



الرقم الترتيبي:

مركز دراسات الدكتوراه: العلوم القانونية والسياسية
تكوين الدكتوراه: القانون الخاص
الحقل المعرفي: القانون الخاص
التخصص: القانون الخاص
المختبر: القانون و الفلسفة و المجتمع
أطروحة لنيل الدكتوراه

المسؤولية القانونية عن التشوهات الخلقية للجنين — دراسة مقارنة —

إعداد الطالب الباحث:

محمد فحفوحي

تحت إشراف الدكتور:

د. محمد ناصر متيوي مشكوري

تاريخ المناقشة:

29 يوليوز 2022

أعضاء لجنة المناقشة:

الصفة	مؤسسة الانتماء	الاطار	أعضاء لجنة المناقشة
مشرفا ورئيسا	كلية الحقوق فاس	أستاذ التعليم العالي	د. محمد ناصر متيوي مشكوري
مقررا	كلية الحقوق فاس	أستاذ التعليم العالي	د. عمرو لمرزع
مقررا	كلية الحقوق طنجة	أستاذ التعليم العالي	د. أمين أعزان
مقررا	كلية الحقوق فاس	أستاذ التعليم العالي	د. عبد القادر قرموش
عضوا	كلية الحقوق فاس	أستاذة التعليم العالي	د. سعاد التيايالي
عضوا	كلية الحقوق فاس	أستاذ مؤهل	د. كريم متقي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِّنْ طِينٍ ﴿١٢﴾ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ
نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ ﴿١٣﴾ ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ
مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظْمًا فَكَسَوْنَا الْعِظْمَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ
خَلْقًا ءَاخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ ﴿١٤﴾﴾

سورة المؤمنون. الآيات 12 – 14

صدق الله العظيم

لائحة المختصرات

باللغة العربية:

ج	: جزء
ج.ر	: جريدة الرسمية
ح	: حكم
د.س.ن	: بدون سنة النشر
د.د.ن	: دون دار النشر
ر	: رقم
س	: سنة
ص	: صفحة
ط	: طبعة
ق.ل.ع.م	: قانون الالتزامات و العقود المغربي
ع	: عدد
غ.م	: غير منشور
ن.م	: نفس المرجع
ف	: فقرة
ق	: قرار
أطح	: أطروحة
م	: مادة
م.س	: مرجع سابق
ظ	: ظهير
مج	: مجلد

Liste des abréviations :

Art	: Article
C.A	: Cour d'appel
C.A.A	: Cour administrative d'appel
C.C	: Conseil constitutionnel
C.c.f Actuel	: Code civil française Actuel
C.E	: Conseil d'Etat
C.S.P.F	: Code de la santé publique français
Cass. Civ. 1 ^{ère} ch	: Première chambre civile de la cour de cassation
Cass. Civ. 2 ^{ème} ch	: Deuxième chambre civile de la cour de cassation
Crim	: Criminelle
D	: Dalloz
Ed	: Edition
J.O	: Journal officiel
J.C.P	: Juris-classeur périodique
L.G.D.J	: Librairie générale de droit et de jurisprudence
Méd	: Médicale
N ⁰	: Numéro
Op.Cit	:Opus Citatum (l'ouvrage précité)
P	: Page
PP	: Pages
Préf	: Préface
Rev	: Revue
RTDciv	: Revue trimestrielle de droit civil
Res	: Responsabilité
S	: Suivant
T	: Tome
Th	: Thèse
V	: Voir
Vol	: Volume
WWW	: World Wide Web

مقدمة

عرفت العلوم بصفة عامة في العصر الراهن تطورات سريعة، وتقدمت في اتجاهات مختلفة هدفها تحقيق رفاهية البشرية و احترام النفس الإنسانية و توفير أفضل سبل العيش لأفرادها. و قد شهدت العلوم الطبية بدورها انتصارات باهرة في خلق مستجدات علمية طبية حديثة تسير التطور العلمي الملحوظ الذي وضع بصماته على الإنسانية جمعاء، فمن أعمال الطب البدائية إلى تقنيات العلاج بالأدوية التخليقية و الجينية و الأدوات الليزرية، فأجاد العلماء في الاختصاص الطبي في طرق علاجية كانت من قبل في حاجة إلى تفسير علمي و حلول مثلى يستفيد منها المريض و يتخذها وسيلة ابتغاء شفاؤه أو التخفيف بها من حدة الآلام التي يعانيها، و تمرس ذو الاختصاص، و هم يضعون بين دفتي المجال الطبي الطرق العلمية المتداولة و المتواترة عن بعضهم البعض عبر الندوات العلمية ووسائل الإعلام بمختلف أنواعها التي حولت العالم إلى قرية صغيرة بفضل تطورها.

و تعتبر مصلحة حفظ النفس من أعظم المصالح المعتبرة و هي ثاني الضروريات الخمس التي جاءت بها الشريعة الإسلامية من أجل المحافظة عليها و عدم التفريط فيها، حتى و إن لم تنتهك هذه المصلحة كاملة و إنما انتهك جزء منها أو هددت بالانتهاك، فقد سنت الشريعة أحكاما تكفل عدم المساس بها، و قد يصاب الإنسان بالمرض إما بقدر إلهي أو ابتلاء من الخالق أو نتيجة الاحتكاك بالآخرين و انتقال عدوى المرض إليه، و قد يصاب نتيجة حادث عمدي أو غير عمدي، و ما إلى ذلك من الأسباب الأخرى، مما يضطر الإنسان إلى البحث عن العلاج المناسب لما أصابه من مرض أو جراح أو إصابة، و من هنا تنشأ العلاقة بين المريض و من يقوم بمساعدته على الشفاء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، من أطباء و صيادلة و تقنيي المختبر و أخصائيي الأشعة و ممرضين.

و حيث تستوحى مسؤولية الطبيب الأخلاقية من فلسفة أبيقراط ومن المواثيق الدولية والوطنية التي كرّست ما ينبغي على الطبيب الالتزام به.

فالمسطرة الأوروبية للأخلاقيات مثلا تفرض على كل طبيب احترام الحياة ومن خلالها كل الإنسانية، وفي ديباجة إعلان طوكيو 1975 يمكن قراءة أن كل طبيب يتمتع بامتياز ممارسة مهنته خدمة للإنسانية وعليه أن يحافظ ويعتني بالصحة الجسدية والنفسية

للجميع دون تمييز وأن يواسي ويخفف من آلام المرضى، كما يجب عليه أن يظل دائما محترما بشكل مطلق لحياة الإنسان منذ تكوينه في رحم أمه.

إذا كانت العهود الماضية قد انتهت وانتهت معها الإيديولوجيات، هاهو القرن الجديد يحل علينا بثورته الجينية. وبالفعل منذ بعض السنوات ونتيجة للتغيرات النوعية للتكنولوجية في ميادين البيولوجيا وعلم الوراثة، أصبح الطب وعلوم الأحياء عموما، يفرضان على الإنسان المعاصر الوقوف شاهدا على أوقات تاريخية. هذه التطورات الرهيبة للعلوم سمحت للإنسان بأن يتحكم في الوراثة و نظام العصب و أن يتنبأ ببعض الأمراض الوراثية أو بعض التشوهات منذ المراحل الأولى من تكوين المضغة، فأصبح بالإمكان أن ندمج عن طريق التجارب الجينية *manipulation génétique* في الكروموزوم الإنساني جينا خارجيا وسليما وفعالا (الطب الجيني) أو تصحيح جينا فاسدا. إن هذا التطور العجيب للبيولوجيا وإن كان يفتح آفاق للأمل فيما يخص الطب العلاجي والتنبؤي، إلا أن هذه الثورة قد تفرز مشاكل عويصة، وتسؤلات رهيبة حول مستقبل البشرية وأنظمتها القانونية، ولقد كان العلماء هم أول من دقوا ناقوس الخطر بخصوص هذا التفاوت بين القانون والطب .

هذا فضلا على أن بعض التجارب قد سببت خسارة عظيمة للإنسانية (القنبلة الذرية) قد تصل إلى المساس بأصل الإنسان كمحاولة للتحكم بماهية الجنين، فارتفعت الأصوات تنادي بتوقيف المسار العلمي المتطرف، وتدخل السلطات في الحد من الانزلاقات. وبهذا الخصوص صدر إعلان هلسنكي (1964) المعدل في طوكيو الذي يدعو إلى احترام الكرامة الإنسانية عند مباشرة التجارب العلمية.

إن التخوف من التقدم العلمي ليس هو ضربا من الخيال أو نوعا من هستيريا المفكرين، إنه الحقيقة التي ذاقت مرارتها تلك الأجناس البشرية التي جرب عليها الألمان النازيون أبشع الأبحاث (نورمبارغ 1945)، وإنها الحقيقة التي أرادت العنصرية الهتلرية في خلق الجنس الآري الخالص.

وربما يزداد تخوف البشرية اليوم، أكثر من تخوفها من السلاح النووي لو اجتمعت بيد الناس الممارسات الوراثية كوسيلة، والأساليب العلمية المتطرفة (scientisme) كأيديولوجية و التنقية الجنسية eugénisme كمبرر. فهذه العناصر إن اجتمعت لوصل العالم

إلى نهايته، وبالتالي مهما تكون القفزة النوعية العلمية، فإن مخاطرها المرتبطة بتغيير خلق الله يجب أن ينتبه إليها الضمير البشري وأن تقرر فيها الأخلاق بأن الأحلام العلمية لا يمكن أن تشين الإنسان وتجعله عرضة للتجارب.

فالتلقيح الاصطناعي¹ قد يخلط المفاهيم المتعلقة بالنسب وقد ينجز عنه الآلاف من المضغات الذي يثير مجرد وجودها مشاكل أخلاقية وقانونية مستعصية من جهة، و من جهة أخرى فإن الكشف الطبي ما قبل الولادة قد يحيد عن غايته فيستعمل للتقنية الجينية كالأسلوب الذي يقضي بتعديل صفات الأطفال حسب رغبات الآباء كتفضيل المولود الذكر بشعر أشقر وأعين زرقاء. فإمكانية تغيير بعض الصفات الوراثية و تقنية الاستنساخ "Cloning" التي أثارت ضجة عارمة على المستوى العالمي، قد تم تطبيقها على النبات و الحيوان -النعجة دولي- كمنطلق لهذه التجربة- مما أثار عدة مخاوف من إمكانية إجراء الاستنساخ الجيني على البشر خصوصاً بعد نجاحها بالنسبة للقردة سنة 1996².

و ما لا يدع شكاً أن هذه الوسائل الصناعية للإخصاب لا يمكن لها أن تفلح في تحقيق أمنية الإنجاب لمن هم مبتلون بداء عضوي، أو عيوب خلقية³. فكيف يمكننا الحديث عن التزام الطبيب في إنجاح عملية المساعدة على الإنجاب في هذه الحالة، خاصة إذا كان إلزاماً بنتيجة.

و مما لا شك فيه أن التطور الذي شهده الطب مع مرور العصور قد واكبه تطور الأجهزة و الوسائل و حتى التقنيات في ممارسة مهنة الطب و خاصة طب الأجنة، حيث تمكن الأطباء من إجراء العديد من الممارسات الطبية التي ساهمت في القضاء على مشاكل العقم لدى كثير من الأزواج، أو مكنت الزوجين من معرفة وضع الجنين و هو لا يزال داخل

¹ التلقيح الاصطناعي: هو إدخال سائل الرجل المنوي في المجاري التناسلية عند المرأة و لكن ليس عن طريق الاتصال الجنسي المباشر بل بحقنة بطريقة اصطناعية بهدف إحداث الحمل عند المرأة. ينظر؛ أمير فرج يوسف: المسؤولية الطبية للأطباء و الصيدلة و المستشفيات و المنشآت الطبية و المهن الطبية المعاونة لهم و المتعلقة بعملهم من الناحية المدنية و الجنائية، الناشر دار الكتب و الدراسات العربية -الإسكندرية، طبعة أكتوبر 2017، ص: 68.

² و هذا ما تنبته إليه العديد من الدول، و في هذا الصدد و قعت 19 دولة أوروبية -عدا إنجلترا- معاهدة حول حظر الاستنساخ البشري بفرنسا و ذلك بتاريخ 1998/01/12، كما تم رفض تقنية الاستنساخ البشري خلال الندوة التي نظمتها أكاديمية المملكة المغربية أيام 24-25-26 نونبر 1997 في دورتها الخريفية و كانت الندوة قد خصصت لبحث موضوع "حقوق الإنسان و المناولات الجينية". ينظر؛ نور الدين العمراني: تقنية الإنجاب الصناعي بالمغرب بين الممارسة الطبية و غياب الضوابط القانونية، المجلة المغربية للأنظمة القانونية و السياسية، عدد الخامس -يناير 2005، ص: 175.

³ فرج محمد محمد سالم: الإخصاب الطبي اللاجنسي أهدافه و صورته ووسائله و آثاره -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، الناشر دار الكتب و الدراسات العربية -الإسكندرية، السنة 2016، ص: 15.

رحم الأم، و اكتشاف ما به من أمراض أو تشوهات، و محاولة علاجه و إجراء تدخلات جراحية مباشرة عليه، أو اتخاذ قرار بإجهاضه في مراحل مبكرة من عمره، إلا أنه في الوقت ذاته قد يترتب عليها الكثير من المخاطر و الأضرار التي تمس بالجنين، أو تؤدي إلى ضياع الكثير من حقوقه، كحقه في الحياة و حقه في أن يولد سليماً معافاً.

و لم يقف تقدم طب الأجنة عند هذا الحد فحسب، بل تمكن الأطباء أيضاً من تشخيص و اكتشاف أمراض و تشوهات الجنين، التي قد يصاب بها و هو لا يزال داخل الرحم، و إمكانية علاجها عن طريق وصف الأدوية و العقاقير، فضلاً عن إجراء تدخلات جراحية مباشرة عليه، و مع كل ذلك لا يمكن التسليم بنجاح مثل هذه الممارسات، ففي حالات كثيرة قد يخطئ الطبيب عملية التشخيص، و يقرر إجراء تدخل علاجيٍّ فوريٍّ يؤدي إلى وفاة الجنين أو وفاة الأم، أو قد يحدث تشوُّها مضاعفاً للجنين، أو أنه -أي الطبيب- قد يقرر إجهاض الجنين في الدول التي تسمح تشريعاتها بذلك، كما هو الحال في فرنسا، لخطورة مرضه و استحالة علاجه، ثم يتضح بعد ذلك عدم إصابته بأي تشوُّه أو مرضٍ، بل ربما يحدث العكس، إذ قد يخطئ الطبيب في عملية التشخيص، بحيث يكون وصفه غير صادق فيما توصل إليه من ضرورة الاحتفاظ بالجنين و عدم إجهاضه، الأمر الذي يفوَّت على الوالدين فرصة ممارسة الإجهاض، و يتسبب في ميلاد طفلٍ مشوَّه، أو مصاب بمرضٍ خطيرٍ لا يمكن البرء منه.

و عليه فقد أدى الاستعمال المكثف للكشف بالموجات فوق الصوتية Echographie لدى النساء الحوامل في الهند إلى وئد رهيب للأجنة الأنثوية حتى تشكلت قرى برمتها بدون بنات.

من جهة أخرى تعتبر فعلاً الاختبارات الجينية نوعاً من "الجراحة التجميلية" على الجينات قد تؤدي إلى تعديل الإرث الوراثي للأفراد. ذلك عندما يكون مصدر الجينات الجرثومية (Germinales) خطراً على الحريات والعنصر البشري.

ثم إن المغالاة في العلاج قد يشكل هو الآخر حقلاً للتجارب تؤدي إلى خرق كرامة الإنسان وحرمته. أكثر من ذلك قد تطرح الوسائل الاصطناعية المستعملة في تمديد حياة

الوظائف الحيوية مشاكل خطيرة على الضمير بدليل الجدل الذي يثيره موضوع موت الشفقة أو موت الرحمة كما يسميه البعض الآخر Euthanasie.

و في جانب آخر نتج عن هذا التطور الطبي، و ما لازمه من مخاطر، زيادة طبيعية في عدد الأعمال الطبية الضارة نتيجة لما تعرفه من تجاوزات و انتهاكات واضحة لحقوق الجنين، و زيادة ملحوظة في عدد دعاوى المسؤولية المرفوعة أمام القضاء للمطالبة بالتعويض عما يتخلف عنها من أضرار. و قد ساهم في ذلك زوال التقديس الذي كان يتمتع به الأطباء في ممارستهم الطبية في القرون الماضية من ناحية، بالإضافة إلى زيادة الوعي العام لدى المرضى، جعلهم أكثر إلحاحا في ضرورة الحصول على نتائج مرضية من العلاج، و ما عادوا يرجعون ما قد يلحقهم من ضرر نتيجة العمل الطبي إلى القدر، و إنما يرجعونه في الكثير من الحالات إلى خطأ الطبيب.¹ فليس كل ما هو ممكن علمياً و طبياً جائزا شرعاً و قانوناً و أخلاقاً، فالإمكان من الناحية الطبية شيء و الجواز شرعاً و قانوناً شيء آخر تماماً.

كل هذا التطور التقني و ما يزال نظام المسؤولية الذي يحكمها جامدا بلا حراك أو تطور، و لا يزال مقدم الرعاية الصحية (le prestataire des soins) و مقدم رعاية الصحة الإنجابية² يحاسب على محض خطئه الشخصي الجسيم، أو خطأ تابعيه دون الالتفات إلى ما قد يلحق الجنين من أضرار جسيمة جراء هذه الممارسات، التي و إن كانت بعيدة كل البعد عن أي خطأ يمكن نسبته مباشرة إلى الطبيب، إلا أنها ذات صلة مباشرة ووثيقة بالعمل الطبي، و إن كان ذلك قد يعزى إلى التقنيات الحديثة في التشخيص أو العلاج، أو إلى محض المصادفة أو الحظ العاثر.

من هنا بات من الضروري أن توضح الموانع و أن تسن القوانين حتى يقلص من التجاوزات الممكنة الحدوث على اعتبار أن العلم يتقدم بوتيرة أسرع من الأخلاق والقانون معا.

¹ محمد حسين منصور: "المسؤولية الطبية"، دار الجامعة الجديدة، سنة 1999، ص: 08.

² رعاية الصحة الإنجابية " Reproductive health care": هي مجموعة من الوسائل و التقنيات و الخدمات التي تسهم في الصحة الإنجابية و الرفاه، عن طريق منع و حل المشاكل التي تكتنف الصحة الإنجابية، و هي تشمل أيضا الصحة الجنسية التي يتمثل هدفها في تحسين الحياة و العلاقات الشخصية، و ليس مجرد تقديم المشورة و الرعاية فيما يتعلق بالإنجاب و الأمراض؛ للمزيد ينظر، كاميليا حلمي محمد: الموائيق الدولية و أثرها في هدم الأسرة، الطبعة الأولى - 2020م/ 1441هـ، د.د.ن، ص 99.

إن ضرورة تحديد موقف أخلاقي من أجل التوعية أو الوصول إلى إجماع اجتماعي حول المشاكل المطروحة أوجدت مادة علمية جديدة هي أخلاقيات علوم الأحياء. فإذا كان مصطلح الأخلاق "morale" الوحيد الذي استعمل منذ زمن بعيد فإن الأخلاقيات Ethique خُصصت للخطاب الفلسفي. أما اليوم فيمكن تعريف الأخلاقيات بتلك التساؤلات التي تسبق التقرير حين يغيب القانون والدين وتظل المسألة ذاتية يتخبط بين طياتها الطبيب لوحده.

لكن هل من العدل بقاء الأمور على حالها، حيث يحشر الجنين في زاوية ضيقة، فإما أن يكون فأر مختبر، يدفع وحده ثمن التجارب التي تستفيد منها البشرية جمعاء، و يتحمل وحده تبعات التقدم العلمي، أم يرفض والديه العلاج و من تم يعيش أو يموت بعلته؟

هل سيظل نظام المسؤولية المدنية و الجنائية بهذه السلبية؟ أم لابد من إحاطة الجنين ببعض الحماية من هذه المخاطر الطبية، فإن كان من العسير توفير حماية سابقة (protection préalable) أو وقائية (préventive) في المجال الطبي، نظرا لما يخالط هذه العلوم من احتمال، فعلى أقل تقدير ضمان الضرر الجسيم الذي يحقق به. و من سيتحمل تبعه مخاطر التشوهات الخلقية للجنين إن لم يتحملها المضرور، هل يتحملها الطبيب الذي يسعى في مجال البحث العلمي باحثا عن الحلول البشرية، و الذي يعد العمل العلاجي أحد تطبيقاته؟ لا شك أن القول بذلك من شأنه قتل روح البحث و المبادرة الفردية و لذلك كان من الطبيعي ظهور أنظمة التعويض الجماعية، لتدعم الوظيفة التعويضية للمسؤولية المدنية، إذ أن الضرر الناجم عن المخاطر الطبية إن كان يشكل خطرا على المجتمع فلا بد للمجتمع متكاثفا من تحمل تبعاته.

فعلا، إن مفهوم الشخص الإنساني هو الذي يحدد سلوك المؤمن حيال الإجهاض الذي يعتبر إجراء خطيرا وحيال التلقيح الاصطناعي (بما فيه كراء أو إيجار الأرحمة) وحيال استعمال الأقراص المانعة للحمل (البروجيسترون المضاد). وفي نفس هذا السياق، وعلمنا أن التطور الطبي يسمح بالكشف ما قبل الولادة منذ المراحل الأولى من التكوين لعدد كبير ومتزايد من التشوهات والأمراض الوراثية، لتتكون لدينا فكرة عن المعضلات الأخلاقية وعن قلق الآباء والأطباء على حد سواء أمام هذه الحالات.

لقد طرحت الثورة البيولوجية منذ عدة سنوات مشاكل على الضمير البشري بكل أعماقه، ومن ثم نتساءل عن موقف المسلم حيال هذه المشاكل؟ ولن تكون الإجابة إلا أكثر تعقيدا إذا علمنا أنه لا توجد مرجعية دينية ثابتة، بل كل ما هنالك سوى مدارس ومذاهب ومواقف شخصية يُعبّر عنها بالفتاوى، وعلى المؤمن أن يواجه مسؤولياته ويتخذ بنفسه القرار. إذ يقع على كل مسلم عبء الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وأن يستدرك الأمور وفق مبدأ احترام السلامة الجسدية واحترام السلامة النفسية واحترام النسل والنسب. كما يطلب من ذوي الألباب أن يواصلوا الجهد الفكري الذي دشّنه السابقون، فالاجتهاد هو سعي للتفكير والمعرفة. و لقد تم تسجيل خلال السنوات الماضية، في بعض الدول الإسلامية تقدم سريع لنقل الأعضاء خصوصا في السعودية والكويت وتركيا وإيران ومصر والأردن وسوريا. ومن جهة أخرى وحتى يتفادى المساس بالإرث الجيني للإنسان، فإن القانون المغربي يمنع نقل الأعضاء التكاثرية الحاملة للوراثة من الأشخاص أحياء أو أموات، و كل الخلايا المتصلة بالتوالد¹.

ومن المواضيع الأخرى التي اهتمت بها الأخلاقيات، رسالة الطبيب ومسؤوليته في مداواة و الحفاظ على الشخص حياً، هذا فضلا على أن القانون يعاقب على عدم تقديم يد المساعدة للشخص الموجود في حالة خطر، كما لا يجوز لأحد في الإسلام أن ينتحر أو يساعد غيره على ذلك حتى ولو كان هذا الأخير مصابا بمرض لا يرجى شفاؤه. بل أكثر من ذلك فلقد أثبتت الممارسة أن الفحص الطبي لا يمكن تحديده أو التكهّن بنتائجه على وجه الإطلاق، أما بخصوص الجانب النفسي للشخص الذي يطلب موت الشفقة لا يمكن الأخذ به على اعتبار تدهور الحالة الجسدية والمعنوية.

رأينا أن التطورات الحديثة في البيولوجيا وعلم الجينات سمحت للإنسان بأن يتحكم في الإنجاب وفي الوراثة، هذه السلطة التي تحصل عليها خوّلت له القدرة على إعطاء تعريف جديد للحياة عن طريق الإنجاب الاصطناعي²، كما خولت له بفضل الكشف الطبي ما

¹ - المادة 1 من القانون رقم 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء و الأنسجة البشرية و أخذها و زرعها، مرسوم رقم 2.01.1643 صادر في 2 شعبان 1423 (9 أكتوبر 2002)، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5068 بتاريخ 12 شوال 1423 (26 ديسمبر 2002)، ص: 3879.

² أو ما كان يصطلح عليه ب "شتل الجنين"، ينظر؛ عامر أحمد القيسي: مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي، الدار العلمية للنشر و التوزيع - عمان، د.س، ص: 50.

قبل الولادة، القدرة على صقل الحياء، ومكنته أخيراً هذه السلطة بأن يعيد تعريف الموت فيما يخص نقل الأعضاء والمغالة العلاجية وكل هذا بفضل تطور الوسائل الطبية في ميدان الإنعاش، هذه القفزات العلمية والتقنية تثير فعلاً الإعجاب والانبهار، إلا أنها تغذي في نفس الوقت الشعور بالخطر والقلق.

كما أوجدت الشريعة الإسلامية بعض الحلول لهذه الوسائل وكانت المبادئ الرئيسية هي احترام السلامة الجسدية والنفسية للإنسان والحفاظ على التواصل العائلي والنسب.

و بالرجوع إلى القواعد العامة للمسؤولية المدنية في القانون المدني المغربي، نجدها تؤسس لعنصر الخطأ بمفهوم أخلاقي، و الذي أضحى مشكوكاً في قدرته اليوم على احتواء مخاطر التقدم العلمي و التكنولوجي، و قد كان لهذا التصور التقليدي تأثيره الكبير على الفقه القانوني، حيث اعتبر جانب كبير منه أن عنصر الضرر الركن الثاني الذي يلي ركن الخطأ في القواعد العامة للمسؤولية المدنية¹، و على الرغم من أن وضع التعاريف من اختصاص الفقه، إلا أن المشرع يضطر إلى ذلك في بعض الأحيان، إذ نجده يعرف الضرر في مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 98 من ق.ل.ع بأنه: "...الخسارة التي لحقت المدعي فعلاً و مصروفات الضرورية التي اضطر أو سيجطر لإنفاقها لإصلاح نتائج الفعل الذي ارتكب إضراراً به، و كذلك ما حرم منه من نفع في دائرة الحدود العادية لنتائج هذا الفعل". و ما يلاحظ على هذا التعريف أنه لم يشر إلى الضرر المعنوي و الضرر الجسماني، على غرار التعريف الذي وضعه المشرع للضرر العقدي، و الذي عرفه بأنه: "... ما لحق الدائن من خسارة حقيقية و ما فاته من كسب متى كانا ناتجين مباشرة عن عدم الوفاء بالالتزام..."².

¹ أنظر في ذلك: عبد القادر العرعاري: "مصادر الالتزامات"، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية، ط الثالثة، مكتبة دار الأمان، الرباط، 2014، ص: 112؛ عبد الرزاق أحمد السنهاوري: "الوسيط في شرح القانون المدني"، ج الأول، نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزامات - دار النهضة العربية - القاهرة، 1964، ص: 969.

² - الفقرة الأولى من الفصل 264 من قانون الالتزامات و العقود المغربي.

و قد تدارك المشرع النقص الذي اعترى الفصل 98 من ق.ل.ع حينما ساوى في الفصلين 77 و 78 من نفس القانون بين الضررين المعنوي و المادي، حيث اعتبرهما موجبين للتعويض¹.

و في سياق الحديث عن الأضرار الجسمانية بالرغم من سكوت القواعد العامة عن الإفصاح عنها، إلا أن جانباً كبيراً من فقهاء القانون اعتبروا أنها تدخل في زمرة الضرر المادي². و على خلاف ذلك، اعتبرها البعض الآخر أنها من طبيعة خاصة ترتبط بجسم الإنسان و تستقل بذاتها دون أن يكون تقديرها وفقاً لمعيار ما فات الإنسان من كسب و ما لحقه من خسارة، كما هو الشأن بالنسبة للأضرار الجسدية التي تحدثها بعض الأدوية³، و المنتجات المعيبة و الخطيرة عامة، و كذا المخاطر الطبية، ثم الأضرار التي شكلت خطراً حقيقياً على عناصر البيئة برمتها.

ونظراً للتطورات التي شهدتها القطاع الصحي بالمغرب كغيره من الأنظمة الصحية العالمية، و بسبب تسارع وتيرة المطالبة بالحق الصحي في السنوات الأخيرة، فإن الصحة أصبحت مقياساً أساسياً لمعرفة تقدم الدول و مؤشراً على حفظ كرامة الإنسان و ذلك لاتصالها و ارتباطها الوثيق بالحق في الحياة، ومن هذا المنطلق أكد المشرع المغربي في الدستور على أهمية و محورية الحق في الصحة و المساواة فيولوج إلى المرافق العامة الطبية⁴، مكرساً أولاً الالتزامات الدولية الملزمة على عاتقه، و ثانياً ملبياً مطالب الجمعيات الحقوقية المدافعة عن الحق في الصحة، وكذا في المواثيق و المعاهدات الدولية المصادق

¹ تنص الفقرة الأولى من الفصل 77 من ق.ل.ع على ما يلي: "كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة و اختيار، و من غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضرراً مادياً أو معنوياً للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر".

² على مستوى الفقه، فقد تعددت تعاريفه للضرر، و يتمثل وفقاً للتعريف السائد في: "الأذى الذي يلحق الشخص في حق من حقوقه أو مصلحة مشروعة له، يستوي أن يكون ذلك الحق أو تلك المصلحة مرتبطة بسلامة ماله أو جسده أو عاطفته أو حريته أو شرفه و اعتباره، و قس على ذلك". ينظر فيه؛ عبد الحق الصافي، "الوجيز في القانون المدني"، ج الثاني، المصادر غير الإرادية للالتزام - المسؤولية المدنية و الإثراء بدون سبب-، دراسة في ق.ل.ع و في القوانين الأخرى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2015، ص: 100. و يعرفه البعض الآخر بأنه: "الإخلال بحق من حقوق الشخص أو بمصلحة مشروعة له، يستوي في ذلك أن تكون نتائج هذا الإخلال مادية أو أدبية". ينظر فيه؛ عبد الرزاق أحمد السنهاوي، م، س، ص: 971.

³ محمد محمد قطب: "المسؤولية المدنية الناشئة عن أضرار الدواء (مشكلاتها و خصوصية أحكامها)"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص: 137.

⁴ الفصل 31 من الدستور المغربي لسنة 2011 الصادر بالظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 27 شعبان 1432 (29 يوليوز 2011)، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5964، ينص على: "تعمل الدولة و المؤسسات العمومية و الجماعات الترابية، على تعبئة كل الوسائل المتاحة، لتيسير أسباب استفادة المواطنين و المواطنات، على قدم المساواة، من الحق في: - العلاج و العناية الصحية....".

عليها من طرف المغرب و خاصة ما ورد في المادة 12 الفقرة الأولى من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية و الاجتماعية من "إقرار الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل إنسان في التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية و العقلية يمكن بلوغه".

إن لسلامة جسم الإنسان و حياته قيمة لا تعادلها قيمة، لذا فإن المسؤولية تنهض كلما وقع مساس بهما أو اعتداء عليهما، و أن للطبيب اتصالا وثيقا بسلامة الإنسان في جسمه و حياته ما دام هو من يباشر معالجة ما يهدد هذه السلامة و الحياة من آفات و أمراض أو ما يتصل بهما من آلام أو تشوهات، فعمل الطبيب هو عمل إنساني يقوم في الأصل على تقديم خدمة إنسانية جلية هي تخليص الناس من الآلام و تأمين سلامتهم الجسدية و النفسية و إنقاذ حيواتهم، و هو عمل مضاد لأكثر الآفات الاجتماعية خطورة¹.

و هكذا، نجد المخاطر المستحدثة قد تغلغت في القطاع الطبي، و تسببت في أضرار جديدة على مستهلكي الخدمات الطبية، فزادتهم علة على علة، كانوا في غنى عنها. كلها عوامل وضعت العلاقة بين المريض و الطبيب في إطار غير متوازن ألا و هو تشجيع الابتكار في المجال الطبي الذي يقابله كفالة حق المريض المتضرر في جبر ما لحقه من أضرار². و في ظل معصومية الجسد، و حق الإنسان في الحياة، و الحق في السلامة الجسدية، فلا يجوز المساس بمبدأ التكامل الجسدي بأي شكل من الأشكال. و في هذا الصدد، تعددت التسميات التي أطلقها عليها بعض الفقه؛ كالتبعات³ و الحوادث الطبية أو المخاطر العلاجية⁴، ثم المخاطر الطبية⁵، و التداعيات الطبية الضارة¹، و الاحتمالات المتصلة بالعمل الطبي².

¹ إبراهيم علي حمادي الحبلوسي: الخطأ المهني و الخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية – دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2007، ص: 11.

