

الحماية المدنية للجنين(*)

الدكتور/ جعفر محمود علي المغربي
كلية الحقوق - جامعة مؤتة
المملكة الأردنية الهاشمية

ملخص:

يتناول هذا البحث الحماية المدنية للجنين، وذلك من خلال مبحثين:
المبحث الأول: خصص للحديث عن تحديد ماهية الجنين من خلال
تحديد المقصود بالجنين وبيان مدى تمتعه بالشخصية القانونية.
أما المبحث الثاني: فيتناول المسؤولية عن الأضرار التي تصيب
الجنين من خلال إلقاء الضوء على مدى إمكانية إجهاض الجنين الذي ثبت
إصابته بأمراض خطيرة أو تشوهات خلقية سواء في الفقه الإسلامي أو في
القانون الوضعي. ونطاق مسؤولية الطبيب عن ولادة طفل مشوه نتيجة
لخطأ طبي في التشخيص. والمسؤولية عن الأضرار التي أصابت الطفل
نتيجة لخطأ حدث عندما كان جنيناً.
وفي الخاتمة استعرضت النتائج والتوصيات.

المقدمة:

يمرّ الوجود الإنساني في هذه الحياة بأطوار ومراحل متعدّدة، يمثلّ فيها
الحمل المستكن أولى هذه المراحل، ولمّا كان المشرّع يحرص على حماية
المصالح التي يراها جديرة بالحماية فإننا نجد المشرّع الأردني، وحماية للجنين،
قد نصّ في الفقرة الثانية من المادة (٣٠) من القانون المدني الأردني على أن:

(*) أجاز البحث بتاريخ ٨/٣/٢٠٠٥م.

"حقوق الحمل المستكن يعيّنهما القانون". وبالفعل فقد نصّت العديد من القوانين الخاصة على هذه الحقوق مثل الحقّ في الميراث، والنسب، والوصية وغيرها.

وهنا يثار العديد من التساؤلات، هل هذه الحقوق التي اعترف بها المشرّع للجنين هي حقوق محدّدة على سبيل الحصر، فليس له من الحقوق إلّا ما حدّده القانون؟ فهذه الحقوق تمثّل استثناءً على الأصل الذي وضعه المشرّع في الفقرة الأولى من المادّة نفسها التي تقضي بأنّ: "شخصيّة الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيّاً".

ومن ثمّ لو تعرّض جنين إلى فعل ضار في الوقت الذي كان فيه في بطن أمّه، فإنّه لن يستطيع المطالبة بالتعويض عن هذا الضّرر، إذا ما وُلد حيّاً؛ لأنّ المشرّع لم يعترف له بهذا الحقّ.

أو أنّ للجنين شخصيّة قانونيّة من طبيعة خاصة بحيث يتمكّن بعد ولادته واستقرار شخصيته القانونيّة من المطالبة بالتعويض عن أي ضرر تعرّض له في الوقت الذي كان فيه جنيناً. فمثلاً لو أنّ طفلاً معيّناً وُلد وفيه بعض التشوّهات أو العيوب نتيجة لخطأ طبي وقع فيه الطبيب أثناء إشرافه على الحمل، أو نتيجة لضرب تعرّضت له والدته وهي حامل به، فهل يستطيع المطالبة بالتعويض من المسؤول عن وجود هذه التشوّهات أو تلك العيوب؟

أو أنّ طفلاً معيّناً وُلد فاقداً لوالده، فهل يستطيع المطالبة بالتعويض عن فقدان والده من المسؤول عن وفاة هذا الوالد؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات، فقد ارتأيت تقسيم هذا البحث إلى مبحثين، أخصّص الأول منهما للحديث عن تحديد ماهيّة الجنين، والثاني للحديث عن المسؤوليّة عن الأضرار التي تصيب الجنين.

المبحث الأول تحديد ماهية الجنين

إنَّ تحديد ماهية الجنين تقتضي مِنَّا معرفة المقصود به من ناحية، والطبيعة القانونية لشخصيته من ناحية ثانية. لذا قسّمت هذا المبحث إلى مطلبين، خصّصت المطلب الأول للتعريف بالجنين، والمطلب الثاني لتحديد الطبيعة القانونية لشخصيته.

المطلب الأول تعريف الجنين

نبيّن المقصود بالجنين أولاً، وأقل مدّة للحمل وأقصاها ثانياً.

الفرع الأول بيان المقصود بالجنين

الجنين في اللغة: " هو وصف للولد ما دام في بطن أمّه، والجمع أجنّة وأجنن، وهو مشتقّ من جنّ؛ أي استتر، ويسمّى جنيناً لاستتاره في بطن أمّه، وجنين الإنسان هو المخلوق الذي يتكوّن في رحم المرأة نتيجة تلاقي بويضتها مع الحيوان المنوي الذي يحتوي عليه ماء الرجل، ومن ثمّ فإنّ اسم الجنين يُطلق على هذا المخلوق ما دام أنّه في رحم أمّه"^(١).

وفي الاصطلاح يطلق لفظ الجنين بالمعنى نفسه الوارد في اللغة، فهو يُطلق على الولد ما دام أنّه في رحم أمّه"^(٢).

(١) انظر: لسان العرب، مجلّد ١٣، ص ٩٢، باب النون، فصل الجيم.

(٢) انظر: هالالي، عبد الله أحمد، التزامات الحامل نحو الجنين، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ٢١.

أما في الفقه الإسلامي، فنجد أنَّ هنالك خلافاً بين الفقهاء حول ما يُطلق عليه لفظ الجنين، وذلك على ثلاثة اتجاهات، الاتجاه الأول: وهو ما ذهب إليه المالكية والشافعية، ويرى أصحابه أنَّ لفظ الجنين يطلق على الحمل منذ بدايته وحتى الولادة. فقد جاء في المنقى أنَّ الجنين هو: "كل ما حملته المرأة ممّا يعرف أنّه ولد، وإن لم يكن مخلقاً"^(٣)، وكذلك فقد جاء في نهاية المحتاج أنَّ الجنين هو "ما تعرفه القوايل بأنّه مبدأ خلق آدمي وإن كان مضغة أو علقه، سواء تصوّر فيه صورة آدمي، أو لم يتصوّر"^(٤).

الاتجاه الثاني: وهو ما ذهب إليه الحنفية، ويرى أصحابه أنَّ لفظ الجنين لا يطلق على الحمل إلّا إذا تبينّ منه شيء من خُلُق؛ أي ظهر منه شيء مثل أُصبع أو شعر. فقد جاء في البدائع أنَّ الحمل "إذا لم يتبينّ من خُلُقهِ شيء فليس بجنين وإنّما هو مضغة"^(٥). كذلك جاء في حاشية ابن عابدين أنَّ الجنين هو من: "يظهر منه أُصبع أو ظفر أو شعر، فإن لم يظهر شيء من خُلُقهِ فليس بشيء"^(٦).

الاتجاه الثالث: وهو ما ذهب إليه الحنابلة، ويرى أصحابه أنَّ لفظ الجنين لا يطلق على الحمل إلّا عندما يتخذ صورة الآدمي، فقد جاء في كشّاف القناع أنَّ الجنين يكون عندما "تكون فيه صورة الآدمي، أمّا قبل ذلك فلا يعلم يقيناً أنّه جنين"^(٧).

الفرع الثاني مدّة الحمل

لا يوجد خلاف بين الفقهاء المسلمين في أنَّ أقل مدّة للحمل هي ستّة أشهر، مستدلّين على ذلك بالنصوص القرآنية، حيث قال تعالى في سورة

(٣) انظر: المنقى شرح موطأ الإمام مالك، ج ٧، ص ٨٠.

(٤) انظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ١، ص ٣٥٦.

(٥) انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٧، ص ٣٢٥.

(٦) انظر: حاشية ابن عابدين، ج ١، ص ٢٠٠.

(٧) انظر: كشّاف القناع عن متن الإقناع، ج ٧، ص ٢٣.

الأحقاف ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾^(٨)، وقال تعالى في سورة لقمان ﴿وَفِصْلُهُ فِي عَامَيْنِ﴾^(٩)، ووجه الاستدلال بهاتين الآيتين الكريمتين أَنَّ الله - سبحانه وتعالى - جعل مدّة الفصال؛ أي الرضاع سنتين، وجعل مدّة الحمل مع الرضاع ثلاثين شهراً، وبطرح مدّة الرضاع من مدّة الحمل والرضاع يكون الناتج ستّة أشهر، وهي أقلّ مدة للحمل^(١٠).

