصـــل الـــثانـــــي : تقديـــــــر الضـــــــرر بواسطة التحاليل الطبية والبيولوجية :

لقـــد اهمـــلت القوانيـــن القديمة المعطيات البيولوجية الجسمانية على الرغم من اهمية الجسد الذي يعتبر سند الانسان (26) لذلك فان القوانين الحديثة التي تشبعت بمكاسب الاعمال الطـــبية والابحـــاث الـــبيولوجية عرفت تطورا هاما في حماية وحدة الجسد تمثلت اساسا في التعويض على الاضرار الجسدية.

8

ويقصد بالاضرار الجسدية العجز المستمر الذي يبقى بعد كل التئام للجرح وترجع نسبة تحديده وبيان مدى جسامته الى اهل الخبرة باعتبارها من المسائل الفنية البحتة والتي تترجم بشكل واضح ضرورة التنسيق بين القضاء والعمل الطبي والبيولوجي.

فغايـــة كـــل شخص لحقه ضرر ما يتحصل على تعويض عادل يتماشى وحقيقة هذا الضـــرر الحاصـــل له بسبب الضرب او العنف او الجرح على وجه الخطا وتعتبر الاضرار الناجمة عن حوادث المرور وحوادث الشغل والاعتداء بالعنف الشديد الناجم عنه سقوط بدني مستمر مجالا هاما لتعويض عن الاضرار الجسدية.

ففـــي معظـــم الحالات وقبل معرفة الى من تعود المسؤولية ؟ فان المحاكم تسخر احد الاطباء لوصف نتائج الفعل الضار مع بيان مختلف العناصر التي بفضلها يتم تقدير الاضرار الحاصلة له .

---

[8] ROGER NERSON op cit page 672 -26

ويجـــب ان يكـــون الضرر الجسدي القابل للتعويض حلا وثابتا ومباشرا حتى يتالف للمتضرر حق في المطالبة بالتعويض.

ويـــتكون الضـــرر من مختلف المصاريف التي يتكبدها المتضرر اثناء علاجه مع ما فاتـــه مـــن ربـــح وما لحقته من خسارة .غير اننا في هذا الاطار سنتقتصر على بيان كيفية احتســـاب نســـبة السقوط (**المبحث الاول**) واشكالية تقدير الضرر الجمالي (**المبحث الثاني**) نظرا لارتباطهما بعمل الطبيب الخبير في الميدان البيولوجي بواسطة التحاليل التي يجريها .

المبحـــــث الاول : تحديـــــــد نسبـــــة العجـــز:

لقـــد ذهـــب البروفسور "روشي" ROCHE (27)الى ان تحديد نسبة العجز المستمر ليست الية ويمكن للمحكمة ان تستند الى شرح مفصل للسقوط دون البحث عن نسبته المائوية غير انه من الاكيد ان تحديد نسبة العجز البدني ومدى جسامته تعد من المسائل التي تدخل في جوهر اختصاص اهل الخبرة باعتبارها من المسائل الفنية الصرفة.

ومـــن الملاحـــظ ان العجـــز او الســـقوط المعـــوض عـــنه يجب ان يكون مستمرا permanent[9] ولا مؤقتا ذلك انه المؤقت يرجى شفاؤه في حين ان المستمر موجب للتعويض.

ويختلف التعويض باختلاف نسبة السقوط البدني النهائية والسقوط المستمر المؤقت فان هذا الاخير لا يعتد به في التعويض ذلك ان نسبته غير مستقرة وقابلة للتغيير والتعويض عنها يطـــرح اشكاليات عديدة تختلف باختلاف تفاقم الضرر او انخفاضه.ولقد جرت العادة على ان يؤجـــل الخبراء تحديد النسبة النهائية الى البرء النهائي وهو ما يطرح اشكاليات واقعية كبيرة تشـــمل اساسا في طول مدة البرء النهائي لذلك فان المحاكم تصدر احكاما وقتية فيها غرامات وقتية كذلك لفائدة المتضرر تعمل على تقديم تسبقة للمتضرر في انتظار البرء النهائي.

وفـــي حالـــة وجود ضرر بدني فان الطبيب يقدم الوصف الواضح والشامل لمخلفات الضـــرر التي بقيت عند المتضرر بعد برئه من الحادث وعليه ان يبين تاثيرها على وظائف الجســـم فـــي مختـــلف اوجه النشاط البشري أي النشاط اليومي الذي يخص استقلالية الانسان والنشاط العائلي الذي يعني الاعتناء بالبيت وبالاطفال والنشاط الاجتماعي الذي يشمل العلاقات مع الاخرين والعمل والمهنة.

---

[9] 27- LE PROF : ROCHE " BUL DE MEDECINE LEGALE1965

ويـــتولى الخبير ترجمة هذا القصور الوظيفي بنسبة مائوية للعجز المستمر وغالبا ما يكـــون عجزا جزئيا وهذه النسبة تستعمل من طرف القاضي لحساب التعويض و يلجا الخبير دوما الى جدول قياسي لتقدير نسبة العجز ليكون اقرب ما يمكن للعدالة.

ومن الملاحظ ان الاضرار التي يتم الرجوع في تحديدها للتحاليل الطبية والبيولوجية عديدة جدا من ذلك مثلا الاضرار الحاصلة من جراء حوادث المرور او فواجع الشغل او تلك الناتجة عن الاعتداءات بالعنف.

ففي اطار القانون الخاص المتعلق بفواجع الشغل قصر المشرع التعويض على النقص الحاصل في المقدرة المهنية الواقع ترجمته الى نسبة سقوط مائوية.

ولقـــد اقتضى الفصل 38 من القانون عدد 28 لسنة 1994 في فقرته الثانية على ان نسبة العجز المستمر تحدد من قبل لجنة طبية حسب نوع وخطورة الاصابة، والحالة الصحية العامـــة للمتضرر، وعمره وامكانياته البدنية ، والعقلية ، وكذلك مؤهلاته ومستوى اختصاصه المهـــني. باعتـــبار جـــدول قياســـي يضـــبط بقرار من وزيري الصحة العمومية والشؤون الاجتماعية.