² أحمد هديلي: "تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية و انعكاساته على قواعد الإثبات"، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، المنظم بجامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، يومي 23 و 24 يناير 2008، ص: 1، منشور على الرابط التالي: <http://www.mediafire.com/file/877wjb3ihyg6g26/partie15pdf/file>. تاريخ الاطلاع عليه 25/07/2020، على الساعة 22:27 دقيقة.

³ آمال بكوش: "نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية – دراسة في القانون الجزائري و المقارن"، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2011، ص: 32.

⁴ -Raymand MARTIN: indemnisation des infections nosocomiales et accidents médicaux, Revue juridique de l'Ouest, n° 3, 2003, p : 249.

⁵ -Geneviève VINEY: L'avenir des régimes d'indemnisation sans égard à la responsabilité, Revue les cahiers de droit, Vol 39, n° 2-3, 1998, p : 291.

و تأسيسا على ذلك، تعد الأضرار اللاحقة بالذات البشرية أضرارا من نوع خاص، فلا يستقيم إقحامها في طائفة الضررين المادي و المعنوي، فإذا كان الحق في الحياة و الحق في السلامة الجسدية للإنسان منصوص عليهما في المواثيق الدولية و الدساتير الوطنية، فإنه في القرن الواحد والعشرين ازدادت قيمة هذه الحقوق في ظل تكاثر المخاطر المحدقة بالإنسان و بالجنين خاصة و التي تسببت فيها التطبيقات المعيبة للتقدم العلمي و التقني المتسارع، و قد شكلت في الحقيقة مخاطر جماعية و اجتماعية في نفس الوقت.

و ما يزيد الأمر صعوبة هو تنامي المخاطر المحتملة الوشيكة الوقوع على الجنين و بيئته الطبيعية، فإنه يستعصي تحديد المتسبب فيها من جهة، و يستحيل تقييم الأضرار اللاحقة به على ضوء القواعد العامة للمسؤولية، و ذلك راجع لخصوصية هذا النوع من الأضرار. ناهيك عن المخاطر التي أضحت واقعا ملموسا، كما هو الشأن بالنسبة للكوارث و الأوبئة الفتاكة، و يعد فيروس "كوفيد 19" من مظاهر المخاطر المستحدثة التي اجتاحت العالم بأسره في بداية سنة 2020، و ظهرت في المغرب بداية مارس من نفس السنة³.

بهذا الطرح نكون قد وضعنا الإطار الفكري العام الذي سوف نخوض وفقه دراسة بحثنا المتعلق بالتشوهات الخلقية بين المسؤولية و ضرورة الحماية الجسدية.

تعريف الموضوع

يهدف البحث في هذا الموضوع إلى تحديد و تنظيم المسؤولية عن التشوهات الخلقية في الممارسات الطبية التي تتم على الأجنة داخل الأرحام و خارجها، و ذلك لأن بقاء هذه

¹ عبد الحميد ثروت: تعويض الحوادث الطبية (مدى المسؤولية عن التداعيات الضارة للعمل الطبي)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007، ص: 21.

² -Lara KHOURY: une nouvelle révolution pour le droit de la responsabilité? la gouvernance du risque biomédical et l'indemnisation de ses victimes, Revue générale de droit, Vol 39, n° 1, 2009, p : 58.

³ - تعاملت الدولة المغربية بحزم على غرار الدول مع فيروس "كورونا كوفيد 19"، فأصدر المشرع المغربي مرسوم بقانون رقم 2.20.292 صادر في 28 من رجب 1441 (24 مارس 2020)، يتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية و إجراءات الإعلان عنها، ج.ر، ع: 6867 مكرر، 29 من رجب 1441 (24 مارس 2020)، ص: 1782. ثم أصدر مرسوم أعلن فيه حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني، لمواجهة تفشي الوباء المذكور، مرسوم ر 2.20.293 صادر في 29 من رجب 1441 (24 مارس 2020)، بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا- كوفيد 19، ج.ر، ع: 6867 مكرر، 29 من رجب 1441 (24 مارس 2020)، ص: 1783.

الممارسات دون تنظيم يؤدي إلى تهديد مصلحة المجتمع، باعتبار أن الجنين يمثل النواة الأولى، و البداية الحقيقية للوجود الإنساني.

بحيث سنقوم بدراسة التشوهات الخلقية والمسؤوليات المرتبطة بها من الناحية النظرية و التطبيقية و أحكام الشريعة الإسلامية و نظام مزاولة مهنة الطب و تحديد المسؤوليات المترتبة عنها.

ومن أجل الخوض في بحث معالم هذا الموضوع لابد أن نعرض منذ البداية موقف القانون، تشريعاً وفقهاً وقضاءً من ظاهرة التشوهات الخلقية، وهي الظاهرة التي تظل تُسَيَّرُ وفق حتميات بيولوجية وطبيعية يخضع لها كل مخلوق على وجه الأرض.

مقصداً فيه هو الوقوف عند إشكاليتين مرتبطتين ببعضهما البعض؛ تتمثل الأولى في محاولة فكرية نبرز من خلالها صعوبة دمج الحمل ضمن التصنيفات القانونية التقليدية، إذ لا يعترف القانون إلا بالشخص الإنساني من جهة، وهو صاحب الحق، إذا ما ولد حياً وكان قابلاً للحياة، وبالأموال –الأشياء- من جهة ثانية، وهي محل الحقوق الخاضعة لقواعد لا تنطبق على الفصيلة الأولى. ومن ثم و بعد "تفتت" جسم الإنسان إلى أعضاء ومواد كالدم والحليب والمشيمة والخلايا والأنسجة، أخضعه بعض المشرعين إلى قواعد التعامل كال تبرع حتى أن بعض القوانين أجازت بيعها كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، ومن ثم يثور التساؤل حول ما إذا كان ممكن تجريد هذه المكونات لجسم الإنسان من شحنتها القدسية وضمها إلى حظيرة الأشياء.

أما الإشكالية الثانية فقد فرضت نفسها من واقع تطور العلوم البيولوجية وضرورة مواكبة القانون لها، ليس بالمنع أو التحريم، بل بالتقهم والتنظيم. ويزداد هذا الطرح إلحاحاً خصوصاً بعد إجراء العمليات التلقحية اصطناعياً التي يتم إجرائها في ظل الاكراهات و الإشكالات التنظيمية و بدون أن يستعد لها مشرعنا بعد بالتنظيم والتقنين الموابكين له.

كما يرمي هذا البحث إلى إيراد بعض المقترحات التي تكفل الحماية القانونية من التشوهات الخلقية اللازمة للجنين و الطفل المضروب، في جبر ما أصابه من أضرار، جراء الممارسات الواقعة عليه عندما كان جنيناً.

الأهمية النظرية و العملية للموضوع

تبرز أهمية هذا البحث من أنه موضوع حيوي، فيه آراء مختلفة، و له علاقة مباشرة بالإنسان الذي جعله المولى عز و جل خليفة في الأرض، و كلفه بعمارتها من خلال ما منحه من نعم عظيمة و منها الصحة، التي إذا فقدها الإنسان فقد أموراً كثيرة قد تصل إلى عدم القدرة و العجز، و لذلك أمرنا الله سبحانه و تعالى بالمحافظة على النفس و عدم التفريط فيها.. قال تعالى: {و لا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة}¹، كما حرم سبحانه و تعالى الاعتداء على هذه النفس بأي شكل، و على أي جزء، حتى و إن لم تفت فواتاً كاملاً.

و من هنا كانت المسؤوليات و الواجبات على المعالج أو المشارك تزداد بشكل سريع نظراً للسرعة في التقدم العلمي في مجال الطب و الخدمات الطبية المعاونة، و هذا التقدم إلى جانب ما يمثله للمعالج من ارتياح إلا أن له جانباً آخر يجبر المعالج و معاونيه إلى جو من الخوف، و بالتالي قد يتسبب في التقصير إذا ما شعروا بالرقابة و المسؤولية.

كما تبدو أهمية هذا البحث من خلال تلمس بعض الجوانب المتعلقة بمدى المسؤولية المترتبة عن وقوع تشوهات خلقية للجنين، و بيان الحماية ضدها، مما لا شك في أنه سيسهم في إثراء المعرفة و زيادة عدد الدراسات و الأبحاث الخاصة بهذا الجانب الهام من هذا البحث.

كما تتجلى أهمية البحث في هذا الموضوع في ظهور عدة ممارسات مستحدثة في طب الأجنة بحاجة إلى البحث مثل الممارسات الواقعة على الجنين، المتمثلة ابتداءً في التشخيص الأولي للحمل و مروراً بالفحوصات المنجزة عليه لنصل إلى عملية الولادة و خروج الجنين إلى الوجود، و عمليات الإخصاب الصناعية سواء منها الداخلية أو الخارجية، و تجميد الأجنة و النطف -الحيوان المنوي و البويضة-، و تقنية التشخيص المبكر على الحمل، و غير ذلك من التقنيات التي لا بد و أن تستوقفنا لمعرفة الموقف القانوني و الرأي الشرعي منها.

كما تكمن أهميته أيضاً في البحث عن إطار قانوني يختص بتنظيم تلك الممارسات و ربطها بالمسؤوليات المترتبة عن حدوثها خاصة المؤدية منها إلى تشوهات و عاهات، ذلك

¹ سورة البقرة، الآية: 195.

أن الوضع التشريعي المغربي يشوبه بعض القصور عن ملاحقة الكثير من الانتهاكات و التجاوزات، التي تمارس بحق ملايين الأجنة داخل الأرحام و خارجها.

وحيث إن المبدأ العام يقتضي أن لكل ضرر يقابله تعويض فإنه حري بنا المساهمة في إيجاد حلول للمشكلات و العقوبات التي تواجه التعويض عن الأضرار الناتجة عن الممارسات الطبية و المؤدية إلى تشوهات خلقية سواء منها البسيطة أو الجسيمة التي تكون الأجنة محلاً لها، سعياً للوصول إلى خير وسيلة لضمان تلك الأضرار.

و عليه فإن أهمية هذا البحث تكمن أساساً في حث المشرع المغربي، إلى إعادة النظر في النصوص القانونية التي وضعت منذ فترة طويلة، و لم تساير ما مر به العالم من تقدم في مجال طب الأجنة، و العمل على وضع القواعد القانونية الملائمة التي توفر الحماية الكافية للجنين المشوه، و تكفل له و لوالديه الحق في الحصول على التعويض الكامل لجبر ما ألم بهم من أضرار.

نبذة تاريخية

إن التشوهات الخلقية لم تعرف في العهود الأولى من الحياة البشرية على النحو المتعارف به حالياً بل أول ما عرف كنتيجة تمس حياة أطفال حديثي الولادة، و عليه كان سائداً قتلهم بمجرد الولادة، فقديمًا كان الإنسان يعيش على الفطرة في ظل المجتمع البدائي يتميز بالجهل و قلة الوعي لقيمة الحياة الإنسانية إضافة إلى صعوبة العيش فيه¹، فمن الصعب إدراك كيفية التخلص من الجنين قبل ولادته، لأن الأمر يتطلب دراسة طبيعة المرأة و الحمل معاً بخلاف بعد الولادة، أي يسهل عليه ذلك، إضافة أنه في تلك العصور مما هو سائد في معتقداتهم أن الأطفال ملك للوالدين فلمهم الحق في التخلص منهم، و أن قتل حديثي العهد بالولادة لا يشكل جريمة في مواجهة الأبوين و إنما تتوفر في حق الغير إذا ما ارتكب ذلك.

لقد عرف التاريخ البشري أنواعاً من الأجنة المشوهة، و المسخ الخلقي، و أنواعاً شتى من التخلف و القصور العقلي... بحيث كان الهنود القدماء يعتقدون أن بعض هذه التشوهات ناتجة عن وحم الأم الشديد الذي لم يتحقق أثناء الحمل، أو هو عقاب من الله للأب

¹ باسم شهاب: الجرائم الماسة بكيان الإنسان، دار هومة للطباعة و النشر - الجزائر، سنة 2011، ص: 390.

و الأم الخاطئين، و نتيجة لتقصيرهما حق الآلهة، و كانت بعض الشعوب القديمة تعتقد أن المرأة إذا أنجبت طفلاً دون لسان، فإن ذلك يعني أن هذا البيت سيخرب، أما إذا ولدت طفلاً دون قضيب فإن محصول رب الأسرة الزراعي سيكون وفيراً، و سيصبح ثرياً.

و في العصور الوسطى في أوروبا، كان الاعتقاد بأن هذه التشوهات الخلقية ناتجة عن اتصال جنسي بين نوع من الشياطين و المرأة، و كانت المرأة التي تلد طفلاً مشوها تحرق في كثير من الأحيان بكل قسوة، ووحشية لأنها عاشرت الشياطين، و اعتقد آخرون بأن العين أو السحر، أو وجود شحاذين مؤذيين هم السبب في تشوه الجنين، و بقي العلم و الخرافة يتصارعان طول القرون الماضية، حتى تمكن العلم في القرن العشرين من إلغاء تلك الخرافات¹.

أما في المجتمع اليوناني فإن المرأة التي تجاوزت الأربعين كان لها القيام بالإجهاض مسموحاً، و بالتحديد فقد أقره فلاسفة اليونان و قد انتشر الإجهاض بعد ذلك على إثر كتابات أفلاطون في كتابه الجمهورية من ضرورة إجهاض المرأة التي تجاوزت الأربعين، و أن الأصحاء من الرجال و النساء هم الذين ينبغي أن يكون لهم أبناء، و نادى به كذلك أرسطو حيث أقر أن الزوجة التي يحدث لها الحمل و لديها العدد المفروض من الأبناء سيُحسن لها التخلص من هذا الحمل².

و قد قرر أفلاطون في كتابه "الجمهورية" أن على كل مواطن في دولة متمدنة واجباً يتعين أن يقوم به لأنه لا يحق لأحد أن يقضي حياته بين الأمراض و الأدوية، و عليه يجب أن يضع قانون و اجتهاد كما نفهمه، مؤداه وجوب تقديم كل عناية للمواطنين الأصحاء جسماً و عقلاً، أما الذين تنقصهم سلامة الأجسام فيجب أن يتركوا للموت³.

أما فيما يخص الديانات السماوية فاكتفت بتجريم الإجهاض من عدمه، فعند اليهود جرم الإجهاض واعتبر خطيئة كبرى، داك أنهم يعملون جاهدين على زيادة نسلهم و تشجيع الإنجاب بكل الوسائل المتاحة لديهم، و عملوا على التصدي للدعوات التي تعتبر الإجهاض

¹ محمد علي البار: "الجنين المشوه و الأمراض الوراثية"، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى -1991م، ص: 14-15.
² هلاي عبد الله أحمد: الحماية الجنائية لحق الطفل في الحياة بين الشريعة و القانون - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية - مصر، سنة 1989، ص: 66.
³ أفلاطون: "جمهورية أفلاطون"، ترجمة: فؤاد زكريا، الهيئة العامة للكتاب، القاهرة، 1974، ص: 460-461.

وسيلة لتنظيم النسل إلى يومنا، بل هي من الدول القلائل التي تتصدى لفكرة الإجهاض و تتحدث عن ضرورة لها و لشعبها.

أما الشريعة المسيحية فاهتمت بحق الجنين في الحياة، فحرمت قتل الجنين مهما كانت الأسباب و اعتبرت قتل الجنين بمثابة القتل العمد بل أشد جرماً، حيث كان ينظر للجنين على أنه مخلوق و بالتالي فهو موضوع العناية الإلهية سواء دبت الحياة فيه أم لم تظهر بعد، ففرض قانون الكنيسة الكاثوليكية الذي أصدره المجمع السادس المنعقد في القسطنطينية في القرن السابع الميلادي عقوبة القتل لكل من شارك في عملية الإجهاض باعتباره اعتداء على الروح بريئة، و لو كان الحمل في أوائل أيامه، لذلك جاءت القوانين الوضعية الأوروبية في القرون الوسطى و حتى القرن التاسع عشر متأثرة بموقف الكنيسة من الإجهاض، فكان مثلاً التشريع الفرنسي القديم يعاقب على الإجهاض بالإعدام، ثم بعد ذلك بدء التراخي في موقف الكنيسة من الإجهاض نتيجة اختلاف الطوائف فكان الكاثوليك و الأقباط و أرثوذكس يعارضون الإجهاض و يحرمونه تحريماً تاماً ما لم يكن لانقاد الأم، في حين الكنائس البروتستانتية فموقفها مائع جداً من حيث إباحة الإجهاض لأنفه أسباب¹.

إن الاعتداء على الجنين ليس بالأمر الجديد، بل إنه أمر قديم قدم الزمن، فقد كانت الشعوب البدائية في عصر ما قبل التاريخ لا تعلق على الحياة الإنسانية أهمية كبيرة، لذلك لم يكن الاعتداء على الجنين يشكل جريمة في ظل الشرائع القديمة، و قد ذكر ذلك في كتب ملوك الصين منذ خمس آلاف سنة.

و مع ذلك فقد كانت هناك بعض شرائع الحضارات القديمة تمنع الاعتداء على الجنين و تجرمه و تفرض على مرتكب ذلك الجرم عقوبة شديدة قاسية، و بذلك كانت تحيط الجنين بالرعاية و الحماية، و من هذه التشريعات مجموعة قوانين سومر سنة (2000 قبل الميلاد)، و آشور سنة (1500 قبل الميلاد)، و حمورابي سنة (1300 قبل الميلاد). فكل هذه التشريعات كانت تعاقب على كل الأفعال التي تشكل اعتداء على الجنين².

¹ عمر بن محمد بن إبراهيم غانم: أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، دار الأندلس الخضراء، بيروت، سنة 2011، ص:

119.

² عبد العزيز محمد محسن: "الحماية الجنائية للجنين في الشريعة و القانون الوضعي -دراسة مقارنة-"، دار البشير للنشر و التوزيع - القاهرة، سنة 1993، ص: 2.

و عليه فقد حمت الأديان والقوانين منذ الأزمنة القديمة الإنسان روحا وجسدا، فحرم الاعتداء على حياته بالقتل والضرب أو الجرح، وصون شرفه من المساس وسمعته من الشتم والقذف، وصورته من التشويه، وذكراه بعد مماته من الخدش و الندب. و اليوم، فبقدر ما يزداد القانون تأخرا في مكوثه متوقعا على قوالب عتيقة، بقدر ما يزداد البحث العلمي تقدما وخرقا للمجهول، مثيرا في غالب الأحيان تساؤلات جوهرية حول مفاهيم ظلت راسية كالولادة و الحياة و الموت... فمرحلة الإنسان قبل ميلاده لهي من أبرز الحالات التي تؤكد كبر الهوة بين القاعدة القانونية والمستجدات العلمية.

في الماضي كانت القضية لا تطرح عمليا، لأن وسائل الطب، كانت عاجزة عن معالجتهم- المشوهين و المتخلفين عقليا- أما اليوم، فقد اختلف الأمر، بعد التقدم المذهل في الجراحة و المعالجة. كما صاحب هذا التطور تحول في نظرة الأفراد إلى الأطباء باعتبار أن تطور الوسائل الطبية الناجحة، جعل من غير المتصور أخطاء و قصورا كان يمكن تقبلها في الماضي. و هكذا لم يعد يعتقد مريض اليوم في فشل الطبيب، و يرفض القدرية "Fatalisme"، بل لقد خلط عن علم و إدراك بين حقه في الرعاية و حقه في الصحة و الضمان و الشفاء¹. فهل يترتب على الأطباء بذل أقصى إمكاناتهم، لإبقاء هؤلاء الأطفال على قيد الحياة، و لو كانت حياة تعيسة، أم إنهم يستطيعون الإحجام عن بذل مساعدتهم، و خاصة إذا طلب الوالدان منهم ذلك، فيموت الطفل دون أن تمتد إليهم يد العدالة؟

إن الطبيب في التوليد وضعه أدق، فهو يتعامل مع فردين و أحيانا ثلاثة أو أكثر، فهناك الأم و الجنين و إلى جوارهما قد يوجد الأب، و علاج الجنين من علة ألمت به قاصر عليه، أما الولادة فهي إيجاد حياة من حياة، الأمر الذي ينتظره الكثيرون، فإن خاب رجائهم وجهت الأنظار إلى الطبيب في محاولة لمساءلته عما وصل إليه الحال.

و صور المسؤولية -وفق القواعد العامة- قد تكون جنائية أو مدنية أو تأديبية، و تتوافر الصورة الأولى إذا ما رتب القانون لمخالفة أحكامه عقوبة من بين العقوبات المقررة

¹ حسن محمد ربيع: المسؤولية الجنائية في مهنة التوليد -دراسة مقارنة-، الناشر دار النهضة العربية -القاهرة، سنة 1995، ص: 05.

في القانون الجنائي، و تقوم المسؤولية المدنية إذا ما رتب فعل الشخص ضررا للغير، و أخيرا فإن المسؤولية التأديبية توجد عند مخالفة الأحكام الخاصة بالجهة التي يتبعها الفرد. و عليه يمكن القول بأن المسؤولية التأديبية ترجع إلى أحكام مباشرة المهنة، و في عبارة أخرى هي مسؤولية مهنية، أما المسؤولية الجنائية و كذلك المدنية فهي المسؤولية القانونية.

و الملاحظ أن المشرع لم يتعرض للمسؤولية عن التشوهات الخلقية لعمل الطبيب و كذا المولد بنصوص خاصة، بل ترك حكمها للقواعد العامة في المسؤولية على الرغم من تلك النتائج الخطيرة التي يمكن أن تترتب على تطبيق القواعد العامة بطريقة مجردة دون النظر إلى الطبيعة الخاصة التي تتميز بها الأعمال الطبية بصفة عامة، و أعمال التشوهات الخلقية بصفة خاصة.

و إزاء هذا القصور التشريعي كان للفقهاء و القضاء الدور الكبير في مجال رسم حدودها و أبعاد المسؤولية الطبية في المجال المدني و الجنائي. و لذا فقد رأينا الارتكان إلى ما قال به الفقهاء و ما ورد في أحكام القضاء بهذا الخصوص، كنقطة بداية لاستخلاص المبادئ و ما جرى عليه العمل، و لما في آرائهم و أحكامهم من ومضات ستضيء لنا الطريق نحو رسم حدود و أبعاد المسؤولية في التشوهات الخلقية و تأصيل أحكامها في نطاق النظرية العامة للمسؤولية المدنية و الجنائية.

تحديد الموضوع

تهدف هذه الدراسة إلى إثراء المعرفة العلمية و القانونية بدراسة متكاملة عن التشوهات الخلقية و كذا العاهات التي تصيب الجنين بالممارسات الطبية و الآثار المترتبة عليها، من خلال بيان الحماية القانونية للجنين ضد الأخطاء المحدثه للتشوهات الخلقية، ثم معرفة الوسائل و الأساليب الملائمة للوقاية من الوقوع في الخطأ الطبي المؤدي في بعض الأحيان إلى هذه التشوهات، أو الأخطاء الطبية المرافقة لاكتشاف التشوهات الوراثية، و ذلك من خلال تحديد أهم العوامل و الظروف المؤدية إلى الوقوع في الخطأ و كيفية تفاديها. و كذلك معرفة الجوانب التي يجوز فيها التدخل للحد أو التخفيف من حدتها و التي لا يجوز

التدخل فيها، من قبل جهات الاختصاص للقول بالمساءلة المهنية أو المدنية أو الجنائية من عدمه، و كذا الحكم فيها بما يجبر و لو جزءا من ضرر محدثها.

و عليه سيتم تناول هذا البحث من ناحيتين، المسؤولية عن التشوهات الخلقية الماسة بالجنين من ناحية، ثم الحماية القانونية من التشوهات الخلقية و التعويض عنها من ناحية ثانية.

الناحية الأولى: المسؤولية عن التشوهات الخلقية الماسة بالجنين، و التي تهدف إلى معرفة وضع الجنين من التشخيص المبكر على الحمل، و ما قد يتبعه ذلك من إقرار الطبيب لحالة الجنين و بضرورة إجهاض الجنين، لاستحالة إمكانية علاجه (إجهاض الجنين المشوه و المريض) وصولا إلى مرحلة إخراجها و هي تسمى بعملية الولادة، و التي في بعض الأحيان قد تتطلب تدخلا جراحيا، حفاظا على صحة الأم و الجنين، و منعا لأي ضرر قد ينشأ عن بقاءه في بطن أمه.

الناحية الثانية: لأن الجنين أحوج ما يكون للحماية القانونية في ظل الممارسات الطبية الواقعة عليه، و لما لها من انعكاسات قانونية، أخلاقية و اجتماعية على المجتمع، يشهد على ذلك انعقاد العديد من الندوات و المؤتمرات بهذا الخصوص.

طرح الإشكالية

و مما سبق يمكن طرح الإشكالية المحورية التي يتناولها موضوع بحثنا و المتمثلة في؛ مدى المسؤولية عن التشوهات الخلقية الواقعة على الجنين في ظل الآثار و التطورات الطبية الحديثة و نطاق الحماية القانونية المشمول بها؟ و تتفرع عنها مجموعة من التساؤلات التالية:

ما مدى مسؤولية الطبيب عن التشوهات الخلقية و الأضرار التي تصيب الجنين نتيجة خطئه في الممارسات الطبية الواقعة عليه؟ و ما موقع أطباء التحاليل و فنيي الأشعة و الصيادلة و الوالدين كذلك من المسؤولية عن الأضرار التي تصيب الجنين، نتيجة إخلالهم بالالتزامات الملقاة على عاتقهم، على الرغم من أنهم لم يكونوا طرفا في العقد المبرم بين المرأة الحامل و الطبيب؟ و ما هو مقدار الحماية القانونية الذي أحيط بها الجنين لضمان حمايته من كافة الممارسات الماسة به و المؤدية إلى تشوهات خلقية؟ و هل كان للمشرع

المغربي موقف واضح من كل تلك الممارسات، أم إن موقفه يشوبه بعض الغموض و القصور؟ و أخيراً ما هي المشكلات و العقبات التي قد تواجه تعويض الطفل المضرور عن الممارسات التي ألّمت به عندما كان جنيناً؟ و كيف يمكننا التغلب عليها و إيجاد الحلول الملائمة لها؟

إن تعويض الأضرار الجسدية عن التشوهات الخلقية للجنين و خاصة الناتجة منها عن أضرار التبعات الطبية، يثير فيما يتصل بمعطياته الواقعية و مقتضياته جملة من الإشكالات القانونية – نظرية تتصل بفلسفة التعويض، و أخرى عملية تتصل بآلياته – ما فتئ رجال القانون يبذلونها جهداً في فك خيوطها المتشابكة، خاصة أنها لم تعد اليوم مجرد حدث فردي عارض، و إنما باتت بما تمثله من تعد على قيم إنسانية و اجتماعية و اقتصادية راسخة و متأصلة في المجتمعات المعاصرة، ظاهرة من الظواهر المستشرية، التي يقصر الجهد الإنساني مهما ارتقت ملكة التبصر لديه من توقي حدوثها إلا في أضيق الحدود.

و هو ما كشف عجز نظم التعويض التي استلهمت أحكامها من اعتبارات لا تنفك تتصل بسلوك محدث الضرر و قدرته على تهيئة وسيلة التعويض الملائمة، عن الاستجابة لما فرضه تغير معطيات الواقع من مقتضيات، الأمر الذي أثار التساؤل من ناحية حول مدى اتساق النظم القانونية المعاصرة مع مقتضيات الحق في التعويض؟ و أوقد من جهة أخرى فتيل الجدل حول ضرورة إعادة النظر في المبادئ المشكّلة لفلسفتها و دعائمها الهيكلية.

فما يشوب المسؤولية اليوم من لبس ليس مجرد صدى لتباين دلالاتها الاصطلاحية كأثر لتطويع أحكامها و مبادئها بما ينتاسب و مقتضيات التعويض الواقعية، و إنما هو مظهر لغموض الحقيقة التي يجب أن تتجسد مقتضياتها في هياكل النظم القانونية.

و استجلاء لتلك الحقيقة ينبغي التساؤل حول الاعتبارات التي يمكن أن تفسر من الناحيتين القانونية و المنطقية الالتزام بالتعويض، و التي تتمثل في الأسس الفلسفية للالتزام بالتعويض، و ما إذا كانت تتصل باعتبارات شخصية محضة تتعلق بسلوك محدث الضرر، أم تتمثل في الضرر ذاته بما ينطوي عليه من اعتداء على حقوق الغير؟

و الواقع أن تأسيس الالتزام بالتعويض على اعتبارات تتصل بسلوك و حالة محدث الضرر يفترض اتجاه النظام القانوني إلى الجزاء أو الزجر في نظرة شخصية خالصة، بينما

يؤدي تأسيسه على ما يمثله الضرر نفسه من تعد على حق الغير إلى اتجاه النظام القانوني إلى كفالة العوض الجابر للضرر في نظرة أكثر موضوعية.

و ترجيح أحد هاذين الاعتبارين يتوقف على معرفة المقتضى الذي تتجه النظم القانونية إلى تجسيده في إطار سياستها القانونية و الاجتماعية، و الذي لا تتعدى حدود الغاية الوظيفية المباشرة لنظام المسؤولية المدنية، فأى الاعتبارين أولى بالإتباع تحقيقاً لحماية فعالة للمرضى في هذا المجال؟ و ما هي الآليات القانونية الكفيلة بتفعيله؟

صعوبات البحث

تكمن صعوبة الخوض في هذا الموضوع في أن علاقة الأم الحامل و من يتولى القيام بخدمتها طبياً علاقة حساسة جداً، و بالتالي فإن تحديد معيار المسؤولية عن الخطأ المؤدى أو المرافق للتشوهات الخلقية للجنين تحديداً دقيقاً يبدو أمراً صعباً.

كما تظهر المشكلة في صعوبة معرفة و تحديد ما إذا كان هذا الخطأ نتيجة إهمال، أو عدم احتياط، أو عمد، مما يترتب بدوره صعوبة في معرفة ما إذا كان من قدم الخدمة و العون هو من قبيل العلاج يُشكر عليه من قام به، أو هو خطأ يلزم معرفة درجته ليتم تحديد ما يناسبه من مسؤوليات و عقاب و التعويض عنه.

و كذلك تظهر مكامن صعوبة الموضوع في تحديد معيار المسؤولية، نظراً لما شمله هذا العصر من تطور سريع و تقنيات عالية، غيرت المفهوم حول ما كان يعد خطأ بسيطاً في السابق، فأصبح خطأ جسيماً في الحاضر. و ناهيك عن الغموض الذي يشمل تعويض عن الخطأ المحدث أو المساهم في حدوث التشوه، أو ما بعده في الخدمة الطبية يساهم في تعقيد الأمر و يزيد الموضوع صعوبة.

كما لا يفوتني في هذا المقام الإشارة إلى بعض الصعوبات التي واجهتني إبان إعدادي لهذا البحث، و التي لا تخرج عما قد يواجهه الباحث عند ندرة المراجع المتخصصة في المسؤولية الطبية عن التشوهات الخلقية، ذلك أن هذا الموضوع لم يكن من الموضوعات المطروقة بشدة، فهو موضوع حديث لم يسبق بحثه بتعمق من الناحية المدنية بالتحديد، و لو أن هناك مجموعة من المقالات و المراجع التي عالجت الموضوع بشكل جزئي و سطحي، و

ذلك يعزى بالدرجة الأولى إلى غياب تشريع ناظم لمسألة التبعات الطبية عن التشوهات الخلقية الضارة بالجنين، و ما استتبعه من ندرة أحكام القضاء في هذا المجال. بالإضافة إلى ذلك، فإن ارتباط موضوع الدراسة بالحقل الطبي، مما يتطلب فيه من الإحاطة بمكونات هذا الأخير، و بمصطلحاته الفنية الدقيقة، و هذا ما يحتاج إلى بحث فني فضلا عن البحث القانوني.

منهج البحث

تم الاعتماد في إعداد هذا البحث على المنهج الوصفي و التحليلي و المنهج المقارن في أغلب عناصره بين التشريع المغربي و موقف التشريع الفرنسي، بالإضافة إلى تأصيل بعض المسائل و الإشكاليات من خلال الاستعانة بقواعد و آراء الفقه الإسلامي، خاصة عند عدم وجود النصوص الكافية في التشريعات الوضعية محل المقارنة، و لكي يكون الحل الذي ينبغي الوصول إليه متفقا مع أحكام الشريعة الإسلامية، لكونها مصدرا للتشريع في المغرب و في معظم الدول العربية.