كذلك فقد جاء الطّب الحديث ليؤكد من خلال التجارب العلميّة، أَنَّ أقلّ مدّة يمكن أن يعيش بها المولود إذا وُلِدَ: هي ستّة أشهر، على أَنَّ قليلاً ما يعيش مثل هذا المولود^(١١).

أمّا بالنسبة إلى أقصى مدّة للحمل، فقد كانت محل خلاف بين الفقهاء المسلمين، فقد قال المالكيّة إنّها سنة هلاليّة (أي قمرية)^(١٢)، وقال الحنفيّة إنّها سنتان^(١٣)، وقال الحنابلة أنّها أربع سنوات^(١٤).

أمّا في الطّب الحديث، فإنّ أقصى مدّة للحمل للطبيعي هي تسعة أشهر يمكن أن يضاف إليها من أسبوعين إلى شهر في الحدّ الأقصى^(١٥).

وبالرجوع إلى قانون الأحوال الشخصية الأردني، نجد أنّه قد أخذ بالقول الذي يرى أنّ أقصى مدّة للحمل هي سنة، حيث إنّ المادة (١٤٧) من هذا القانون تنصّ على أنّه: "لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي

(٨) سورة الأحقاف، آية ١٥.

(٩) سورة لقمان، آية ١٤.

(١٠) انظر: عمر بن محمد غانم، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، دار ابن حزم، ٢٠٠١، ص ٦٩-٧٠.

(١١) انظر: محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، دار السعودية للنشر والتوزيع، ١٩٨٥، ص ٤٥١، مشار إليه في عمر غانم، أحكام الجنين، مرجع سابق، ص ٧٠.

(١٢) انظر: بداية المجتهد، ج ٢، ص ٣٥٨.

(١٣) انظر: المبسوط، ج ١٧، ص ١٣٦.

(١٤) انظر: المغني، ج ٧، ص ٣٠٨.

(١٥) انظر: عمر غانم، أحكام الجنين، مرجع سابق، ص ٧٤.

بينهما من حين العقد، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها، إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة". وهو ما نرجحه وفاقاً مع ما يذهب إليه الطب الحديث.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لشخصية الجنين القانونية

إنَّ البحث في الطبيعة القانونية لشخصية الجنين القانونية يقتضي منا أن نحدّد المقصود بالشخصية القانونية أولاً، ومتى توجد هذه الشخصية ثانياً، ونطاق تمتّع الجنين بها ثالثاً، والتكييف القانوني لهذه الشخصية رابعاً، وهو ما سنتناوله في الفروع الأربعة الآتية.

الفرع الأول

تحديد مدلول الشخصية القانونية

ينظر جانب من الفقه إلى أنّ اصطلاح الشخصية القانونية مرادف لاصطلاح أهلية الوجوب؛ أي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق والالتزامات له وعليه، لذلك نجدهم يصفون شخصية الجنين القانونية بأنّها شخصية ناقصة؛ لأنّ أهليته مقصورة على بعض أنواع الحقوق^(١٦).

ولكن على الرغم من أنّ كلا الاصطلاحين ومدلوليهما يتّصل أحدهما بالآخر بصلة وثيقة، فإنّه تبقى هناك فروقٌ تميّز بينهما^(١٧)؛ إذ إنّ مدلول

(١٦) انظر: عبد المنعم فرج الصدة، نظرية الحق في القانون المدني الجديد، ١٩٥٠، ص ٤٧. محمد حسام محمود لطفي، نظرية الحق، ط ٢، ص ٩٤-٩٥. محمد محمود عبد الله، المدخل إلى علم القانون، ١٩٩٦، ص ٢٦٣.

(١٧) انظر: حسن كيرة، المدخل للقانون، ط ٥، دار منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ٥١٨. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، تنقيح حبيب الخليلي، ط ٦، دار الكتب القانونية، القاهرة، ١٩٨٧، ص ٦٥٤؛ منصور مصطفى منصور، نظرية الحق، الطبعة الأولى، ص ١١٠.

الشخصية القانونية يعني بالتحديد صلاحية الإنسان لأن تنسب إليه الحقوق والواجبات؛ أي الصلاحية في ذاتها، فهي موجودة أم غير موجودة؟ ولكن لا يتصور أن تكون ناقصة^(١٨)، فيكفي لوجود الشخصية القانونية ثبوت هذه الصلاحية في اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، بغض النظر عن مقدار هذه الحقوق أو تلك الالتزامات فحتى لو كان الأمر متعلقاً ببعض الحقوق أو الالتزامات، دون بعضها الآخر، فإن ذلك يعني أن الشخصية القانونية موجودة^(١٩).

وهذا المدلول هو ما يُعرف عند فقهاء الشريعة الإسلامية بالذمة، وهي "وصف شرعي اعتباري يصير به الإنسان أهلاً للوجوب له وعليه"^(٢٠)؛ أي بصفة عامة تجعل الإنسان صالحاً لأن تتعلق به الحقوق أو عليه، سواء أكانت تلك الحقوق مالية أم غير مالية^(٢١). أمّا مدلول أهلية الوجوب، فإنه يتعلق بمدى هذه الصلاحية؛ أي مقدار صلاحية الإنسان لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وهو الذي قد يكون كاملاً عند بعض الأشخاص، وناقصاً عند بعضهم الآخر^(٢٢).

لذلك إذا ما ثبت أي حق لإنسان معين فهذا يعني أن له الشخصية القانونية، وفي الوقت نفسه له أهلية وجوب ناقصة بحدود هذا الحق الذي ثبت له؛ "ذلك أن الشخصية القانونية تتعلق بمبدأ الصلاحية لوجوب الحق أو الالتزام بصفة عامة دون تحديد، بينما تتعلق أهلية الوجوب بمدى هذه الصلاحية من حيث قصورها أو شمولها لكل الحقوق والالتزامات"^(٢٣).

(١٨) انظر حسن كيرة، المدخل للقانون، مرجع سابق، ص ٥١٨؛ منصور مصطفى منصور، نظرية الحق، مرجع سابق، ص ١١٠.

(١٩) انظر سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص ٦٥٤؛ حسن كيرة، المدخل للقانون، مرجع سابق، ص ٥١٨.

(٢٠) انظر: علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ط ٢، القاهرة، ص ٢٣٦.

(٢١) المرجع السابق، ص ٢٣٦.

(٢٢) انظر: حسن كيرة، المدخل للقانون، مرجع سابق، ص ٥١٩.

(٢٣) المرجع نفسه، ص ٥١٩.

الفرع الثاني

وقت ثبوت الشخصية القانونية

بعد أن حدّدنا المقصود بمصطلح الشخصية القانونية في الفرع السابق، فإنّه لا بُدّ لنا من معرفة الوقت الذي تثبت فيه هذه الشخصية. وبالرجوع إلى نصّ الفقرة الأولى من المادة (٣٠) من القانون المدني الأردني، التي تنصّ على أنّه: "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً". يتبيّن لنا أنّه لا بُدّ من توافر شرطين لثبوت الشخصية القانونية للإنسان، وهما الميلاد الفعلي، والميلاد حياً^(٢٤). وسنتناول هذين الشرطين فيما يأتي.

الشرط الأول: الميلاد الفعلي: أي لا بُدّ أن تكون الولادة تامّة بأن ينفصل المولود عن أمّه انفصلاً تاماً^(٢٥)، إذ لا يكفي في هذا الصدد خروج أكثر المولود عن أمّه^(٢٦).

الشرط الثاني: أن يكون المولود حياً: بالنسبة لهذا الشرط نجد أنّ بعض أهل الخبرة يضع معياراً لحياة الجنين بأن يكون الطفل بعد ولادته قد تنفّس، أو

(٢٤) ويضيف القانون المدني الفرنسي إلى هذين الشرطين شرطاً ثالثاً، وهو القابلية للحياة في المستقبل، إذ إنّ في القانون المدني الفرنسي لا يكفي لثبوت الشخصية القانونية الميلاد الفعلي وتوافر الحياة في المولود وقت ولادته، وإنّما لا بُدّ من أن يكون المولود قابلاً للحياة؛ أي يستجمع العناصر الضرورية للحياة (vitea Habilisable)، فإذا ما ثبت أنّ المولود الذي ولد حياً غير قابل للحياة في المستقبل نظراً لوجود عيب معيّن به فلا يكتسب الشخصية القانونية. انظر: عبد المنعم البدرأوي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، ١٩٦٦، ص ٥٤٠. محمد حسام لطفي، نظرية الحق، مرجع سابق، ص ٩٢.

(٢٥) انظر: توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٨، ص ٥٩٨.