ومـــن الملاحـــظ ان الجـــدول القياسي، لم يظهر الى الوجود على الرغم من اهميته التطبيقية. وفي غياب هذا الجدول فان المحاكم ترجع لاهل الخبرة لتحديد نسبة العجز اللاحقة بالاخير معولة في ذلك على خبرتهم ونزاهتهم.

وقد يحصل احيانا ان يتعرض الشخص الى حدثان فبعد ان يحدد الطبيب نسبة العجز اللاحقـــة بالمتضـــرر، يتـــبين ان المتضرر سبق له وان تعرض لحادث آخر. ففي مثل هذه الصورة، فان الحادث الثاني وبالتالي نسبته لا تحسب الا مما بقي للاجير المتضرر من قدرة بعد خصم نسبة العجز الاولى.

ويســـتخلص مما سبق انه لو خلف الحادث الاول للمتضرر نسبة عجز تقدر بـــــ35 بالمائة، ثم مني بعجز من جراء الحادث الثاني، قدر بـــــ20 بالمائة . ففي مثل هذه الحالة فان الحـــادث الثاني لم تترتب عنه في الحقيقة الا نسبة عجز تقدر بـــــ13 بالمائة، ذلك ان القدرة الـــبدنية للمتضرر زمن الحادث الثاني، لم تكن تقدر الا 65% بعد خصم 35 بالمائة . وبناءا عليه فان النسبة الثانية لا تخصم الا مما تبق له من قدرته .

امـــا اذا تـــرتب عـــن الحادث نسبة عجز مختلفة من جراء حصول اصابات مختلفة للمتضرر بيده ورجله وعينيه، قدرت على النحو التالي بـــــ15 و 20 و 10 بالمائة فلا نضم فـــي مـــثل هذه الحالة كل النسب الى بعضها لتصبح 45 بالمائة، وانماتعدل وفق قاعدة علمية تعـــرف بقاعـــــة بلـــتـــــزار (Balthazar) فتطرح تبعا لذلك النسبة الكبرى من المائة 100 - 20 = 80% ويقســـم هـــذا الباقي على مائة ، ويضرب في النسبة الثانية ، ويضاف الحاصل الى النسبة الاولى من جهة ، ويطرح مما وقعت قسمته على المائة ثانيا .

ولقـــد اقـــرت محكمة التعقيب التونسية في قرارها تحت عدد 6529 بتاريخ 12 ماي 1982 **(28)** [10]طـــريقة بلـــتزار وقـــد جاء به " أن المتضرر في عدة اماكن من جسده بنسب مـــتفاوته بالمائة في عينه ويده . ورجله مثلا (50، 40 ، 10) فلا تضم تلك النسب لبعضها فتصـــبح 100 % بل القاعدة المعمول بها هي ان النسب مهما تعددت فلا تتجاوز المائة وهي كـــامل الشخص المتضرر، وتحسب هكذا النسبة الثانية، ويضاف للحاصل النسبة الاولى من جهة ويطرح مما وقعت قسمته على المائة ثانية ، والباقي تجرى عليه الطريقة الثانية.

ويـــزداد دور التحاليل الطبية والبيولوجية اهمية عندما يكون سائق السيارة تحت تاثير الحالة الكحولية فان اثبات هاته الحالة يكون بواسطتها.

المبحث الثاني : اشكاليـــــة تقديـــــر الضـــــــرر الجمالـــــي
Préjudice Esthétique

يقصـــد بالضرر الجمالي التشويه الحاصل للانسان في جسده الذي يمس بجماله، وهو ضـــرر هام خاصة بالنسبة للنساء ، وعلى الاخص الفتيات غير المتزوجات ، **(29)** ويختلف عـــن الضـــررين ، المادي والمعنوي، وهناك من الفقهاء من يعتبره ضرر معنوي، لما يعانيه المتضرر جماليا من المآسي والحسرة، التي ترجمها البعض بالضرر الادبي او المعنوي. ولئن كان القانون العام لا يعوض عن الضرر الجمالي الا ضمن إطار الضرر المعنوي. كما إستقر على ذلك فقه القضاء، باعتبار وان الفصل 83 م ا ع حصر التعويض على الضررين المادي والادبي او المعنوي ولم يقع التنصيص به على الضرر الجمالي صراحة.

28- نشرية محكمة التعقيب لسنة 1982 القسم الجزائي ص 181
29- محمد الشرفي كيفية تقدير الضرر المعنوي م ق ت ماي وجوان 1973 ص 47
30- قرار تعقيبي مدني عدد 11186 في 1976/05/27 م ق ش تعليق السيد محمد الخياري .
31- قرار تعقيبي مدني عدد 4850 في 1981/12/14 الجزء الاول القسم المدني .

وقــد يحصل احيانا ان يتضرر العامل الأجير من جراء التشويه الذي يطرأ على وجه او احــد اعضــائه بما يصيره مشوها، فهذا الضرر لا يعوض عنه الا اذا كانت له انعكاسات على المقدرة المهنية لـــــلأجير.

ومــن الملاحظ ان فقه القضاء التونسي ضل متذبذبا في هذا المجال فلقد اكدت محكمة الــتعقيب في احد قراراتها **(30)** " ان اعتبار السقوط الحاصل بسبب التشويه من تقدير نسبة السقوط الجملي الحاصل اثر حادث شغل يقتضيه الفصل 19 م ف ش . وفي مناسبات اخرى ذهــبت محكمــة الــتعقيب الى " ان فاجعــة العمل التي حصل بها سقوط تشويه فان التشويه لايقتضي الجراية بخلاف السقوط فانه يستوجبها" **(31)**.