الإعلان المبرر عن التقسيم

ستنصب دراستنا لموضوع المسؤولية القانونية عن التشوهات الخلقية للجنين -دراسة مقارنة-، من خلال الإجابة على مجموعة من الإشكالات المرتبطة بهذا الموضوع و التي تهم أساسا المسؤولية عن التشوهات الخلقية للجنين، معتمداً في الإجابة عن الإشكالات المذكورة منها تحليليا لمضمون المواد ذات الصلة، مع تدعيم هذه الدراسة بمنهج مقارن أملت في كثير من الجوانب غياب تنظيم للمسؤولية عن المشوهين خلقيا بصفة صريحة في التشريع المغربي، لذلك حاولنا الاستعاضة بما هو كائن لدى التشريعات المقارنة خاصة الفرنسية، و ذلك لبيان أوجه الشبه و الاختلاف و كذا التفوق الذي يطبع القانون الفرنسي في تناوله لهذه المسؤولية موضوع الدراسة. و نظرا لأهمية العمل القضائي في أي بحث قانوني فقد حاولنا إدراج بعض التطبيقات المتوفرة سواء المغربية أو الفرنسية.

و سنتناول موضوع البحث من خلال تقسيمه إلى بابين- خصصنا الأول لبيان ماهية التشوهات الخلقية و المسؤولية المترتبة عنها، أما الباب الثاني فسنوضح فيه الحماية القانونية من التشوهات الخلقية و التعويض عنها.

الباب الأول : ماهية التشوهات الخلقية و
المسؤولية المترتبة عنها.

الباب الثاني : الحماية القانونية من التشوهات
الخلقية و التعويض عنها

الباب الأول: ماهية التشوهات الخلقية و المسؤولية المترتبة عنها

مما لا شك فيه أن العلم في الآونة الأخيرة قد تقدم تقدماً هائلاً و خطأ خطوات واسعة أذهلت العقل البشري في شتى ميادينها الطبية، و الهندسية و التكنولوجية، و كان من المحاور التي أحرز فيها العلماء تقدماً كبيراً أذهل العقل الإنساني التقدم الملموس في مجال الإنجاب و الإخصاب الطبي و التي كان لها أثر كبير في ظهور العديد من الفروض و الظواهر حيث كان من أهمها ما عرف لدى الأطباء بالتحكم في نوع الجنين، أو اختيار جنس الجنين، و كان الدافع لدى هؤلاء العلماء في بداية الأمر هو تفادي كثير من الأمراض الوراثية التي قد تنتج عن إنجاب نوع معين من الأولاد ذكورا و إناثا، و تحاشي بعض التشوهات التي قد تنتج عن إنجاب نوع معين من الذرية، و كذلك تحقيقا لرغبة بعض الآباء في الحصول على نوع معين من الأولاد عند تعثر إنجاب هذا النوع من الأولاد بالطرق الطبيعية.

و من الممارسات الطبية المستحدثة التي عرفها المجال الطبي إمكانية تشخيص العديد من التشوهات الخلقية في الجنين وهو لا يزال في رحم أمه، وهذا الأمر لم يكن ممكناً في العصور الماضية، وإنما صار ممكناً في هذا العصر الذي تقدم فيه العلم، وأثبت أن معظم تشوهات الأجنة تحدث في مرحلة مبكرة من تكوين الجنين، وأن مدة تكوين الأعضاء والتي تبدأ من الأسبوع الثالث إلى الأسبوع الثامن هي المدة الحرجة التي تتأثر فيها الأجنة بالمؤثرات الخارجية مثل الأشعة أو المواد الكيميائية¹، و ممارسات طبية و تقنية و غيرها الواقعة على الجنين.

فإذا ثبت طبيّاً أن المرأة تحمل جنيناً مشوهاً في رحمها، فيجب معالجته بالأدوية والوسائل العلاجية الممكنة، و هو ما يجعل الأطباء و الباحثين في تطلع مستمر إلى ابتكار تقنيات حديثة تمكنهم من معالجة الأجنة وهي في الأرحام، وربما سيتطور في المستقبل فرع جديد من الطب يسمى المعالجة الجينية.

و عليه تعددت أسباب وأنواع التشوهات الخلقية في الأجنة، واستطاعت الأجهزة الحديثة رصد وتصوير الجنين في رحم أمه بأطواره المختلفة، مما أثار طريق العلم لاكتشاف

¹ محمد مطلق محمد عساف: حكم إجهاض الجنين بسبب التشوهات الخلقية في ضوء المقاصد الشرعية والقواعد الفقهية، مؤتمر العلمي الدولي التاسع لكلية الشريعة في جامعة النجاح الوطنية، قضايا طبية معاصرة في الفقه الإسلامي، فلسطين -2019م، ص: 02.

وتحديد التشوهات الخلقية والأمراض الوراثية التي قد تصيب الجنين في مراحل تطوره المختلفة، فضلاً عن إجراء تدخلات جراحية مباشرة عليه، و مع كل ذلك لا يمكن التسليم بنجاح مثل هذه الممارسات، ففي حالات كثيرة قد يخطئ الطبيب في عملية التشخيص، و يقرر إجراء تدخل علاجي فوري يؤدي إلى وفاة الجنين أو الأم، أو قد يحدث تشوها مضاعفا للجنين، الأمر الذي قد يفوت على الوالدين فرصة ممارسة الإجهاض، و يتسبب في ميلاد طفل مشوه. و الإشكالية التي تطرح في هذا الصدد هي، إذا أصيب الطفل بتشوهات خلقية و هو مازال جنينا في رحم أمه بسبب خطأ طبي، فهل من الممكن مطالبة المسؤول المتسبب بالأضرار بسبب إنجاب طفل معوق أو مشوه بالتعويض عنه؟

و للإجابة على هذه الإشكالية التي طرحناها، سنقسم البحث إلى فصلين على النحو

التالي:

- الفصل الأول: ماهية التشوهات الخلقية
- الفصل الثاني: المسؤولية عن التشوهات الخلقية

الفصل الأول: ماهية التشوهات الخلقية

إن طلب الولد و بقاء الذرية فطرة إنسانية فطر الله الناس عليها، و مقصد ضروري من المقاصد الشرعية التي جاءت النصوص بتقريرها و التأكيد عليها، و إن سلامة الولد و صلاحه من أكبر ما يأمله الوالدان و يحرصان عليه، قال سبحانه و تعالى : ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا فَلَمَّا تَغَشَّاهَا حَمَلَتْ حَمْلًا خَفِيًّا فَمَرَّتْ بِهِ فَلَمَّا أَثْقَلَتْ دَعَوَا اللَّهَ رَبَّهُمَا لَئِنْ آتَيْنَا صَالِحًا لَنُكَوِّنَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ¹﴾.

إلا أنه قد تقتضي حكمة الله سبحانه و تعالى أحيانا أن يخلف الإنسان على غير تلك الصورة التي هي أحسن الصور، و على غير ذلك التقويم الذي هو أحسن تقويم، فنجد أن البعض قد يولد بتشوهات خلقية تعكر عليهم صفو حياتهم و تسبب لهم آلاما كبيرة.

و من المؤكد أن الواقع الطبي المعاصر شهد جملة من التطورات البيولوجية عرفت قفزة نوعية شكلت طفرة من القفزات العلمية التي حضي الجنين محل دراستنا باهتمام بالغ ومؤكد، فدعت الحاجة و الضرورة لتقرير أحكام خاصة بهم نظرا لوضعهم الذي يحتاج إلى إعمال النظر و الاجتهاد لبيان ما يتعلق بهم من أحكام.

و عليه فإن هذا البحث يعرض مسألة من أهم المسائل الطبية و التي اعتبرها العلماء من النوازل المستجدة في هذا العصر على المستويين الطبي و القانوني، و هي مسألة التشوهات الخلقية المتعلقة بالجنين، وكان لزاما في تحديد الطبيعة القانونية له إبراز مختلف المفاهيم المتعلقة به من خلال التعريف بأحواله و هو في بطن أمه ومراحل نموه في ظل مختلف المفاهيم الدينية والقانونية. ولتحديد ذلك تعترضه جملة من الإشكاليات القانونية التي يطرحها موضوع البحث، فوضعية الجنين لم تعد كما كانت عليه من ذي قبل، إذ يمكن فصله عن أمه مع بقاءه حيا كما يمكن تخليقه خارج الرحم و إجراء التجارب العلمية عليه.

و عليه سنحاول البحث في هذا الفصل بيان ماهية الجنين، أطواره و أنواعه في (المبحث الأول)، على أن نتطرق في (المبحث الثاني) لمفهوم التشوهات الخلقية في اللغة و الطب و الفقه الإسلامي.

¹ سورة الأعراف، الآية: 189.

المبحث الأول: الجنين – أطواره – أنواعه

تسعى الشرائع السماوية و التشريعات الوضعية (الدولية و المحلية) لحماية الإنسان و حقه في الحياة باعتبار أن هذا الحق يكفل البقاء له و يعزز ديمومة الحياة الاجتماعية المرهونة به، لذا فقد بات حق الحياة قيمة إنسانية سامية تنعقد عليها الحماية سواء كانت شرعية (سماوية) أو تشريعية (وضعية) و ذلك لما يمثله هذا الحق من أولوية على كافة الحقوق و الحريات الأخرى بل إن هذه الأخيرة تتعلق به و تترتب عليه، من أجل ذلك فإن كفالة حق الحياة للإنسان يرتبط بكل مراحل حياته بدءًا من كونه جنينًا و مرورًا بكونه إنسان. و قد عرفت العلوم الطبية و الدراسات البيولوجية في الوقت المعاصر تطورات هائلة نتيجة لتقدم الأبحاث العلمية التي ألقت بظلالها على كثير من المفاهيم و منها مفهوم الجنين باعتباره مصلحة تستأهل حماية القوانين لها و التي تتباين بدورها في مدى تقبل هذه الوسائل الطبية و الاستجابة لتنظيمها كالتلقيح الصناعي و الاستنساخ البشري و إنشاء مصارف الأجنة و تأجير الأرحام و غيرها من الأمور التي كان لها الأثر البالغ على تغير معطيات الحماية القانونية للجنين.

من هنا تظهر إشكالية البحث المتمثلة بالمفهوم الجديد للجنين سواء داخل الرحم أو خارجه أي في غير مكانه الطبيعي (و خلافا لمفهومه التقليدي) باعتباره ثمرة للتقدم العلمي في مجال الطب و هو يسعى لتلافي العقم و التشوهات الخلقية كحالات مرضية يحاول الإنسان جاهدا تلافيها و تخطي أثرها السلبية المترتبة عليها، فتثور إزاء هذا المفهوم المستجد إشكالية مدى اعتراف القوانين بحق الجنين بالحياة و ما يصاحب هذا الاعتراف من عدمه من معطيات و ما يترتب عليها من آثار¹.

و عليه سيتم تناول هذا المبحث على ثلاث مطالب، إذ سنبحث في (المطلب الأول) تعريف الجنين أما (المطلب الثاني) فسنعرض فيه المراحل و الأطوار التي يمر منها الجنين على أن نختم بحثنا (بالمطلب ثالث) نعرض فيه لأنواع الجنين.

¹ عمار تركي عطية: "الحماية القانونية للجنين خارج الرحم- دراسة مقارنة"، ص: 230. جامعة ذي قار. مقال منشور ب الانترنت: Academic Scientific Journals www.IRAQI ، اطلع عليه بتاريخ 05/01/2019 على الساعة 10 صباحا و 25 دقيقة.

المطلب الأول: تعريف الجنين

لا شك أن مناط تعريف يستلزم بيان المعنى اللغوي و الاصطلاحي بنوعيه العلمي و القانوني و كذا الفقهي من أجل الوقوف على امتدادات هذه المعاني و انعكاساتها على النصوص القانونية و هي تتعامل مع هذا المفهوم.

و عليه سنتعرض في هذا المطلب لتقسيمين نتطرق في (الفرع الأول) منه لتعريف الجنين في اللغة و اصطلاح الفقهاء على أن نتطرق في (الفرع الثاني) لتعريف الجنين في الطب.

الفرع الأول: الجنين في اللغة و اصطلاح الفقهاء

نتعرض لبيان تعريف الجنين لغة، ثم نعرفه اصطلاحاً كما يلي :

أولاً : تعريف الجنين لغة :

إن كلمة الجنين مأخوذة من (جنن) يقال: جنّ الشيء يجنّهُ جناً: ستره، و كلّ شيء ستر عنك فقد جنّ عنك¹. وجنّه الليل تجنّهُ جناً و جنونا و جنّ عليه يجنّ، بالضمّ، جنونا و أجنّه: ستره². و منه قوله سبحانه و تعالى: ﴿فَلَمَّا جَنَّ عَلَيْهِ اللَّيْلُ﴾³ أي : تغشاه و ستره⁴.

و يقصد بالجنين لغة: الولد ما دام في بطن أمه، و جمعه: أجنّة. مثل: دليل و أدلة⁵، و هو مشتق من الإجتنان، و هو الاستتار. يقال: "جنّ الشيء يجنّهُ جناً: ستره، و كلّ شيء ستر عنك فقد جنّ عنك"⁶، و الجنّ نوع من المخلوقات سمّوا بذلك لاستتارهم و اختفائهم عن الأبصار، و قد أشار القرآن الكريم إلى هذا في قوله تعالى: ﴿وَإِذْ أَنْتُمْ أَجْنَةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ﴾⁷.

ثانياً : تعريف الجنين اصطلاحاً

¹ محمد بن أحمد بن الأزهرى الهروي، أبو منصور (المتوفى 370هـ): "تذهيب اللغة"، ج 7، الناشر دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الأولى - 2001م، ص: 16.

² أبو الفضل جمال الدين ابن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، "لسان العرب"، ج 13 - باب النون، فصل الجيم، دار صادر بيروت، لبنان، ط الأولى 1410هـ / 1990م، ص: 92.

³ سورة الأنعام، الآية: 76.

⁴ ابن كثير، "مختصر تفسير ابن كثير"، ج 3، دار القرآن الكريم، لبنان - بيروت، ط السابعة 1402هـ / 1981م، ص: 291.

⁵ محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي: مختار الصحاح، الناشر مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده بمصر، 1950م، ص: 129.

⁶ ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، ص: 244.

⁷ سورة النجم، الآية: 32.

يستعمل الفقهاء لفظ الجنين على نحو ما استعمله علماء اللغة، غير أن بعضهم يقصر الجنين على الحمل الذي بدأ فيه التخلّق، كفقهاء الحنفية و الشافعية و الحنابلة، بينما يرى البعض الآخر كالمالكية و ابن حزم الظاهري أنه يطلق أو يصدق على ما استكن في رحم المرأة ولو لم يتخلّق منه شيء أو تكون له صورة آدمي و هذا ظاهر من نصوص الفقهاء في كتبهم.

للجنين في الاصطلاح تعريفات متعددة، سواء أكانت عند فقهاء الشريعة الإسلامية، أم عند فقهاء القانون الوضعي، أم عند أهل الصنعة من الأطباء. و هذه التعريفات تكاد تكون متقاربة و متفقة مع المعنى اللغوي للجنين، و هو الولد ما دام في البطن. ففي الفقه الإسلامي: الجنين : "الولد في بطن أمه ما دام فيه، و الجمع: أجنة. و إذا ولد سمي وليدا ثم رضيعا"¹. و عرف أيضا بأنه: "المادة التي تتكون في الرحم من عنصري الحيوان المنوي و البويضة"².

عرفه ابن عابدين من الحنفية بأنه (الولد ما دام في الرحم)³. و ذكر الحنابلة و الإمام النووي أن الجنين هو (ما ظهرت فيه صورة آدمي أو لم تظهر فيه صورة آدمي و لكن شهد أهل الخبرة أن فيه صورة خفية لآدمي)⁴. و نقل الماوردي عن الإمام الشافعي إن أقل ما يكون به الجنين جنينا أن يفارق المضغة و العلقه حتى يتبين منه شيء من خلق آدمي⁵. أما الإمام الكسائي فيفهم من كلامه أن الجنين (هو ما استبان خلقه أو بعض خلقه)⁶.

1 زين الدين ابن نجيم الحنفي ابن عابدين: "البحر الرائق شرح كنز الحقائق"، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى - 1418هـ / 1997م، ص: 389.

2 محمد سلام مذكور: "الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي - بحث مقارن"، ط1، دار النهضة العربية - 1969، ص: 31.

3 محمد أمين بن عمر عابدين: "رد المحتار على الدر المختار، حاشية ابن عابدين"، ج 10، الناشر دار عالم الكتب للطباعة و النشر، دس، ص: 250.

4 يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي الحوراني، النووي، الشافعي، أبو زكريا، محي الدين: "روضة الطالبين"، ج 7، الناشر دار ابن حزم للطباعة و النشر، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى - 1423هـ / 2002م، ص: 219.

⁵ أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: 450هـ): "الحاوي الكبير"، ج 12، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى - 1419هـ / 1999م، ص: 385.

⁶ علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكسائي الحنفي (المتوفى 587هـ): "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع"، ج 10، الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الثانية، 1406هـ - 1986م، ص: 480.

و عند المالكية يطلق الجنين على كل ما علم أنه حمل بصرف النظر عن مراحل تخلّقه¹ حتى ولو كان علقه، و هي الدّم المجتمع الذي إذا صبّ عليه الماء الحار لم يذب.

و بناء على ذلك يمكننا القول بأن الجنين: هو بويضة المرأة الملقحة بالحيوان المنوي للرجل منذ لحظة التلقيح إلى أن تتم الولادة، و بمعنى آخر فإن الجنين يطلق على ما في الرحم من بدأ التكوين بحدوث التلقيح و الاستقرار، بحيث هناك من اعتبر أنه مطلق الحمل ما دام في الرحم، و هذا لا يخرج المعنى الاصطلاحي للجنين عن المعنى اللغوي فالجنين عبارة عن (حمل المرأة ما دام في بطنها)² بصرف النظر عن مراحل تطوره لأن هذا التعريف يصدق على جميع مراحل تطور الجنين في الرحم.

الفرع الثاني: الجنين في الطب

إن المصطلح الطبي للجنين يتمثل بتصنيف أهل الطب للجنين حسب مراحل نموه إذ يطلقون على الجنين و هو بيضة مخصبة لفظ (Embryo) و يعني (الحمل) أما الجنين في مراحل تطوره التالية يطلقون عليه لفظ (Fetus) و يعني الحمل الذي لم يولد بعد، و يبدأ تطور الإنسان من الناحية الطبية بمجرد الإخصاب أو التلقيح³.

و الجنين هو البويضة المخصبة بالحيوان المنوي و الآخذة في الانقسام و النمو، و إن قصروا تسمية الجنين على مرحلة الثمانية أسابيع الأولى من الإخصاب، أما الفترة الباقية من الحمل فيسمى بالمولود. و السبب في ذلك عند الأطباء أن الجنين في مرحلة نموه داخل الرحم يمر بمرحلتين هامتين من التكوين.

الأولى: و التي تمتد ثمانية أسابيع يكون الجنين فيها في حالة تكوين و تشكيل و نمو في الخلايا، و الناظر إليه في تلك المرحلة يجد كتلة من الخلايا التجاوفية و القنوات —على شكل علقه ثم مضغة— ليس لها سمة الإنسان السوي، و أهم ما يميز هذه المرحلة من الناحية التشريحية هو ظهور (الميزاب العصبي) و هو بداية تكوين الجهاز العصبي (الحسي) عند

¹ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير"، ج 4، دار إحياء الكتب العربية، دس، ص: 286.

² أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: "فتح الباري بشرح صحيح البخاري"، ج 12، دار المعرفة - بيروت - لبنان، دس، ص: 247.

³ - Daniel @ : dictionnaire larousse, librairie larousse , paris, 2005, p :1073.

- عمار تركي عطية: "الحماية القانونية للجنين خارج الرحم -دراسة مقارنة-"، مقال منشور بالانترنت: www.iasj.net بتاريخ 01/03/2020 ، على الساعة 5 مساء و 34 دقيقة.

الجنين، و بعد هذه المرحلة يأخذ الجنين داخل الرحم مظهرها آخر في النمو، و يمكن للناظر إليه أن يميز شكل إنسان آخذ في النمو.

الثانية: أما في المرحلة الثانية فإن صفات الإنسان السوي تبدأ في الظهور و الوضوح و بالتالي فإن هذه الخلقة تسمى مولودا حينئذ.

و المرحلة الأولى من مراحل نمو الجنين تعد من أدق المراحل في حياة الإنسان، فأى طارئ عليها قد يؤدي إلى تشوه خلقي، و تغيير كبير في الصورة الإنسانية¹.

فالأوضح أن الأطباء يقسمون المدة التي يمكثها الجنين في بطن أمه إلى مرحلتين:

الأولى: و مدتها ثمانية أسابيع من بداية الإخصاب، و فيها يسمى جنينا.

الثانية: و هي ما بعد الثمانية أسابيع الأولى و فيها يسمى مولودا، و لعلمهم ذهبوا إلى أن الخلية المكونة من البويضة المخصبة بالحيوان المنوي في خلال المرحلة الأولى لا تظهر فيها صفات الإنسان السوي، و بالتالي فإنها تسمى جنينا لاستتارها.

و يقول الدكتور محمد علي البار في كتابه "خلق الإنسان بين الطب و القرآن" و نحن نرى أن الخلق كله يجمع في الأربعين الأولى، و أن النطفة و العلقة و المضغة و التخليق كلها تكون في الأربعين، و نحن نعلم أن البويضة الملقحة تنقسم و تصير مثل التوتة ثم مثل الكرة، و تسمى الكرة الجرثومية، كل ذلك من غير استمداد من الرحم و ذلك لمدة ستة أيام، ثم تعلق في اليوم السابع و تبدأ استمدادها في الرحم، ثم تنفذ الدموية فيه إلى تمام خمسة عشر يوما، و تبدأ الدموية في الجنين في الأسبوع الثالث و الرابع ... ثم تتميز الأعضاء و تمتد رطوبة الدماغ، و ينفصل الرأس عن المنكبين، و الأطراف عن الأصابع، تمييزا يظهر في بعض و يخفى، و ينتهي ذلك في ثلاثين يوما على الأقل، و خمسة و أربعين يوما على الأكثر².

و هذا الذي ذهب إليه الدكتور البار هو ما أكدته طائفة من أهل الطب³، يقول الدكتور خالص جبلي في كتابه "الطب محراب الإيمان": (ما إن يكتمل الشهر الثاني حتى يبدأ تخلق

¹ جمال أبو السرور ، محمد أبو الغار و رجاء منصور: "لا مستحيل في علاج العقم"، كتاب اليوم الطبي، العدد 157 أبريل سنة 1995م، ص: 69؛ محمد نعيم ياسين: أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس، الأردن الطبعة الأولى، 1416هـ-1996م، ص: 53.

² محمد علي البار: "خلق الإنسان بين الطب و القرآن"، الدار السعودية للنشر و التوزيع - الطبعة السابعة 1988م، ص: 403.

³ خالص جبلي: "الطب محراب الإيمان"، دار الكتب العربية - مؤسسة الرسالة دمشق، الطبعة الأولى 1981م، ص: 76-77؛ محمد كمال عبد العزيز: إعجاز القرآن في خلق الإنسان، الناشر مكتبة القرآن - القاهرة طبعة 1990، ص: 24-60.

الإنسان، و ينشأ إنشاءً جديداً) مصداقا لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾¹.

و على ذلك يكون ما ذكره ابن القيم من أن (بداية تخلق الجنين تبدأ بعد ستة أيام، و تبدأ الدورة الدموية في العمل بعد سبعة و عشرين يوما، و يكتمل التصوير في أربعين يوما، و قد يزيد عن الأربعين أياما قليلة)²، قد أكده و أثبتته الطب الحديث كما أشرنا.

و الخلاصة: أن الجنين عند الأطباء يطلق على البويضة المخصبة بالحيوان المنوي من بداية تكوينها و حتى الولادة، سواء تم هذا الإخصاب في داخل الرحم، أو تم خارجه³.

المطلب الثاني: أطوار الجنين

يمر كل الجنين خلال فترة الحمل بأطوار تكوين و نمو مختلفة عنه و عن غيره من الأجنة، بحيث تعد محط اهتمام بالغ من قبل الباحثين، فهناك من يقسم هذه الأطوار إلى مرحلتين يطلق على الأولى منها مرحلة البويضة الملقحة (Embryonalis) أي بمعنى الحمل و التي تدل على ما يحدث في البويضة من انقسامات و تمايز و تخصص خلال الأسابيع الأولى و حتى نهاية الأسبوع الثامن من الحمل⁴. أما المرحلة الثانية و تبدأ من بداية الأسبوع التاسع و تمتد حتى بداية عملية الولادة حيث يدعى الجنين فيها (Fetus) و الذي يراد به الطفل الذي لم يولد بعد، و فيها تنمو الأعضاء و الأجهزة التي تشكلت بدايتها في المرحلة السابقة و تأخذ أنسجته بالتمايز عن بعضها⁵.

و عليه سنتعرض في هذا المطلب للأطوار التي يمر بها الجنين في الرحم منذ وقت التلقيح و الذي هو أساس تكوين الجنين حتى نفخ الروح التي يتميز بها الإنسان عن غيره من الكائنات.

يمر الإنسان بمراحل متعددة و أطوار متلاحقة وقد وصفها الله سبحانه و تعالى في كتابه الكريم في مواضيع متعددة، قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ ثُمَّ

¹ سورة المؤمنین، الآية: 14.

² ابن القيم الجوزية، "التبيين في أقسام القرآن"، دار الكتب العلمية، بيروت، ط الأولى 1982م، ص: 211.

³ كرام السيد غنيم: "الاستنساخ و الإنجاب بين تجريب العلماء و تشريع السماء"، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى (1418 هـ - 1998م)، ص: 273-274.

⁴ محمود عبد الرحيم مهران: الأحكام الشرعية و القانونية للتدخل في عوامل الوراثة و التكاثر، دار النهضة العربية - القاهرة، الطبعة الأولى - 2002، ص: 157.

⁵ Karin Rhines: Human Reproduction And Childbirth, Former Program Director, Teacher's Resource Book , Westchester County (NY) Department of Health, 2009,p : 28.

جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ¹.

و قال تعالى: (أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يُتْرَكَ سُدًى أَلَمْ يَكْ نُطْفَةً مِنْ مَنِيٍّ يُُمْنَى ثُمَّ كَانَ عَلَقَةً فَخَلَقَ فَسَوَّى)².

و قوله تعالى: (هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ يُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ ثُمَّ لِتَكُونُوا شُيُوخًا وَمِنْكُمْ مَنْ يُتَوَفَّى مِنْ قَبْلُ وَلِتَبْلُغُوا أَجَلًا مُّسَمًّى وَلَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ)³.

كما جاء بيان هذه المراحل في السنة النبوية المطهرة فقد أخرج مسلم في صحيحه عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: حدثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم و هو الصادق المصدوق: "إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوما نطفة، ثم يكون علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يرسل إليه الملك فينفخ فيه الروح، و يؤمر بأربع كلمات بكتب رزقه و أجله و عمله، و شقي أو سعيد..."⁴.

و من خلال تتبع تلك النصوص الشرعية (نصوص الكتاب و السنة السابقة) و غيرها و التي فصلت على نحو دقيق بإيجاز و إعجاز أطوار الأجنة في الأرحام على النحو التالي:

1- مرحلة النطفة

2- مرحلة العلقة

3- مرحلة المضغة

4- مرحلة نفخ الروح

و أن الحد الزمني لكل مرحلة منها هو أربعون يوما أو ليلة.

¹ سورة المؤمنون، الآية: من 12 إلى 14.

² سورة القيامة، الآية: من 36 إلى 38.

³ سورة غافر، الآية: 67.

⁴ محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله (المتوفى: 256هـ): "كتاب بدء الخلق- باب ذكر الملائكة"،

ج 4، بدون دار النشر، سنة 1401هـ / 1981م، ص: 111.

الفرع الأول: مرحلة النطفة

إن بداية خلق الإنسان إذا تجاوزنا المرحلة الطينية و هي النطفة و قد ورد ذكر النطفة في القرآن الكريم في اثني عشر موضع. و النطفة في اللغة هي (الماء الصافي قلّ أو كثر و الجمع نطافٌ، و نطف، و تطلق على ماء الرجل و المرأة¹.

أما في الاصطلاح فتأتي على معان ثلاثة هي التالية:

الأول: النطفة المذكورة حيث تطلق النطفة على الحيوانات المنوية في ماء الرجل، وذلك قوله سبحانه و تعالى: ﴿أَلَمْ يَكُنْ نُطْفَةً مِنْ مَنِيٍّ يُُمْنَى﴾².

الثاني: النطفة المؤنثة و هي بويضة المرأة التي يفرزها المبيض.

الثالث: النطفة الأمشاج أي الأخلاط³، فالمشج في اللغة هو الخلط⁴، و النطفة الأمشاج عبارة النطفة المتكوّنة بعد التلقيح من اختلاط ماء الرجل بماء المرأة، و هذه أولى مراحل تخلّق الإنسان داخل الرحم، و هذا مأخوذ من قوله سبحانه و تعالى: ﴿إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾⁵، و قد جاء عن عبد الله ابن عباس رضي الله عنه، في تفسير هذه الآية (يختلط ماء الرجل و هو أبيض غليظ بماء المرأة و هو أصفر رقيق فيخلق منهما الولد)⁶.

هذا و مكان النطفة هو ما بينه سبحانه و تعالى في قوله تعالى: ﴿أَلَمْ نَخْلُقْكُمْ مِنْ مَّاءٍ مَهِينٍ فَجَعَلْنَاهُ فِي قَرَارٍ مَكِينٍ﴾⁷. و القرار المكين هو الرحم، و معنى كون الرحم مكينا أي حافظا لما أودع فيه من الماء فهو كناية عن جعل النطفة مصونة⁸.

¹ أحمد بن علي الفيومي المقرئ: "المصباح المنير في غريب الشرح الكبير"، طبعة الجيب، مكتبة لبنان، دس، ص: 233؛ طاهر أحمد الرازي: "مختار القاموس"، طبعة دار الكتاب العربي 1981م، ص: 208.

² سورة القيامة: الآية 37.

³ شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني الألوسي (المتوفى: 1270هـ): "روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني"، ج 29، الناشر دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة الأولى - 1415هـ، ص: 326.

⁴ أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، "معجم مقاييس اللغة"، ج 5، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، ط الأولى 1399هـ/ 1979م، ص: 326.

⁵ سورة الإنسان، الآية: 2.

⁶ محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي أبو عبد الله: "الجامع لأحكام القرآن"، ج 19، الناشر مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى 1427هـ/ 2006م، ص: 102.

⁷ سورة المرسلات، الآية: 20 و 21.

⁸ أمير عدلي أمير عيسى خالد: "الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة"، دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2008م، ص: 226.

و لقد اختلف العلماء في تحديد النطفة فريق يرى أنه خليط من ماء الرجل و المرأة و الفريق الآخر يرى أنها ليست خليطاً.

فالجمهور الذي يرى أن هذه النطفة تخرج من صلب الرجل و ترائب المرأة، فالماء الدافق هو المنى الذي يخرج دفقا من الرجل و المرأة. و ترائب المرأة صدرها و قال ابن عباس هذه الترائب و وضع يده على صدره¹ ويؤيدون ذلك بقولهم أن الدفق يتحقق أيضا من ترائب المرأة و أن البينية الواردة في قوله تعالى (يخرج من بين الصلب و الترائب) لا تمنع من اختلاف المكان و الجهة فكثيرا ما تستعمل مع ذلك الاختلاف كما يقال يخرج من بين هذا الشيء كذا و كذا².

و يذهب الفريق الآخر إلى أن النطفة ليست خليطاً على أساس أن الله وصف الماء بأنه دافق و الدفق لا يكون إلا من ماء الرجل و أيضا وصفه بأنه يخرج من الصلب و الترائب إذ وصف البينية يقتضي أن يكون الشيء مرتبطا بين شيئين مرتبطين في مكان واحد لا في مكانين³. و لا خلاف في أن المراد بالصلب صلب الرجل و اختلف في الترائب فقليل المراد بها هي ترائبها أيضا و هي عظام الصدر و قيل المراد بها ترائب المرأة و الأول أظهر.

و معروف طبياً أن البويضة الملقحة تتكون من مزيج نطفة الرجل و نطفة المرأة فهي نطفة أمشاج كما تتميز بالانتقال و السيلان فهي تتلقح في الثلث الخارجي من قناة فالوب و منها من ينتقل قليلا إلى الرحم، حيث تعلق غالبا بعد يومين من بلوغها فيه، و ترفقها أثناء انتقالها سوائل و إفرازات القناة و جدران الرحم، هذه السوائل تتسرب بعد ذلك إلى داخلها مشكلة تجويفاً مملوءاً بالماء فتجمع بذلك في البويضة الملقحة خلال الأسبوع الأول إلى أن تعلق البويضة في بطانة الرحم بعد حوالي أسبوع⁴.

¹ ابن كثير: "مختصر تفسير ابن كثير"، ج 3، دار القرآن الكريم، لبنان - بيروت، ط السابعة - 1402هـ/1981م، ص: 267.

² أمير عدلي أمير عيسى خالد: "مرجع سابق"، ص: 225.

³ محمد علي البار: "خلق الإنسان بين الطب و القرآن"، مرجع سابق، ص: 115.