(٢٦) هذا ما ذهب إليه أيضاً جمهور الفقهاء في الفقه الإسلامي على خلاف الحنفية الذين يكتفون بخروج أكثر الجنين حياً، إذ إنّ حكم الغالب يأخذ حكم الكل عندهم. انظر في الفقه الحنفي: تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق للإمام الزيلعي فخر الدين عثمان بن علي (٧٤٣هـ) ج ٦، ص ٢٤، المغني، ج ٩، ص ٣١٦، المحلى، ج ٩، ص ٣٠٨.

لوحظ ضربات قلبه، أو أن يزيد طوله على ثلاثين سنتمترًا^(٢٧). وفي الفقه الإسلامي يتفق جمهور الفقهاء على أن الاستهلال هو ما يعرف به حياة المولود؛ أي البكاء، أو الصراخ، أو العطاس، أو التثاؤب^(٢٨).

وفي الواقع فإن معيار الحياة مسألة طبية وليست قانونية، ومن ثم فإنها تتطور بتطور الطب وتقدمه^(٢٩).

الفرع الثالث

نطاق تمتع الجنين بالشخصية القانونية

بعد أن بين المشرع الشروط الواجب توافرها لثبوت الشخصية القانونية في الفقرة الأولى من المادة (٣٠) التي سبق لنا ذكرها في الفرع السابق، نجد أن المشرع قد نص في الفقرة الثانية منها على أنه: "ويعين القانون حقوق الحمل المستكن".

وبالفعل فقد عين القانون العديد من الحقوق للجنين؛ كالحق في النسب والميراث والوصية.

وهنا يثار التساؤل حول الأساس القانوني لثبوت هذه الحقوق للجنين؛ بمعنى هل في اعتراف القانون للجنين بهذه الحقوق ما يشكل قاعدة عامة تتعلق بشخصية قانونية للجنين؟ أو أن الأمر لا يعدو أن يكون استثناءً على القاعدة العامة التي تحدد بدء شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً؟ أو أن الجنين في الواقع لم تثبت له هذه الحقوق من الأصل، ومن ثم لا يوجد قاعدة عامة بشأن شخصيته القانونية ولا استثناء على الأصل؟

(٢٧) انظر: حسام الدين الأهواني، المدخل للعلوم القانونية، ج ٢، ط ٣، ١٩٩٩، ص ٨٨.

(٢٨) انظر: مغني المحتاج، ج ٣، ص ٢٨؛ المحلى لابن حزم الأندلسي الإمام أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد (٤٥٦هـ)، ج ٩، ص ٣٠٨.

(٢٩) لمزيد من التفاصيل، انظر الموقع الإلكتروني file//A: albayan. newspaper.htm

وبالرجوع إلى أقوال الفقهاء عند بحثهم لهذه المسألة نجد أنهم قد انقسموا إلى ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: ويرى أصحابه^(٣٠)، أنَّ الجنين في الأصل لا يتمتع بأي حق، ومن ثم فلا يكتسب الشخصية القانونية، فلا يوجد أي استثناء على الأصل الذي يحدّد بدء الشخصية القانونية بتمام الولادة حياً.

فعند أصحاب هذا الرأي، من غير المقبول انتهاك النص القانوني الذي يحدّد بداية الشخصية القانونية بتمام ولادة الإنسان حياً، وذلك من خلال ترتيب استثناء على هذا الأصل. "إذ إنّ النص القانوني الذي أشار إلى أنَّ حقوق الحمل المستكن يعيّن القانون لا يوحي بانصراف نية واضعيه إلى هدم الأصل من ارتباط الشخصية القانونية بميلاد الجنين حياً".

فالحمل المستكن ليس له أي كيان مستقلّ عن أمّه، فهو تابع لها في غذائه وتنفسه، ومن ثمّ فلا يكتسب عند أصحاب هذا الرأي أي حقّ حال كونه جنيناً؛ إذ إنّ الجنين لا يرث وإنّما يوقف له أكبر النصيبين، فما دام الأمر مرهوناً بميلاده حياً، فإنّ ذلك يعني أنّه ليس صالحاً لاكتساب الحقوق؛ لأنّ اكتساب الحقّ يعني الاستمتاع بمزاياه، وهذا أمر متعذّر على الجنين بحكم طبيعته.

غير أنّه يؤخذ على هذا الرأي أنّه يركّز كل اهتمامه على الحقوق الماليّة للجنين على الرغم من أنّ تمتّع الجنين بالحقوق تبدو أهميّة في مجال حقوقه الشخصية كالحقّ في الحياة، والحقّ في الصّحة^(٣١)، وهو ما سوف نتحدّث عنه بالتفصيل في المبحث الثاني من هذا البحث.

الاتجاه الثاني: يرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ الجنين يتمتع ببعض الحقوق، ممّا يعني الاعتراف له بالشخصية القانونية وذلك استثناءً على الأصل العام، إلّا أنّ الخلاف قد ثار بين أصحاب هذا الاتجاه حول نطاق الحقوق التي تثبت

(٣٠) انظر: نعمان خليل جمعة، دروس في نظرية الحق، ١٩٧٥، دون ذكر دار النشر، ص ١٥٩؛ محمد حسام لطفي، نظرية الحقّ، مرجع سابق، ص ٩٧، ٩٨.

(٣١) انظر: حسام الدين الأهواني، مرجع سابق، ص ٩٠.

للجنين؛ أي أنّ الخلاف قد ثار حول نطاق أهليّة الوجوب بالنسبة للجنين، وذلك على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: ويرى أصحابه^(٣٢)، أنّ للجنين أهليّة وجوب قاصرة على الحقوق التي اعترف له بها القانون فحسب، فالجنين عند أصحاب هذا الرأي ليس له من الحقوق إلّا ما حدّده القانون، فالمشرّع قد أحال إلى القانون بيان حقوق الحمل المستكن، وقد بيّن القانون هذه الحقوق ومن ثمّ فإنّها حقوق واردة في القانون على سبيل الحصر، وهذه الحقوق هي الحقّ في النسب والميراث والوصية والوقف والجنسية. فالاعتراف للجنين بهذه الحقوق هو خلاف للأصل، وهذا الاستثناء اقتضته الضرورة لرفع الظلم عن الجنين.

ويبدو أنّ محكمة النقض المصرية قد تبنّت هذا الرأي، فقد قضت في أحد أحكامها بأنّ المشرّع قد أحال في بيان حقوق الحمل المستكن إلى القانون، فليس له من الحقوق إلّا ما حدّده القانون، وقد نظّم المرسوم بقانون رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢ في شأن الولاية على أعمال الولاية على الحمل المستكن، وأثبت له قانون الجنسية الحقّ في اكتساب جنسية أبيه، واعتراف قانون الميراث بالإرث، كما اعترف له قانون الوصيّة بالحقّ فيما يوصى له به، أمّا حقّه في التعويض عن الضرر الذي يصيب مورثه قبل تمام ولادته فلم يعينه القانون، فالمشرّع قد حدّد حقوق الحمل المستكن على سبيل الحصر^(٣٣).

الرأي الثاني: ويرى أصحابه أنّه يثبت للجنين من الحقوق ما لا يتوقّف ثبوته على قبول منه، أمّا الحقوق التي يتوقّف ثبوتها على قبول ممّن تمنح له فلا تكون للجنين كالهبة مثلاً^(٣٤).

(٣٢) انظر: عبد المنعم البدر اوي، مرجع سابق، ص ٥٤٢؛ سليمان مرقس، مرجع سابق، ص ٦٥٩.

(٣٣) انظر: نقض مدني، ١٩٩٥/٦/٧٢، المستحدث من المبادئ التي قرّرتها الدوائر المدنية بمحكمة النقض، المكتب الفني، ص ١٣٠.

(٣٤) انظر: محمد محمود عبد الله، مرجع سابق، ص ٢٦٣؛ توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص ٦٠١.

الرأي الثالث: ويرى أصحابه أنَّ للجنين صلاحية اكتساب أي حق ما دام هذا الحق نافعاً له نفعاً محضاً حتى لو أنَّ القانون يتطلب لثبوت هذا الحق أن يصدر قبول من صاحبه؛ إذ في حال تطلب القانون منه هذا القبول، فإنَّ الوصي يقبل نيابة عن الجنين^(٣٥).