وقــد يكــون للتشــويه الجمــالي تاثير على عمل المتضرر فهل يستحق هذا الاخير التعويض؟ خاصة بالنسبة لموظفي النزل وما شابههم.

ان الاجابــة لاتكون الا بالايجاب ضرورة ان هذا التشويه قد يكون حجة على المؤجر لفصلهم عن العمل او على الاقل لتحويلهم الى اختصاص اخر قد لايتلاءم مع مؤهلاتهم خاصة وان اعادة التصنيف طبقا لاحكام الفصل 27 من القانون عدد28 لسنة 1994 لاتهم الا العملة او الاجــراء المتضررين المصابين.فاننا نقر تبعا لذلك بان هذا التشويه قد نتج عنه عجز في المقــدرة المهــنية للمتضــرر وبالتالي فهو مستوجب للتعويض كما ان اعادة التصنيف وعدم ملاءمــة العمل الجديد مع مؤهلات الاجير قد تكون حجة لمؤجره لطرده عملا باحكام الفصل 14 من مجلة الشغل بسبب الانهيار في حجم الانتاج ونوعيته ..فيكون بذلك المتضرر قد مني بخسارة مضاعفة وهي خسارة بدنية (التشويه) وخسارة معنوية (مضاعفات التشويه) وخسارة مادية(وهي فقدان المورد)دون تعويض عادل.وقد نجد لهذا الحق في التعويض سندا فيما درج عــليه الخــبراء في مادة الاختبارات المهنية والذين درجوا على بيان درجة التشويه الجمالي اللاحقــة بالمتضرر ولكن باعتماد مقاييس مختلفة اذ لايعتمد على نسبة مئاوية وانما على سلم عشر درجات وهو ما يمكن معه للمحكمة تحويل تلك النسبة الى نسبة مائوية والحكم تبعا لذلك بالتعويض **(32)**[11].

---

[11]32- عبد الرحمان بن سعيد ومنصف حمدون ق ت جويلية 2001 ص 29 وما بعده.

علاقة علم الوراثة الجينية بالقانون

الدكتور نبيل بن صالح

1 - المقدمة :

يلتجأ القاضي بصفته طبيب المجتمع إلى عدة فئات من المهنيين للإستنارة بمعلوماتهم و خبرتهم النابعة من تخصصهم في ميدان ما حتى يلم بكافة جوانب القضايا المعروضة عليه و يتمكن من الجزم فيها.

و يستنير بالطبيب و بصفة خاصة بمن كانت له خبرة في علم الجينات من الأطباء حين تعرض عليه قضايا تتعلق :

1- بالبحث و التعرف على مرتكبي جرائم قتل أو إغتصاب ؛
2- بإثبات النسب و إسناد لقب الأب لمولود ؛
3- بالتعرف على هوية جثة أو بقاياها ؛
4- بالتأكد من هوية شخص من طرف إدارة الهجرة قبل إسناد الجنسية.

و قد أدى تطور علم الجينات إلى رفع الستار في السنوات الأخيرة على المجين البشري الذي تمكن العلماء في الخمسة عشرة سنة الأخيرة من إستكشاف بعض طياته و إستعمالها للتعرف على هوية الإنسان على نمط بصمات الأصابع و أطلق عليها لذلك إسم "البصمات الجينية".

و من المعلوم أن هذا الإكتشاف يمثل ثورة علمية كبرى في مجال التعريف البشري حيث أنه فتح على سبيل المثال باب إثبات النسب في قضايا نكران المولود عوض الإلغاء للنسب الذي كان وحده ممكنا باللجوء إلى تقنيات تحديد فصائل الدم.

إلا أن هذا الإستعمال القضائي أو الشرعي للبصمات الجينية يستدعي من الأطباء إحترام الأخلاقيات الطبية و من القضاة كامل الرصانة كي يبقى اللجوء إليه في حالات شاذة و مؤطرة و العمل على عدم فتح هذا الباب لقضايا القانون الخاص و الحال أننا بدأنا نشهد تراجعا في مردوده إثر الولادتين الأخيرتين المزعومتين لطفلتين مستنسختين في إيطاليا (ديسمبر 2002) و هولندا (جانفي 2003).

و نشهد بالرجوع إلى القانون المقارن أن هذه الإحترازات الأخلاقية تحصن بعديد الإجراءات المدنية و الجنائية المأخوذة من طرف عديد البلدان لتأطير و تطويق اللجوء إلى التحاليل الجينية مثل ماحدث في فرنسا.

2 - أمثلة من الواقع :

أعتقد أن أحسن ما ندخل به علاقة علم الوراثة الجينية بالقانون هو باب الواقع لذا إخترت أن أقدم لكم في البداية القضايا التالية كأمثلة :

المثال الاول :

إستعمال البصمات الجينية للتأكد من الهوية أو لإثبات الهوية قبل إسناد الجنسية :

هاجر طفل غاني الأصل من مسقط رأسه بإنقلترا إلى غانا للإلتحاق بأبيه القاطن بوطنه الأصلي و صار بعد ذلك يزور من حين لآخر أمه و أختاه اللاتي مكثن بإنقلترا بدون أن يتمكن من الحصول على شهادة إقامة بمسقط رأسه من السلط البريطانية و ذلك لأن إدارة الهجرة شككت في هويته معتقدة أنه وقع تقمص شخصيته من طرف طفل غريب عن العائلة أو على الأقل من طرف إبن خالته. و قد أظهرت التحاليل العادية لفصائل الدم قرابة حقيقية بين الطفل المشبوه فيه و الأم (حيث كان إحتمال عدم القرابة بينهما يناهز الواحد بالمائة) إلا أن خصوصيات فصائل الكريات الحمر و البيض و فصائل الخمائر كانت لا تمكن من الفصل بين علاقة هذه المرأة بالطفل كأم أو كخالة. لذا طالبت العائلة بالقيام بالتحاليل الجينية لمقارنة البصمات الجينية للطفل و الأم التي أظهرت في الأخير حقيقة علاقة الأمومة بين المرأة و الطفل الشيء الذي أقنع إدارة الهجرة لتمكين الطفل من حق الإقامة ببريطانيا.