⁴ بأحمد أرفيس: مراحل الحمل و التصرفات الطبية في الجنين بين الشريعة و الطب المعاصر، الناشر مطبعة ألفا - الجزائر، الطبعة الثانية، سنة 2005، ص: 94.

الفرع الثاني: مرحلة العلقه

- العلقه هي: القطعة من الدم الغليظ، أو الدم الجامد¹.
- قال القرطبي: العلقه هي الدم الجامد العبيط، و قيل شديد الحمرة².
- و قال ابن حجر: العلقه الدم الغليظ سمي بذلك للرطوبة التي فيه و تعلقه بما مر³.
- و قال ابن كثير في معنى قوله تعالى (ثُمَّ خَلَقْنَا النَّفْثَةَ عَلَقَةً)⁴، أي صيرنا النفثه - و هي الماء الدافق الذي يخرج من صلب الرجل و ترائب المرأة- علقه حمراء، قال عكرمة و العلقه دم⁵.

و العلقه في اللغة: هي الدم الغليظ الجامد و هي طور من أطوار الجنين⁶. و العلقه أن المني ينتقل بعد طوره فيصير دما غليظا متجمدا ثم ينتقل طورا آخر فيصير لحما و هو المضغة. و العلقه: ما يؤدي إلى الارتباط بالشئ و التثبث به، و علقت المرأة و كل أنثى بالولد حبلى و علق الشوك بالثوب نشب به و استمسك، و العلق : الطين الذي يعلق باليد⁷.

و عليه فان لفظ العلقه يطلق على كل ما ينشب و يعلق، و كذلك تفعل العلقه إذا تنشبت بجدار الرحم و تنغرز فيه.

و العلقه اصطلاحاً: كما يقول أهل التفسير لا تخرج عن معناها اللغوي فهي الدم الجامد، أما العلق فهو الدم الطري و قيل شديد الحمرة⁸، فالعلقه هي قطعة من الدم جامدة متكونة من المني، أو هي الدم الجامد بأن أحلنا النفثه البيضاء إلى علقه حمراء. فهي الدم الغليظ المتجمد (Blood Clot)⁹.

و يرى بعض العلماء أن تلك النفثه منذ بداية تعلقها بجدار الرحم تنتهي تسميتها بنطفه و تسمى منذ ذلك بعلقه و يترجح ذلك لأنه بدء ذلك الطور من الناحية العلمية. و على

¹ محمد بن أحمد بن الأزهرى الهروي، أبو منصور (المتوفى 370هـ): "تذهيب اللغة"، ج 7، الناشر دار إحياء التراث العربى - بيروت، الطبعة الأولى -2001م، ص: 243؛ محمد بن محمد عبد الرزاق المرتضى الزبيدي: "تاج العروس من جواهر القاموس"، ج 26، د.د.ن -طبعة الكويت -2006، ص: 181.

² القرطبي: "الجامع لأحكام القرآن"، مرجع سابق، ج 10، ص: 2911..

³ أحمد بن علي حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي: "فتح الباري"، ج 11، مرجع سابق، ص: 482.

⁴ سورة المؤمنون، الآية: 14.

⁵ ابن كثير: "مختصر تفسير ابن كثير"، ج 3، مرجع سابق، ص: 240.

⁶ مجمع اللغة العربية: "المعجم الوجيز"، دار النشر مجمع اللغة العربية سنة 1989م، ص: 431.

⁷ أحمد بن علي الفيومي المقرئ: "المصباح المنير"، ج 2، مرجع سابق، ص: 76.

⁸ القرطبي: "الجامع لأحكام القرآن"، ج 12، مرجع سابق، ص: 76.

⁹ محمد علي البار: "خلق الإنسان بين الطب و القرآن"، مرجع سابق، ص: 202.

ذلك فالعلقة ناتجة من البويضة الملقحة و التي التصقت بجدار الرحم فهي إذن مجموعة الخلايا التي اتخذت لنفسها شكل التوتة و التي أطلق عليها اسم الجرثومة التوتية (Blastula). و هذا و يرى البعض أن بداية حياة الجنين تبدأ منذ التصاق البويضة الملقحة بجدار الرحم أي منذ لحظة "العلق"¹ و لقد ذكرت العلقه في القرآن الكريم في مواطن كثيرة منها قوله تعالى ﴿ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ²﴾. وهنا نجد التعبير في إيجاد العلقه بالخلق بينما نجده قد عبر عن النطفة بقوله تعالى ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ³﴾.

و العلقه عند الأطباء هي المرحلة التي يتعلق بها الجنين بجدار الرحم، و هي المرحلة الثانية من أطوار الجنين في الرحم حيث تنشب العلقه في جدار الرحم و تتعلق به، و تتكون من طبقتين إحداها خارجية مغذية، و الأخرى داخلية ينمو منها الجنين⁴، و قد وردت في عدة مواضع من القرآن الكريم منها مثلاً قوله سبحانه وتعالى : ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ⁵﴾.

و مرحلة العلقه هي المرحلة التي تعلق فيها الكرة الجرثومية و تنغرز في الرحم، و يصف علم الأجنة هذه المرحلة بأنها مرحلة الالتصاق و الانغراز، و في هذه المرحلة تعلق الكرة الجرثومية بواسطة الخلايا الخارجية الأكلة بجدار الرحم، و تحدث هذه عادة في اليوم الخامس أو السادس منذ بدأ التلقيح و تحاط هذه الكرة ببرك من الدماء، و لذا فان تعبير القدماء بأن العلقه دم غليظ فيه جزء من الحقيقة، حيث أن العلقه العالقه بجدار الرحم تكون محاطة بدم غليظ وذلك في أول الأمر ثم تبدأ دورة دموية في الأسبوع الثاني داخل هذه البرك، و تتغذى العلقه من هذه الدماء و من إفرازات الغدد الرحمية التي يبلغ عددها 15000 غدة و التي تدعى لبن الرحم.

¹ أمير عدلي أمير عيسى خالد: مرجع سابق، ص: 228.

² سورة المؤمنون، الآية: 14.

³ سورة المؤمنون، الآية: 13.

⁴ محمد أنس الأغا: "الأحكام المتعلقة بذوي النشوهات الخلقية في ضوء التطور العلمي -دراسة مقارنة-"، رسالة الدكتوراه

مقدم إلى الجامعة الإسلامية-غزة، كلية الشريعة و القانون قسم الفقه المقارن، سنة 1433هـ/ 2012م، ص: 18 و 19.

⁵ سورة غافر، الآية: 67.

و مدة العلقه أربعون يوما و هذا ظاهر من الحديث السابق. وعليه يكون المعنى الحقيقي للعلقة هو ما قاله الأطباء، فهم أهل الاختصاص، و أعرف من غيرهم لهذا المعنى لما آتاهم الله من علوم و معرفة¹.

الفرع الثالث: مرحلة المضغة

المضغة لغة: هي القطعة من اللحم بقدر ما يمضغ الماضغ، أو هي الدم الغليظ المتجمد عندما يصير لحما، و سميت مضغة لأنها مقدار ما يمضغ².

و يرى بعض العلماء³ أن وصف المضغة ينطبق تمام الانطباق على ما يسميه بمرحلة الكتل البدنية إذ يبدو الجنين فيها و كأن الأسنان انغرست فيه ولاكته ثم قذفته. حال أن المفسرين القدامى يصفون المضغة بأنها مقدار ما يمضغ من اللحم.

و المضغة اصطلاحا كما في اللغة هي مقدار ما يمضغ من لحم و غيره.
و جاء في القرآن الكريم قوله سبحانه و تعالى: ﴿ثُمَّ خَلَقْنَا النَّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً﴾⁴، فالعلقة تتحول خلقا و كأنه سبحانه يخلق فيها أجزاء زائدة⁵.

و المضغة هي المرحلة التي يكون فيها مظهر الجنين مشابها للكمة الممضوغة و تسمى في علم الأجنة بمرحلة (الكتل البدنية)، و تبدأ هذه المرحلة في اليوم العشرين أو الحادي و العشرين حيث يخلق الله عز وجل العلقه مضغة.

و المضغة المخلقة هي تامة التخلق، و غير المخلقة هي السقط، و قيل أن المضغة المخلقة هي التي خلق الله فيها الرأس و اليدين و الرجلين و غير المخلقة هي التي لم يخلق فيها شيء⁶.

ووصف هذا الطور بالمضغة و الذي جاء في القرآن الكريم و في السنة المطهرة، هو أدقّ و أحكم و أشمل من وصف علماء الأجنة له بالكتل البدنية، و ذلك لأن الكتل البدنية ليست

¹ بدر محمد السيد إسماعيل: حكم إسقاط الجنين المشوه في الفقه الإسلامي و الطب الحديث، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية، السنة 2010، ص: 94.

² أحمد المقرئ الفيومي: "المصباح المنير"، مرجع سابق، ص: 126؛ مجمع اللغة العربية: "المعجم الوجيز"، مرجع سابق، ص: 584.

³ محمد علي البار: "خلق الإنسان بين الطب و القرآن"، مرجع سابق، ص: 269.

⁴ سورة المؤمنون، الآية: 14.

⁵ أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفى: 606هـ): "التفسير الكبير"، ج 23، الناشر دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الثالثة - 1420هـ، ص: 84.

⁶ القرطبي: "الجامع لأحكام القرآن"، ج 6، مرجع سابق، ف 4398/4399.

المكوّن الوحيد للجنين في هذه المرحلة و إنما تظهر فيه أقواس تسمى بالأقواس البلعوميّة، و قطع داخلية بحيث يبدو الشكل الخارجي له كقطعة لحم ممضوغة، كأنما تظهر عليها آثار أسنان¹، كما وصفه الخالق جلّ شأنه بقوله سبحانه و تعالى: (ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ)²، وهذا يعبر عن مدى دقة و إعجاز القرآن الكريم في هذا الوصف الذي يعبر عن الشكل الخارجي للجنين و عن مكوّناته الداخليّة الأساسيّة أيضا.

و حريّ بالباحث في هذا البحث وهو يتناول التشوهات الخلقيّة أن أيبين أن هذه المضغة قد تكون مخلّقة و قد تكون غير مخلّقة، و المعنى عند المفسرين على أربعة أقوال³:
الأول: أن المضغة المخلّقة هي ما كان خلقا سويا، و غير المخلّقة هي ما أسقطته الأرحام.

الثاني: المخلّقة هي تامّة الشهور، و الغير المخلّقة هي ناقصة الشهور.

الثالث: المضغة إذا صوّرت فهي مخلّقة، و إذا لم تصوّر فهي غير مخلّقة.

الرابع: المخلّقة هي تامّة الخلق، و غير المخلّقة هي ناقصة الخلق.

و لعلّ المعنى الرابع الأخير يشير إلى الأجنة المشوهة حيث أنّه يتناسب مع مفهوم التشوهات الخلقيّة.

و أما المضغة في علم الأجنة هي المرحلة التي تظهر فيها الكتل البدنيّة، و ذلك من اليوم العشرين حتى يكتمل نموها إلى 42 أو 45 زوجا من الكتل في اليوم الخامس و الثلاثين، و تظهر هذه الكتل نتيجة تكثف الخلايا، و تبدأ في الظهور تحت الرأس (كتلة على كل جانب) ثم تتوالى سريعا متجهة إلى جهة الذنب و الكتل البدنيّة هي أبرز ما في الجنين في هذه الفترة من حياته.

و يمكن التعرف عليها من النظر إلى سطح الجنين الخارجي، و هذه الكتل أيضا هي الأساس الذي يقوم عليه الجهاز الهيكلي و العضلي و منه يتكون، و يمكن معرفة عمر الجنين

¹ محمد الأنس الأغا: مرجع سابق، ص: 19.

² سورة المؤمنون، الآية: 14.

³ أبي بكر محمد بن عبد الله بن العربي المالكي: "أحكام القرآن (ابن العربي)"، ج 3، دار الكتب العلميّة بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة - 1424هـ/ 2003م، 271.

بمعرفة عدد هذه الكتل، فإذا نظرت إلى الجنين في هذه المرحلة لم تشك أنه يشبه قطعة لحم ممضوغة، و أن أدق وصف لهذه المرحلة هو وصف المضغة الذي جاء في القرآن الكريم و السنة المطهرة، و هكذا يصدق وصف المضغة على الجنين أصدق الوصف و أبلغه و أحكمه¹.

و على هذا فنرى أن هذه المرحلة تأخذ طورها من مرحلة العلقة و تنتهي في أربعين يوما مع ملاحظة أن مراحل أطوار خلق الجنين في الرحم تتداخل في بعض.

الفرع الرابع: مرحلة نفخ الروح

بالإضافة إلى تلك الأطوار التي عرضت لها بإيجاز تأتي هذه المرحلة المهمة التي تشكل أساسا للوقوف على الأحكام المتعلقة بالأجنة المشوّهة، حيث نفخ الروح هو مناط الحكم في ذلك.

بعد مرور أربعين يوما على المضغة يرسل الله سبحانه و تعالى إليها ملكا فينفخ فيها الروح، و يسويها الله كما يشاء من حسن و قبح، و ذكر و أنثى، و يكتب رزقه و أجله، و شقي أو سعيد و يكون نفخ الروح في الأيام العشر الأولى بعد المراحل الثلاثة السابقة، و مجموع مدتها أربعة أشهر، أي نفخ الروح يكون بعد كمال أربعة أشهر².

و بالرجوع إلى علماء التفسير في قول الله تعالى: ﴿ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾³، نجد تفسيرهم للنشأة لخلق آخر يتمحور حول أمرين، هما نفخ الروح، و تطوّر الإنسان ليصبح مخلوقا يتمتع بالحركة و الإدراك و السمع و البصر و غيرها من الصفات التي يمنحه إياها أحسن الخالقين تبارك و تعالى: ﴿ثُمَّ سَوَّاهُ وَنَفَخَ فِيهِ مِنْ رُوحِهِ وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالْأَبْصَارَ وَالْأَفْئِدَةَ قَلِيلًا مَّا تَشْكُرُونَ﴾⁴.

فالروح ليست بجسم يحل في بدن الإنسان كحلول الماء في الإناء، و ليست بعرض يحل في القلب أو الدماغ كحلول الألوان في الأجسام، و إنما هي جوهر مجرد ليس داخل

¹ محمد علي البار: "الجنين المشوّه"، مرجع سابق، ص: 44 و 45.

² القرطبي: "الجامع لأحكام القرآن"، مرجع سابق، ج 6، ف 4398، 4399.

³ سورة المؤمنون، الآية: 14.

⁴ سورة السجدة، الآية: 9.

البدن و لا منفصلا عنه فحسبنا أن نفس النفخ بذلك المعنى الذي يطرأ على البدن فيجعله إنسانا متميزا¹.

و بنفخ الرّوح يتحوّل الإنسان إلى خلق آخر مباينا للخلق الأوّل، قال الطّبري: "و كان قبل ذلك بالأحوال التي وصفه الله أنه كان بها، من نطفة و علقة و مضغة و عظم، و بنفخ الروح فيه يتحوّل عن تلك المعاني كلّها إلى معنى الإنسانية². أما في مراحل ما قبل نفخ الرّوح فالجنين كائن حي ينمو و يتغذى لكن لا روح و لا حركة إرادية له فيما يعرف بالحياة النباتيّة³.

و أما الروح عند الأطباء:

يقول الدكتور سيف الدين السباعي أن مرحلة نفخ الروح هي المرحلة الرابعة من مراحل التخلق، و تطلق طبيا على الفترة بين الشهرين الثالث و التاسع، و في هذه المرحلة يزداد فيها وزن الجنين و يطول حجمه، و تأخذ أعضائه ملامحها النهائية، و في الشهر الثالث يبدأ بتحريك ساقيه و قبضتي يديه و إبهامه و بدنه، و في نهاية الشهر الرابع ينفخ فيه الروح، و تستطيع الأم أن تشعر بحركته، و أن يسمع الطبيب دقات قلبه و في هذه المرحلة يبدأ الجنين بممارسة عمليتي النمو و الصحو، و يصبح حساسا للضجيج فينتقل من حالة النوم إلى حالة الصحو، و يكون قادرا على البلع، و تتشكل الحبال الصوتية و تنغلق البطن و يبدأ الكبد بالقيام بوظائفه، و يتخلق الدم من مخ العظام و الكبد⁴.

و خلاصة القول أنه بنهاية الشهر الرابع و بداية الخامس تنتقل أجهزة الجنين من الخمود إلى الفاعلية، و هذا ناجم عن نفخ الروح في هذا الوقت من عمر الجنين.

هذا و قد توصل العلماء المشتغلين بعلم الأجنة إلى أن الجنين يمر بمراحل تطور و

نمو على النحو التالي:

¹ أميرة عدلي أمير عيسى خالد: مرجع سابق، ص: 233.
² أبي جعفر محمد جرير الطبري، "جامع البيان في تفسير القرآن"، ج 17، المطبعة الكبرى الأميرية - ببولاق، مصر، ط الأولى 1368هـ، ص: 25.
³ محمد علي البار: "خلق الإنسان"، مرجع سابق، ص: 352.
⁴ محمد سيف الدين السباعي: "الإجهاض بين الفقه و الطب و القانون"، دار الكتب العربية - دمشق - الطبعة الأولى 1977م، ص: 44.

أولاً: خلال الأسابيع الأربعة الأولى من بداية آخر طمث يتم التبويض و الإخصاب ثم انقسام و نمو الخلايا المخصبة.

ثانياً: بمستهل الأسبوع الخامس تبدأ مرحلة جديدة يطلق عليها "embryo" و تستمر هذه المرحلة حتى نهاية الأسبوع العاشر و أثنائها يتضح شكل القلب و تظهر براعم الأذرع و الأقدام.

ثالثاً: بنهاية الأسبوع العاشر تبدأ مرحلة ثالثة تسمى "fetus" حيث تنمو الأعضاء التي تكونت، و بنهاية الأسبوع الثاني عشر "ثلاثة أشهر قمرية" يكبر الرأس، و تظهر مراكز التعظيم، كما تظهر الأعضاء التناسلية الخارجية، و يمكن في هذه المرحلة تمييز نوع الجنين، و يمكن أن يأتي الجنين بحركات تلقائية، و عندما ينتهي الشهر السادس يمكن للجنين إذا ولد أن يتنفس، و لكنه يموت غالباً بعد فترة قصيرة.

و بعد نهاية الشهر السابع القمري يحرك الجنين أطرافه، فإذا ما ولد يمكن أن يصيح، و مع العناية اللازمة يمكن أن يعيش.¹

و يتضح لنا مما تقدم أن القرآن الكريم بين لنا أطوار و مراحل خلق الإنسان من قبل أن يعرف ذلك علماء الطب الحديث بقرون كثيرة و بصورة أدق، كما ذكر لنا القرآن الكريم صراحة أن الجنين ينتقل من طور إلى طور كما قال تعالى: ﴿وَقَدْ خَلَقَكُمْ أَطْوَارًا﴾². كما وضحت لنا السنة المطهرة مدد هذه الأطوار، و بعد ذلك فلا نملك إلا أن نقول سبحان الله خلق خلقه أطواراً، و صرفهم في أطوار التخليق عزة و اقتداراً.

المطلب الثالث: أنواع الجنين

تتنوع الأجنة إلى أنواع مختلفة، فقد تتنوع بحسب مراحل تطورها من نطفة إلى علقة إلى مضغة، و تتنوع بحسب كمال الأعضاء و نقصانها إلى جنين سوي (الفرع الأول)، و جنين غير سوي "مشوه" (الفرع الثاني)، و تتنوع بحسب بعض الأغراض منها إلى جنين احتياطي (الفرع الثالث) و جنين مخصص للأبحاث (الفرع الرابع).

¹ بدر محمد السيد إسماعيل: مرجع سابق، ص: 97 و 98.

² سورة نوح، الآية: 14.

الفرع الأول: الجنين السوي

كي يتصف الجنين بكونه سويا لا بد و أن يمر بمراحل التطور المذكورة في كتاب الله عز وجل في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِن كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِّن ثَرَابٍ ثُمَّ مِّن نُّطْفَةٍ ثُمَّ مِّن عَلَقَةٍ ثُمَّ مِّن مُّضْغَةٍ مُّخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لِّنُبَيِّنَ لَّكُمْ وَنُقَرِّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ وَمِنْكُمْ مَّن يُّتَوَفَّى وَمِنْكُمْ مَّن يُرَدُّ إِلَى أَرْدَلِ الْعُمُرِ لِكَيْلَا يَعْلَمَ مِّن بَعْدِ عِلْمٍ شَيْئًا وَتَرَى الْأَرْضَ هَامِدَةً فَإِذَا أَنزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ وَأَنْبَتَتْ مِّن كُلِّ زَوْجٍ بَهِيجٍ ذَلِكَ بِأَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ وَأَنَّهُ يُحْيِي الْمَوْتَى وَأَنَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾¹، و قوله تعالى أيضا: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنسَانَ مِنْ سَلَالَةٍ مِّن طِينٍ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾².

ففي هذه الآيات القرآنية الكريمة يبين سبحانه و تعالى وصف الجنين السوي بأدق و أوضح الكلمات الربانية و التي تبين أنه من اجتاز بدءً من تمام عملية التلقيح و التخصيب و مروراً بالانغراس في بطانة الرحم و المراحل اللاحقة لعمليات التكوين و النمو وحتى الولادة بكامل الخلقة و سليم الأطوار المختلفة داخل رحم المرأة بصورة طبيعية دون أن يحتاج إلى أي مساعدة أو تدخل طبي، أما إذا اقتضت حالته الصحية التدخل الطبي لاستمراره في الحياة أو إذا أصيب بنقص أو آفة في أية مرحلة من مراحل التكوين و النمو فعندئذ لا يوصف بأنه جنين سوي بل يمكن وصفه بالجنين المشوه³.

وبناء على هذا فإنه و لكي يوصف الجنين بأنه سوي لابد من تخطي هذه المراحل، ليس ذلك فقط بل لا بد من أن يجتازها سليماً من العيوب كامل الخلقة، و إلا فإنه إذا أصيب بآفة آفة في تلك المرحلة فإنه لا يوصف بالجنين السوي و إنما يوصف بالجنين المشوه.

¹ سورة الحج، الآية: 5 و 6.

² سورة المؤمنون، الآيات: 12، 13 و 14.

³ عبد الرزاق الكيلاني: الحقائق الطبية في الإسلام، دار القلم للطباعة - دمشق، الطبعة الأولى - 1996، ص: 30.

الفرع الثاني: الجنين المشوه

إن الجنين المشوه مسألة من المسائل المعاصرة التي لم يتناولها الأقدمون بالدراسة و النقاش و التي لم يحسم فيها بقول متواتر كبقية المسائل و المواضيع، حيث لم يعرفه الأقدمون إلا في مسائل التشوه بعد الولادة و ذلك لعدم توفر الأجهزة اللازمة للكشف عن تلك التشوهات أثناء مرحلة الحمل¹. و مدى احتمال تأثيرها على حياة الطفل مستقبلاً، إلا أن العلم الحديث -من خلال وسائله المتطورة- استطاع الكشف عن بعض أسرار تلك الأجنة، من حيث معرفة العلل التي قد تصيبها، أو التشوهات التي تتعرض لها².

وتعتبر التشوهات التي تصاب بها بعض الأجنة هي من قدر الله عز وجل و قد ورد ذلك في أحد أحاديث رسول الله صلى الله عليه و سلم فقد روى مسلم في صحيحه أن حذيفة بن أسيد الغفاري قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم بأذني هاتين، يقول: "إن النطفة تقع في الرحم أربعين ليلة، ثم يتصور عليها الملك" قال زهير: حسبته قال: الذي يخلقها "فيقول يا رب، أذكر أو أنثى؟ فيجعله الله ذكر أو أنثى. ثم يقول: يا رب، أسويا أو غير سوي، ثم يقول: يا رب، ما رزقه؟ ما أجله؟ ما خلقه؟ ثم يجعله الله شقياً أو سعيداً"³.

وجه الدلالة من الحديث النبوي الشريف أن الحديث ورد فيه ذكر الجنين السوي و الجنين غير السوي (المشوه). و بعد أن أخذنا فكرة عن تكوين الجنين السوي نستطيع أن نفهم كيف و متى يصبح الجنين مشوهاً.

إذا خلقت المضغة كاملة دون أن يعثر عليها نقص أو آفة فإن الجنين غالباً ما يكون سوياً كما بينت آية سورة الحج السابقة، و هذا ما أثبتته الطب الحديث، حيث أثبتت الأبحاث أن معظم تشوهات الأجنة تحدث في مرحلة مبكرة جداً من تكوين الجنين، بل إنها قد تحدث قبل أن يتكون الجنين في معظم الحالات، و ذلك أن الخلل قد يكون في النطفة المذكرة (الحيوان المنوي) أو في النطفة المؤنثة (البويضة) أو في النطفة الأمشاج (الزيجوت) كما أن الخلل قد يحدث أثناء تكوين الأريمة (الكرة الجرثومية) أو أثناء الانغراز و التعلق، و معظم الأجنة

¹ جيبيري ياسين و مراحي مريم: إجهاض الأجنة المشوهة بين القوانين الوضعية و الفقه الإسلامي، مجلة المعيار، مجلد 25- عدد 55- السنة 2021 الجزائر، ص: 753.

² أيمن مصطفى الجمل: إجراء التجارب العلمية على الأجنة البشرية بين الحظر و الإباحة -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي-، الناشر دار الفكر الجامعي -الإسكندرية، الطبعة الأولى 2010، ص: 105.

³ مسلم في صحيحه: "كتاب القدر، باب كيفية خلق الأدمي"، ج 8، طبعة دار الحديث القاهرة 1422هـ- 2001م، ص: 442.

التي تصاب في هذه المرحلة المبكرة تسقطها الأرحام قبل أن تعلم المرأة أنها حامل، و ذلك من فضل الله تعالى عليها و على أسرتها، يضاف ذلك أن فترة تكون الأعضاء و التي تمتد من الأسبوع الثالث إلى الأسبوع الثامن، هي أخرج فترة في عمر الجنين، وذلك لأن أخطر التشوهات في أي مرحلة من مراحل الحمل أمر وارد إلا أن خطورته تكون أقل من خطورة التشوهات التي تحدث في الفترة الأولى¹، و أيا ما كان الأمر فإن للتشوهات أسبابا عديدة أشهرها ما يلي:

1. أسباب بيئية.
2. أسباب وراثية.
3. أسباب تتفاعل فيها عوامل بيئية مع الوراثة.
4. أسباب ميكانيكية.

الفرع الثالث : الجنين الاحتياطي

يقصد بالجنين الاحتياطي، هو البويضة الملقحة و المخزونة أو المجمدة أو المحفوظة في إحدى بنوك النطف و الأجنة لغرض استخدامها للإنباب أو للأغراض المخصصة لها من قبل الجهات ذات المصلحة من التجميد، فعندما يتعذر الإنجاب الطبيعي عن طريق الاتصال الجنسي المباشر بين الزوجين و يتقرر لهما اللجوء إلى استخدام التقنيات الطبية الحديثة المساعدة في الإنجاب مثل تقنية التلقيح الصناعي البشري، فإن الطبيب المختص و من أجل نجاح عملية التلقيح يقوم بأخذ الحيوانات المنوية من الزوج كذلك أخذ عدد من بويضات الزوجة للقيام بعملية التلقيح و التخصيب الخارجي ليتم بعد نجاح ذلك نقل ثلاث من الأجنة أو بحسب ما يقرر الطبيب المختص قدرة رحم المرأة لاستيعاب عدد الأجنة البشرية لزراعتها فيه، و في حالة نجاح الحمل فعندئذ يتم اللجوء إلى حفظ البويضات الزائدة عن الحاجة بتخزينها و تجميدها في بنوك النطف و الأجنة المخصصة لهذا الغرض، لذلك يطلق على البويضات الملقحة و المزروعة داخل الرحم تسمية الأجنة الأصلية في حين يطلق

¹ بدر محمد السيد إسماعيل: مرجع سابق، ص: 87.

على الأجنة المجمدة تسمية الأجنة الاحتياطية المخصصة أما لزيادة فرصة نجاح الحمل في حالة فشل العملية الأولى للزراعة داخل بطانة الرحم أو لأي غرض آخر وفقاً للقانون¹.

الفرع الرابع: الجنين المخصص للأبحاث

و هو الجنين الذي تم تخليقه من التقاء حيوان منوي لرجل متبرع مع بويضة امرأة متبرعة لا يرتبطان مع بعضهما بأية صلة مطلقاً باستخدام التقنيات الحديثة المساعدة في الإنجاب بهدف استخدامه في الأبحاث المخصصة لتحسين وسائل الإنجاب بشكل علمي و متطور و للكشف عن الأمراض الوراثية و طريقة علاجها، و من ذلك يفهم أن هذا النوع من الأجنة غالباً ما يكون نتيجة تبرع رجل بحيواناته المنوية و تبرع امرأة بالبويضة للبنوك و المراكز البحثية المتخصصة من غير أن تكون بينهما أية علاقة أو صلة بل و قد يجهل أحدهما الآخر².

لذلك فإن الفرق ما بين الجنين المخصص للأبحاث و الجنين الاحتياطي في أن النوع الأول غالباً ما يتم الحصول عليه من رجل و امرأة متبرعين لا يرتبطان بعلاقة زواج شرعية و قد يجهل أحدهما الآخر و أن القصد من التخصيب كان بهدف إجراء الأبحاث عليه، بينما لا يكون الجنين الاحتياطي من متبرعين أجنيين بخلاياهم التناسلية و إنما يرتبطان بعلاقة زواج شرعية و إن القصد من عملية التخصيب هو لزيادة فرص نجاح الحمل³.

¹ عطا عبد العاطي السنباطي: "بنوك النطف و الأجنة دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي"، دار النهضة العربية للطباعة و النشر - القاهرة، الطبعة الأولى 1421 هـ - 2001 م، ص: 20.

² علي حسن نجيدة: التلقيح الصناعي و تغيير الجنس، منشورات جنة لطباعة و النشر، مطبعة كلية الحقوق - جامعة القاهرة - مصر، 1991، ص: 04.

³ كارم السيد غانم: الاستنساخ و الإنجاب بين تجريب العلماء و تشريع السماء، مطبعة دار الفكر العربي - القاهرة، الطبعة الأولى - 1998، ص: 244.

المبحث الثاني: التشوهات الخلقية في اللغة و الطب و الفقه الإسلامي

لقد ترتب عن التطورات العلمية آثار بالغة الأهمية في نواحي الحياة المختلفة، و يصدق القول على الفترة التي أعقبت الثورة الصناعية في العالم الغربي و لكنها أكثر صدقا على المرحلة التي شهدها المنتصف الثاني من القرن العشرين، حيث شهدت طفرة هائلة في مجال التقنيات الحديثة، فتوسعت معارف الإنسان و اكتشافاته في حل ألغاز الكون و أسرارهِ و قوانينه ما أتاح مجال الاختيار و الحرية أمامه، و العبرة في اتساع هذه المعارف ليس بكميتها و إنما بكيفية توظيفها و استثمارها و تسيير الحياة مع دفع المحاذير في التعامل مع هذه المعطيات. و هذا ما دعا إلى إيجاد نظام قانوني يحكم سبيل توظيف المكتسبات في القوانين و وضع الضوابط و إخضاعها لمنهج سليم، و أخطر المجالات التي اكتسحها الإنسان و أخضعها لبحثه و تجاربه ما تعلق بالكيان الجسدي الإنساني بوصفه مركز التنظيم الاجتماعي و غايته، و محل القضايا التي تستحق العناية بالبحث و التأصيل فيما أسفر عنه التقدم العلمي في مجال الطب الحديث ضيقا و اتساعا في نطاق حماية الجسم البشري.

و بعد التطور العلمي الهائل أصبح بالإمكان اكتشاف حدوث التشوهات قبل الولادة و الجنين ما زال في الرحم، بالإضافة إلى التطور في علاج التشوهات مما فتح آفاقا جديدة أمام الباحثين للاجتهاد في بيان الأحكام في هذا التطور.

إن التشوهات الخلقية ابتلاء للمصابين بها أولاً، و لأهلهم و ذويهم ثانياً، و تتسبب في لحوق الحرج و المشقة بهم، فيتعذر على المصابين بها أداء واجباتهم المختلفة، و يؤثر ذلك تأثيرا مباشرا على الزواج و الميراث، ناهيك عن عدم تمكنهم من القيام بمصالحهم و شؤونهم الخاصة بسبب خصوصية حالاتهم، فأردت في هذا البحث أن أقف على بيان مفهوم التشوهات الخلقية في اللغة و الطب و الفقه الإسلامي (المطلب الأول)، و محاولا رفع اللبس عن أسباب هذه التشوهات و أنواعها و كيفية التعرف عليها (المطلب الثاني)، و أخيرا لتوضيح حكم إسقاط الجنين المشوه في الفقه الإسلامي و الطب الحديث (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم التشوهات الخلقية في اللغة و الطب و الفقه الإسلامي

تتعدد و تتنوع الممارسات الطبية الماسة بالجنين، منها ما هو بقصد العلاج و منها ما له مقاصد أخرى كالتجارب بهدف إثراء علم الهندسة الوراثية، و لما كان موضوع البحث هو المسؤولية عن التشوهات الخلقية، و جب بيان مفهوم التشوهات الخلقية في اللغة (الفرع الأول) و مفهوم التشوهات الخلقية في الطب (الفرع الثاني) ثم مفهوم التشوهات الخلقية في الفقه الإسلامي (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مفهوم التشوهات الخلقية في اللغة

يجب على الحوامل خلال فترة الحمل أن يحرصن كل الحرص على صحتهنّ و صحة الأجنة، طيلة مدة الحمل إلى وقت الولادة، و لكن بالرغم من ذلك فقد تتعرض المرأة الحامل أثناء فترة الحمل إلى مشاكل تؤثر بدورها على صحتها و صحة جنينها.