ويؤخذ على هذا الاتجاه أنَّه إذا كان الاعتراف للجنين بالشخصية القانونية يمثل استثناءً على الأصل، فإنَّ هذا يعني بقاء القاعدة الأصلية، بحيث يمكن أن تطبق على بعض الفروض، وفي الوقت نفسه يطبق الاستثناء على بعضها الآخر، فمن من الأشخاص تبدأ شخصيته القانونية من وقت الميلاد، ومن تبدأ شخصيته من وقت الحمل؟ فالشخصية القانونية إما أن تبدأ من وقت الميلاد، وإما أن تبدأ من وقت الحمل؛ لأنَّ الإنسان يمرَّ دائماً بفترة الحمل، فإما أن يكون صالحاً في هذه الفترة لأن يكون صاحب حق، فتبدأ شخصيته من وقت الحمل، وإما أن يكون غير صالح لذلك، فتبدأ شخصيته من وقت الميلاد^(٣٦).

الاتجاه الثالث: ويرى أصحابه^(٣٧) أنَّ للجنين شخصية قانونية منذ وقت الحمل، فالشخصية القانونية عند أصحاب هذا الرأي مرتبطة ببدء تكوين الجنين في الرحم، فهي تبدأ من وقت الحمل لا من وقت الولادة، ومن ثمَّ فإنَّ اكتساب الجنين للحقوق لا يشكّل استثناءً على الأصل. غاية ما في الأمر أنَّ الشخصية القانونية تمرُّ بمرحلتين؛ الأولى أثناء الحمل، وفي هذه المرحلة وعلى الرغم من وجود الشخصية القانونية فإنَّها غير مستقرة، والثانية تبدأ من وقت الميلاد، حيث تستقرَّ هذه الشخصية.

(٣٥) انظر: حسن كيرة، المدخل، مرجع سابق، ص ٥٢٦.

(٣٦) انظر: منصور مصطفى منصور، نظرية الحق، مرجع سابق، ص ١١٠؛ ورمضان أبو السعود، الوسيط في شرح القانون المدني، المدخل إلى القانون، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٩، ص ٦٥.

(٣٧) انظر: حسام الأهواني، مرجع سابق، ص ٩٣ وما بعدها؛ رمضان أبو السعود، الوسيط، مرجع سابق، ص ٦٩.

فالميلاد عند أصحاب هذا الرأي ليس بداية الحياة البشرية، وإنما يمثل إحدى مراحل هذه الحياة، ومن ثم فإن الشخصية القانونية تبدأ منذ الحمل، ولكن قبل الميلاد لا تكون هذه الشخصية مستقرّة، فيجب أن يولد الجنين حياً حتى تستقرّ هذه الشخصية، فإذا وُلِدَ ميتاً زال ما كان قد تقرّر له من حقوق واعتبر وكأنّه لم يكن.

ويبدو أنّ محكمة التمييز الأردنيّة قد تبنت هذا الرأي؛ ففي حكم حديث لها صدر بتاريخ ٢٥/٤/٢٠٠٢، في دعوى تتلخّص وقائعها في أنّ أحد الأشخاص توفي في حادث سير، وكانت امرأة هذا الرجل حاملاً بطفلة، وتمّ الصلح بين أهل المتوفى وشركة التأمين، وبعد ولادة الطفلة أقامت دعوى عن طريق وكيلها للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابها نتيجة فقدانها لوالدها، وقد رأت محكمة التمييز أنّها تستحقّ التعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي أصابها نتيجة فقدانها لوالدها، حيث جاء في حيثيات الحكم "أنّ شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حياً، ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن التي يعيّنّها القانون هي أنّ الجنين أهلية وجوب قاصرة على صلاحيته لكسب الحقوق النافعة له نفعاً محضاً، فإذا وُلِدَ حياً اعتبر شخصاً من وقت الحمل، وإذا وُلِدَ ميتاً اعتبر كأن لم يكن".

وقد أضافت المحكمة "إنّ ما يكسبه الجنين من حقوق يكون موقوفاً على شرط تمام ولادته حياً، وحيث إنّ الطفلة - حنين - قد ولدت حية فإنّها تأخذ حقوقها من وقت الحمل" (٣٨).

ومن جانبنا، فإنّنا نميل إلى تأييد هذا الرأي؛ ذلك أنّه من الحقائق العلميّة الثابتة الآن أنّ حياة الإنسان تبدأ منذ الحمل وليس من وقت الولادة، فقد اكتشف العلماء أنّ الجنين ينام ويحلم ويلعب بحبله السّرّي ويسمع ويستجيب

(٣٨) انظر: تمييز حقوق ٤٩/٢٠٠٢، هيئة عامة، تاريخ ٢٥/٤/٢٠٠٢، منشورات عدالة.

للضوء^(٣٩). فالحياة تبدأ من وقت التقاء مني الرجل وبويضة المرأة والتحامهما وصيرورتها خلية^(٤٠).

"فالواقع العلمي والطبي في السنوات الأخيرة كان وراء إعادة النظر في الأفكار التقليدية القانونية، وفي مقدّمتها بدء الحياة ونهايتها. فالقانون يتولّى حماية الإنسان في مواجهة ما يتهدّده من مخاطر"^(٤١).

لذلك فالقول بأنّ شخصيّة الإنسان تبدأ منذ وقت الحمل يوفر الحماية القانونية للجنين في مواجهة أي خطر يتهدّده في تلك الفترة. فالنظرة التقليدية للجنين على أساس أنّه مجرد جزء من أمّه، يتحرّك بحركتها، ويقرّر بقرارها قد تجاوزها العلم الحديث، حيث أصبح الجنين في حاجة إلى الحماية، وهذا لا يتأتّى إلّا إذا اعتبر الجنين شخصاً قانونياً من وقت الحمل، فتكون له شخصيّة قانونيّة مستقلّة عن شخصيّة أمّه. وتبدو أهميّة ذلك في مجال حماية حقّ الجنين في الحياة، وفي أن يولد سليماً معافى^(٤٢)، كما سنرى في المبحث الثاني من هذا البحث.

فالأمّ مثلاً لا يجوز لها أن ترضى بإجراء تجارب طبيّة عليها ما دام ذلك يعرّض حياة الجنين للخطر، ولا يحقّ لها أن ترفض علاجاً يكون من شأنه أن يحقق مصلحة الجنين، فهناك استقلاليّة بين شخصيّة الأم وشخصيّة الجنين، وكل منهما يتمتّع بحقوق مستقلّة عن الآخر^(٤٣).

(٣٩) انظر الموقع الإلكتروني: fill//A: albayan. newspaper.htm.

(٤٠) انظر الموقع الإلكتروني: www.alhikmah.com.

(٤١) انظر حسام الدين الأهواني، مرجع سابق، ص ٩٨.

(٤٢) انظر: المرجع السابق نفسه، ص ٩٧.

(٤٣) انظر: محمد عيد الغريب، التجارب الطبيّة والعلميّة وحرمة الكيان الجسدي للإنسان،

دراسة مقارنة، ط ١، ١٩٨٩، ص ٩٥-٩٧.

وهذه الحقيقة لا تخالف ما ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامي في التفرقة في بعض الأحكام بين الحمل الذي نفخت فيه الروح، والحمل الذي لم تنفخ فيه الروح بعد؛ وذلك لأنَّ هناك فرقاً بين الروح والحياة^(٤٤). ففقهاء الشريعة الإسلامية يعترفون بحياة الجنين قبل نفخ الروح فيه، وكذلك يعترفون له بالعديد من الحقوق في تلك الفترة، فهو مخلوق في طور الإعداد لاستقبال الروح^(٤٥).

ولعلَّ السبب الذي دعا جانباً من الفقه إلى القول إنَّ ثبوت الشخصية للجنين أثناء فترة الحمل يمثل استثناءً على الأصل هو ما قرَّره المشرع من أنَّ شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حياً، ثمَّ قوله بعد ذلك إنَّ حقوق الحمل المستكن يعيِّنها القانون، فتلك الصياغة هي التي أوحى بوجود استثناء على القاعدة العامة.

لذلك يجب أن يفهم النصُّ بما يقتضيه المنطق والعدالة في توفير الحماية للجنين دون التقيّد بالألفاظ المستخدمة. فعبرة: "ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعيِّنها القانون" لا تعني أنَّ هناك استثناءً على القاعدة (الأصل)، بل تعني أنَّ الحمل المستكن قد أحال المشرع في شأن بيان حقوقه إلى القوانين الخاصة. فإذا كانت هذه القوانين قد اعترفت له ببعض الحقوق، فإنَّ ذلك يعني الاعتراف له بالشخصية القانونية منذ وقت الحمل، وإن كانت هذه الشخصية غير مستقرّة، فإنَّ ولد حياً تمتّع بشخصية قانونية تامة، وإن ولد ميتاً تزول عنه هذه الشخصية ويعتبر كأنه لم يكن.

(٤٤) انظر: عمر غانم، أحكام الجنين، مرجع سابق، ص ١٤٢.