المثال الثاني :

إستعمال البصمات الجينية المستخرجة من الحيوانات المنوية للتعرف على مرتكب جريمة إغتصاب من بين عدة متهمين :

عثر بإحدى غرف نزل بطوكيو على جثة إمرأة عارية و قد إتضح أن الموت ناتجة عن خنق الضحية قبل 24 ساعة تقريبا من إكتشافها و قد عثر بمكان الجريمة على "واق Préservatif" يحتوي على بقايا من المني الشيء الذي أقنع المفتشين بأن المجرم قد قتل الضحية إثر جريمة إغتصاب.

أدت الأبحاث إثر ذلك إلى إلقاء القبض على متهم ثم أخذت عينات من دمه و إستخرجت منها بصماته الجينية التي قورنت بالبصمات الجينية المستخرجة من الحيوانات المنوية الباقية في الواق و سمحت هكذا بإثبات تهمة القتل و بمحاكمة الجاني.

و نلاحظ هنا أنه تم إستخراج البصمات الجينية من المني الصافي الذي لم يختلط بسوائل المهبل و قد مرت على إفرازه مدة قصيرة (24 ساعة) و هي حالة نادرة في ميدان

الإجرام. و في أكثر الحالات يمر زمن طويل قبل العثور على المني الذي نجده في حالة تحلل يصعب فيها إستئصال فصيلة الدم و إستخراج البصمات الجيْنية و قد إستطاع قيستي و بقية فريقه إستخراج البصمات الجينية من مني مختلط بسوائل المهبل إثر إستعماله لتقنيات حديثة سمحت له بحل الخلايا الأخرى الواقعة بالمهبل ثم بنبذ (centrifuger) الخليط لعزل خلايا المني ثم إستخراج البصمات الجينية منها.

المثال الثالث :

التعرف على جنس جثة جنين بتحليل الدم المستخرج من بقاياه أو من البقاع التي لطخت ملابسه منذ مدة تناهز الخمس سنوات : إذ بمرور هذه المدة لا تتدهور هيكلة الجينات و قد تمكن الباحثون من تحديد قطر أصغر بقعة يمكن إستعمالها و هو لا يفوت 2,5 مم أي ما يعادل 2 ميكرولتر من الدم لكن إن مرت عليها مدة تفوت الخمس سنوات يحتاج المحلل إلى كمية أكبر أي بقعة ذات قطر يناهز 2 صم.
و هكذا يبدو أن التعرف على جنس جثة بشرية إنطلاقا من بقعة دم (جديدة كانت أو قديمة) يبقى شيئا ممكنا ما دامت تقنيات حفظ العينات و تحليلها محترمة.

المثال الرابع :

إستعمال البصمات الجينية لإثبات النسب قبل ولادة الجنين :
يثبت النسب عادة إثر ولادة جنين بمقارنة بصماته الجينية مع بصمات أبيه و أمه، إلا أنه في الوقت الحاضر يمكن إثبات نسب الجنين و هو داخل رحم أمه و ذلك عبر جلب كمية من نسيج المشيمة Placenta الذي يتركب من جهتين مرتبطتين الأولى بالأم (membrane déciduale) و الثانية بالجنين (villosités chorioniques) و تحملان كل منهما بطبيعة الحال جينات الجانب المرتبطة به. و يمكن بهذه الصفة بواسطة المنظار إستئصال كمية صغيرة من النسيج لا تفوت 10 مغ و ذلك ما بين الأسبوع الثامن و العاشر للحمل ثم مقارنة البصمات الجينية للجنين مع بصمات الأب و البت في مواصلة الحمل.

المثال الخامس :

التعرف على هوية جثث بشرية بإستعمال العديد من بقايا الأنسجة :
يمكن الحصول على البصمات الجينية بإستعمال العديد من الأنسجة كنسيج المخ و الغدد اللمفاوية و العضلات و الدم و ذلك بعد الوفاة بمدة تتراوح بين الستة ساعات و تسع عشر يوما إلا أن بعض الانسجة الأخرى كالكبد تتحل إثر الوفاة بيوم أو يوم و نصف و لا يمكن التركيز على نتيجة تحليلها. و من المعلوم أن إنحلال الأنسجة يرافق تعفنها الناتج على مفعول الخمائر من جهة و مفعول الجراثيم النابعة من الجهاز الهضمي من جهة أخرى كما أن رطوبة الطقس و حرارته تلعبان دورا هاما في تدمير هيكل الحامض الحامل للجينات (ADN).

3 - الباب الأخلاقي :

إن التطور الذي شهدته العلوم خلال العشريات الأخيرة بلغ درجة كبيرة جعلت تلك العلوم تسبق في عديد الحالات رد فعل أصحاب القرار و تتجاوز النص القانوني الذي أصبح يجد صعوبة كبيرة لتدارك ما فاته و التحكم في الوضعيات الجديدة.

إن هذه الظاهرة و إن كانت تشمل مختلف العلوم فإن حدتها برزت بصفة خاصة في ميدان علم الوراثة الجينية الذي إقتحم في العشريات الأخيرة ميادين كانت صعبة المنال أو كان الإنسان يضعها في حيز الممنوعات و المقدسات.

و قد أثارت الإكتشافات الجديدة في هذه المجالات جدلا كبيرا و تساؤلات محيرة لأنها كثيرا ما تضع البشر في مواجهة مع ضمائرهم.

لقد أصبح من الممكن اليوم كشف أسرار المجين البشري (génome humain) و هو ما يمكن من تحديد خاصيات الشخص بأكثر دقة و من معرفة تطوره بيولوجيا (destin biologique) الشيء الذي أدى إلى خلق علم جديد يعرف بالطب التنبؤي (médecine prédictive) الذي تعدى اليوم طور المشاهد البسيط ليتمكن من التأثير على تكوين الكائن الحي بفضل العلاج الجيني أو علاج المكونات (thérapie génique).