لذا و جب عليها أن تتحصن بمجموعة من الاحتياطات قبل و أثناء فترة الحمل حتى تقي نفسها و جنينها من حدوث مشاكل تعرض جنينها للتشوهات الخلقية التي تؤدي إلى الإجهاض، أو وفاة الطفل في بطن أمه.

و حتى لا يولد الطفل يحمل إعاقة طيلة حياته، و قبل التحصن بالاحتياطات و جب على الأم الحامل أن تتعرف على الأسباب التي تؤدي إلى تشوهات الأجنة، و من تلك التشوهات ما يكون ظاهرياً، و منها ما يكون خفياً.

أولاً: التشوهات الخلقية لغة

1- التشوهات: جمع "النشوء" و التي يرجع أصلها في اللغة إلى ثلاثة حروف هي: الشين و الواو و الهاء، فهي مأخوذة من الشَّوّه. و ترد هذه الكلمة لمعان هي: -قُبْح الخلقة: فيقال: رجل أشوه أو مشوه، و امرأة شَوْهَاء، أي قبيحا الوجه و المنظر، و شوهه الله عز وجل فهو مشوه¹، و كل شيء من الخلق لا يوافق بعضه بعضاً أشوّه و مُشَوّه أيضاً: القبيح العقل².

¹ أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، "معجم مقاييس اللغة"، ج 3، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع - بيروت، ط الأولى 1399هـ/ 1979م، ص: 231. ؛ ابن سيده، أبو الحسن علي بن إسماعيل المروسي: "المحكم و المحيط الأعظم"، ج 4، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى - بيروت، 1421هـ/ 2000م، ص: 402.

² ابن سيده: "المحكم و المحيط الأعظم"، مرجع سابق، ص: 402.

-نوعٌ من النَّظَرِ بالعين، يقال: رجل شائه البصر، إذا كان حديدُ البصر، و يقال الأشوه الذي يصيب الناس بالعين. و يقولون: لا تشوه علي، إذا قال ما أحسنتك، أي لا تصبني بعينك.¹

-و المعنى الأول هو الأنسب للبحث الذي نخوض فيه.

2-الخلقية: الخلقية صفة للتشوهات، و أصلها من الفعل {خلق}، الخاء و اللام و القاف، و هو يأتي بمعنيين:

-الإنشاء: على مثال أبدعه، أي ابتداع الشيء على غير مثال سابق، و الخلق في كلام العرب: ابتداع الشيء على مثال لم يسبق إليه²، يقال: خلق الله الأشياء خلقاً و هو الخالق و الخلاق و كل شيء خلقه الله فهو مبتدئه على غير مثال سبق إليه³. و الخِلْقَةُ: الفطرة و ينسب إليها على لفظها فيقال عيب خلقي و معناه موجود من أصل الخلقة و ليس بعارض⁴.

-تقدير الشيء: قال تعالى ﴿فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾⁵، و المعنى: أحسن المقدرين ؛ و قوله عز و جل: ﴿وَتَخْلُقُونَ إِفْكَاً﴾⁶، أي: تُفْذِرُونَ كذباً، و (الخلقة) تأتي بمعنى الفطرة، و ينسب إليها على لفظها فيقال (عيب خلقي) و معناه موجود من أصل الخلقة و ليس بعارض⁷. و عليه فالتشوهات الخلقية هي العيوب التي يولد بها الإنسان و تكون موجودة من أصل الخلقة و هو جنين في بطن أمه، و ليست بأمر عارض يعرض للإنسان فيسبب له التشوهات و العيوب.

ثانياً: التشوهات الخلقية اصطلاحاً

لقد تبين فيما سبق التعرف على حقيقة التشوهات الخلقية في اللغة و أنها تعبر عن قبح الخلقة و النقص فيها و العيوب التي يولد بها الإنسان على خلاف المعتاد، و هنا نجد أن المعنى الاصطلاحي لا يبعد كثيراً عن المعنى اللغوي بل يتفقان إلى حد كبير.

¹ ابن فارس: "معجم مقاييس اللغة"، مرجع سابق، ص: 231؛ أبو الأشبال حسن الزهيري آل مندوه المنصوري المصري، صحيح مسلم، "كتاب الجهاد و السير، باب في غزوة حنين"، ج 3، المطبعة المصرية -القاهرة، الطبعة الأولى 1929، ف 1402.

² الأزهرى: "تذهيب اللغة"، مرجع سابق، ص: 16.

³ أحمد المقرئ الفيومي: "المصباح المنير"، مرجع سابق، ص: 180؛ الزبيدي: "تاج العروس"، ج 25، مرجع سابق، ص:

251.

⁴ أحمد المقرئ الفيومي: "المصباح المنير"، مرجع سابق، ص: 180.

⁵ سورة المؤمنون، الآية: 14.

⁶ سورة العنكبوت، الآية: 17.

⁷ محمد مرتضى الحسيني (1791م/1205هـ): "فردوس الحكمة في الطب"، مطبعة آفتاب، (برلين 1346هـ/ 1928م)، ص:

80.

تستعمل التشوهات الخلقية و الخلل الولادي و العيوب الخلقية، كمصطلحات مترادفة لوصف الاضطرابات التركيبية و السلوكية و الوظيفية و الأيضية¹، الموجودة في الطفل الوليد عند الولادة²، و فيما يلي نذكر بعض التعريفات الاصطلاحية:

التعريف الأول: هي تخلق غير طبيعي، لعضو أو جزء من العضو، مما يؤدي إلى خلل في وظيفة ذلك العضو أو الجزء من العضو³.

التعريف الثاني: التشوهات الخلقية هي التغير في شكل الجنين أو في هيئته أو في أي عضو من أعضائه بحيث يمكن أن يؤثر عليه في المستقبل، سواء في شكله أو في وظائف أعضائه و قد تكون بسيطة أو شديدة⁴.

التعريف الثالث: التشوهات الخلقية هي تخلق غير طبيعي، في أحد أعضاء الجسم، أو الأنسجة في مرحلة تخلق الجنين، و قد تكون هذه العيوب ظاهرة أو داخلية لا يمكن التأكد منها إلا بالفحوصات المختبرية، و يولد بهذه التشوهات طفل إلى ثلاثة أطفال لكل مائة حالة ولادة⁵.

التعريف الرابع: التشوهات الخلقية هي الشذوذات البنيوية أو الوظيفية، بما فيها الاضطرابات الاستقلابية الموجودة منذ الولادة⁶.

و بالرجوع إلى هذه التعاريف يتضح لنا أن التشوهات الخلقية للجنين هي ذلك التغيُّر في شكل الجنين أو في هيئته أو في أي عضو من أعضائه مما يؤدي إلى قبح الخلقة و النقص

¹ الأيض في اللغة يعني:

- الرجوع و العود، فيقال: أض فلان إلى أهله أي رجع إليهم.

- صيرورة الشيء إلى شيء آخر، و تحوله من حالة إلى أخرى.

أما في الاصطلاح: فمعنى الأيض هو مجموعة التفاعلات الكيميائية التي تحدث في الخلية الحية لتحويل الغذاء إلى طاقة، و يسمى أيضا (التمثيل الغذائي). و العلاقة بين المعنيين اللغوي و الاصطلاحي واضحة، ولاسيما في معنى الصيرورة و هو التحول من حالة إلى أخرى عبر تحويل الغذاء إلى طاقة.

- ينظر: الأزهرى: "تذهيب اللغة"، ج 12، مرجع سابق، ص: 98 و 99؛ ابن فارس: "معجم مقاييس اللغة"، ج 1، مرجع

سابق، ص: 164.

² الحمود و يوسف، د. محمد حسن، د. وليد حميد: "علم الأجنة الطبي"، الأهلية للنشر و التوزيع، ط 1، (عمان 1425هـ/

2005م)، ج1، ص: 209.

³ قاري و جبر، ذ. سمير بن حسن محمد و أ.جميل فوزي جميل: مدخل إلى الوراثة البشرية، دار الفكر، ط، 1، (عمان

1431هـ/2010م)، ص: 42.

⁴ العريض، شبيخة سالم: الوراثة مالها و ما عليها، دار الحرف العربي للطباعة و النشر و التوزيع، ط، 1، (1424هـ/

2003م)، ص: 107.

⁵ سميرة سقطي: الأمراض الوراثية البشرية، مقال منشور على شبكة الانترنت، مستشفى ملك فهد جدة: على الرابط التالي: <http://www.werathah.com/genetic/cong-anomalies-hm> ، 05/04/2020، على الساعة الخامسة مساء و عشرون دقيقة.

⁶ منظمة الصحة العالمية، العيوب الولادية - تقرير الأمانة -، اجتماع جمعية الصحة العالمية الثالثة و الستون، البند 7-11 من جدول الأعمال المؤقت، ج 10/63، بتاريخ 1 أبريل 2010، ص: 1.

فيها و قد تكون بسيطة أو شديدة، و قد تكون ظاهرة أو داخلية لا يمكن الاطلاع عليها إلا بالفحوصات.

الفرع الثاني: مفهوم التشوهات الخلقية في الطب

التشوه (خلل في التكوين أو تشوه أولي) هو حالة لا رجعة فيها، موجودة قبل الولادة، تحدد الانحراف في العدد أو الموقع أو الشكل أو الحجم أو الوظيفة، لأي جزء أو عضو أو خلية أو مكون خلوي، وهي كافية لوصف هذا الانحراف على أنه غير طبيعي، ينتج عنه عملية نمو غير طبيعية أثناء تكوين الجنين.

و غالبًا ما يُشار إلى التشوهات على أنها خلقية لأنها موجودة عند الولادة، فأي تشوه هو بحكم التعريف خلقي، سواء تم تشخيصه عند الولادة أو لاحقًا، من ناحية أخرى، فلا يمكن اعتبار جميع التشوهات الخلقية على أنها تشوهات بالمعنى الدقيق للكلمة، ويتم التمييز بين التشوهات الحقيقية (أو الأولية) من التشوهات والاضطرابات التي تكون ثانوية نتيجة لعامل خارجي (تشوهات ثانوية)، هذا التمييز مهم بسبب استعماله أثناء الاستشارات الوراثية، التي تهدف إلى تقييم مخاطر حدوث التشوه أو تكراره واقتراح سبل الوقاية المناسبة¹.

و عليه فالتشوهات الخلقية الحقيقية (أو الأولية) هي كل عيب ولادي قد يشمل على عيب في شكل جسم المولود أو في أحد وظائف جسمه و يمكن أن يكتشف قبل الولادة أو عندها و هذه العيوب قد تكون نتيجة خلل في التكوين، أو خلل في الكروموسومات (أي خلل جيني).

أما التشوهات الثانوية فأسبابها تشمل ما له علاقة بالأم و عوامل أخرى خارجة عن الأم ، و نذكر منها العدوى التي تنتقل إلى الأم أثناء الحمل سواء كانت فيروسية أو بكتيرية أو بسبب التعرض لإشعاعات خارجية أو استعمال بعض الأدوية أو استهلاك المخدرات... إضافة إلى نقص بعض الفيتامينات (حمض الفوليك) تؤدي إلى ظهور بعض التشوهات الخلقية.

¹ K. Forci, M. H. Alami E. Bouaiti, M. Slaoui, A. Mdaghri Alaoui and A. Thimou Izgua : Prevalence of congenital malformations at the "les Orangers" maternity and reproductive health Hospital of Rabat:

-descriptive study of 470 anomalies, Forci et al. BMC Pediatrics (2020) 20:272
<https://doi.org/10.1186/s12887-020-02179-6>, p : 2.

الفرع الثالث: مفهوم التشوهات الخلقية في الفقه الإسلامي

إن التشوهات التي تصاب بها بعض الأجنة هي من قدر الله عز و جل و قد ورد ذلك في أحد أحاديث رسول الله صلى الله عليه و سلم فقد روى مسلم في صحيحه أن حذيفة بن أسيد الغفاري قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم بأذني هاتين، يقول: (إن النطفة تقع في الرحم أربعين ليلة. ثم يتصور عليها الملك) قال زهير: حسبته قال: الذي يخلقها (فيقول يا رب، أذكر أو أنثى؟ فيجعله الله ذكر أو أنثى. ثم يقول : يا رب، أسوياً أو غير سوي. ثم يقول: يا رب ما رزقه؟ ما أجله؟ ما خُلِّق؟ ثم يجعله الله شقياً أو سعيداً)¹.

وجه الدلالة من الحديث النبوي الشريف أن الحديث ورد فيه ذكر الجنين السوي، و الجنين غير السوي (المشوه).

و قد جاء أيضاً في حديث النبي صلى الله عليه و سلم عندما حصب المشركين يوم حُنَيْنٍ و قال: " شأته الوجوه..."² أي قُبِحت، و كل شيء من الخلق لا يوافق بعضه بعضاً يقال له أشوه و مشوه، و يطلق المشوه أيضاً على قبيح العقل.

أما الخلقية صفة للتشوهات و أصلها من الفعل (خلق) و الخُلُق يأتي على حالين: الأول: الإنشاء على مثال أبدعه، أي ابتداع الشيء على غير مثال سابق، و خلق الله الشيء يخلقه خلقاً أي أحدثه بعد أن لم يكن، و هو أوجد الأشياء جميعها بعد أن لم تكن موجودة³.

و الثاني: التقدير قال الله عز و جل: (فتبارك الله أحسن الخالقين)⁴، أي أحسن المقدرين و الخالق و الخلاق هو الله عز و جل (هو الله الخالق البارئ المصور)⁵، و هذه الصفة بالألف و اللام لا تجوز لغير الله تعالى، و (الخُلُقَةُ) الفطرة، و ينسب إليها على لفظها فيقال عيب (خُلُقِيٌّ) و معناه موجود من أصل الخلقة و ليس بعارض⁶.

¹ مسلم في صحيحه: "كتاب القدر، باب كيفية خلق الأدمي"، ج 8، مرجع سابق، ص: 442.

² صحيح المسلم، "كتاب الجهاد و السير، باب في غزوة حنين"، ج 3، مرجع سابق، ص: 739.

³ الأزهرى: "تهذيب اللغة"، ج 7، مرجع سابق، ص: 25 و ما بعده.

⁴ سورة المؤمنين، الآية: 6.

⁵ سورة الحشر، الآية: 24.

⁶ الفيومي: "المصباح المنير"، مرجع سابق، ص: 245-246.

خلاصة لما سبق أن التشوهات الخلقية هي العيوب التي يولد بها الإنسان و تكون موجودة من أصل الخلقة و من حين الولادة من قُبْح و نقصٍ في الخلقة و هيئة الجسم و ليس بأمر عارض أو طارئ يطرأ على الإنسان فيسبب له التشوهات و العيوب، و عليه فإن الفقه الإسلامي يعرف التشوهات الخلقية نسبة إلى مظهر المولود الحديث العهد، فيوصف إما بقبح و نقص الخلقة أو حُسْنها و كمالها.

المطلب الثاني: أسباب التشوه و أنواعه و كيفية التعرف عليه

تعتبر التشوهات الخلقية عبارة عن مرض أو عيوب خلقية سواء في الصفات الشكلية أو القدرات العقلية و حتى في عيوب خلقية داخل الجسم، كل هذه الأمراض و لم يبذل الأطباء في القديم جهداً في تشخيصها، و التي كان يتعرض لها الجنين منذ أيامه الأولى في بطن أمه، و من أهمها التشوهات التي تصيبه بسبب مختلف الحالات التي تتعرض لها الأم، نتيجة مشاكل عديدة منها الصحية، أو الإجتماعية، أو البيئية، أو الطبية، أو الوراثية، و التي تعد من أخطر أسباب التشوهات التي يصاب بها الجنين.

و مع انتقال الطب و تطوره استطاع كثير من الأطباء¹ بيان حقائق العيوب الخلقية التي تولد مع الجنين في بطن أمه، أو التي قد يصاب بها الجنين أثناء مراحل الحمل، ووصفوها و شخصوها و بينوا أسبابها، و دلائلها، فضلاً عن علاجها في أكثر الأحيان. و عليه سنحاول في هذا المطلب بيان أسباب التشوهات الخلقية (الفرع الأول) و أنواعها (الفرع الثاني)، ثم كيفية التعرف على حدوث هذه التشوهات (الفرع الثالث).

الفرع الأول: أسباب التشوهات التي تصيب الأجنة

التشوهات الخلقية هي التي تحدث أثناء تكوين الأعضاء المختلفة للجنين في مراحله الأولى بحيث تكون موجودة في الأسبوع الثامن من الحمل، و لذلك فإن العضو الذي يحصل

¹ - من بين الأطباء الدكتور "John Langdon Down" الإنجليزي الذي استطاع في سنة 1862 من تحديد الأعراض النموذجية للتشوهات الخلقية للجنين و أسبابها و من بينها متلازمة داون 21، راجع في ذلك:

-Annisa Fitriani : Fetal DNA Cell-Free Examination : a new way to detect chromosomal abnormalities before delivery, ARTICLE TRANSLATION, p : 01. sur net : A Fitriani - researchgate.net.

له التشوه في هذه الفترة معرض بوضوح لخطر التشوه فيما بعد فترة الحمل، و قد يرجع السبب في ذلك إلى عوامل جينية وراثية أو عوامل بيئية خارجية¹.

أو قد يرجع التشوه لأسباب متعددة تتفاعل فيها عوامل بيئية و الوراثة معاً².
و عليه سنحاول معالجة هذا البحث من خلال بحث التشوه لأسباب وراثية (أولاً) ثم التطرق للتشوهات لأسباب بيئية –خارجية- (ثانياً).

أولاً: التشوه لأسباب وراثية

قد تكون التشوهات الخلقية ناتجة عن عوامل داخلية موجودة في الجذور الأولى للجنين –الحيوان المنوي أو البويضة– و من الأمثلة على ذلك أن يكون الحيوان المنوي الذي اختاره الله لتلقيح البويضة به خلل إما في شكله، و إما في حجمه، أو عدد كروموسوماته – صبغياته-، أو تكون البويضة هي نفسها حاملة للخلل، أو كليهما، و هذه العوامل الداخلية هي التي يرجع السبب فيها إلى عامل الوراثة، و الوراثة هنا قد تتعدى الأبوين إلى الأجداد، و قد يكون الخلل كذلك في الزيجوت بعد التلقيح، و حتى قد يحدث بعد إفرازه و تعلقه في جدار الرحم³، بحيث كثيراً ما ترجع أسباب التشوهات التي تصاب بها الأجنة إلى عوامل وراثية، و تعتبر مسؤولة عن 30% إلى 40% من جميع التشوهات الخلقية⁴.

و هذه العوامل الوراثية لها اعتبار في الشرع، تدل عليه النصوص القرآنية، و الأحاديث النبوية و أقوال الأئمة الفقهاء، كما أن جهود الدارسين و اكتشافات الباحثين تشهد بذلك.

فمن النصوص القرآنية التي تُؤمى إلى ذلك قوله تعالى عز و جل بعد ذكره المحرمات من النساء: ﴿وَأَجَلٌ لَّكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ﴾⁵.

¹ بدر محمد السيد إسماعيل: مرجع سابق، ص: 146.

² محمد علي البار: "الجنين المشوه"، مرجع سابق، ص: 311.

³ عمر بن محمد بن إبراهيم غانم: أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى 1421 هـ - 2001 م، دار الأندلس الخضراء المملكة العربية السعودية – جدة، ص: 181.

⁴ محمد علي البار: "الجنين المشوه"، مرجع سابق، ص: 161.

⁵ سورة النساء، الآية: 24.

و من الأحاديث النبوية ما أخرجه ابن ماجة و صححه الحاكم من حديث عائشة مرفوعا: {تخيروا لنطفكم و انكحوا الأكفاء}¹.

و من أقوال الأئمة الفقهاء تعليل الإمام الشافعي جواز فسخ الزواج بسبب الجدام و البرص بقوله: (إن الولد الذي يأتي من مريض بأحد هذين الدائنين قلم يسلم، و إن سلم أدرك نسله) قال ابن حجر الهيتمي: (و الجدام و البرص يعديان المعاشر و الولد أو نسله كثيرا كما جزم به في الأم و حكاه عن الأطباء و المجربين في موضع آخر)².

و من هذه النصوص يعلم أن الإحصان بالزواج و البعد عما حرم الله من السفاح، و تخيير المرأة التي ستكون مستقر النطفة، و حاضنة الولد، و التسليم بأن العرق نزاع، و اختيار النساء الأبعاد على القريبات في النسب، و فسخ النكاح للمرض و العلة لم تكن بارزة بهذه الوضوح في الشريعة الإسلامية و الفقه الإسلامي إلا بناءً على التسليم و القطع بأن الصفات و الطباع، و العادات و الأمراض المغروزة في ركني الأسرة- المرأة و الرجل- قابلة بدون شك للانتقال منهما إلى نسليهما قربت رتبة النسل منهما أو بعدت³.

و من خلال هذه النظرة الشرعية للتشوهات بسبب العوامل الوراثية، فقد قرر علماء الطب الحديث أن معظم التشوهات —خاصة التشوهات التناسلية— تعود إلى العامل الوراثي العائلي بحيث إنه في حالة وجود هذه العيوب لدى المولود سوف يكون راجعاً في معظمه إلى وجود العيب لدى والد الطفل أو سيكون لدى أحد الأخوة في حالة وجوده.

و الأسباب الوراثية نتيجة طفرات في الجينات الوراثية التي يرثها الجنين من الآباء و الأجداد، إما أن تكون سائدة، أي يرثها الجنين من أحد الأبوين، أو متنحية أي يرثها الجنين من كلا الأبوين.

و تؤدي هذه الطفرات إلى مرض وراثي في الجنين يورثه بالتالي إلى أحد الأجيال التالية و تسبب في عيوب خلقية وراثية ظاهرة في الجذع أو الرأس أو الأطراف، أو غير ظاهرة مثل أمراض سوء التمثيل الغذائي، و أمراض نقص الأنزيمات الوراثي أو اختلال في

¹ الامام حافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (توفي 852هـ): "فتح الباري البار في شرح صحيح البخاري"، مرجع سابق، ص: 107.

² أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي: "تحفة المحتاج بشرح المنهاج"، ج 7، الناشر دار إحياء التراث العربي - بيروت، بدون طبعة، سنة 1357هـ - 1983م، ص: 347.

³ بدر محمد السيد إسماعيل: مرجع سابق، ص: 148.

تكوين الهيموجلوبين الذي يؤدي إلى أنيميا وراثية أو إلى نقص المناعة الوراثية أو أمراض العظام و العضلات الوراثية، و يختلف تأثير الطفرات التي تحدث في الجينات باختلاف تأثيرها على تكوين البروتينات أو الأنزيمات أو الهرمونات¹.

الكروموزومات (الصبغيات) تختزن المادة الوراثية في نواة الخلية الحية، و تبدو هذه المادة الوراثية كشبكة يصعب تمييز أطرافها و حدودها في الأحوال العادية... و في مرحلة انقسام الخلية تبدأ هذه المادة الوراثية (الصبغيات أو الكروموسومات) تتراص على هيئة أزواج و خاصة في طور الاستوائي "Metaphase" (الطور التالي)² ... و يمكن تثبيت هذه المرحلة أو الطور باستخدام مادة الكولشيسين "Colchicine" التي تستخدم لمعالجة النقرس و صبغ هذه الكروموسومات (الصبغيات) بأنواع مختلفة من الأصباغ.

تحتوي كل خلية حية سواء كانت نباتية أو حيوانية على مجموعة من الكروموسومات (الصبغيات) و يختلف عددها من نوع إلى آخر و في خلية جسم الإنسان هناك 46 كروموسوماً (صبغاً) موجودة على هيئة أزواج (23 زوجاً).

و هذه الأزواج متشابهة بل و متماثلة تماماً ما عدا زوج واحد في خلية الذكر و هو الزوج الجنسي فهو موجود على شكل كروموسومين (صبغين) أحدهما كبير و يدعى X و الآخر قصير صغير و يدعى Y.

أما في خلية الأنثى فالزوج الجنسي متماثل و مكون من صبغيين كلاهما X و يحمل كل صبغ (كروموسوم) من هذه الصبغيات آلاف الصفات الوراثية التي تتركز فيما يسمى بالناسلات أو المورثات (الجينات Gene) و الجينات الموجودة على الكروموسوم الجنسي مسؤولة عن الصفات المرتبطة بالجنس.

¹ بدر محمد السيد إسماعيل: مرجع سابق، ص: 149.

² الطور الاستوائي هو المرحلة الثالثة من مراحل الانقسام الخيوطي و يكون فيها الصبغي متكشفاً و يمكن رؤيته تحت المجهر الضوئي،

ينظر الموقع:

- <https://web.archive.org/web/20171008191023/http://www.nature.com/scitable/definition/metaphase-249>. Vu 2020/01/05 à 14h23min.

و الغريب حقا أن كل صفة وراثية موجودة على هيئة متقابلة في كلا الزوجين من الصبغيات... و يسمى ذلك الأليل-**allele**- و معنى هذا الكلام أن كل صفة وراثية لا بد أن تأتي من الأب و من الأم كلاهما معاً¹.

و يبلغ تعداد المورثات أو الناسلات (الجينات) في كل خلية ما لا يقل عن مائة ألف مورثة (جين **Gene**).

أما عدد خلايا جسم الإنسان البالغ فتبلغ مائة مليون خلية، و في الدم فقط 25 مليون كرة دم حمراء و 25 مليار كرة دم بيضاء و مثلها أو أكثر منها من الصفائح. و في الدماغ 13 مليار (بليون) خلية عصبية و مائة مليار خلية دبقية (**Glial cells**) مساندة.

ومع هذا فإن خلايا الجسم كلها تموت و تخلق و كل واحدة منها لها عمر محدود ينتهي قبل نهاية الإنسان ما عدا الخلايا العصبية التي إذا ماتت لم يخلق الله لها بديلا سوى من الخلايا الدبقية.

و في كل ساعة يخلق الله و يميت مليونين و نصف المليون من خلايا الدم الحمراء.. و في كل يوم مائتي مليار كرة دم حمراء و مثلها من خلايا الدم البيضاء و أكثر منها من خلايا الجهاز الهضمي و أضعاف أضعافها من خلايا الجلد.

و الخلايا الجديدة تأتي بواسطة انقسام الخلايا.. بحيث تحتوي الخلية الجديدة على 46 كروموسوم (صبغي) كسالفها، و يسمى هذا الانقسام العادي (الخلوي) "**Mitos**" و يحدث في جميع أجزاء الجسم و خلاياه.. أما الإنقسام الإختزالي "**Meiosis**" فلا يحدث إلا في الغدة التناسلية (الخصية أو المبيض) بحيث تكون الخلية الناتجة تحتوي على 23 كروموسوما فقط. و هكذا نرى الحيوان المنوي "**Spermatozoa**" و البويضة "**Ovule**"، يحتوي كل منها على 23 كروموسوم فقط، بحيث إذا اجتمعا كونا نطفة أمشاجاً تحتوي على 46 كروموسوم، و بذلك تعود النطفة الأمشاج (الزيجوت) إلى نفس العدد الذي تحويه الخلايا العادية، و تنقسم انقسامات سريعة متتالية.. كلها انقسامات عادية بحيث أن كل خلية جديدة تحتوي على 46 كروموسوم.

¹ - Gabriel Gachelin et al : " Caryotype Humain", article disponible sur le site :

- <https://www.universalis.fr/encyclopedie/caryotype-humain/3-caryotype-humain/>. Vu 2020/02/03 à 15h02min.

أما تركيب الكروموسوم فقد كان سرّاً مغلقاً إلى أن اكتشف واطسن و كريك "watson and crick" عام 1953 تركيب الحامض النووي D.N.A الذي تتكون منه الكروموسومات، و نالا بذلك جائزة نوبل عن جدارة.

و يتكون كل صبغ (كروموسوم) من سلاسل حلزونية ملتفة حول محورها على هيئة سلاسل، و تشكل كل درجة (مراقبة) رابطاً بين قاعدتين أمينيتين Nitrogenous و تتناغم القواعد النتروجينية واحدة بعد أخرى و درجة درجة حتى تتكون تلك السلاسل الطويلة الممتدة إلى عدة أمتار لو قيست بطولها الحقيقي، و لكنها تلتف و تتكون حتى تصبح واحداً على المليون من المتر أو أقل من ذلك¹.

و هذه الخلايا تتعرض لاختلالات تحدث فيها فتسبب إما بزيادة في عدد الكروموسومات التي تجعل الخلية الواحدة تحتوي على 24 صبغاً مزدوجاً بدلاً من 23، أو نقصاناً فيها بنزول عدد الصبغيات إلى 22، و إما زيادة أو نقصاناً في طول الكروموسوم نتيجة فقدان جزء منه أو إضافته إلى كروموسوم آخر، و هذه الصورة الأخيرة المعروفة بحالة الإنتقال الكروموسومي إذا وجد عند شخص فإن نسله يكون معرضاً لخلل في الصبغيات².

أما الحالة الأولى المتمثلة في نقصان عدد الكروموسومات في الخلية الواحدة أو زيادتها، فهي ناتجة عن عدم فك الارتباط بين صبغين، و تعرف باختلال –الصبغة الصبغية- و هي إن كانت بالنقص سميت –ذات الجسيمات الأحادية- و لها نوعان باعتبار الصبغيات المصابة لأن هذه إما أن تكون جسدية و إما جنسية، فالجسدية نادرة و هي لا ترحم فقلما يولد الجنين بها و هو معرض للإسقاط التلقائي، و الجنسية موجودة أكثر و تعرف –بمتلازمة ترنر- و لا تزيد حالاتها في المواليد عن حالة واحدة في العشرة آلاف، و صورتها مختلفة بين بسيطة و معقدة، و المعقدة تعرف بالفسيفساء لتداخل أنواع الخلل فيها و تشابكها، و في كل الصور و الحالات لهذا المرض أو الاختلال بالنقص في كروموسومات تكوين الجسم - جسم الجنين- إلى شكل أنثى لها رحم إلا أنها لا تحيض أبداً، و من العيوب المتولدة عن

¹ محمد علي البار: الجنين المشوه: أسبابه و تشخيصه و أحكامه، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، دار النشر جامعة الملك عبد العزيز –السعودية، دس، ص: 96 و 97.

² محمد علي البار: "الجنين المشوه"، مرجع سابق، ص: 182 و 183.

حالات (ترنر) ما يصيب العظام و المفاصل من عاهات، و قصر الرقبة، و ظهور تشوهات خلقية داخلية في القلب و الأوعية الدموية الكبيرة، و لا علاقة لهذا الداء و عوارضه بسن المرأة أثناء الحمل و لكنه ناتج عن عدم فك الارتباط بين الكروموسومات في مرحلة الانقسام الاختزالي في الخصية أو المبيض¹.

و إن كانت الحالة الناتجة عن عدم فك الارتباط قائمة على الزيادة في عدد الكروموسومات لا على النقص فتلك هي المعروفة بالجسيمات الثلاثية- و هي إما تصيب الكروموسومات الجسدية و إما أن تظهر في الكروموسومات الجنسية و في هذا العصر أي من عشرين سنة تقريبا اكتشف العلماء أربعة أنواع للجسيمات الثلاثية الجسدية و هي:

1- الجسيمات الثلاثية رقم 21 (تثلاث صبغي 21) (متلازمة داون) المعروفة بالمنغولية².

و تتميز متلازمة داون (حالات المنغولية) بالتخلف العقلي الشديد و العته و أن شكل الطفل يشبه إلى حد ما وجه المغول و لهذا ظهر اسم المنغولية ثم اختفى و أطلق عليه اسم متلازمة داون نسبة إلى الطبيب الذي اكتشف هذه الحالة، و يكون الرأس مستطيلا و أرنبة الأنف منخفضة و الجفون مائلة إلى الأعلى.. و يبرز اللسان من الفم، و يكون خط التغضن على راحة اليد شبيها بذلك الموجود لدى القردة و تكثر العيوب الخلقية في القلب و تكون الإصبع الخامسة (الخنصر غريبة الشكل).