(٤٥) انظر: محمد نعيم ياسين، حقيقة الجنين وحكم الانتفاع به في زراعة الأعضاء، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، السنة الرابعة، العدد السادس عشر، مارس ١٩٩٠، ص ٧١ وما بعدها.

الفرع الرابع

التكييف القانوني لشخصية الجنين القانونية

لقد انتهينا في الفرع السابق إلى أنّ للجنين شخصية قانونية وإن كانت غير مستقرة، فهي تستقر بولادته حياً وتزول بأثر رجعي إن وُلِدَ ميتاً، بحيث يعتبر وكأنّه لم يكن. وإنّ هذا القول يستدعي البحث حول التكييف القانوني لهذا القول، فما دام استقرار هذه الشخصية مرتبطاً بشرط تمام ولادته حياً، فإنّ هذا يستدعي البحث عن طبيعة هذا الشرط، أهو شرط واقف، أم هو شرط فاسخ؟

بالرجوع إلى أقوال الفقه في هذه المسألة، نجد أنّهم قد انقسموا إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: ويرى أصحابه أنّ استقرار الشخصية القانونية للجنين معلق على شرط واقف وهو تمام الولادة حياً، وبحسب هذا القول فإنّ الشخصية القانونية للجنين تكون غير مستقرة إلى أن يولد حياً، فإذا ولد حياً (تحقّق الشرط الواقف) كانت له شخصية قانونية منذ الحمل، أمّا إذا ولد ميتاً (تخلّف الشرط الواقف) اعتبر كأنّه لم يكن^(٤٦).

وتبدو أهمية القول بفكرة الشرط الواقف عند أصحاب هذا الرأي في أنّ الجنين بولادته حياً تتأكّد شخصيته القانونية بأثر رجعي من وقت الحمل، وإن ولد ميتاً يعتبر كأنّه لم يكن. فهو يفسّر الظواهر القانونية تفسيراً صحيحاً. ويبدو أنّ محكمة التمييز الأردنية قد تبنت هذا الرأي^(٤٧). إلّا أنّه يؤخذ على هذا الرأي ما يأتي:

(٤٦) انظر: محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الحق، دار النهضة العربية، ١٩٧٧، ص ١٠١.

(٤٧) انظر: تمييز حقوق ٢٠٠٢/٤٩، تاريخ ٢٥/٤/٢٠٠٢ السابق الإشارة إليه.

- ١ - إنَّ فكرة الشرط الواقف هي أمر اختياري متوقَّف على إرادة المتعاقدين، والتعليق في حالة الجنين لا يرجع إلى إرادة الأفراد، وإنَّما إلى حكم القانون.
- ٢ - إنَّ الشرط الواقف يكون دائماً أمراً عرضياً يمكن تصوُّر الحقِّ بدونه، وميلاد الجنين أمر أصلي لا يمكن تصوُّر الحق بدونه.

٣ - إنَّ في فكرة الشرط الواقف مجازاً قانونياً وهو إرجاع وجود أمر إلى الماضي لتبرير اكتساب الشخصية القانونية من وقت الحمل^(٤٨).

والاتجاه الثاني: ويرى أصحابه أنَّ استقرار الشخصية القانونية للجنين معلق على شرط فاسخ، وبحسب هذا القول، فإنَّ الشخصية القانونية للجنين تثبت له وهو في بطن أمِّه، غير أنَّ تلك الشخصية تعتبر وكأنَّها لم تكن إن ولد ميتاً (تحقق الشرط الفاسخ). أمَّا إذا ولد حياً (تخلَّف الشرط الفاسخ) تأكَّدت واستقرَّت هذه الشخصية.

وتبدو أهميَّة هذا القول عند القائلين به في أمرين: الأول في حماية الجنين؛ إذ إنَّ الشرط الفاسخ لا يحول دون التمتع الفوري بالحقوق؛ ذلك أنَّ الشروط بشرط فاسخ يعتبر حالاً وموجوداً ممَّا يكفل الحماية الفورية للجنين. والثاني: أنَّ القول بفكرة الشرط الفاسخ يغني عن اللجوء إلى المجاز القانوني في فكرة الشرط الواقف بإرجاع أمر إلى وقت لم يكن فيه موجوداً^(٤٩).

ومن جانبنا، فإنَّه يبدو لنا أنَّ الشخصية القانونية للجنين تتوفر منذ الوقت الذي تتوفر فيه صلاحيته لاكتساب الحقوق، ولكن تلك الشخصية غير باتة بل تخضع لشرط، وهذا الشرط هو شرط فاسخ؛ أي عدم الولادة حياً، فإذا ولد حياً تأكَّدت له الشخصية القانونية، وإذا ولد ميتاً زالت عنه تلك الشخصية بأثر

(٤٨) انظر: عبد الحي حجازي، مذكرات في نظرية الحقِّ، ١٩٥١، ص ٩٣. خالد عبد الله عيد، المدخل لدراسة القانون، دار الأمانة للنشر والتوزيع، الرباط، ١٩٨٧، ج ٢، ص ١٧٦.

(٤٩) انظر: حسام الأهواني، المدخل، مرجع سابق، ص ٩٧-٩٩. عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص ٩٣.

رجعي واعتبر كأنه لم يكن؛ ذلك أنَّ فكرة الشرط في حالة الولادة لا تزال موجودة؛ لأنَّ الولادة - وهي الأصل في استقرار الشخصية القانونية - تفترض أحد أمرين؛ إمَّا الحياة أو الموت، ومن ثمَّ يمكن اعتبارها شرطاً.

وعلى هذا فإنَّ الجنين يتمتّع بالحماية القانونية منذ الحمل وبخاصة حقّه في سلامة جسده، فحماية الجنين يجب أن تكون فعّالة وليست موقوفة، وهذا يمكن تحقيقه من خلال فكرة الشرط الفاسخ؛ ذلك أنَّ الشرط الواقف يفترض السكون حتى تمام الولادة، في حين أنَّ فكرة الشرط الفاسخ تمنح الجنين الحماية الفوريّة، وهي أصلح للجنين.

المبحث الثاني المسؤولية عن الأضرار التي تصيب الجنين

إنَّ البحث في المسؤولية عن الأضرار التي تصيب الجنين يعني أنَّ الجنين بعد أن ولد وجاء إلى هذه الدنيا تمَّ اكتشاف إصابته ببعض الأضرار، وأنَّ السبب في ذلك يعود إلى الوقت الذي كان فيه جنيناً في بطن أمّه. فقد يولد طفل وفيه بعض التشوهات، أو مصاباً بأمراض خطيرة، وأحياناً يولد سليماً معافى ولكنّه يصاب بضرر ماديّ أو معنويّ نتيجة لفعل حدث عندما كان جنيناً في بطن أمّه. ففي مثل هذه الحالات هل يجوز له المطالبة بالتعويض عن هذه الأضرار؟

إنَّ الإجابة عن هذا التساؤل فيه تفصيل وبعض الاختلاف، وإنَّ الأمر لا يخرج عن أحد ثلاثة احتمالات:

الاحتمال الأول: أن يكتشف الزوجان أنَّ الجنين مصاب بمرض خطير أو تشوهات خلقية، فيكون أمامهما أحد خيارين؛ إمّا الإبقاء على هذا الجنين أو إسقاطه، فما مدى المسؤولية عن أي من هذين الخيارين؟

الاحتمال الثاني: أن يولد طفل معاق أو مصاب بأمراض خطيرة نتيجة لخطأ في التشخيص الطبي، فما مدى المسؤولية عن ذلك؟

الاحتمال الثالث: أن يولد طفل مصاب ببعض الأضرار نتيجة لخطأ معيّن وقع عليه عندما كان جنيناً، فما مدى المسؤولية عن هذه الأضرار؟

للإجابة عن هذه التساؤلات سوف أقوم بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب.

المطلب الأول

ثبوت إصابة الجنين بأمراض أو تشوهات خلقية

بعد أن أصبح من الممكن اكتشاف الأمراض أو التشوهات التي تصيب الجنين في أثناء فترة الحمل بالعديد من الوسائل^(٥٠)، فإذا ما كشف الطبيب للزوجين أنَّ الجنين مصاب بمرض خطير لا يرجى الشفاء منه أو أنَّه مصاب بتشوهات خلقية، فإنَّه يكون أمامهما اختيار أحد أمرين: إمَّا أن يقرَّرا استبقاء الجنين، وإمَّا أن يقرَّرا التخلص منه. فإلى أي مدى يجوز لهما اتِّخاذ أحد هذين القرارين؟

للإجابة عن هذا التساؤل، فإنه لا بُدَّ من معرفة مدى جواز إجهاض الجنين المصاب بأمراض خطيرة أو تشوهات خلقية في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي، ونعالج ذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

إجهاض الجنين المشوَّه أو المصاب بأمراض خطيرة في الفقه الإسلامي

اختلف موقف الفقه الإسلامي من جواز الإجهاض، أو عدم جوازه في هذه الحالة، وذلك من خلال التفرقة بين مرحلتين، مرحلة ما قبل نفخ الرُّوح، ومرحلة ما بعد نفخ الرُّوح^(٥١).