كما أصبح اليوم من الناحية العلمية بإمكان الإنسان أن يؤثر في عمليات الإنجاب و العناصر المكونة للرصيد الوراثي و أن يتفطن إلى بعض الأمراض الوراثية و إلى وجود تشويه بالجنين منذ الأيام الأولى لتكوينه و غير ذلك من الإنجازات العلمية.

إلا أن هذه الإنجازات الباهرة و إن تعتبر من الناحية العلمية كسبا كبيرا و تقدما ملحوظا فإنها تبعث في الآن نفسه على القلق و الحيرة نظرا لما قد يترتب عنها في المجتمع من مشاكل حساسة و بالغة الخطورة.

و السؤال المطروح اليوم هو هل نقابل هذه التقنيات الجديدة و التحولات العميقة التي تفرضها بالإتهام و الرفض أم نجاريها و نعتبرها أمرا واقعا ؟

إن الحكمة في إعتقادنا تقتضي التفتح على العلوم مع التحلي باليقظة و الحذر مع توظيف المعارف و الإكتشافات لما فيه صالح الإنسان و التقيد بالضوابط و الأخلاقيات التي تحول دون الزيغ عن الأهداف السامية و المقاصد النبيلة التي تعتبر في أعلى مقام إحترام الذات البشرية و حقوقها الأساسية و تنزلها المنزلة التي هي بها جديرة بوصفها كائنا له من الخصوصيات ما يميزه عن سائر الكائنات و المخلوقات.

و لقد جاء في المادة الأولى للإعلان العالمي بشأن المجين البشري و حقوق الإنسان (الجلسة العامة السادسة و العشرون لليونسكو في 11 نوفمبر 1997) : "إن المجين البشري هو قوام الوحدة الأساسية لجميع أعضاء الأسرة البشرية و قوام الإعتراف بكرامتهم و تنوعهم و هو بالمعنى الرمزي تراث الإنسانية".

و يجدر هنا التذكير بأن اللجوء إلى البصمات الجينية و النتائج الباهرة التي قدمتها والتي تواترتها الصحافة المكتوبة و المسموعة و المرئية حصل في البداية عن طريق العدالة الجنائية لكننا نلاحظ في الحاضر إستعمالا مفرطا لهذه التقنيات من طرف المحاكم المدنية لبعض البلدان الصناعية. و من المعلوم أن أغلب القضايا تهم إثبات النسب و ذلك لما توفره هذه التقنية من نتائج قطعية.

و لنا أن نتساءل هنا عن الفائدة التي تعود على الأطفال المنكورين من آبائهم و بالتالي عن مردود تبسيط اللجوء إلى هاته الوسيلة القاطعة على المجتمعات. و الحال أن همّ القاضي هو حماية الطفل من قلة عناية شخص تأكد من عدم الإنتساب له. و نعلم كلنا أن معرفة الحقيقة لا تؤدي دائما إلى حماية الطفل بل إنه من فائدة الطفل أن تحصل الحماية فتأمن العائلة.

4 - الباب القانوني :

إنّه لا يخفي أنّ تقنية البصمات الجينية، رغم إنعكاساتها العلمية و الطبية الإيجابية، تمثل تدخلا مفرطا في الكنه الصميم للشخص البشري وإقامة ما نسميه اليوم "بطاقة تعريفه الجينيّة" وذلك عبر تحديد بصماته الجينية. و قد أثار هذا الشيء تخوف الأطباء و المشرعيين في عديد البلدان فحثهم تارة على التشبث بأخلاقيات المهنة وتارة أخرى على سن قوانين تأطر إستعمال هذه التقنية. و نتعرض على سبيل المثال إلى التجربة الفرنسيةحيث نشهد منذ شهر جويلية من سنة 1994 حرص المشرع الفرنسي على تأطير إستعمال هذه التقنية بشروط و أقراره للمخالفين عقوبات تتوافق مع تخوفاته.

4-1- شروط إستعمال طريقة البصمات الجينية :

4-1-1 تحديد الحالات التي يمكن فيها اللجوء إلى هذه الطريقة :

يتعرض الفصل 16-10 من المجلة المدنية الفرنسية إلى هذا الموضوع بقوله :
"لا يمكن اللجوء إلى تعريف الشخص البشري ببصماته الجينية إلا في إطار إجراءات أبحاث أو تحقيقات عدلية أولغايات طبية أو علمية".

4-1-1-1 في الميدان الطبي :

إن الإهتمام بالخصوصيات الوراثية و البصمات الجينية يعتبر وسيلة للكشف المباشر على أمراض وراثية و يأدي منذ سنوات قليلة إلى باب جديد للعلاج يعرف "بعلاج المكونات".

و على سبيل المثال يهتم الأطباء بهذه الخصوصيات :
- عند دراسة كيفية وراثة مرض جيني داخل عائلة معينة
- أو بمناسبة عيادة سابقة للزواج أو للحمل تهم زوجين يحمل أحدهما مرضا وراثيا وذلك قصد وقاية المولود من هذا المرض.
- أو بمناسبة دراسات علمية تقام بحثا على إمكانية و مدى نجاعة العلاج الجيني لمرض وراثي تم كشفه.