و تختلف نسبة ولادة هؤلاء الأطفال المشوهين حسب سن الحامل، فإذا كان الحمل قبل سن 25 فإن الاحتمال لا يزيد عن واحد من كل ألف ولادة، أما إذا كان سن الحامل قد وصل الأربعين أو جاوزها فإن الاحتمال يزداد إلى واحد من كل مائة ولادة³.

2- الجسيمات الثلاثية رقم 18 (تثلاث صبغي 18) (متلازمة إدوارد) و هذه الحالات أكثر ندرة من الحالات السابقة و تحدث حالة واحدة في كل 8000 (ثمانية آلاف)

¹ محى الدين إبراهيم: "الإجهاض المتكرر"، مقال بمجلة طببيك الخاص (هي مجلة متخصصة تصدر عن مؤسسة دار الهلال المصرية)، العدد 458 فبراير 2007، ص: 68. ينظر الموقع الإلكتروني: www.News-ar.svg -؛ محمد علي البار: "الجنين المشوه"، مرجع سابق، ص: 184 و 185.

² تعتبر متلازمة داون من أشيع الاضطرابات الصبغية المسببة للتخلف العقلي. أول ما وصفت به من قبل "Esquirol" عام 1838، و لاحقاً عام 1866 وصفت من قبل "John Langdon Down" بالمنغولية، و ينجم هذا الاضطراب عن وجود صبغي 21 إضافي و الذي يجعل التعداد الصبغي 47؛ للمزيد أنظر، أحمد جولاق- محمد زياد سلطان: دراسة سريرية مقارنة لبقاء المادة السادة للوهاد و الميازيب عند مرضى متلازمة داون، مجلة جامعة حماة - المجلد الأول - العدد السابع - 2018، ص: 19.

³ محمد علي البار: "الجنين المشوه"، مرجع سابق، ص: 188.

ولادة، و هي تزداد أيضا بتقدم سن الحامل، و يتمثل هذا المرض في التخلف العقلي الشديد و ببطء النمو الجسدي و النفسي و العقلي، و بروز القفا، و انتقاب الجدار بين بطيني القلب، و صغر الفك الأسفل، و تشوه الأذنين و انخفاض موقعهما، و انتقاب الأصابع و تشوه الأظافر.

3- الجسيمات الثلاثية رقم 13 (تثلث صبغي 13) (متلازمة بتاو).

و يعتبر هذا الخلل نادر الحدوث أيضا هو لا يتجاوز حالة واحدة من كل سبعة آلاف ولادة و لكن النسبة تزداد أيضا بتقدم سن الحامل، و تتميز الحالة بوجود تخلف عقلي شديد، و جبهة منحدرية، ووجود آذان مشوهة، و تشوهات في فروة الرأس و صغر حجم العين، و الشفة المشقوقة من الجانبين، و الحنك المشقوق، و زيادة في عدد أصابع اليد أو القدم و بروز عقب القدم بروزاً معيباً¹.

4- الجسيمات الثلاثية رقم 22 و هي شديدة الندرة.

ذكر العلماء أن العدد الزائد يكون في الكروموسومات الجسدية كما سبق أو في الكروموسومات الجنسية، فقد تزداد صبغيات أو كروموسومات الجنس و تكون ثلاثية بدلاً من إثنين، و ينتج عن ذلك كما تقدم عدم فك الارتباط أثناء الإنقسام الإختزالي في المبيض أو في الخصية، و هي لا تكتشف أثناء الحمل و لا عند الولادة لكنها تظهر لدى المصابين بها بعد البلوغ، و هي عبارة عن متلازمة كليفنفلتر "**Klinefelter**".

و يكون الخلل الكروموسومي هكذا -**XXY**- أي وجود صبغي الأنوثة مع صبغ واحد للذكورة، و بما أن صبغ الذكورة قوي فإنه يجعل الجنين يتجه إلى نموه كذكر و لكنه بارد الهمة ضعيف الإرادة صغير الإحليل عقيم إذ لا يمكن لخصيته أن تنتج حيوانات منوية لأن القنوات المنوية تعاني من الضمور، و الخلايا المولدة للنطف منعدمة، و تتضخم الأثداء في هذا و يكثر الدهن في الأرداف و العجز و يكون شبيهاً إلى حد ما بالأنثى، و هناك صورة ثانية للجسيمات الثلاثية الجنسية و هي زيادة كروموسومات الذكورة عن حدها الطبيعي، و هذا النوع لا تظهر فيه عاهات أو تشوهات و أنه يتميز بزيادة في الطول كما يتسم صاحبه بالجرأة و الإقدام و العنف².

¹ محمد علي البار: "الجنين المشوه"، مرجع سابق، ص: 190 و 191.

² محمد علي البار: "الجنين المشوه"، مرجع سابق، ص: 194 و 195.

و عليه نستخلص مما تقدم أن علماء الطب الحديث أثبتوا ما قررته الشريعة الإسلامية منذ أكثر من أربعة عشر قرناً من الزمان من أن العوامل الوراثية لها دخل كبير فيما يصاب به الجنين من أمراض و تشوهات، فقد أثبتوا أن الأبناء يتوارثون صفات الآباء و الأجداد، و أنه على قدر ما يكون الآباء و الأجداد من قوة و ضعف أو نقص أو كمال يكون كذلك الأبناء، و لذا يجب على من يقبل على الزواج تحري الدقة في الاختيار و التعرف على صفات الشخص و الأسرة التي يريد الزواج منها، فإذا تبين له خلو الشخص و أسرته من أي ضعف وراثي جسميا كان أو عقليا أقدم على إتمام مشروعه و جنب نفسه و ذريته المنتظرة الصفات و الأمراض الوراثية و التشوهات الخلقية، فعلماء الوراثة يأملون تحسين النوع البشري بالاختيار الزوجي الأفضل حتى يولد أطفال أصحاء و هو نفس الغرض الذي نادى به شريعتنا الغراء¹.

ثانياً: التشوه لأسباب بيئية (خارجية)

لم يكن مجهولاً لدى الأمم الغابرة أن تناول بعض العقاقير يؤدي إلى الإجهاض، بل أفاض الفقه الإسلامي في ذكر كثير من أسباب الإجهاض و فرض في ذلك دية خاصة في الغرة، و هي وليد أو جارية أو نصف عشر دية الرجل. و قد حكم الإمام علي عليه السلام على عمر رضي الله عنهما بأن يدفع الغرة لامرأة خافت من عمر فأجهضت.

و قبل ذلك حكم رسول الله صلى الله عليه و سلم بدفع دية امرأة و غرة عندما اقتتل امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها، فقضى رسول الله صلى الله عليه و سلم على العاقلة (أهل المرأة و قبيلتها) بدفع دية المرأة المقتولة و دفع دية أخرى هي الغرة و هي دية الجنين الذي كان في بطنها². و إذا تركنا هذه الأسباب الخارجية العامة مثل الضرب و الاعتداء و الإخافة فإن هناك أسباب أخرى بدأ الطب يدركها في القرن العشرين.

¹ بدر محمد السيد إسماعيل: "مرجع سابق"، ص: 153.

² حسن أبو الأشبال الزاهيري: "كتاب شرح صحيح مسلم"، المكتبة الشاملة، ج 3 ص 3، ينظر في الانترنت؛ www.al-maktaba.org تم الاطلاع عليه بتاريخ 03/06/2019، على الساعة 10 مساءً و 22 دقيقة.

و كان جريج "Grig" أول من نشر تقريراً عن التشوهات الخلقية التي تصيب الجنين بسبب الحصبة الألمانية و ذلك عام 1941م¹، ثم ظهرت في الستينات قصة عقار الثاليدوميد المشهور.

و الثاليدوميد عقار مهدئ قيل إنه خال من المضاعفات، فلما أُعطي للحوامل ظهرت الأجنة بدون أطراف، و ثارت قضايا في المحاكم في أوروبا و الولايات المتحدة و دفعت الشركة المنتجة مئات الملايين من الدولارات كتعويض لهؤلاء الأمهات مما أدى إلى إفلاس الشركة المنتجة.

و منذ ذلك الحين ظهرت العديد من الكتابات الطبية في المجالات المتخصصة تتهم هذا العقار أو ذاك في تسبب التشوهات الجينية، و كثرت هذه المواد بصورة مزعجة حقاً، إلا أن من حسن الحظ أن الدليل على اتهام كثير من هذه المواد كان ضعيفاً رغم أن تأثير هذه المواد على أجنة بعض الحيوانات كان قوياً، و تعتبر التأثيرات البيئية المختلفة مسؤولة عن 10% من جميع التشوهات الخلقية².

ويختلف تأثير هذه العوامل البيئية طبقاً لنوعها و تركيزها و عمر الجنين عند التعرض و يزداد تأثيرها الضار في فترات الحمل المبكرة، حيث تؤدي هذه العوامل البيئية الضارة إلى موت الخلايا في الجسم أو تأخير انقسامها عن الوقت المحدد و بالتالي تأخر و تشوه في تكوين أعضاء الجسم الداخلية و الخارجية أو ضعف في الدورة الدموية المغذية للجنين، أو تآكل و تكلس الخلايا مع حدوث التهابات مختلفة و عدم القدرة على تعويض الأنسجة التالفة في الجنين.

و نظراً للتقدم الطبي في القرن العشرين فإن الطب الحديث أثبت أن ما تصاب به الأجنة من تشوهات خلقية و اضطراب في نموها يرجع في كثير من الأحيان إلى أسباب بيئية (خارجية) و من أقوى العوامل البيئية الخارجية تأثيراً على الأجنة ما يلي:

- (1) الفيروسات.
- (2) العقاقير و المواد الكيماوية.

¹ Persaud T.V.N et al : prenatal pathology- Fetal Médecine, 1st Edition Field, 3 inris charles thomas, 1979, p : 52.

² Persaud T.V.N et al: Op.Cit, p :52.

(3) الأشعة.

(4) العوامل الميكانيكية.

1- الفيروسات: تتعرض المرأة الحامل كما يتعرض غيرها للعديد من الغزو

الميكروبي و الطفيلي لجسمها، و من حسن الحظ أن أغلب هذه الميكروبات لا يصل إلى الجنين بسبب وجود حاجز المشيمة، و إن وصل شيء منها يكون جهاز المقاومة في الأم قد قضى عليه، و مع هذا فهناك مجموعة من الفيروسات و البكتيريا و الطفيليات التي تصل إلى الجنين و تسبب تشوهات به، و قد تكون هذه التشوهات شديدة مما يؤدي إلى وفاة الجنين و إسقاطه مبكراً، أو وفاته قبيل الولادة أو عقبها مباشرة، أو أن يبقى بتشوهات فترة من الزمن¹. إن تشوه الأجنة كثرت أسبابه في الآونة الأخيرة خاصة بعد الطفرة التي حدثت في مجال الأبحاث العلمية و التي أكدت على أن التشوه يمكن أن يحدث عن طريق بعض الأمراض الفيروسية التي تهاجم السيدة في الشهور الثلاثة الأولى من الحمل مثل فيروس "التكسو بلازما" الذي ينتقل عن طريق الحيوانات المنزلية مثل القطط و الكلاب².

فهذه الفيروسات تدخل إلى جسم الأم و تنتقل إلى الجنين عبر دمائها إلى المشيمة، و من المشيمة إلى الجنين لتصيبه في كثير من الأحيان إصابات بالغة و تسبب له تشوهات خلقية و من أهم هذه الفيروسات ما يلي:

أ- فيروس الحصبة الألمانية.

ب- فيروس تضخم الخلايا **CytomégaloVirus**.

ت- فيروس الهربس (الخلا أو القبول) البسيط.

ث- فيروس مرض الإيدز **HIV**.

أ- فيروس الحصبة الألمانية: **Rubella (G.Mcosles) V**

كان جريج أول من نشر تقريراً عن التشوهات الخلقية التي تسببها الحصبة الألمانية و ذلك عام 1941م. و قد اكتشف أن المرأة إذا أصيبت بحمى الحصبة الألمانية قبل الحمل تكون لديها مقاومة لهذا الفيروس و تقتله فور دخوله جسمها، و بذلك تحمي جنينها

¹ بدر محمد السيد إسماعيل: مرجع سابق، ص: 154.

² حسام شبلي: طرق تجنب تشوهات الجنين، مقال منشور بالموقع الإلكتروني:

<http://forum.hwaml.com/t187384.html>، تاريخ الاطلاع عليه 22/03/2021، ساعة العاشرة مساءً.

منه. و نتيجة لهذا الاكتشاف تمكن العلماء من تحضير لقاح **vaccin** يحمل فيروس الحصبة الألمانية الحي المخفف و يعطى للفتيات قبل سن الزواج. و بذلك أمكن حماية مئات الآلاف بل ملايين النساء من الإصابة بفيروس الحصبة الألمانية الذي يؤدي إلى العديد من التشوهات الخلقية في الأجنة¹.

و قد وُجد أن الفيروس إذا أصاب الحامل التي لم تأخذ لقاح الحصبة الألمانية و التي لم تُصَب بها قبل الحمل يؤدي إلى العديد من التشوهات الخلقية في الجنين المتمثلة في صغر الدماغ، التخلف العقلي، تخلف النمو عموماً، صغر العينين، الساد (الماء الأبيض) في العينين، عتامة القرنية، التهاب المشيمة و شبكية العين، عيوب خلقية في تكوين القلب، الصمم، تضخم الطحال و الكبد، عيوب خلقية في العظام.

و قد وُجد أن نسبة الإصابة بهذه العيوب تكون أعلى ما تكون إذا أصيبت الحامل بالحصبة الألمانية في الشهر الأول (أكثر من 70% من الأجنة)، و تنخفض الإصابة إلى أقل من 50% في الشهر الثاني، أما في الشهر الثالث من الحمل فلا تزيد الإصابة عن 10-15 بالمائة.

و لكن عيوب نمو الجهاز العصبي على المستوى الوظيفي تستمر في الظهور حتى لو حدثت الإصابة بالحصبة الألمانية في الأسبوع الخامس و العشرين من الحمل².

ب- فيروس تضخم الخلايا (حمى مضخمة الخلايا) cytomegalovirus:

يعتبر فيروس تضخم الخلايا أكثر الفيروسات إصابة للأجنة الإنسانية، فإذا ما حدثت الإصابة في الأشهر الأولى للحمل فإن معظم الأجنة تسقط تلقائياً، أما إذا حدثت الإصابة في الأشهر الثلاثة الأولى فإن الجنين يولد و به جملة من التشوهات الخلقية، مثل تخلف النمو العقلي البدني، و صغر حجم العينين، و التهاب المشيمة العين و الشبكية، و كثيراً ما يؤدي إلى العمى و صغر نمو الدماغ و أنواع من الشلل و تكلسات -ترسيب مادة الكالسيوم- في المخ، و الصمم و تضخم الطحال و الكبد، وموه الدماغ - استسقاء الدماغ³.

ج- فيروس الهربس البسيط

¹ محمد علي البار: "الجنين المشوه"، مرجع سابق، ص: 322 و 323.

² محمد علي البار: مرجع سابق، ص: 323.

³ محمد علي البار: نفس المرجع، ص: 324.

فيروس الهربس البسيط التناسلي رقم 2- **Herpes simple type 2** عادة ما يكون مسؤولاً عن إصابة بالغة. و بما أن الهربس الجنسي قد انتشر انتشاراً ذريعاً في الغرب و غيره من مناطق العالم نتيجة موجة الإباحية، فإن عدد إصابات الأجنة بمرض الهربس في ازدياد، و قد بلغت حالات الهربس الجنسي في الولايات المتحدة نصف مليون حالة جديدة كل عام، و بلغ مجموع الحالات الموجودة حالياً أكثر من عشرين مليون حالة هربس جنسي و ذلك في الولايات المتحدة فقط، و في بريطانيا أكثر من مائة ألف حالة هربس جنسي سنوياً، و في كندا قرابة خمسين ألف حالة هربس سنوياً¹.

و أهم مضاعفات الهربس الجنسي هي كالاتي:

- 1- سرطان عنق الرحم.
 - 2- إصابة الأجنة: و معظم إصابة الأجنة تحدث قبيل الولادة أو عند مرور الطفل أثناء خروجه من الرحم و المهبل.
- و يصاب هؤلاء المواليد بإصابات بالغة في أدمغتهم و في الجهاز العصبي و في الكبد. و تبلغ نسبة الوفيات في إصابات الدماغ 95% و تلك التي تنتشر في الجسم دون الدماغ 92% أما إصابة الجهاز العصبي دون الدماغ فتبلغ فيها الوفيات 38%، و تبلغ الوفيات 16% إذا كانت الإصابة في العين و غيرها من الأجهزة المجاورة. أما إذا أصيب الجلد و الفم فقط فتتخفض الوفيات إلى 2%.
- و يحدث في كثير من هذه الحالات التشوهات التالية: التخلف العقلي، صغر الدماغ، صغر العين، خلل في نسيج شبكية العين **Retinal dysplasia** و تكلسات في المخ، موه الدماغ، التهاب مشيمية العين، القناة الشريانية المفتوحة و هي قناة تصل ما بين الشريان الأبهر و الشريان الرئوي عند الولادة أو عقبها مباشرة².

د-فيروس مرض الإيدز (HIV) Human Immuno Deficence Virus:

يعتبر مرض الإيدز الخطير من الأمراض التي يمكن أن تصيب الجنين و بالتالي تؤدي إلى ولادة طفل مصاب بهذا المرض الخبيث.

¹ تقرير إدارة الصحة الأمريكية 1982، مجلة بوست جرايديت دكتور، كتاب حقائق عن الهربس؛ انظر، محمد علي البار: الأمراض الجنسية أسبابها و علاجها، دار المنارة -السعودية 1986م. ص: 155.
² محمد علي البار: "الأمراض الجنسية"، مرجع سابق، ص: 325.

و هناك عدة نظريات في كيفية وصول الفيروس إلى الجنين و هي كالتالي:

1- يحمل المنى الفيروس و بالتالي فإن الحيوان المنوي الذي يلقيح البويضة يحمل معه أيضا فيروس الإيدز، و هذا يؤدي إلى إصابة الجنين في مرحلة مبكرة جداً، و يُعزى حدوث بعض حالات الإجهاض إلى هذا السبب.

2- ينتقل الفيروس من دم الأم إلى دم الجنين عبر المشيمة و منه إلى الحبل السري فالجنين و هذه الطريقة هي الأكثر حدوثاً.

3- يُصاب الطفل أثناء عملية الولادة و نزوله من الرحم و المهبل.

4- تحدث الإصابة بعد الولادة نتيجة التصاق الطفل بأمه أو عبر اللبن أثناء الرضاعة من الثدي.

5- احتمال حدوث انتقال مرض الإيدز أثناء التلقيح الاصطناعي " **Artificial** " **Donner** " إذا كان المانح " **IVF** " ¹ أو في مشاريع أطفال الأنابيب " **Insemination** " مصاباً بالإيدز ².

و بعد فهذه هي الفيروسات المشهورة التي تصيب الأجنة، و لكن هذا لا يعني أنها الفيروسات الوحيدة التي تصيب الأجنة فهناك العديد من الفيروسات الأخرى التي ثبت أنها تصيب الأجنة الإنسانية إلا أن ذلك أقل حدوثاً من الفيروسات الأربعة المذكورة آنفاً، و تعتبر التشوهات الخلقية التي تسببها هذه الفيروسات نادرة.

و أهم الفيروسات التي قد تسبب تشوهات الأجنة ما يلي:

- فيروس حمى النكاف.
- فيروس التهاب الدماغ الفيروزي.
- فيروس الجدري.
- الأنفونزا.
- فيروس جدري البقر (الوقت).
- التهاب الكبد الفيروسي (أ و ب) ³.

¹ - IVF : Fécondation in vitro.

² محمد أيمن صافي - محمد علي البار: الإيدز وباء العصر، دار المنارة للنشر و التوزيع - جدة، 1987م، ص: 125.

³ محمد علي البار: "الجنين المشوه"، مرجع السابق، ص: 91 و 92.

و لا يقتصر الأمر على الفيروسات و حدها بل توجد أنواع من البكتيريا¹، تؤثر أيضا على الأجنة و نموها و أهم هذه الأنواع على الإطلاق و هو (لولبيات مرض الزهري) و هو مرض جنسي ينتقل عن طريق الاتصال الجنسي (الزنا، اللواط) ثم يمكن أن ينتقل بعد ذلك إلى الزوجة و منها إلى الأجنة البريئة، و يعتبر ميكروب الزهري أهم مصدر للإصابة من فصيلة البكتيريا، و الإصابة به أكثر من الإصابة بالحمى الألمانية بثلاثة أضعاف العدد نتيجة ازدياد الإباحية و أمراض الزنا و اللواط، اللذان حرمتها الشريعة الإسلامية و توعدت الفاعل لهما بالعذاب الشديد في الدنيا و الآخرة، قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزَّانَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾².

و يعبُرُ ميكروب الزهري من الأم المصابة بالزهري إلى جنينها عبر المشيمة ثم الوريد السري فتصيب الجنين إصابات بالغة في جميع أجزاء بدنه. و تظل المرأة المصابة بالزهري مُعدية لأي جنين يتكون في رحمها طوال حياتها ما لم تتعالج رغم أن درجة العدوى تقل مع مدى السنين³.

و يسبب الزهري خلل جسماني، كما يؤثر على خلايا المخ و قد يصل إلى حد فقدان العقل –أي الإصابة بالجنون- و الأطفال الذين يولدون مصابين بالزهري تظهر عليهم النحافة و التجاعيد الجلدية المتعددة، و تبدو أجسامهم هزيلة و ضعيفة، كما تبدو عليهم علامات البلاهة أو الضعف العقلي و يتعرضون للإصابة بالأمراض العادية بسرعة، و في الغالب يموتون في سن مبكرة.

و قد يحدث أن تصاب الحامل بأنواع أخرى من البكتيريا أو الطفيليات مثل الإصابة بطفيلي (التكسو بلازما) الذي يصل إلى الدم و منه إلى المشيمة و من ثم إلى الجنين فيؤدي إلى إسقاطه أو حدوث تشوهات خلقية شديدة فيه و خاصة في الدماغ و العين، مثل ضمور الدماغ و صغر العين، وتضخم الطحال والكبد.

¹ البكتيريا كائنات دقيقة تعيش مستقلة أو متطفلة و تتنفس و تتكاثر كأي كائن حي و هي أكبر حجماً من الفيروسات (أنظر، محمد علي البار: "الجنين المشوه"، المرجع السابق، ص: 98).

² سورة الإسراء، الآية: 32.

³ محمد علي البار: "الجنين المشوه"، مرجع سابق، ص: 99 و 100.

و ينتقل هذا الطفيلي من القطط و القوارض إلى الإنسان، و يعتبر لحم الخنزير و خاصة إذا لم يكن مطهياً طهياً جيداً من أهم أسباب الإصابة بهذا الداء¹.
فسبحان الذي حرم أكل الخنزير قال تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخَنَازِيرِ وَمَا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾².
فإذا ما التزم الناس بما أحل الله تعالى لهم و ابتعدوا عما حرم عليهم فقد وقوا أنفسهم و ذرياتهم شر هذه الأمراض و الأوبئة.

2 – العقاقير و المواد الكيماوية:

يعتبر الحمل من الحالات التي تتطلب الدقة و الحذر عند تناول أي عقار أو مواد كيماوية، و عدد العقاقير و المواد الكيماوية المتهمة بتسبب تشوهات خلقية في الجنين تزداد كل يوم، و من هذه العقاقير و المواد الكيماوية ما تتناوله المرأة الحامل على هيئة دواء من أجل العلاج، و منها ما تتناوله بصورة كيف و مزاج مثل (التبغ بكافة طرق استعماله، و الخمور) و كلاهما يسبب تشوهات خلقية، و كذلك المواد المسببة للإدمان و التعود مثل الحشيش و الأفيون و الهرويين و غيرها من المواد المخدرة التي يكون لها تأثير على نمو الجنين و على حياته³.

(أ) الدواء و أثره على الجنين:

الحمل من الحالات التي تتطلب الدقة و الحذر في اختيار الدواء الذي يناسب الحالة المرضية للحامل، بحيث لا يترتب على استخدامه إلحاق الضرر بالجنين أو الحامل.
و إذا كان الدواء من المحتمل أن يسبب أعراضاً جانبية في غير حالات الحمل، فإن حجم الخطر الناجم عن استعمال الدواء قد يتضاعف إذا ما استخدمته الحامل، لأن الدواء في حالة الحامل بالإضافة إلى تأثيره في المرأة الحامل فإنه قد يؤثر سلباً في الحمل أو في تكوين الجنين و نموه و تطوره. و عليه فإن استعمال المهدئات و المتمثلة في تناول بعض العقاقير الطبية لغرض علاج حالات القلق و التوتر و بعض حالات الصداع قد يتسبب في أثار سلبية

¹ محمد علي البار: "الجنين المشوه"، مرجع السابق، ص: 107.

² سورة النحل، الآية: 115.

³ محمد علي البار: "الجنين المشوه"، مرجع سابق، ص: 117.

على صحة الشخص في حالة استخدامها خلافاً لتعليمات الطبيب المختص و من أمثلتها الفالسيوم و الاتيفان¹.

وتشير بعض الدراسات² إلى أن تناول بعض الأدوية قد يؤدي إلى حدوث مضاعفات الحمل، و منها دراسة فريق "CRECET" بالمستشفى الجامعي بالرباط، التي أكدت أنه من بين عوامل الخطر المرتبطة بشكل كبير بظهور التشوهات الخلقية هي استخدام الأدوية (مضادات الصرع)، و قد اتضح أيضاً أن كثيراً من الأدوية الكيماوية الغريبة عن جسمه، و منها أدوية تسبب اختلال تخليق الجنين في الشهور الأولى من الحمل و هي الشهور التي تتكون فيها أعضاء الجسم الظاهرية و الداخلية، و يترتب على هذا الخلل سوء تكوين عضو أو أكثر من أعضاء الجنين، و قد تؤثر سلباً في عمليات النمو، أو مصاباً بعاهة أو مرض قد يصعب علاجه أو تخلص منه³.

و من أشهر هذه المواد الكيماوية الثاليدوميد الذي أعطى للحوامل على أنه عقار مهدئ خالٍ من العيوب، فلما تناولنه أصاب الأجنة بضمور الأطراف، فقد تم تجربة هذا العقار على حيوانات التجارب، حيث أظهرت النتائج سلامة هذا الدواء على أجنة حيوانات التجارب و تم استخدامه للحوامل، و لم تظهر الآثار الخطيرة للدواء إلا بعد مدة طويلة من تداوله. و لأهمية المشكلة التي أحدثها هذا الدواء و أثره على الأبحاث الدوائية المتعلقة بسلامة الأدوية للمرأة الحامل، سوف نعرض قصة هذا العقار:

¹ عبد النبي محمد محمود: الاعتداء على الجنين ووسيلة حمايته بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، الناشر مطابع شتات -مصر، 1983، ص: 486.

² دراسة فريق (CRECET)، فريق بحثي في الصحة و التغذية للزوجين و الطفل، طب الفترة المحيطة بالولادة، سويسري للأمومة في الرباط، المركز المرجعي الوطني لطب حديثي الولادة و التغذية، مستشفى الأطفال، مستشفى الجامعي الرباط سلا، المغرب.

- هذه الدراسة استطلاعية بهدف وصفي تحليلي تم إجراؤها في وحدة الأمومة في السويسي بالرباط على مدى سنة واحدة من يناير 2010 إلى ديسمبر 2010. تتألف هذه الدراسة من استخدام سجلات التوليد و الفترة المحيطة بالولادة من عينة من السكان، ثم الانتهاء من ورقة جمع لكل مولود بما في ذلك البيانات الاجتماعية و الديموغرافية و التوليد و الأمومة ورصد و مراقبة الحمل و الولادة و كذلك بيانات حديثي الولادة. و تمت مقارنة مجموعة المواليد الأصحاء و مجموعة الأطفال المشوهين ثم تحليلهم.

- تم جمع ألف ولادة فيها 960 حالة صحية و 40 حاملة للتشوهات، التشوهات التي تم العثور عليها هي الحنك المشقوق 10 حالات، و انعدام الدماغ 4 حالات، و الأشكال المتعددة 12 حالة، و استسقاء الرأس 4 حالات، و انتقاب الشرج حالتان، و السنسنة المشقوقة 8 حالات.

الدراسة منشورة بالانترنت:

-N. Sabiri, M. Kabiri et al : www.em-consulte.com/article: facteur de risque des malformation congenitales: étude prospective à la maternité souissi de rabat au maroc. Vue 2020/11/26 à 17h.

³ بدر محمد السيد إسماعيل: مرجع سابق، ص: 160.

كثير من الأطباء في الوقت الحاضر يعانون من أزمة قلة الثقة بالأدوية بعد كارثة عقار ثاليدومايد التي أدت إلى تشوهات آلاف الأطفال، فما هي قصة هذا العقار؟

حل منتصف هذا القرن و الأطباء و العلماء يعتقدون أن المشيمة تشكل حاجزا منيعاً من الأذى القادم من البيئة الخارجية، و يرون أن أي دواء أو مادة كيميائية تتعاطاها الحامل لا تؤثر على الأجنة، استمر هذا الاعتقاد سائداً حتى عام 1940م عندما لاحظ أحد الأطباء وجود تشوهات في أجنة كثير من الأمهات اللاتي تعرضن للحصبة الألمانية في الثلث الأول من الحمل، هذا الاكتشاف أثبت بما لا يدع مجالاً للشك أن البيئة الخارجية يمكن أن تؤثر تأثيراً بالغاً على الجنين، إلا أن الدراسات البحثية عن تأثير تعاطي الأدوية على المرأة الحامل لم يلق الاهتمام المطلوب حتى ظهرت مأساة إنسانية أثارت قلق كثير من الأوساط الطبية في ألمانيا و بعض الدول الأوروبية و أدت إلى التنديد بالعقاقير، و هي كارثة عقار الثاليدومايد.

ظهر هذا العقار في الأسواق الأوروبية عام 1951م كمنوم ومضاد للقيء و خاصة للحوامل، مع أن هذا الدواء لم يُقر من قبل إدارة الأغذية و الأدوية الأمريكية (FDA)¹ و في عام 1961م بدأت تظهر آثار جانبية خطيرة لهذا الدواء بسبب تعاطي كثير من النساء له خلال الثلاثة شهور الأولى من الحمل، ووجدوا أن هذا الدواء أدى إلى ولادة عدد هائل من الأطفال المشوهين بغياب بعض أطرافهم، حيث قدر عددهم من عشرة آلاف طفل مشوه في أنحاء العالم، و هو ما يمثل حوالي ثلث النساء الحوامل اللاتي استعملنه، و قد أطلق على هذا النوع من التشوه بأطراف سبع البحر أو (فوكوميليا) و بسبب هذه الكارثة تم سحب هذا الدواء من الأسواق و تغريم الشركة المنتجة لصالح النساء اللاتي أصابهن الضرر من جراء استخدام هذا الدواء.

و قد أثارت فاجعة الأطفال المشوهين بسبب تعاطي الأمهات لعقار (الثاليدومايد) اهتمام الأطباء و الصيادلة و العاملين في الصناعات الدوائية، و كانت بمثابة صفارة إنذار نبهت إلى خطر الأدوية و المركبات الكيميائية على الجنين.

¹ - FDA : Food and Drug administration.

و ظهرت أهمية إجراء الأبحاث و التجارب على الأدوية للتأكد من خلوها من الآثار الضارة على الجنين¹.

و لا يقتصر الأمر في تسبب التشوهات في الأجنة على عقار (الثاليدوميد) وحده بل هناك الكثير من العقاقير و الأدوية على سبيل المثال ما يلي:

العقاقير المضادة للحساسية مثل (الفينرجان، و التافاجيل، و الأنسידال، و أدوية معالجة السكر مثل الجلابلينكلاميد)، بل إن بعض التقارير اتهمت الأنسولين نفسه بتسبب بعض التشوهات.

وهناك عقار الصرع (الفينتوين)، و عقار ضغط الدم (الريزربين)، و مجموعة (الكورتيزون)، و كذلك تتهم العقاقير المضادة للغدة الدرقية في تسبب بعض التشوهات الخلقية.

و هناك العقاقير المضادة للأورام و السرطان و جميعها تؤثر تأثيراً بالغاً على الجنين و تسبب له تشوهات شديدة قد تسبب إسقاطه أو نزوله ميتاً عند الولادة، أو ما هو أخطر حيث ينزل الجنين بتشوهات شديدة و يستمر في الحياة التعيسة².