(٥٠) من هذه الوسائل التصوير بالموجات فوق الصوتية، أو أخذ عينة من السائل الأمنيوسي، أو أخذ عينة من دم الجنين. انظر في تفصيل ذلك، رضا عبد الحليم عبد المجيد، الحماية القانونية للجنين البشري، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ٢٠٠١، ص ٥١ وما بعدها.

(٥١) اتَّفَق الفقهاء على أنَّ وقت نفخ الرُّوح هو بعد مرور ١٢٠ يوماً، وذلك لقوله - صلى الله عليه وسلم - في حديث ابن مسعود - رضي الله عنه - "إنَّ أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً، ثمَّ يكون علقة مثل ذلك ثمَّ يكون مضغة مثل ذلك ثمَّ يرسل إليه الملك فينفخ فيه الرُّوح ويؤمر بأربع كلمات رزقه وأجله وعمله وشقي أم سعيد". انظر تفسير القرطبي، ج ١٢، ص ٨.

أولاً - إسقاط الجنين قبل نفخ الرُّوح:

في هذه المرحلة اختلف الفقهاء المسلمون في حكم إجهاض الجنين، وذلك على أربعة اتجاهات:

الاتجاه الأول: إباحة الإجهاض في أي وقت قبل نفخ الرُّوح؛ لأنَّ الجنين - عند أصحاب هذا الرأي - في هذه الفترة لا يكون آدمياً حياً، وهو أحد رأيي الشافعية^(٥٢).

الاتجاه الثاني: يرى أصحابه عدم جواز الإجهاض في هذه المرحلة إلا إذا وجد عذر مقبول يسوغ ذلك، وهو ما ذهب إليه الحنفية^(٥٣).

الاتجاه الثالث: ويرى أصحابه جواز الإجهاض خلال الأربعين يوماً الأولى فقط وتحريمه بعد ذلك، وهو الرأي الثاني للشافعية^(٥٤).

الاتجاه الرابع: يرى أصحابه عدم جواز الإجهاض في هذه المرحلة بشكل مطلق، وهو ما ذهب إليه الحنابلة^(٥٥).

ومن ثمَّ فإنَّه بحسب هذه الآراء يتبيَّن لنا جواز إسقاط الجنين المشوَّه أو المصاب بأمراض خطيرة في هذه المرحلة، وهو مذهب الشافعية، والحنفية عند وجود عذر مسوغ؛ أي قبل نفخ الرُّوح يجوز الإجهاض عند أصحاب الاتجاهات الأول والثاني والثالث، وإن اختلفت المدَّة بين أصحاب الاتجاهين الأول والثالث ما بين مائة وعشرين يوماً أو أربعين يوماً، ويمكن اعتبار التشوُّه عذراً عند أصحاب الاتجاه الثالث.

(٥٢) انظر: شرح فتح القدير، ج ٢، ص ٤٩٥؛ نهاية المحتاج، ج ٨، ص ٤١٦.

(٥٣) انظر: حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ٥٩١.

(٥٤) انظر: نهاية المحتاج، ج ٨، ص ٤١٦.

(٥٥) كشف القناع، البهوتي، ج ٢، ص ٣٣٢.

ثانياً - إسقاط الجنين بعد نفخ الرُّوح:

نجد أنَّ الفقهاء قد اختلفوا في جواز الإجهاض في هذه الفترة، وذلك على اتجاهين:

الاتجاه الأول: ويرى أصحابه تحريم الإجهاض بشكل مطلق، فلا يجوز عند أصحاب هذا الرأي إسقاط الجنين لأي سبب حتى ولو كان في بقائه خطر مؤكّد على حياة الأم؛ إذ إنّه عند أصحاب هذا الرأي لا يجوز قتل نفس لحفظ نفس أخرى، فلا يجوز للمحافظة على الأم قتل الجنين؛ لأنّ الجنين بعد مرور أربعة أشهر وبعد نفخ الرُّوح فيه يعتبر نفساً إنسانية، ولا فرق في ذلك بين الكبير والصغير، وهذا هو ما ذهب إليه الحنفية^(٥٦).

الاتجاه الثاني: ويرى أصحابه أنّ الأصل هو عدم جواز الإسقاط، وإباحته في حالة وحيدة، وهي إذا ثبت أنّ الحمل يشكّل خطراً مؤكّداً على حياة الأم. أمّا إسقاط الحمل لثبوت إصابته بإعاقة أو أمراض خطيرة فهو غير جائز ما دام الجنين قد نفخت فيه الرُّوح، وهذا هو مذهب الشافعية^(٥٧).

وبالرجوع إلى أقوال الفقه الإسلامي الحديث في هذه المسألة يتبيّن لنا أنّ غالبية الفقه ترى وجوب التفرقة بين ثلاثة أنواع من الأمراض أو التشوّهات، النوع الأول: التشوّهات البسيطة التي يمكن علاجها، وفي هذا النوع لا يجوز الإجهاض. النوع الثاني: الأمراض أو التشوّهات الخطيرة التي من المتعذّر علاجها قطعياً وفي هذا النوع يجوز الإجهاض. النوع الثالث: التشوّهات أو الأمراض الخطيرة التي يمكن علاجها بصعوبة وقد ينجح هذا

(٥٦) انظر: حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ٥٩١.

(٥٧) انظر: نهاية المحتاج، ج ٨، ص ٤١٦.

العلاج وقد لا ينجح وفي هذا النوع يجوز الإجهاض قبل نفخ الرّوح ولا يجوز بعد نفخها^(٥٨).

وكان المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي قد أفتى بجواز الإجهاض قبل مائة وعشرين يوماً إذا ثبت من خلال لجنة طبيّة من الأطباء النّقات أنّ الجنين سيولد مشوّهاً بتشوّهات خطيرة غير قابلة للعلاج، أمّا بعد مرور هذه المدة فلا يجوز الإجهاض^(٥٩).

الفرع الثاني

إجهاض الجنين المشوّه أو المصاب بأمراض خطيرة في القانون الوضعي

سوف تقتصر دراستنا في هذا الفرع على موقف كل من القانون المصري، والقانون الأردني.

أولاً - في القانون المصري:

لما كان فعل الإجهاض من الأفعال التي تؤدي إلى نتائج خطيرة فإن المشرع الجنائي المصري يعتبر هذا الفعل جريمة، فنجده يعتبر هذا الفعل

(٥٨) انظر دراسة علميّة تؤكّد أنّ إجهاض الجنين المعاق غير جائز شرعاً على الموقع الإلكتروني:

<file://A:albayan.newspaper.htm>.

وانظر أيضاً: www.yasaloonek.net/books.y4.htm.

وانظر أيضاً مسفر بن علي القحطاني، إجهاض الجنين المشوّه، بحث مقدّم لكلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الأول، ص ٣٢٩؛ مشار إليه في رضا عبد الحليم عبد المجيد، تشخيص تشوّهات الجنين وأمراضه الوراثيّة، دار النهضة العربيّة، القاهرة، ط ١، ٢٠٠٣، ص ٩٥؛ وانظر أيضاً محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، مرجع سابق، ص ٤٣٩.

(٥٩) انظر الموقع الإلكتروني: www.fatawaa/part2/doc-eihad.htm.

جذحة سواء صدر من المرأة الحامل على نفسها أو من الغير عليها^(٦٠)، وكذلك نجد المشرع المصري غير من وصف هذه الجريمة ورفعها إلى مصاف الجنايات وشدّد عقوبتها، وذلك في حالتين:

- الأولى: إذا كان الإجهاض قد وقع بطريقة العنف كالضرب وما إليه.
- ثانياً: إذا كان المجهّض طبيياً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابلة^(٦١).

واستثناءً على هذا الأصل نجد المشرع المصري يسمح بالإجهاض في بعض الحالات، وهي:

أولاً: الإجهاض الطبي، وهو الإجهاض الذي يقوم به رجال الطب وذلك لأسباب علاجية تقتضيها الحالة الصحية للمرأة الحامل. فهو يتم لإنقاذ المرأة الحامل من موت محقق أو محتمل^(٦٢).