4-2-1-1- في الميدان العدلي :

4-1-2-1-1- في المادة الجنائية :

إنه لا يخفي أن حرية الإثبات تمثل إلى جانب إفتراض البراءة وإحترام حقوق الدفاع أحد المبادئ الكبرى للإجراءات الجنائية ولذلك يمكن للقاضي أن يرى من المناسب إثبات هوية جثة مجهول أو التعرف على هوية مجهول إقترف جنحة أو جريمة بطريقة البصمات الجينية التي تمكن من رفع التهمة أو إثباتها بإستعمال كمية صغيرة من الدم أو المني أوالشعر أو غيرها من الأنسجة. و تمثل هذه الأخيرة أدلة يحصر البحث عليها من طرف المشرع الفرنسي على :

1- ضابطة الشرطة العدلية في ميدان التلبس بجريمة أو بجنحة ،
2- " " " في ميدان الأبحاث الأولية،
3- قاضي التحقيق الذي يمكنه عند الحاجة تعين خبير لإنارته في موضوع ما.

4-2-2-1-1 – في المادة المدنية :

يتعرض الفصل 16-11 من المجلة المدنية الفرنسية إلى هذه النقطة مشيرا :
" لا يمكن اللجوء إلى التعريف بالبصمات الجينيّة في المادة المدنية إلاّ ممارسة لإجراءات التحقيق بعد إذن القاضي المكلف بالجزم في قضايا تهم إثبات نسب أو نكران مولود و قضايا المطالبة بالحصول على كفالة مالية أو بإلغائها."

4-1-2-2-1-1- إثبات أو نكران نسب مولود :

يجزم الفصل 312 من المجلة المدنية الفرنسية أن :" الزوج هو والد الطفل الذي أنجب مدة الزواج" كما يضيف منذ 1972 :" و يمكن للزوج عدم الإعتراف به أمام العدالة إذا تقدم بما يدلي بأنه لا يمكن أن يكون والده ". و قد مكنت هذه الإضافة من ناحية الزوج من عدم الإعتراف بمولود وسمحت من ناحية أخرى للزوجة أن تتأكد بأن

والد إبنها غير زوجها. كما فتحت ثغرة للأطفال ممكنة إياهم من حق إثبات نسبهم حتى ولو يتعارض هذا الحق مع م جاء في فصول أخرى مثل :

أ- الفصل 341-1 من المجلة المدنية الذي يسمح للمرأة عند الولادة بالمطالبة بحفظ سرية ولادتها و هويتها, وهي الولادة من طرف مجهولة،

ب- أو الفصل 311-20 (من قانون 29 جويلية 1994) من نفس المجلة : الذي يشير بأن الموافقة و قبول الإنجاب بمساعدة طبية (خارج الزوجين) يحجر المطالبة بإثبات أو نكران نسب المولود. و في هذا المجال نرى البصمات الجينيّة تفقد قيمتها في التعريف بعلاقة النسب.

4-2-2-2-1-1- المطالبة بالحصول على كفالة مالية أوبإلغائها :

لقد مكن الفصل 342 من المجلة المدنية الفرنسية الطفل الطبيعي الذي لم يتمكن من إثبات نسبه أن يطالب بالحصول على كفالة مالية من رجل ربطته علاقة بأمه مدة إنجابه.

إلا أنّ قانون 8 جانفي 1993 وقر لهذا الرجل وسيلة الدفاع عن حقه بتمكينه بالإدلاء بكل ما يبرهن بأنه لا يمكن أن يكون والده.

4-2-1- الموافقة أو القبول :

لقد أكد هذا القانون على وجوب الحصول على موافقة الأشخاص و قبولهم إعطاء عينات من سوائلهم الحيوية أو أنسجتهم لإستخراج بصماتهم الجينية.

4-1-2-1- في الميدان الطبي : يذكر الفصلان 10-16 و 11-16 من المجلة المدنية على وجوب الحصول على الموافقة عندما يكون الهدف من التحليل هو التعرف على الخصوصيات الوراثية أو عندما تقام لأغراض طبية و هذا في الحقيقة تأكيد ما جاء في مفهوم العلاقة التعاقدية بين الطبيب و المريض حيث يطالب الأول بالحصول على الموافقة الرشيدة من مريضه قبل القيام بكل عمل طبي. و يضيف الفصل لـ145 لمجلة الصحة العمومية الفرنسية أن هذه الموافقة يجب أن تكون كتابية. إلا أن نفس الفصل (لـ15-145) يضيف : "عندما يكون الغرض من البحث هو التعرف على مرض وراثي مثلا يسمح للطبيب في بعض الحالات الشاذة عدم طلب موافقة مريضه و ذلك لأنه يقوم بها لفائدته و احتراما لثقته. و نلاحظ هنا أن هذا المعنى يتوافق مع ما جاء في الفصل 35 من مجلة الأخلاقيات الطبية الفرنسية الذي يسمح للطبيب بحفظ المعلومات التي تكتسي خطورة خاصة يمكن أن تطيح براحة مريضه النفسية.

و في موضوعنا الحالي يمكن للطبيب حسب هذا الفصل أن يحفظ معلومة تتعلق بالنسب إحتراما لشخص مريضه و لحياته الزوجية... على الأقل حتى نمو الطفل و بلوغه سن الرشد.

أما إذا كانت التحاليل الجينية تدخل في سير البحث العلمي فإنها تخضع إلى قانون حماية الأشخاص الذين يتطوعون بأجسامهم للبحث الحيوي و الطبي.

4-2-2-1- في المادة العدلية :

يذكر الفصل 11-16 في المجلة المدنية : "لا يمكن القيام بالتعريف البشري بطريقة البصمات الجينية إلا في إطار إجراءات الأبحاث و التحقيق العدلية".

4-3-2-1- في المادة المدنية : يذكر الفصل 11-16 : "يجب تلقي الموافقة و القبول المسبقين من المعني بالأمر قبل القيام بهذه التحاليل" و نرى هكذا أن المشرع الفرنسي يفرق بين الجهات الجنائية و المدنية و لعل ذلك تخوفا من تبسيط هاته التقنيات.

4-3-1- مركز إجراء التحاليل الجينية :

لقد حصر المشرع الفرنسي حسب ما جاء في الفصل 12-16 من المجلة المدنية إجراء التحاليل الجينية على الأشخاص المرخص لهم حسب قانون البلاد و حصر القيام بهذه التحاليل في إطار الإجراءات العدلية على الأشخاص المرخص لهم و الذين أدرجت أسمائهم على قائمة الخبراء العدليين.