(ب)- المسكرات و التدخين و المخدرات و أثرها على الجنين:

إذا كان تناول المسكرات و المخدرات و التدخين ظاهرة ضارة بصحة الشخص العادي فإنها أكثر ضرراً بالنسبة للمرأة الحامل و الجنين، و هذا ما نبينه فيما يلي:

- المسكرات و أثرها على الجنين: لا يقتصر الآثار الضارة التي تحدثها المسكرات على من تناولها بل تتعداه إلى الذرية، فتعاطي الأم الخمر يؤدي إلى ضمور رأس الجنين و سوء نشاط قلبه و أطرافه و مفاصله ووجهه، و قد حدد بعض الباحثين عرضاً مرضياً يسمى "كحولية الجنين" و لوحظ على الأطفال الذين يولدون و لديهم هذا المرض أنهم أصغر حجماً و أخف وزناً بالنسبة للأطفال العاديين، و أن نموهم الجسدي يختلف عن أقرانهم طوال فترتي الطفولة و المراهقة، كما أن معظم هؤلاء الأطفال كثيراً ما يعانون من أمراض عصبية و عقلية لا يرجى لها شفاء.

¹ عز الدين سعيد الدنشاري: الدواء و الأخطار و المحاذير، دار الهلال - القاهرة ، السنة 2003م، ص: 78-81.

² محمد علي البار: "الجنين المشوه"، مرجع سابق، ص: 118.

و قد أثبتت الإحصائيات أن حوالي 17% من هؤلاء الأطفال يعانون من اختلال في العقل، كما أن نسبة الوفيات منهم ترتفع حتى تصل إلى 44%.

ويعتبر الكحول أكثر المواد المسببة للتشوه انتشاراً و يؤثر على (1%-2%) من جميع النساء الحوامل اللاتي يتعاطين الخمر في الغرب، و قد تنبه الأطباء منذ أواخر الستينات و أوائل السبعينات لهذه الظاهرة حيث سجلت آلاف الحالات من التشوه سنوياً، و يرجع السبب في ذلك إلى انتشار استخدام الكحول في الغرب، و رغم أن الكمية المؤدية للإصابة بما يسمى (متلازمة الكحول للحمل) "FAS"¹ غير معروفة إلا أنه من المؤكد أنه كلما زادت الكمية المتعاطاة من الكحول كلما زادت مخاطر الإصابة بهذه المتلازمة، و كلما أدى إلى تشوهات أشد، و كلما قلّت الكمية المتعاطاة أثناء الحمل كلما كانت الإصابة في الجنين أقل، ولكن هذه القاعدة ليست مطردة، و لهذا فإن جميع الدوائر الطبية تنصح المرأة الحامل بالابتعاد عن الكحول البتة أثناء فترة الحمل من أوله إلى آخره².

و تتسبب الخمر في كثير من التشوهات التي تصيب الأجنة و من أشهرها و أكثرها انتشاراً، صغر دماغ الجنين — وبالتالي التخلف العقلي و العته، و هذه أكثر الإصابات انتشاراً لدى أجنة الأمهات اللاتي يشربن الخمر أثناء الحمل.

و بعد ألا تدفعنا هذه المضار الجسيمة و تلك النسب المئوية المخيفة أن نقف إجلالاً و تعظيماً أمام الآيات القرآنية الكريمة و الأحاديث النبوية الشريفة التي تحرم الخمر و تعتبره جريمة تقوم به عقوبة حدية في الشريعة الإسلامية، لقد حرم الإسلام الخمر تحريماً قاطعاً، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رَجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمْ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ﴾³.
وجه الدلالة من الآية القرآنية الكريمة:

هذه الآية تدل دلالة قاطعة على تحريم الخمر و ما في حكمها مما يذهب العقل و يصد عن ذكر الله و عن الصلاة، و تنهى المؤمنين عن شربها و تأمرهم باجتنابها.

¹ - FAS : Fetal Alcohol Spectrum.

² - Streissguth and all : "Risk factors for adverse life outcomes in fetal alcohol syndrome and fetal alcohol effects, Rev Development and Behavioral Pediatrics, 2004, pp :228-229.

³ سورة المائدة، الآية: 90 و 91.

و قد ورد عن النبي صلى الله عليه و سلم في الصحيح أنه نهى عن كل مسكر و مذهب للعقل كما في الحديث: { كل مسكر خمر و كل خمر حرام }¹.

المخدرات و أثرها على الجنين:

تعتبر الأخطار المترتبة على تعاطي المخدرات أخطاراً فادحة خاصة على المرأة الحامل و الجنين الذي تحمله في بطنها، فقد أشارت بعض الدراسات إلى أن تناول الأم للمخدرات أثناء الحمل قد يؤدي إلى تشوهات خلقية أو شلل لدى الجنين كما يؤدي إلى عدم توازن الفيتامينات لديه و انخفاض في وزنه قد يؤدي إلى وفاته، و قد أجريت دراسات على تدخين الأم للحشيش، أكدت أنه يؤدي إلى حدوث شذوذ سلوكي يظهر في الطفل الوليد. كما أجريت دراسات على عقاقير الهلوسة أكدت أن الأم التي تتعاطى هذه العقاقير قبل الحمل و أثناءه يؤدي إلى الإسقاط التلقائي أو أن يولد الطفل مصاباً بعيوب تكوينية، و منها شذوذ في الكروموسومات و كثير من التشوهات الخلقية².

و لعل من أخطر النتائج التي تم التوصل إليها هي ما يتصل بتعاطي المخدرات المهدئة مثل الأفيون و المرفين و الهيروين و الميثادون³.

فقد تأكد أن أطفال المدمنات لهذه المواد يصبحون مدمنين و هم في الرحم، و حين يولدون يكون حجمهم أقل من الحجم المعتاد، و يصابون ببعض التشوهات التي قد تؤدي بحياتهم أو يعيشون بها تعساء عالية على غيرهم.

يقول الدكتور البار: يسبب دخان الحشيش (القنب)⁴ خلا في الكروموسومات كما تؤدي المادة الفعالة في الحشيش (THC) إلى الإجهاض لدى الحيوانات و بعض التشوهات

¹ أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب الأشربة (1587/3) رقم 2003، و أبو داود في سننه في كتاب الأشربة (85/4) رقم 3679، و الترمذي في كتاب الأشربة (256/4) رقم 1861. ينظر: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني: "البحث المسفر عن تحريم كل مسكر ومفتّر"، ج 1، الناشر دار البخاري - المدينة المنورة - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1415هـ، ص: 93.

² أحمد طه ريان: المخدرات بين الطب و الفقه، دار الإعتصام - القاهرة، ط. 1، 1984م، ص: 31-32.
³ أدرج المشرع المغربي هذه العقاقير في الجدول (ب)، ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.73.282 بتاريخ 28 ربيع الثاني 1394 (21 مايو 1974)، المتعلق بجزر الإدمان على المخدرات السامة ووقاية المدمنين على المخدرات، الجريدة الرسمية عدد 3214 بتاريخ 05/06/1974 الصفحة 1525.

⁴ القنب أي ما يصطلح عليه في المغرب بالقنب الهندي -Cannabis indica، و هو عقار خام يتم استخراجها من النهايات المثمرة للنبات المؤنث من القنب الهندي، عن طريق عصرها و استحصال الحشيش و الذي يكون على شكل مادة ذهنية سمراء مائلة إلى الخضرة، و ترتفع شجرته إلى ما يقارب 1 و 3 أمتار. ينظر؛ وصفي محمد علي: الطب العدلي علما و تطبيقا، مطبعة المعارف - بغداد، الطبعة الثالثة 1970، ص: 506.

الخلقية، و قد تم تسجيل حالتين من تشوه الأجنة الإنسانية بسبب تعاطي الحشيش مع بعض المخدرات الأخرى¹.

و لهذه الأخطار مجتمعة يكاد يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على تحريم أكل أو شرب المخدرات و كذلك تحريم كل وسيلة تؤدي إلى تداولها، و لكنهم اختلفوا في نوع العقوبة التي ينبغي توقيعها هل هي عقوبة حدية أو عقوبة تعزيرية، و ذلك تبعاً لاختلافهم في كون المخدرات من المسكرات و بالتالي تستحق عقوبة الحدود أم أن أنها ليست كذلك و بالتالي تدخل في عداد التعزير، و سبب الخلاف أنه لم يرد في القرآن و لا في السنة و لا أقوال الأئمة المتقدمين شيء خاص بتلك المواد المخدرة، و ذلك لأن العرب في الجاهلية لم يعرفوا المخدرات بعد، و لم تذكر في أشعارهم و أدبهم كالخمر. ولم تدخل زراعتها الجزيرة العربية، و كانت أول مرة تدخل فيها المخدرات إلى العالم العربي على أيدي الفرس، و لم تكن الحشيشة معروفة في الشام إلى أن قدمها سلطان بغداد فاراً من تيمورلنك و المغول، و إنما لم يتكلم المتقدمون في خصوصها لأنه إنما حدث أكلها من قريب في أواخر المائة السادسة من الهجرة أو قريباً من ذلك².

- التدخين و أثره على الجنين:

رغم ما يسببه التدخين من مضار و أمراض خطيرة إلا أن الكثير من الناس تساهلوا في تناول الدخان (جميع أنواع التبغ) و تفننوا في كيفية تعاطيه حتى عم المجتمع و ابتلى جانب كبير من أفراد رجالاً و نساءً.

و لكن الأمر يزداد خطورة عندما يكون المدخن امرأة حامل، فقد ثبت بالدليل القاطع أن التدخين له آثاره الضارة على الجنين، فقد يتعرض جنين المرأة المدخنة لبعض النقائص أو التشوهات الخلقية، فتشوهات الجنين أثناء الحمل مشكلة خطيرة يتزايد عدد ضحاياها باستمرار في هذا العصر، و قد كشفت البحوث عن علاقة وثيقة بين التدخين و هذه التشوهات، و خاصة لدى الأمهات اللاتي يدخن بشراهة، فبالإضافة إلى النيكوتين يشير أصعب الإتهام في هذا المجال إلى الكثير من نواتج احتراق السجائر كثنائي أكسيد الكربون و

¹ محمد على البار: "الجنين المشوه"، مرجع سابق، ص: 123.

² أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن تيمية: "السياسة الشرعية"، طبعة دار عالم الفوائد للنشر و التوزيع، سنة 1429هـ،

ص: 61.

بعض مركبات القطران، و تختلف هذه التشوهات في نوعها و حدوثها، و لكن الجهاز العصبي للجنين من أول ضحايا هذه المواد الغريبة، و تأتي بعد ذلك الدورة الدموية و القلب و العينين و باقي أجهزة الجسم¹.

إن تدخين التبغ يؤدي إلى زيادة في حالات الإسقاط، و صغر حجم الجنين و نقص في الوزن، و الولادة قبل الموعد و زيادة ولادة الأطفال الموتى، كما يؤدي التدخين إلى زيادة حدوث التشوهات الخلقية في القلب، ثم يقول: و خلاصة الأمر أن الدم في المشيمة يقل (بسبب التدخين) و بالتالي يقل الدم الذاهب إلى الجنين لتغذيته و يؤدي ذلك إلى العديد من الآثار الضارة من نقص النمو و نقص الوزن و ضمور الأعضاء و حدوث تشوهات في القلب و زيادة في الوفيات للمواليد في وقت الولادة و ما بعدها.

و لهذا الأضرار و الأمراض الخطيرة التي يسببها التدخين فقد نادى جانب رجال الفقه الإسلامي بتحريم الدخان استناداً على روى الإمام أحمد و أبو داود عن أم سلمة: "أن رسول الله صلى الله عليه و سلم نهى عن كل مسكر و مفتر" قال العلماء المفتر ما يورث الفتور و الخدر في الأطراف، و لأن "كل ما يضر فأكله و شربه حرام" فهذه قاعدة مقررة في الشريعة الإسلامية، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر و لا ضرار في الإسلام"، و ترتيباً على ذلك فإن تناول الدخان ما دام قد ثبت أنه يضر من يتناوله فهو حرام، بل حتى و لو لم يثبت ضرره الصحي لكان إضاعة للمال فيما لا ينفع في الدين أو الدنيا، و قد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال، و يتأكد النهي إذا كان محتاجاً إلى ما ينفعه من مال لنفسه أو عياله².

-3 الأشعة:

إن تأثير الأشعة على الأجنة عرف منذ وقت مبكر في هذا القرن، بحيث تعتبر إحدى أهم العوامل الخارجية المحدثة للتشوهات الجنينية، خاصة الإشعاعات السينية و إشعاع جَامَا و إشعاع إكس "X"، إذ أن وصف هذه الاختبارات الإشعاعية للحامل قصد تشخيص بعض الأمراض، و قد يعلم الطبيب بحمل المرأة و قد لا يعلم خاصة في الأشهر الأولى من الحمل.

¹ - محمد علي البار: "الجنين المشوه"، مرجع سابق، ص: 124 و ما بعده.

² بدر محمد السيد إسماعيل: مرجع سابق، ص: 167.

و يؤدي التعرض للأشعة أثناء الحمل إلى أضرار تكون أغلبها جسيمة على الجنين بسبب التجديد السريع للخلايا و آليات النمو المعقدة لجسم الجنين، و يمكن تلخيص هذه الآثار في فقدان الحمل أو حدوث تشوهات خلقية أو اضطرابات في وظائف الدماغ و كذا التأخر في النمو بالإضافة إلى مجموعة من الطفرات المؤدية إلى تحفيز عدة أنواع من السرطانات لدى الجنين.

و تعتمد شدة الإصابة على عدة عوامل منها نوع الفحص (إشعاع مؤين " **les rayonnements ionisants**" أو غير مؤين " **non ionisants**" و جرعة الإشعاع و مرحلة الحمل، أما إذا ثبت أن استخدام تقنيات التصوير الطبي المعتمدة على إشعاع مؤين ضروري بالنسبة للمرأة الحامل، كأن تكون الحامل مصابة بورم فيجب اتخاذ مجموعة من الإجراءات الاحترازية للحد من الآثار السلبية على الجنين¹.

و عند متابعة الحالات التي تعرضت لإشعاعات القنبلة الذرية في هيروشيما و نكازاكي في الحرب العالمية الثانية، و خاصة لحالات الحمل قبل 18 أسبوع، وجد الباحثون (Wood Etal 1967) و (Miller and Mull vihill 1976) أن نسبة كبيرة من المواليد أصيب بالتخلف العقلي و صغر الدماغ، كما تعرضوا لزيادة كبيرة في سرطان الدم و متلازمة داون، و هو تخلف عقلي شديد ناتج عن زيادة كروموسوم في الثنائي 21، كما زادت أيضا نسبة الإصابة بأنواع مختلفة من السرطان، و خاصة سرطان الدم اللوكيميا في سن الطفولة².

إضافة إلى ذلك، تؤكد بعض الدراسات العلمية على أن الإشعاعات الكهرومغناطيسية التي تفرزها المنتجات التقنية العامة، ووسائل الاتصال الحديثة خاصة، تسببت في ظهور عدة أعراض و أمراض ناتجة عن الجرعات التراكمية لهذه الانبعاثات الإشعاعية، و ظهور أمراض في الدم و خلل في الهرمونات، كما تؤثر أيضا على النمو الطبيعي للجنين قد تحدث عيوباً خلقية، فضلا عن تأثيرها في الخلية و على صحة الأطفال الصغار³.

¹ - Rahul Kumar et all : "Radiation effects on the Fetus", Rev statPearls Publishing by PubMed, 23 octobre 2021.

² محمد علي البار: "الجنين المشوه"، مرجع سابق، ص: 75-76-77.

³ محمد حميد عباس الساعدي، ضياء بهيج البرماني: "التحليل المكاني لعلاقة توزيع أبراج الهاتف النقال بالتشوهات الولادية في محافظة بابل"، مجلة جامعة بابل، المجلد 22، ع 6، 2014م، ص: 1377.

خلاصة هناك خطر حصول تشوهات بالجنين نتيجة لتعرض المرأة الحامل للإشعاع و الذي يمكن أن يؤدي لتشوه بالجهاز العصبي المركزي، و تشوه مع قصور في الأعضاء التناسلية و توقف نمو الجنين و احتمال نمو بعض الأورام.

4 – التشوه بسبب العوامل الميكانيكية:

تعتبر العوامل الميكانيكية من العوامل المحدودة الأثر في تسبب الإجهاض أو في تسبب التشوهات الخلقية، رغم أن الأطباء في الماضي كانوا يجعلونها السبب الأول في حدوث الإجهاض و التشوهات الخلقية.

و قد اعتبر "**Paré Ambroise**" الجراح الفرنسي الشهير (1510م- 1590م) أن سبب التشوهات الخلقية قد يرجع إلى ضيق الرحم، أو إلى جلوس الحامل في أوضاع غير مهذبة، كأن تضع رجلاً على رجل لفترة طويلة من الزمن، أو قد يكون ذلك التشوه نتيجة السقوط من مكان عالٍ أو نتيجة ضرب على البطن. ثم ذكر أسباباً أخرى خرافية مثل وجود شحاذين مؤذنين و العين و الحسد ووجود الشياطين و الجن و السحرة¹.

و اعتبر "**William Harvey**" (1578م- 1657م)، الذي وصف الدورة الدموية الكاملة، أن سبب التشوهات الخلقي يرجع إلى عيوب خلقية في الرحم، و بالذات ضيق الرحم، كما اعتبر جلوس الأم في أوضاع معينة مثل وضع رجل على رجل من الأسباب المؤدية إلى تشوه الجنين².

و في الواقع أن الأسباب الميكانيكية محدودة الأثر في إحداث التشوه أو الإجهاض، ما عدا حالات الضرب على البطن أو الضغط على البطن بقوة، أو إدخال مواد أو أعواد ملوذية أو إبرة معقوفة (الكروشية) إلى عنق الرحم، أو وسائل الإجهاض الطبي التي تعتمد اعتماداً كبيراً على العوامل الميكانيكية.

و يحدث التشوه عندما يحدث انفجار أو إصابة لكيس السلي (الأمنيون) بحيث يُفقد جزء من هذا السائل الهام لتكوّن الجنين و نموه نمواً سليماً³.

¹ - Paré Ambroise : Des monstres, des prodiges, des voyages, texte établi et présenté par Patrice Bousset. Paris , livre club du libraire, 1964, p : 16.

² - William Harvey : "Problems of Birth Defects : From Hippocrate to thalidomide and After", Springer science-business media, 1977, p : 15.

³ محمد علي البار: "الجنين المشوه"، مرجع سابق، ص: 145-146؛ محي الدين إبراهيم، مرجع سابق، ص: 68.

خلاصة لما سبق عرضه لأسباب التشوهات التي تصيب الأجنة تبين لنا أن هذه الأسباب متعددة و متنوعة، و أن التشوهات قد ترجع إلى أسباب وراثية أو بيئية كما رأينا. و لكنه قد توجد أسباب أخرى تعمل على إحداث التشوه بالجنين (أسباب متعددة) و هي التي تتفاعل فيها عوامل البيئة مع الوراثة فتؤدي إلى تشوهات خلقية بسيطة أو شديدة، كأن تعمل الأشعة و العقاقير و الفيروسات بصورة خاصة على إحداث تغييرات تركيبية في الكروموسومات مما يؤدي إلى حدوث طفرة في الأب أو الأم، و ذلك يؤدي بدوره إلى أن يكون هناك خلل في الحيوان المنوي أو البويضة فيكون الناتج ذرية مصابة بتشوهات خلقية أو مرض وراثي¹.

و تعتبر العوامل المتعددة في الوراثة مسؤولة عن معظم حالات التشوهات الخلقية، و تمثل قرابة 50% من جميع حالات التشوهات الخلقية (البسيطة و الشديدة) فقد تتسبب هذه العوامل في خلل في تكوين الأنبوب العصبي الذي ينتج عنه جنين بدون دماغ أو انشقاق في العمود الفقري و كلاهما تشوه شديد².

الفرع الثاني: أنواع التشوهات التي تصيب الأجنة و إحصائياتها

سنتطرق في هذا الفرع إلى أنواع التشوهات التي تصيب الأجنة (أولاً) على أن نشير إلى أهم الإحصائيات المتحصل عليها سواء الوطنية منها أو التي تخص التشريعات المقارنة (ثانياً).

أولاً: أنواع التشوهات التي تصيب الأجنة: التشوهات الخلقية التي تصيب الأجنة كثيرة و متعددة و يمكن تقسيمها إلى ثلاثة أقسام على النحو التالي :

1. التشوهات الخلقية البسيطة

التشوهات الخلقية البسيطة هي التشوهات التي لا تقضي على الأجنة و يمكن للطفل و الإنسان أن يتعايش معها بسهولة أو قد يحتاج إلى إجراء عمليات جراحية بسيطة لتصحيحها و إزالتها، أو يمكن معالجة بعضها طبياً بالأدوية و العقاقير³.

¹ بدر محمد السيد اسماعيل: "مرجع سابق"، ص: 129.

² محمد علي البار: "الجنين المشوه"، مرجع سابق، ص: 311-312.

³ شبيخة سالم العريض: "الوراثة ... مالها و ما عليها"، سلسلة الأمراض الوراثية، مركز دراسات و بحوث المعوقين أطفال الخليج، دار الحرف العربي للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى -2003م، ص: 116.

و الطب المعاصر يستطيع من خلال بعض الوسائل المستخدمة في تشخيص التشوهات الخلقية داخل الرحم أن يحدد -وبشكل كبير- نوع التشوه، وذلك بأخذ عينة من السائل المحيط بالجنين، أو من أنسجة الجنين أو تنظير الجنين، و لا تخلو هذه الوسائل من بعض الأخطار على الأم أو الجنين¹.

و يحدث أن يكون مقدار التشوه طفيفاً، أو تشوهاً يمكن علاجه و لا تتعطل معه الحياة، و يستطيع بعد الولادة أن يعيش بها و معها، و هي ما يكون حدوثها بعد مرور ستين يوماً على التلقيح، فإن التشوهات تكون عادة غير شديدة ما عدا الجهاز العصبي و العين، حيث تكون إصابتهما شديدة حتى بعد فترة الستين يوماً الأولى من الحمل. أما على المستوى الوظيفي للأعضاء فقد يكون كبيراً و تؤدي إلى اضطرابات كبيرة و من أمثلة هذا النوع من التشوهات: ما يحدث للجنين من خلل في الإنزيمات، أو خلل في المناعة داخل الجسم، أو عَمى الألوان، أو ثقب في القلب، أو نقص في نمو الدماغ، و بالتالي قصور في التفكير و الذكاء (التخلف العقلي)².

2. التشوهات الخلقية المتوسطة الخطورة

التشوهات الخلقية المتوسطة الخطورة هي ما قد تسمح بحياة الجنين داخل الرحم و لكنها قد تقضي عليه بعد الولادة مباشرة، إذ يكون غير قادر على التكيف مع الحياة خارج الرحم. مثال ذلك، التشوهات التي تصيب الجهاز العصبي أو القلب و الأوعية الدموية، و إما التشوهات الكبيرة في جدار البطن و الجهاز البولي و نقص نمو الجمجمة أو المخ أو انسداد القصبة الهوائية و غيرها، فيمكن تشخيص بعضها بواسطة جهاز التصوير أثناء فترة الحمل و الجنين لا يزال داخل الرحم. ولكنها تكون ظاهرة وواضحة للعيان عند ولادة الجنين مباشرة³.

و هذه التشوهات أو النواقص الخلقية الكبيرة تظهر عادة في مرحلة تخلق الأعضاء، أي بين الأسبوعين الثالث و الثامن، و قد تقضي هذه التشوهات على حياة الجنين داخل الرحم، أو فور ولادته، و قد يعيش الطفل بها و لكنها تتطلب علاجاً مستمراً، و عناية

¹ محمد علي البار: "الجنين المشوه"، مرجع سابق، ص: 468.

² عمر بن محمد بن إبراهيم غانم: المرجع السابق، ص: 182.

³ الدكتورة شيخة سالم العريض: مرجع سابق، ص: 115.

فائقة، و اعتماداً على الغير بسبب تعطل كثير من وظائف أعضائه، مثل الأجنة الشديدة التلاصق، أو الجهاز العصبي، مثل استسقاء الرأس، أو صغر حجمه، أو العمود الفقري المشقوق، أو العيوب الكبيرة في الكلي و المسالك البولية و غيرها، و هذه التشوهات هي الأقل حدوثاً من التشوهات الأخرى¹.

و يمكن للطفل المصاب بهذه التشوهات أن يواصل الحياة، و لكن بعد إجراء عمليات دقيقة لإصلاح هذه العيوب الخلقية، لكن هذه التشوهات تكون مؤثرة على حياته فيعيش معاقاً إعاقة شديدة طوال العمر.

كما أن بعضها يحتاج إلى علاج مستمر، مثال ذلك خلل في أحد الأنزيمات أو خلل في جهاز المناعة داخل الجسم يمنع تخثر الدم، أو يسبب إعاقة في القدرة على الحركة أو السمع أو الرؤية أو غيرها من الإعاقات، وفي هذه الأمراض بغالبيتها يحتاج الطفل إلى رعاية طبية مستمرة².

3. التشوهات الخلقية الخطيرة جداً

التشوهات الخلقية شديدة الخطورة تجعل الجنين غير قابل للحياة و تقضي عليه مبكراً في مراحل الحياة الأولى، و بالتالي غالباً ما يجهض الحمل في الأشهر الأولى، أو قد يولد الجنين ميتاً أو يتوفى بعد الولادة مباشرة. هذه التشوهات الشديدة من أهم أسباب الإجهاض التلقائي لدى الحوامل. مثال على ذلك التشوهات الكبيرة في المخ أو القلب و غيرها³. و عادة ما تظهر هذه التشوهات الخلقية في الأسبوعين الأولين من الحمل، و لا تستمر معها الحياة، و لذلك لا داعي لمعرفة حكم إجهاضها، لسقوطه المبكر في أغلب الأحيان. و أحياناً يكون سبب التشوه تعرض الأم الحامل للعلاج بالأشعة بكميات كبيرة لمداداة سرطان في عنق الرحم مثلاً، أو تعاطي عقاقير السرطان و الأورام الخبيثة التي تقتل الجنين

¹ محمد بدر السيد إسماعيل: مرجع سابق، ص: 172، عن بحث بإسلامة في الملحق ص: 485 "الجنين المشوه و الأمراض الوراثية".

² شبيخة سالم العريض: مرجع سابق، ص: 115.

³ شبيخة سالم العريض: مرجع سابق، ص: 116.

أو تحدث فيه تشوهاً بالغاً، أو أن الأم أصيبت بالحصبة الألمانية في الشهر الأول من الحمل، و هنا احتمال تشوه الجنين كبير جداً بنسبة 70% ففي الغالب يسقط الجنين تلقائياً¹.

ثانياً: إحصائيات حول التشوهات الخلقية

يتطلب الوقوف على واقع التشوهات الخلقية للجنين التطرق إلى الإحصائيات الرسمية سواء على المستوى الوطني، و كذا بعض التشريعات المقارنة.

1. على المستوى الوطني

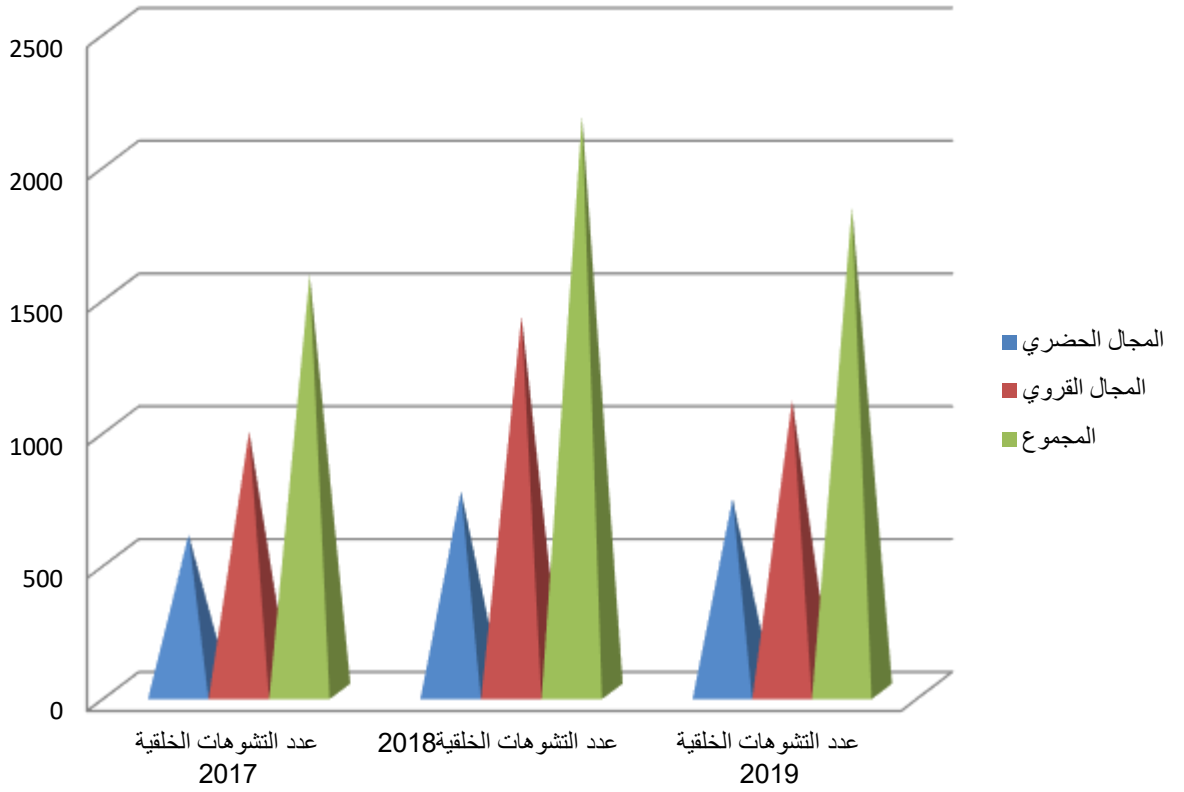
يوضح الجدول أسفله توزيع عدد التشوهات الخلقية عند حديثي الولادة المسجلة على مستوى مستشفيات الولادة العامة بالمغرب حسب الإقليم و الجهة، لسنة 2017م ، 2018م و 2019م².

¹ بدر محمد السيد اسماعيل: مرجع سابق، ص: 171؛ محمد على البار: "الجنين المشوه و الأمراض الوراثية"، مرجع سابق، ص: 432-433.

² Ministère de la santé, direction de la planification et des ressources financières Division de la planification et des études, Service des études et de l'information sanitaire. SANTE EN CHIFFRES 2017 et 2018 et 2019.

التوزيع حسب الجهات	عدد التشوهات الخلقية 2017			عدد التشوهات الخلقية 2018			عدد التشوهات الخلقية 2019		
	بالمجال الحضري	بالمجال القروي	المجموع	بالمجال الحضري	بالمجال القروي	المجموع	بالمجال الحضري	بالمجال القروي	المجموع
Tanger Tétouan Hoceima	73	71	144	137	131	268	81	82	163
Oriental	64	71	135	72	51	123	106	78	184
Fès - Meknès	77	92	169	108	120	228	96	120	216
Rabat - Salé-Kénitra	55	107	162	40	84	124	46	78	124
Beni Mellal- Khénifra	44	110	154	54	115	169	78	206	284
Casablanca-Settat	77	74	151	146	438	584	133	134	264
Marrakech- Safi	29	228	257	32	143	175	27	150	177
Darâa-Tafilalet	64	130	194	46	121	167	63	151	214
Souss - Massa	60	89	149	59	203	262	35	93	122
Guelmim Oued Noun	16	7	23	21	6	27	18	5	23
Laâyoune-Sakia EL Hamra	23	0	23	22	0	22	22	0	22
Dakhla-Oued Eddahab	8	0	8	17	0	17	22	0	22
المجموع	590	979	1569	754	1412	2166	727	1097	1824

مبيان يوضح تطور عدد التشوهات الخلقية بالمغرب من سنة 2017م إلى 2019م



تعليق:

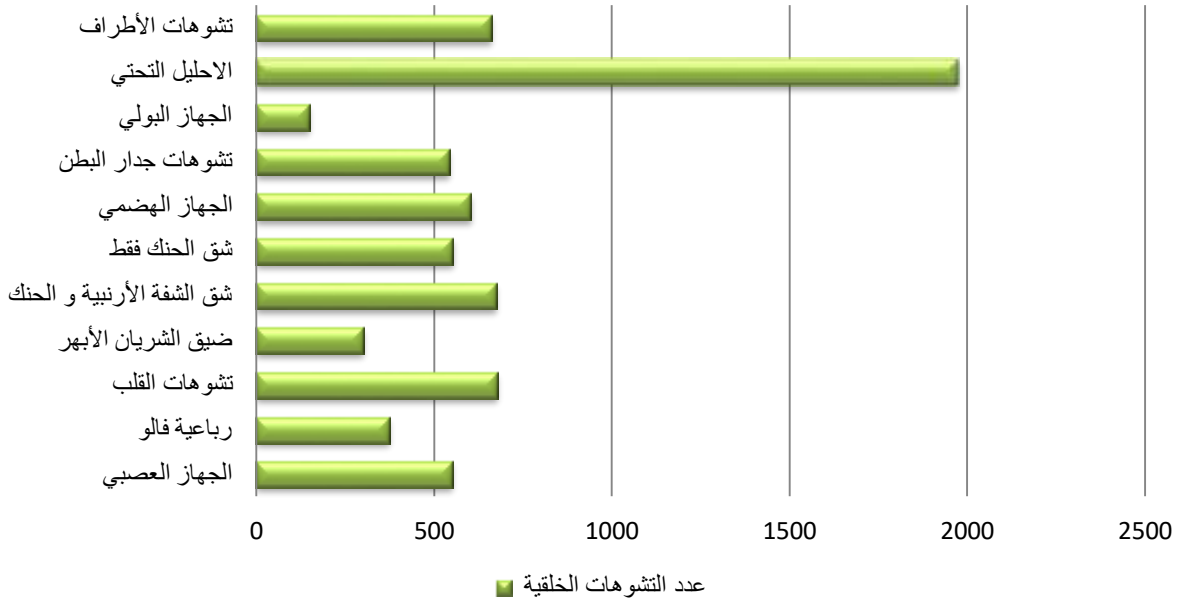
من خلال تحليل المعطيات الواردة في كل من الجدول و المبيان أعلاه، نجد أن هناك ارتفاع ملحوظ في عدد المواليد المصابين بتشوهات خلقية ما بين سنة 2017م و 2019م، كما أن سنة 2018م عرفت على الخصوص تسجيل أعلى عدد من التشوهات الخلقية بما مجموعه 2166 حالة مقابل 1569 حالة فقط سنة 2017م.