ثانياً - الإجهاض لحالة الضرورة:

وحتى يسمح بالإجهاض في هذه الحالة فإنه لا بد من توافر عدة شروط منها ما يتعلق بالخطر ومنها ما يتعلق بالفعل الذي يواجهه هذا الخطر.

فحتى يسمح بالإجهاض في هذه لا بد أن يكون الحمل مهدداً لحياة المرأة الحامل أو سلامة جسمها بخطر جسيم، وأن يكون الإجهاض لازماً لدفع هذا الخطر ومناسباً لدرجة جسامته^(٦٣). والفرق بين الإجهاض الطبي والإجهاض لحالة الضرورة أن هذا الأخير يمكن أن يجريه أي شخص ولا يشترط أن يجريه طبيب على العكس ما يشترط في الإجهاض الطبي^(٦٤).

(٦٠) انظر إلى المادتين (٢٦١ و ٢٦٢) من قانون العقوبات المصري.

(٦١) انظر إلى المادتين ٢٦٠ و ٢٦٣ من قانون العقوبات المصري، وانظر أيضاً عبد العزيز محمد المحسن، الحماية الجنائية للجنين، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، ص ٨٧.

(٦٢) انظر محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، ١٩٨٨، ص ٥٠٦-٥٠٧.

(٦٣) انظر عبد العزيز محمد محسن، الحماية الجنائية، المرجع السابق، ص ١٢٤.

(٦٤) انظر عبد العزيز محمد محسن، الحماية الجنائية، المرجع السابق، ص ١٢٥.

إذاً، خلاصة ما سبق أن المشرع المصري لا يسمح بالإجهاض إلا إذا كان في استمرار الحمل خطر يهدد حياة الأم أو سلامة جسمها.

ثانياً - في القانون الأردني:

يحظر المشرع الجنائي الأردني إجهاض الجنين أيًا كان عمره الرحمي؛ إذ إنّ المادة (٣٢١) من قانون العقوبات الأردني تنصّ على أنّ: "كل امرأة أجهضت نفسها بما استعملته من الوسائل أو رضيت بأن يستعمل لها غيرها هذه الوسائل تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات"، كذلك فإنّ المادة (٣٢٢) من القانون نفسه تنصّ على أنّ: "من أقدم بأية وسيلة كانت على إجهاض امرأة برضاها عوقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات"، أيضاً فإنّ المادة (٣٢٣) تنصّ على أنّ: "من تسبّب بإجهاض امرأة دون رضاها عوقب بالأشغال الشاقة مدة لا تزيد على عشر سنوات".

كما أنّ المشرع الجنائي الأردني قد شدّد العقوبة على الطبيب والصيدي والقبالة إذا كان أي منهم هو المتسبّب في الإجهاض؛ فالمادة (٣٢٥) من قانون العقوبات تنصّ على أنّه: "إذا كان مرتكب الجرائم المنصوص عليها في هذا الفصل طبيباً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابلة يزداد على العقوبة المعينة مقدار ثلثها".

ومن ثمّ فإنّه قد يفهم من هذه النصوص أنّ المشرع الجنائي الأردني لا يسمح بالإجهاض لأي سبب كان، غير أنّه بالرجوع إلى قانون الصحة العامة رقم (٥٤) لسنة ٢٠٠٢ الصادر بتاريخ ٢٨/٨/٢٠٠٢، الذي حلّ محل القانون رقم (٢١) لسنة ١٩٧١، نجد أنّ المادة (١٣) منه تنصّ على أنّه: "أ- يحظر على أي طبيب وصف أي شيء بقصد إجهاض امرأة حامل، أو إجراء عملية إجهاض لها، إلّا إذا كانت عملية الإجهاض ضرورية لحمايتها من خطر يهدّد صحتها أو يعرضها للموت، على أن يتمّ ذلك في مستشفى عام أو مستشفى للتوليد شريطة توافر ما يلي:

- ١ - موافقة خطية مسبقة من الحامل بإجراء العملية، وفي حالة عدم مقدرتها على الكتابة أو عجزها عن النطق تؤخذ الموافقة من زوجها أو ولي أمرها.
- ٢ - شهادة من طبيبين مرخصين ومن ذوي الخبرة تؤكد وجوب إجراء العملية للمحافظة على حياة الحامل وصحتها.
- ب - على الرغم مما ورد في قانون العقوبات التي تلاحق الحامل والشخص أو الأشخاص الذين أجروا أو اشتركوا في إجراء عملية الإجهاض لها وفقاً لأحكام الفقرة (أ) من هذه المادة بتهمة اقتراف جريمة الإجهاض".
- فمن خلال قراءة هذه المادة، نجد المشرع قد سمح بالإجهاض في أي وقت ومهما كان عمر الجنين الرحمي متى ثبت أنه في استمرار الحمل خطر مؤكد على حياة الأم أو صحتها. ولم يسمح بالإجهاض لثبوت وجود تشوهات أو أمراض بالجنين نفسه ما دام ذلك لا يؤثر على حياة الأم أو صحتها.

المطلب الثاني

ولادة طفل مشوه أو به أمراض نتيجة

لخطأ في التشخيص

سبق القول إنَّ من الممكن الآن وبعد التطور الهائل في مجال العلوم الطبية الكشف عن أية أمراض أو تشوهات خلقية تصيب الجنين، وهو ما زال في بطن أمه.

فإذا لجأ الزوجان إلى أحد الأطباء للكشف على الجنين وبيان إذا ما كان مصاباً بأيّة تشوهات خلقية أو أمراض وراثية. فأكّد لهما الطبيب أنّ الجنين سليم معافى، وعند الولادة تمّ اكتشاف أنّ ثمة خطأ في التشخيص، وأنّ الطفل قد ولد مصاباً بأحد هذه التشوهات أو الأمراض. ففي مثل هذه الحالة، هل يجوز للطفل المصاب المطالبة بالتعويض؟

في البداية وقبل الإجابة عن هذا التساؤل لا بُدّ من القول إنّ مثل هذا التساؤل لا يطرح إلّا في ظلّ التشريعات التي تسمح بالإجهاض لوجود تشوهات

خلقية أو أمراض وراثية في الجنين؛ لأنّ الخطأ الطبي هو الذي ساهم في ولادة الطفل على تلك الحال، إذ لو كان الطبيب قد بينّ للأبوين إصابة الجنين لكان بالإمكان اختيار الإجهاض. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنّه لا بُدّ من التفرقة في هذه الحالة بين نوعين من الدعاوى التي ترفع على الطبيب حتى لو كانت الدعويان ترفعان معاً من الناحية العملية، الأولى: تلك التي يرفعها الوالدان باسمهما الشخصي للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابهما شخصياً نتيجة لولادة هذا الطفل المصاب، والثانية: تلك التي ترفع لحساب الطفل نفسه والتي تهدف إلى تعويضه عن الضرر المتمثّل في الحياة المعاقة التي فرض عليه أن يعيشها.

وما يهتمنا هنا هو النوع الثاني من هذه الدعاوى؛ أي تلك الدعاوى التي ترفع على الطبيب للمطالبة بتعويض الطفل المصاب الذي ولد نتيجة لخطأ طبيّ في التشخيص. وقد سبق القول إن مثل هذه الدعاوى لا مجال لها في كل من الأردن ومصر نظراً لأنّ كلاً من المشرع الأردني والمصري لا يجيز الإجهاض لثبوت وجود تشوهات أو أمراض بالجنين ما دام ذلك لا يؤثر على حياة الأم أو صحتها.

المطلب الثالث

ولادة طفل مصاب ببعض الأضرار نتيجة لخطأ حدث عندما كان جنيناً

المقصود بهذا الفرض أنّ الطفل قد ولد، ولكن نتيجة لخطأ معين^(٦٥) وقع عندما كان جنيناً، فقد أصيب ببعض الأضرار، سواء أكانت أضراراً مادية، أم معنوية. فهل يجوز له المطالبة بالتعويض عن هذه الأضرار؟

(٦٥) تجدر الإشارة إلى أنّ المشرّع الأردني يُقيم المسؤولية على أساس الفعل الضار وليس على أساس الخطأ. فالمادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني تنص على أنّه "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميّز بضمان الضرر".

للإجابة عن هذا التساؤل، فإنه لا بُدَّ من بحث مدى توافر أركان المسؤولية، لأنه إذا كانت هذه الأركان متوافرة، فإن الإجابة عن هذا التساؤل سوف تكون بالإيجاب؛ ذلك أنه - كما رأينا في المبحث الأول من هذا البحث - لا يمكن رفض طلب التعويض بحجة أن الخطأ قد وقع في الفترة التي كان فيها المضرور جنيناً، مما يعني أنه لم يكن يتمتع بالشخصية القانونية في تلك الفترة. فالجنين له شخصية قانونية معلقة على شرط فاسخ، وهو عدم ولادته حياً، فما دام قد ولد حياً، فقد تخلف الشرط الفاسخ، مما يعني أن له الشخصية القانونية منذ فترة الحمل^(٦٦).