2- الأحكام :

وفي الختام أقر المشرع الفرنسي جملة من الأحكام التي تعاقب :

1) عدم إحترام ظروف القيام بهذه التحاليل من ناحية الأهداف و صفة الشخص القائم بالتحليل.
2) عدم تلقي موافقة و قبول المعني بالأمر.

ANALYSES DE L'ADN : TESTS GENETIQUES AU SERVICE DE LA JUSTICE

Professeur Habiba CHAABOUNI

Service des maladies congénitales et héréditaires hôpital Charles Nicolle
Laboratoire de génétique humaine faculté de médecine de Tunis.

Ecole Supérieure de la Magistrature
Tunis le 16 Janvier 2003.

Le développement de la biologie humaine au cours des cinquante dernières années a permis de mieux connaître les caractéristiques de notre espèce. De ce fait l'étude des paramètres biologiques est désormais accessible, certains sont faciles à étudier d'autres le sont un peu moins.

La connaissance est telle que l'on peut grâce aux analyses biologiques distinguer aisément entre 2 individus si proches soient-ils par les liens du sang.

Si bien que l'utilisation de ces analyses ne s'est pas limitée à la résolution des problèmes de santé, puisque l'application des méthodes biologiques s'étend aux autres domaines, ici celui de la justice.

Les questions soulevées par le juge portent essentiellement sur 2 sujets

- celui de l'identification d'un individu, ou partie de l'individu (tissu, liquide, sang ...)
- et celui de la présence d'une relation de parenté entre deux personnes ou l'appartenance d'un tissu à un individu.

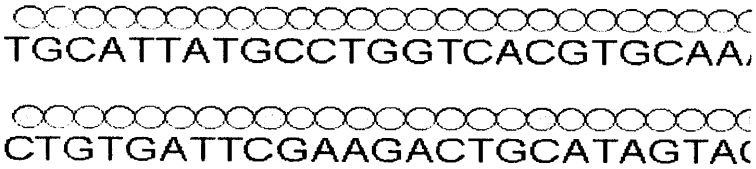
Il existe plusieurs analyses biologiques qui répondent partiellement ou en totalité à ces questions. C'est le cas des groupes sanguins (ABO, Rh , MN, Kell Duffy etc. , du système d'histocompatibilité HLA, des études des protéines ou des chromosomes.

C'est grâce au développement de la génétique moléculaire que l'on peut dorénavant répondre avec une probabilité très forte voire avec certitude à ces questions.

Caractéristiques du matériel génétique

Le matériel génétique de l'homme, qui est l'ADN est actuellement bien connu , sa structure et son agencement à l'intérieur de nos cellules ; il est réparti sur 23 paires de chromosomes (22 paires identiques entre les deux sexes et une paire différente chez le garçon et la fille) . Une caractéristique fondamentale de cet ADN, est son polymorphisme qui est basé sur la combinaison de 4 bases biochimiques (A : adénine, T : thymine, G : guanine et C : cytosine). Ces bases

sont au nombre de 3 milliards , le nombre de combinaison est infini , d'où sa copie quasi-unique pour chaque être humain.



Le matériel génétique se transmet des parents vers la descendance dans une combinaison différente pour chaque enfant mais toujours selon le principe que tout matériel génétique de l'enfant a son original chez le parent.

L'analyse de l'ADN pour identification ou pour établissement d'une relation de parenté peut être sensible, fiable, pertinente et reproductible à la condition qu'elle soit faite correctement.

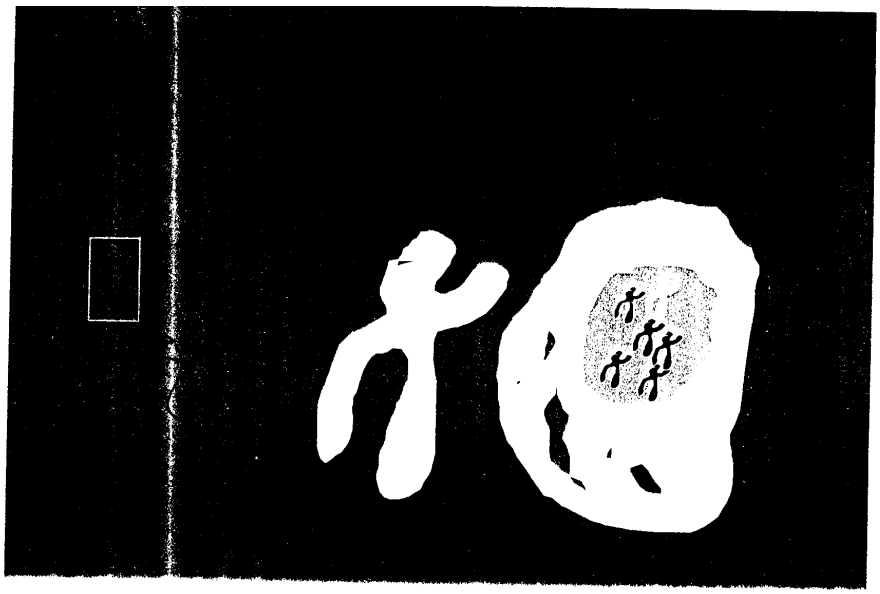
L'utilisation de telles analyses est confortable en justice étant donné les spécificités de l'ADN ;

- L'ADN se trouve dans toutes les cellules des tissus de l'organisme. Il demeure inchangé chez le cadavre

- Chaque séquence (fragment) d'ADN se trouve en double exemplaire dans chaque cellule, sauf pour les séquences des chromosomes X et Y chez le sujet masculin.

- Toutes les cellules de l'organisme (en dehors des gamètes) contiennent le même matériel génétique reçu pour la moitié du père et pour l'autre moitié de la mère.

- Enfin chaque individu a un matériel génétique qui lui est propre à l'exclusion des jumeaux monozygotes et des clones.



Accessibilité et Analyse de l'ADN

L'ADN est donc accessible au niveau de tous les tissus de l'organisme pendant la vie de l'individu, avant sa naissance (embryon et fœtus) et après sa mort (cadavre).

La maîtrise de l'étude de l'ADN est telle que l'on peut aujourd'hui l'extraire, le couper, l'amplifier, lire la succussion des bases qui le composent et le faire exprimer.

L'analyse d'ADN dans le cadre de l'identification d'un individu ou d'un tissu et dans celui de la filiation peut se faire par différentes techniques de laboratoire dont l'interprétation est toujours basée sur le principe du polymorphisme de l'ADN.

- RFLP : (Restriction Fragment Length Polymorphisme) l'ADN est coupé par des enzymes de restriction qui produisent des fragments d'ADN présentant une taille variable chez les différents individus d'une même population, c'est le polymorphisme de longueur.

- PCR (Polymerase Chain Reaction) : amplifie des séquences courtes et polymorphes de l'ADN.

- Séquençage qui permet de lire la succussion des bases dans une de séquence de l'ADN.

Un exemple d'application de l'analyse de l'ADN en Justice : Le test de paternité.

C'est un test qui a comme objectif de permettre de dire si un enfant (ou adulte) déterminé est le descendant d'un homme désigné comme étant le père ou pas ; il s'agit donc soit d'une confirmation ou d'une exclusion de paternité.

Pour être réalisé, ce test nécessite un prélèvement de tissu (le plus simple est le sang) de l'enfant et du père désigné ; mais pour rendre le test plus facile à interpréter il est préférable d'avoir également un prélèvement de la mère.

Après extraction de l'ADN à partir des échantillons de sang (ou autre tissu) de l'enfant et de ses parents, ***nous étudions sur l'ADN obtenu, une dizaine de marqueurs anonymes*** de l'ADN que l'on sait être polymorphes et dont on choisit l'emplacement sur différents chromosomes.

Un marqueur anonyme est une séquence d'ADN de localisation précise sur le chromosome et qui constitue un repère précis du génome. Le marqueur ne possède pas de signification pathologique ; il se caractérise par son existence sous de nombreuses copies, issues les unes des autres que l'on appelle allèles. Ces copies ou allèles sont différentes et toutes normales. On compte en moyenne 10 à 20 allèles par marqueur, c'est le polymorphisme.

Chaque marqueur devra être en double exemplaire ; un exemplaire d'origine maternelle et un exemplaire d'origine paternelle. Les deux copies (allèles) peuvent être identiques ou différentes pour chaque marqueur.
Chez la fille et le garçon les marqueurs situés sur les 22 paires d'autosomes sont en double exemplaire. Pour les chromosomes sexuels la fille reçoit une copie des marqueurs de l'X de chacun des deux parents ; pour le garçon une distinction est faite car les marqueurs portés par l'X auront une provenance exclusivement maternelle, et ceux portés par l'Y une provenance exclusivement paternelle.

On procède par la suite à la détermination des marqueurs de l'enfant et de ses géniteurs puis à leur comparaison.

Si toutes les copies de l'enfant sont retrouvées chez ses parents avec toujours une d'origine maternelle et l'autre d'origine paternelle, on peut considérer qu'il n'y a pas d'exclusion de paternité. La confirmation de la paternité doit être précisée par un calcul de probabilité de paternité qui se base sur le théorème des probabilités conditionnelles (test statistique). Ce calcul donne une probabilité de paternité qui peut atteindre le chiffre de 99,99 %.

Si par contre 2 copies ou plus parmi les marqueurs situés sur des chromosomes différents chez l'enfant n'ont pas une origine paternelle, on parle d'exclusion de la paternité de l'homme désigné.

L'exclusion peut être prononcée avec une certitude, la confirmation l'est par une probabilité très proche de 1.

Allèles des marqueurs étudiés

البنت	السيد	العلامات الجينية **DNA Markers**
220/222	220/220	D16S 496 .1
152	152/154	D16S 3095 .2
162/164	**168**	DXS 8043 .3
118/120	**112**	DXS 8051 .4
130/132	**124/124**	D10S 1653 .5
312/320	318/320	D11S 901 .6
276/284	**264/272**	D9S 175 .7
302/310	302/306	D9S 287 .8
171/177	171/177	D10S 197 .9

Limites , morale et éthique

Malgré la procédure d'analyse qui semble simple, il est nécessaire de s'entourer de toutes les précautions pour ce qui est des prélèvements, de leurs conditions de stockage et de la technique.

Toute erreur d'étiquetage des tubes de prélèvement peut être à l'origine de résultats erronés.

Il faudrait également s'assurer de l'identité des personnes prélevées, et de la conformité de cette identité ; nous ne sommes pas à l'abri des falsifications.
Si un fragment de tissu est à analyser il faudrait vérifier la réalité de son origine.

Enfin il est difficile de faire la distinction entre jumeaux monozygotes.
Avec les nouvelles qui nous parviennent sur le clonage cette méthode d'analyse pourra tomber en désuétude dans les prochaines années à venir.

En dehors des problèmes techniques , l'utilisation de tests génétiques par analyse d'ADN peut poser également des problèmes, moraux , éthiques et sociaux. Il s'agit d'identifier un meurtrier, un violeur ,un justiciable ou d'innocenter un accusé ou alors de confirmer ou d'exclure une paternité. Les résultats de l'analyse peuvent être à l'origine d'un tournant dans la vie d'un individu et avoir ainsi des conséquences sociales très importantes. Pour cette raison les analyses d'ADN réalisées dans ce contexte ne doivent pas être faites en dehors d'une expertise demandée par ceux qui connaissent la loi.