أما إذا لم تتوافر أركان المسؤولية، فإن الإجابة عن التساؤل السابق سوف تكون بالنفي، ليس لأن الخطأ قد حدث في الفترة التي كان فيها المضرور جنيناً، ولكن لأن أركان المسؤولية غير متوافرة.

فالطبيب يبقى ملتزماً تجاه الشخص المولود وفقاً لأحكام المسؤولية المدنية عن تعويض الأضرار التي تلحق به عندما يتسبب بخطئه مباشرة في إحداث الإعاقة أو الزيادة فيها، أو بعدم السماح باتخاذ الوسائل اللازمة لتخفيفها.

إذاً، ما دام أنه كان هناك خطأ وضرر ناتج مباشرة من هذا الخطأ، فإن الطفل يستحق التعويض حتى لو كان هذا الخطأ قد حدث في الفترة التي كان فيها الطفل جنيناً.

فعلى سبيل المثال يلتزم الطبيب، الذي يجري تدخلاً طبياً أو جراحياً على امرأة حامل، ويسبب بخطئه جروحاً في الجنين جعلت منه معاقاً بعد ولادته، بتعويض الضرر الذي لحق بالطفل. وكذلك الحال بالنسبة للطبيب الذي يخطئ في تشخيص بعض الإعاقات أو الأمراض التي يمكن علاجها أو التخفيف منها، فإنه يكون مسؤولاً عن تعويض الطفل بعد ولادته.

(٦٦) انظر ما سبق، ص ١٢ وما بعدها.

وكذلك فإنَّ الشخص الذي يقوم بضرب امرأة حامل على بطنها فيؤثّر على
الطفل معاقاً نتيجة لهذه الضربة، فإنّه يلتزم بتعويض الطفل عن الضرر الذي
لحق به. وكذلك الحال يستطيع الطفل، الذي ولد فاقداً لوالده، المطالبة بالتعويض
من الشخص المسؤول عن وفاة والده.

وبالرجوع إلى أحكام القضاء، نجد أنّه يعترف بحقّ الطفل في المطالبة
بالتعويض في مثل هذه الحالات، فيجوز المطالبة بالتعويض عن التشوهات التي
أصاب الجنين والتي يرجع سببها إلى التدخّل الخاطئ من قِبَل الطبيب
والمحاولة الفاشلة في إجهاضه.

كذلك الحال، نجد أنّ محكمة التمييز الأردنية قد قضت بحقّ طفلة بعد
ولادتها في الحصول على التعويض عن الضرر المادّي والمعنوي الذي أصابها
نتيجة لفقدانها لوالدها الذي توفي في حادث سير في الوقت الذي كانت فيه
جنيناً في بطن أمّها^(٦٧).

(٦٧) انظر تمييز حقوق ٢٩/٢٠٠٢ تاريخ ٢٥/٤/٢٠٠٢، مشار إليه فيما سبق.

الخاتمة

لقد حاولت في هذا البحث الإجابة عن التساؤل الذي تمّ طرحه في بدايته، وهو إلى أي مدى يستطيع الطفل المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة لخطأ وقع عليه في الوقت الذي كان فيه جنيناً.

وفي البداية كان لا بُدّ من تعرّف شخصية الجنين القانونيّة لمعرفة مدى تمتّع الجنين بالشخصيّة القانونيّة، ثمّ بعد ذلك البحث في المسؤوليّة عن الأضرار التي تصيب الجنين.

وقد انتهيت بعد استعراض آراء الفقه وأحكام القضاء إلى أنّ للجنين شخصيّة قانونيّة معلّقة على شرط فاسخ وهو عدم ولادته حيّاً، وذلك لتحقيق الحماية الفورية له.

أمّا بالنسبة للمسؤوليّة عن الأضرار التي تصيب الجنين، فقد انتهيت إلى أنّ جانباً من الفقه الإسلامي يجيز إجهاض الجنين قبل نفخ الرّوح فيه إذا ثبت إصابته بتشوّهات أو أمراض خطيرة، أمّا بعد نفخ الرّوح فلا يجوز إجهاضه لأي سبب كان.

وفي القانون الوضعي، فإنّ المشرّع المصري والأردني لا يجيز إجهاض الجنين إلّا في حالة واحدة وهي ثبوت أنّ في استمرار الحمل خطراً يهدّد سلامة الأم وصحّتها.

أمّا بالنسبة للأضرار التي تصيب الجنين نتيجة لخطأ وقع عليه في الوقت الذي كان فيه جنيناً، فإنّه يجوز المطالبة بالتعويض عن هذه الأضرار ما دامت أركان المسؤوليّة متوفرة.

وفي النهاية، فإنّني أرجو أن أكون قد وفّقت في الإجابة عن جميع التساؤلات التي أثارها هذا البحث.

قائمة المراجع

أولاً - في الفقه الإسلامي:

١ - في الفقه الحنفي:

- السرخسي، شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد (٤٨٣هـ)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت.
- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود (٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٦م.

٢ - في الفقه المالكي:

- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن رشد (٥٩٥هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة مصطفى الحلبي، مصر، الطبعة الخامسة، ١٩٨١م.
- المنقي شرح موطأ الإمام مالك، طبعة مصورة عن طبعة دار السعادة بمصر، ١٣٢٣هـ.

٣ - في الفقه الشافعي:

- الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس بن حمزة شهاب الدين (١٠٨٧هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مطبعة مصطفى الحلبي بمصر، ١٣٥٧هـ.

٤ - في الفقه الحنبلي:

- ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد (٦٣٠هـ)، المغني، دار الكتب، بيروت.
- البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح بن حسن بن إدريس (١٠٥١هـ)، كشاف القناع على متن الإقناع، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ١٤٠٢هـ.

٥ - في الفقه الإسلامي الحديث:

- عمر بن محمد غانم، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، دار ابن حزم، ٢٠٠١م.
- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ط٢، القاهرة.
- محمد نعيم ياسين، حقيقة الجنين وحكم الانتفاع به في زراعة الأعضاء، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، السنة الرابعة، العدد ١٦، ١٩٩٠م.

ثانياً - في الفقه القانوني:

- أسامة أبو الحسن مجاهد، تعويض الطفل عن ميلاده معاقاً، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م.
- توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٨م.
- حسام الدين الأهواني، المدخل للعلوم القانونية، ج٢، ط٣، ١٩٩٩م.
- حسن كيرة، المدخل للقانون، ط٥، دار منشأة المعارف، الإسكندرية.
- خالد عبد الله عيد، المدخل لدراسة القانون، ج٢، دار الأمانة للنشر والتوزيع، الرباط، ١٩٨٧م.
- رضا عبد الحليم عبد المجيد، الحماية القانونية للجين البشري، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠١م.
- رضا عبد الحليم عبد المجيد، تشخيص تشوهات الجنين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣م.
- رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح القانون المدني، المدخل إلى القانون، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٩م.
- سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، تنقيح حبيب الخليلي، ط٦، دار الكتب القانونية، القاهرة، ١٩٨٧م.
- عبد الحي حجازي، مذكرات في نظرية الحق، ١٩٥١م.

- عبد المنعم البدرأوي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦١م.
- عبد المنعم فرج الصدة، نظرية الحق في القانون المدني الجديد، ١٩٥٠م.
- عبد العزيز محمد محسن، الحماية الجنائية للجنيين، دار النهضة العربية، ١٩٩٨.
- محمد حسام محمود لطفي، نظرية الحق، الطبعة الثانية.
- محمد عيد الغريب، التجارب الطبية والعلمية وحرمة الكيان الجسدي للإنسان، دراسة مقارنة، ط١، ١٩٨٩م.
- محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الحق، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧م.
- محمد محمود عبد الله، المدخل إلى علم القانون، ١٩٩٦م.
- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات- القسم الخاص، ١٩٨٨.
- منصور مصطفى منصور، نظرية الحق، الطبعة الأولى.
- نعمان خليل جمعة، دروس في نظرية الحق، ١٩٧٥م.
- هالالي عبد الله محمد، التزامات الحامل نحو الجنيين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م.

ثالثاً - المواقع الإلكترونية:

- file//A:albayan.newspaper.htm.
- www.alhikmah.com.
- www.yasaloone.net/books/y4.htm.
- www.fatawaa/part2/doc-eihad.htm.