كما نجد أن هناك تباين واضح بين أعداد التشوهات الخلقية المسجلة في كل من المجالين الحضري و القروي، بحيث أنه في سنة 2019م تم تسجيل 60% من التشوهات بالمجال القروي مقابل 40% من الحالات المصابة بالمجال الحضري، و عليه يمكن تفسير هذا التباين بغياب أو نقص عدد حالات تتبع الحمل بالمجال القروي، مما يحول دون إجراء التدخلات الطبية اللازمة حالة اكتشاف التشوه الخلقي للأجنة قبل الولادة.

2. على مستوى التشريع المقارن – فرنسا و إنجلترا و الولايات المتحدة الأمريكية-

أ. فرنسا

معدل الأطفال حديثي الولادة الذين يعانون من حالة تشوه خلقي واحدة أو أكثر بفرنسا (استقراء البيانات من السجلات الستة * للتشوهات الخلقية خلال الفترة الممتدة بين 2013 إلى 2015¹).



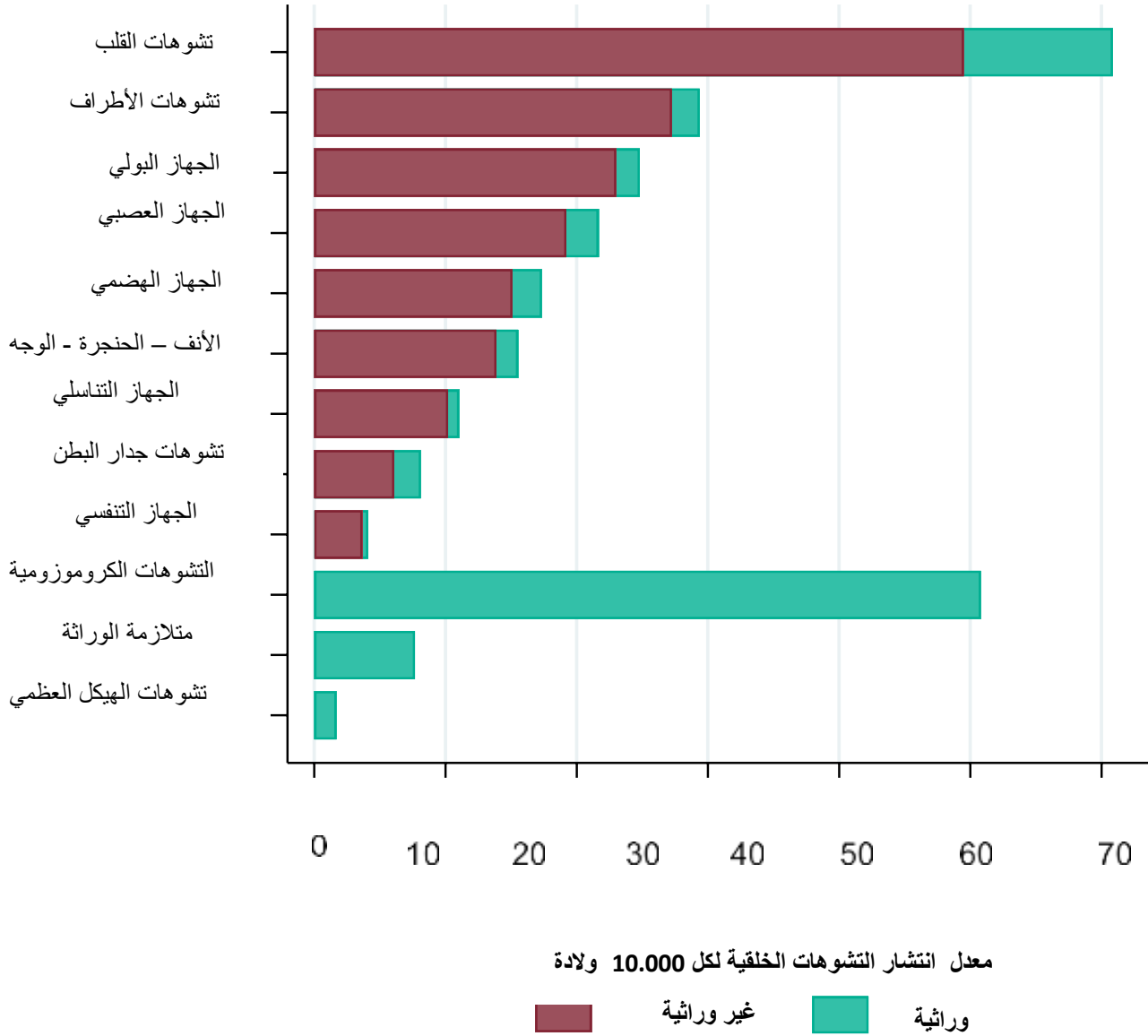
تعليق:

بتحليلنا المبيان أعلاه و الذي يضم أهم أنواع التشوهات الخلقية المسجلة بدولة فرنسا، تم تسجيل ما مجموعه (6735) حالة تشوه خلقي من مجموع المواليد في الفترة الممتدة بين سنة 2013م إلى سنة 2015م. كما أن تشوهات القلب و الاحليل التحتي تصدرت التشوهات الخلقية المسجلة لدى المواليد خلال نفس الفترة.

¹ Registres français d'anomalies congénitales , Insee pour le nombre de naissances vivantes en France en 2013-2015, à partir de 6 registres nationaux en France : * "Antilles, Auvergne, Bretagne, Paris, Réunion, Rhône-Alpes" , disponible sur le site : <https://www.santepubliquefrance.fr/maladies-et-traumatismes/maladies-de-la-mere-et-de-l-enfant/anomalies-et-malformations-congenitales/donnees/>.

ب. إنجلترا

مبيان يوضح إجمالي معدل انتشار المواليد: عدد الأطفال الذين تم تشخيص إصابتهم بتشوه خلقي لكل 10.000 ولادة، موزعة إجمالاً على مجموعتين للتشوهات الخلقية (وراثية / غير وراثية) في إنجلترا لسنة 2018¹.



¹ - Public Health England, National Congenital Anomaly and Rare Disease Registration Service, Congenital anomaly statistics 2018, Published August 2020, p: 16. Disponible sur le site : https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1008030/NCARDSR_Congenital_anomaly_statistics_report_2018.pdf

تعليق:

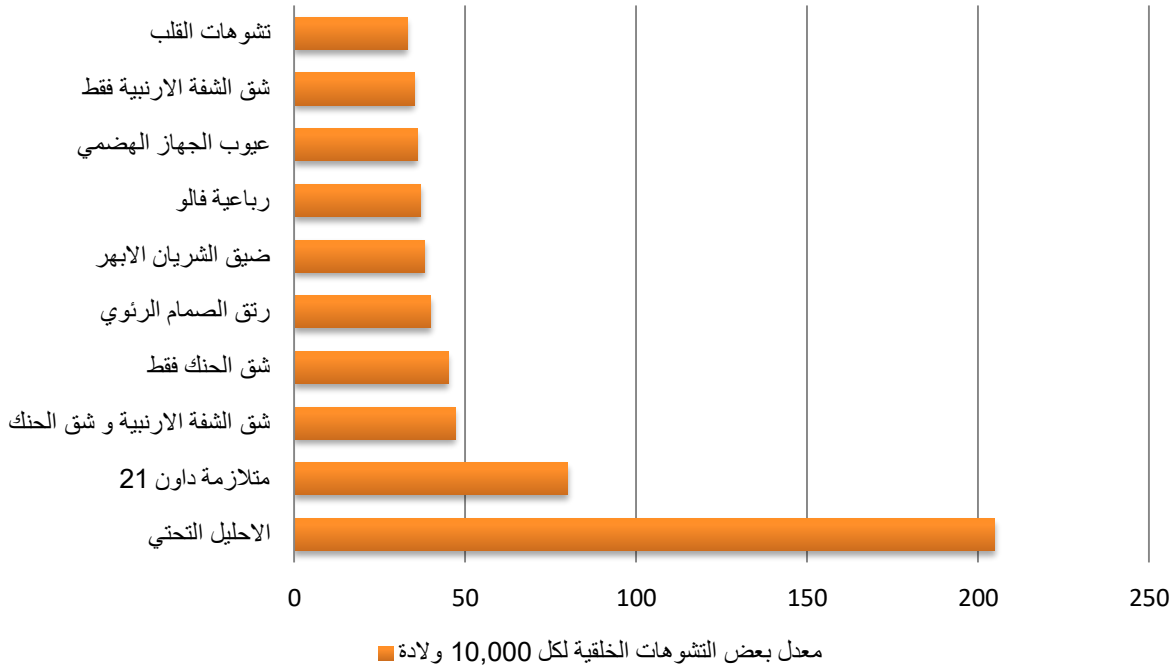
سجلت دولة إنجلترا سنة 2018م ما مجموعه 428 حالة تشوه خلقي لكل 10.000 ولادة حية، توزعت على مجموعتين منها 173 تشوه خلقي غير وراثي بما نسبته 1.7% و 255 تشوه خلقي وراثي بنسبة 2.5% و عليه فإن التشوهات الخلقية الوراثية تمثل ضعف نسبة مثيلتها غير الوراثية، يمكن القول بذلك أن الوراثة عامل رئيسي في ظهور التشوهات الخلقية لدى الأجنة في دولة إنجلترا.

كما أن تشوهات القلب تصدرت التشوهات الخلقية المسجلة لدى المواليد تليها الشذوذات الكروموزومية (متلازمة داون 21- تثليث الصبغي 18- مرض تورنر- و مرض كلنفلتر) و هو ما يحاكي توزيع التشوهات الخلقية بإحصائيات باقي الدول الأوروبية و العالم.

ج. الولايات المتحدة الأمريكية

مبيان يوضح معدل التشوهات الخلقية في الولاية المتحدة الأمريكية حسب نوع التشوه

لسنة 2017¹.



¹ - Maine CDC Birth Defects Program, January 1, 2020 – December 31, 2020

Submitted to Joint Standing Committee on Health and Human Services, USA, p : 11 ; Disponible sur le site :

-<https://www.maine.gov/dhhs/sites/maine.gov.dhhs/files/inline-files/Birth%20Defects%202020%20Annual%20Report.pdf>

تعليق:

يبرز المبيان أعلاه عدد التشوهات الخلقية الأكثر شيوعاً بالولايات المتحدة الأمريكية بالنسبة لكل 10.000 ولادة لسنة 2017م، حيث أن معدل التشوهات الخلقية قد بلغ (5.96%) من مجموع المواليد، و هو رقم مهم يبرز شيوع و انتشار التشوهات الخلقية بجميع أنواعها (على رأسها تشوهات الاحليل التحتي و متلازمة داون 21) حتى في الدول الأكثر تقدماً.

الفرع الثالث: كيفية التعرف على التشوه الذي يصيب الأجنة

أصبح في الإمكان الآن فحص الأجنة و هي في الأرحام و ذلك مع تقدم العلم و خصوصاً في السنوات الأخيرة حيث يتم استخدام أجهزة التصوير بالأشعة الصوتية، ما يمكن الطبيب من متابعة نمو الجنين داخل الرحم و التعرف إلى سلامته و صحته و تسجيل ما يطرأ عليه من تغيرات إلى جانب تشخيص بعض التشوهات الخلقية¹.

و عليه سنحاول في هذا البحث أن نتطرق للتشخيص المبكر على الحمل و دوره في اكتشاف هذه التشوهات الخلقية (أولاً) ثم التطرق للمخاطر المحتملة لهذا التشخيص (ثانياً) على أن نتعرض لاحتمال الخطأ عند القيام بهذا التشخيص (ثالثاً) ثم نعرض في الأخير لمدى مشروعية هذا التشخيص من عدمه (رابعاً).

أولاً: التشخيص المبكر على الحمل و دوره في اكتشاف التشوهات

يعرف التشخيص المبكر على الحمل بأنه التدخل الطبي للكشف و التعرف على الحالة الصحية للجنين، خاصة التأكد من خلوه من الأمراض الخطرة و التشوهات الخلقية، و بفضل التقدم العلمي الهائل فقد تم اكتشاف الكثير عن حياة الجنين في مختلف النواحي الفسيولوجية و التشريحية و الكيميائية، و قدرته على الاستجابة للظروف المختلفة، و مع ازدياد المعرفة ازدادت القدرة على تشخيص الكثير من تشوهات و أمراض الجنين².

¹ شريحة سالم العريض: مرجع سابق، ص: 135-136.

² هشام محمد مرغني: "تشوهات الجنين تشخيصها وعلاجها"، مؤتمر "الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون"، من 5 إلى 7 مايو 2002، المنعقد في رحاب كلية الشريعة و القانون- جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الرابع، ص: 1699.

لم يتعرض فقهاء الشريعة الإسلامية في القديم لوسائل التشخيص المبكر على الحمل، لأنه لم يكن من الممكن في السابق تشخيص التشوهات الخلقية ما دام الجنين في الرحم، و لكن مع التقدم الطبي السريع، خاصة في العشرين عاماً الماضية أصبح من الممكن تشخيص العديد من التشوهات الخلقية في الجنين و هو لا يزال في الرحم، و ذلك لكثرة الوسائل التي يتم الكشف عن طريقها عن أمراض و تشوهات الجنين.

و يمكن استخدام مجموعة من التقنيات الطبية للكشف عن بعض التشوهات الجنينية داخل الرحم، و من بينها تلك التي تعتمد تحليل الخبر الوراثي للجنين، و ذلك باعتماد اختبار بسيط لدم الأم حيث يمكن من الكشف بموثوقية كبيرة عن وجود شذوذ كروموسومي من عدمه.

و يمكن إجراء هذه التقنية باعتبار أن دم الأم الحامل يحتوي على أجزاء من الحمض النووي للجنين، مما يجعل تحليل كروموسومات الجنين من عينة دم الأم إختباراً سهلاً. فإذا كشف تحليل دم الحامل عن وجود كميات غير اعتيادية من ذخيرة الجنين فقد يشير إلى معاناة الجنين مثل اضطراب في الجهاز العصبي مثل وجود جنين بدون رأس أو استسقاء الدماغ، أو يدل كذلك على وجود اضطراب في الجهاز الهضمي مثل عدم نمو المرئ أو الإثني عشر، ووجود اضطرابات في الجهاز البولي، و اضطرابات أخرى متعددة في القلب، و أورام العصعوص، أما إذا ارتفعت نسبة هذه المادة فتكون مؤشراً خطيراً على الإصابة بمتلازمة داون "Trisomie 21"¹.

و لفحص الجنين أيضاً في رحم أمه يتم بتقنية بذل جدار البطن و الوصول إلى الجنين و تنظيره حيث يمكن أخذ عينة من السائل الأمينوسي الذي يسبح فيه الجنين، و أفضل وقت يجرى فيه هذا الفحص ما بين الأسبوع الثاني عشر و الأسبوع السادس عشر من الحمل، و ذلك قبل أن ينمو الجنين إلى حجم ملحوظ.

و من هذه العينة التي تسحب يمكن عمل العديد من الفحوصات الطبية مثل معرفة الخلل الكروموسومي و عدد الكروموسومات في خلايا الجنين الجسدية، لذلك يوجد التحليل

¹ - Chatron .K et all : "Les tests non invasifs en période prénatale : avantages et limites", Rév de Médecine périnatale, 2016, vol 8, p : 3-8.

الكروموسومي و هو عبارة عن فحص مختبري يجرى بغرض معرفة العدد الذي تحمله الخلايا الجسدية من الكروموسومات، و كذلك للكشف عن أي عيوب تركيبية في بنائها¹.

و من بعض الوسائل التي تمكن من تشخيص تشوه الجنين نعرض ما يلي:

1- أخذ عينة من المشيمة تحت الموجات فوق الصوتية:

عندما تبلغ فترة الحمل 8-12 أسبوعاً إذ تعتبر المشيمة جزءاً من الجنين و تتكون من نفس خلايا البويضة المخصبة، و أي اختلال في كروموسومات الجنين يؤدي في أغلب الأحيان إلى اختلال في كروموسومات المشيمة².

2- استخدام أجهزة الموجات فوق الصوتية

يمكن استخدام الموجات فوق الصوتية من إجراء فحص مورفولوجي حقيقي للجنين خصوصاً مع ظهور تقنية ثنائية و ثلاثية الأبعاد مما يمكن من تسليط الضوء على عدد كبير من التشوهات الخلقية من فترة الحمل³.

و يعد ذلك أمراً معتاداً لدى المختصين، و قد سمحت تطورات هذه الأجهزة، خاصة الأجهزة ذات البعد الثنائي و الثلاثي بإعطاء صورة دقيقة وواضحة للجنين، يسهل من خلالها تشخيص العديد من التشوهات التشريحية.

3- الإخصاب الطبي المساعد "طفل الأنبوب"

أثناء الإخصاب الطبي المساعد يتم اعتماد تقنية التشخيص الجيني قبل الزرع لإختلال الصيغة الصبغية و هي تقنية تستخدم لتحليل عدد الكروموسومات الموجودة في أجنة التلقيح الاصطناعي فيتم بذلك نقل الأجنة التي تحتوي على عدد طبيعي من الكروموسومات إلى رحم فقط، مما يزيد من احتمال إنجاب الأزواج لمولود سليم⁴.

¹ إكرام عبد السالم: "الطفل المشوه ليس دائماً معاقاً"، كلية الطب جامعة القاهرة- طبعة 1، مجلة صحي - العدد العشرين يناير/ فبراير 2002م.

² جمال أبو السرور: "كيف يتم التعامل مع الجنين المشوه"، نقلاً عن جريدة الأهرام عدد الثلاثاء 5 أبريل 2005م، ص: 27.

³ - Baulon -E et all : "Diagnostic échographique des anomalies fœtales du premier trimestre de la grossesse", Rev EM-Consulte, 01/01/2005, p : 05.

⁴ - Cornelisse -S and all : "Teste génétique préimplantatoire pour détecter les anomalies du nombre de chromosomes chez les couples soumis à une fécondation in vitro, Rev Cochrane, 2 septembre 2020, p : 1-2.

و عن وسائل تشخيص تشوهات الجنين أيضاً تحدث الدكتور محمد علي البار على كثير من الوسائل المتاحة حالياً التي عن طريقها يمكن تشخيص التشوهات الخلقية التي تصاب بها الأجنة، و هي فيما يلي:

-4- التاريخ الوراثي للأمراض في الأسرة

فبمعرفة التاريخ الوراثي للأمراض في الأسرة فإن الطبيب المختص يستطيع أن يعطي المشورة الوراثية ... و قد تؤخذ الاستشارة الوراثية قبل الزواج و ذلك أفضل، لأن ذلك يعطي الأشخاص الراغبين في الزواج فرصة اختيار الشريك الأصح ليس فقط من ناحية التوافق النفسي بل من ناحية تأثير ذلك على النسل.

-5- التاريخ المرضي

إن معرفة الأمراض التي أصيبت بها الأم قبل الحمل أو بعده تعطي معلومات مفيدة في معرفة احتمال تشوه الجنين، و أبسط مثال على ذلك امرأة حامل في الشهر الأول من الحمل أصيبت بالحصبة الألمانية، و يستطيع الطبيب أن يذكر للحامل أن احتمال تشوه الجنين يبلغ قرابة 70%، و عليها أن تقرر هل تجهض جنينها أم لا؟ أما إذا كانت الإصابة بالحصبة الألمانية في الشهر الثاني فإن نسبة الإصابة بتشوهات الجنين تقل عن 50%، و في الشهر الثالث تقل الإصابة عن 20%، على ذلك فإن معرفة التاريخ المرضي للحامل أحد الوسائل التي يمكن التعرف بها على تشوهات الجنين.

-6- الفحص بالموجات فوق الصوتية (السونار)

يعطي الفحص بالموجات فوق الصوتية (السونار) معلومات قيمة عن الجنين و الحمل .. و هل الجنين حي أو ميت.. و هل هو واحد أو أكثر.. كما أنه يعطي معلومات جيدة عن بعض التشوهات الخلقية الشديدة مثل عدم وجود الدماغ، و مع ذلك قد لا يمكن الجزم بذلك بصورة قطعية و لهذا لابد من إجراء بعض الفحوص الأخرى للتأكد من التشخيص.

-7- إجراء فحوصات الدم للأم الحامل

إن فحص دم الحامل بالإضافة إلى ما يعطينا من معلومات عن حالة الأم و نوع فقر الدم الذي لديها ووظيفة الكلي و الكبد و غيرها من الأعضاء يعطينا أيضاً معلومات عن مستوى الإصابة بالحصبة الألمانية أو فيروس الهربس أو الإصابة بالزهري أو مرض

الإيدز، و بالتالي يعطينا معلومات عن مدى إصابة الجنين بهذه الأمراض الوراثية البيئية التي تسبب له الكثير من التشوهات.

-8- تصوير الجنين بالأشعة العادية و الأشعة الملونة

لقد كان هذا الإجراء يستخدم في نطاق واسع نسبياً قبل أن تتحسن وسائل التشخيص بواسطة الموجات فوق الصوتية التي تقدمت بصورة كبيرة خلال العقدين الماضيين، و كانت الأشعة تستخدم لتشخيص الأمراض التي تصيب العظام و المفاصل و الغضاريف و هي أمراض متعددة بعضها خطير و بعضها غير خطير يمكن علاجه بعد الولادة.

-9- فحص دم الجنين

يمكن أخذ عينة من دم الجنين من الحبل السري مباشرةً بواسطة إبرة تدخل من جلد الحامل حتى تصل إلى الرحم و منه إلى الحبل السري بمساعدة الموجات فوق الصوتية، كما يمكن أيضاً أخذ عينة من دم الجنين من سطح المشيمة من جهة الجنين وذلك أيضاً بواسطة الإبرة المغروزة عبر بطن الحامل إلى المشيمة بمساعدة الموجات فوق الصوتية.

-10- بزل السائل الأمينوسي (السلي)

يجري بزل السائل الأمينوسي بواسطة حقنة لها إبرة طويلة تدخل عبر جدار البطن و جدار الرحم إلى غشاء الأمينون ثم يسحب السائل الأمينوسي... و ينبغي تحديد مكان المشيمة و الجنين أولاً بواسطة الموجات فوق الصوتية (السونار) حتى يتفادى الطبيب إدخال الإبرة فيهما بدلاً من غشاء الأمينون المحيط بالجنين و يجري هذا الفحص عادة في الأسبوع الخامس عشر أو السادس عشر للحمل.

-11- منظار رؤية الجنين

إن إدخال منظار إلى الرحم ثم إلى داخل تجويف السلي لرؤية الجنين يؤدي إلى تشخيص التشوهات الخلقية الخارجية الشكلية، و التي لا يمكن أن يتم تشخيصها بفحص الكروموسومات و لا الوسائل الكيميائية.

و يقوم الطبيب المختص أولاً بتحديد المشيمة و الجنين بالموجات فوق الصوتية ثم يدخل مسباراً دقيقاً و يجري هذا الفحص في الأسبوع السادس عشر إلى الثامن عشر¹. و بعد هذا العرض الموجز لقول علماء الطب الحديث يتبين لنا أن هناك وسائل كثيرة و متعددة يمكن من خلالها التعرف على تشوهات الأجنة و تحديد نوع التشوه و مدى خطورته على الجنين و على الأم الحامل، و عليه يمكن تقرير مصير هذا الجنين المشوه من الإبقاء عليه أو إسقاطه أو علاجه داخل الرحم.

ثانياً: المخاطر المحتملة للتشخيص المبكر على الحمل

يسمح التشخيص المبكر على الحمل من الاكتشاف المبكر للأمراض الخطيرة (الوراثية و غيرها) التي يمكن أن تصيب الجنين، و كذلك التشوهات و العيوب الخلقية التي قد تمسه، مما يسمح للأطباء و الزوجين باتخاذ قرار ما بشأن هذا الحمل. و رغم ما يقدمه هذا التشخيص من فوائد إلا أن هذه التقنية قد فتحت الباب واسعاً أمام بعض المخاطر التي يمكن أن تهدد الوسيلة و الهدف الذي نسعى إليه، بل تجعل الشك و التريب يحيط بها منذ البداية، فأحد الحلول المطروحة عند ثبوت الإصابة بالمرض أو التشوه هو إسقاط الجنين، أي ابتسار فترة الحمل و الانتهاء الإرادي لنمو الجنين². و يبدو أن الأطباء أنفسهم قد يتسببوا في إيجاد بعض المخاطر أثناء التشخيص المبكر و ذلك أثناء بحثهم عن الجنين المشوه. ففي الفحوصات الطبية التي تجري لمعرفة تشوه الجنين و جنس الجنين هناك العديد من المخاطر و من تلك المخاطر إصابة كيس السلي و إيجاد فتحة فيه يخرج منها السائل الأمنيوسي بدون توقف³. و من هذه الفحوصات الطبية التي قد تسبب فقدان السائل الأمنيوسي نجد:

¹ محمد علي البار: "الجنين المشوه"، مرجع سابق، ص: 331 و ما بعدها.
² رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري: "المسؤولية الطبية عن الخطأ في تشخيص تشوهات الجنين و أمراضه الوراثية"، دار النهضة العربية - الطبعة الأولى، سنة 2003م، ص: 16.
³ محمد علي البار: "الجنين المشوه"، مرجع سابق، ص: 152.

(1) فحص السائل الأمنيوسي

رغم أن المخاطر التي يمكن أن تتعرض لها الحامل و جنينها أصبحت نادرة إلا أن فحص السائل الأمنيوسي ليس بدون مخاطر حتى في المراكز الجيدة و حيث يوجد أطباء متمرسون و هذه المخاطر تتمثل فيما يلي:

أ) إسقاط الجنين: بنسبة نصف إلى واحد بالمائة في المراكز المتقدمة جداً و بنسبة أكبر في دول العالم الثالث و في المراكز التي ليست لديها خبرة كافية.

ب) جرح الجنين و إحداث نزيف به: و هذا الإجراء أيضا نادر الحدوث جداً و لكنه قد يحدث بصورة خاصة لدى الطبيب غير المتمرس في هذا الإجراء.

ت) إدخال ميكروبات إلى الرحم و الجنين: و هذا أمر نادر الحدوث مع انتشار وسائل التعقيم، و لكنه ليس نادراً جداً في كثير من دول العالم الثالث.

ث) حدوث ثقب في كيس السلي و فقدان كمية من السائل الأمنيوسي: و هذا الأمر ليس نادر الحدوث جداً و إذا قل السائل الأمنيوسي أدى ذلك إلى حدوث تشوهات ميكانيكية في الجنين.

ج) النزف الداخلي بين الجنين و أمه، و النزف الداخلي في المشيمة: و هذا السبب نادر الحدوث إلا إذا كان الطبيب الذي يقوم بعملية البزل غير متمرس، و ليست له الخبرة الكافية¹.

(2) فحص عينة من دم الأم

فحص تلك العينة لمعرفة وجود نوع من المواد يسمى ألفافيتو بروتين **Alfa-fetoprotein** و هي مادة تتسرب من دم الجنين و تظهر في دم الأم بكمية أكثر من الطبيعي إذا كان الجنين الذي في رحمها به تشوه خلقي كبير و تحتاج إلى وسائل أخرى لإثبات ذلك، كما يتم الآن فحص خلايا الجنين ذاته التي تتسرب بكميات صغيرة جداً إلى دم الأم و لكن ذلك يحتاج إلى طرائق مختبرية خاصة و بالغة التعقيد².

¹ محمد علي البار: "مرجع سابق"، ص: 152 و 349.

² شبيخة سالم العريض: "مرجع سابق"، ص: 136.

و في الغالب يتم تحليل خلايا الجنين و دراسة الكروموزومات أو الصبغيات بها حيث يمكن اكتشاف و تشخيص ما إذا كان الجنين مصاباً بأحد أمراض الكروموزومات مثل متلازمة الداون و غيره و التي بدورها تسبب تشوهات خلقية عند نقص عددها أو زيادته.

(3) استعمال المنظار لفحص الجنين داخل الرحم

هذه إحدى الطرائق التي يمكن بواسطتها رؤية الجنين داخل الرحم و ذلك بإدخال منظار دقيق عن طريق جدار البطن ثم يدخل إلى داخل الرحم إلى السائل المحيط بالجنين.. و بالتالي يمكن رؤية جسم الجنين و أعضائه الخارجية و اكتشاف التشوهات الخلقية الكبيرة إن وجدت. ويمكن بواسطة المنظار أيضاً أخذ عينة من جلد الجنين لتحليل الخلايا و دراسة أنواع الجينات و الأنزيمات بها. أما الآن فقد أصبح استعمال هذه الطريقة محدوداً جداً و ذلك لصعوبتها و لارتفاع احتمال الإجهاض فيها كما يمكن الإستعاضة عنها بالأشعة فوق الصوتية الأكثر أماناً¹.

(4) تصوير الجنين داخل الرحم

يمكن تصوير الأجنة داخل الرحم بالطرائق التالية:

(أ) - بالاستعانة بالموجات فوق الصوتية **Ultra-Sound**: و هذه تعد من أحدث الطرائق و أكثرها استعمالاً إذ أنها وسيلة آمنة لا تضر بالأم أو بالجنين و يمكن بواسطتها رؤية الملامح الخارجية لجسم الجنين و اكتشاف التشوهات الخلقية الكبيرة التي تصيب العمود الفقري و الرأس و البطن و بعض الأعضاء الداخلية مثل القلب و الكلي كما يمكن استعمالها عدة مرات في نفس الحمل دون أن تسبب ضرراً للأم أو للجنين.

(ب) - الإستعانة بالأشعة السينية **X-ray**: و هي نادراً ما تستعمل في الوقت الحاضر و ذلك لاحتمال حدوث ضرر على صحة الجنين لدى استعمالها، و بواسطة الأشعة العادية (السينية) يمكن رؤية عظام الجنين و بالتالي اكتشاف التشوهات العظمية به و التي تصيب الجمجمة و العمود الفقري لكنها وسيلة من النادر الإستعانة بها الآن كما ذكرنا².

¹ شريحة سالم العريض: "نفس مرجع"، ص: 137.

² شريحة سالم العريض: "مرجع سابق"، ص: 138.

(5) فحص عينة المشيمة

و في هذا الفحص يدخل الطبيب إبرة طويلة غليظة عبر جدار الرحم حتى يصل إلى المشيمة بمساعدة الموجات فوق الصوتية فإذا وصل إليها أخذ منها عينة و أرسلها للمختبر لإجراء الفحوصات عليها، و لقد كان هذا الفحص حتى عهد قريب جداً محل دراسة و أخذ ورد بسبب نسبة الإسقاط الكبيرة التي تحدث عند إجرائه (10% - 15%) أما بعد أن تمكن الأطباء – في المراكز المتقدمة – من إجراء هذا الفحص دون حدوث زيادة كبيرة في نسبة الإسقاط فقد أصبح هذا الفحص هو الأمثل للحالات التي تعاني من وجود تشوهات خلقية أو أمراض وراثية خطيرة في الأسرة أو أن الأم الحامل قد أنجبت طفلاً مشوهاً في السابق أو أن عمرها قد تجاوز 35 عاماً، و لم يعد خطر حدوث إسقاط نتيجة هذا الإجراء يزيد عن 1% - 12%.

و بعد هذا العرض الموجز للمخاطر المحتملة للتشخيص المبكر و الفحوصات الطبية التي قد تسبب بعض المخاطر على الجنين، فإنه يمكن القول بأنه لا يمكن الاستغناء عن إجراء هذا الفحوصات الطبية لمعرفة مدى خطورة هذه الأمراض أو التشوهات الخلقية التي يصاب بها الجنين و ذلك لاتخاذ قرار بشأن هذا الجنين، بحيث علينا أن نختار الفحص الأقل خطورة و التي تكون نسبة الإسقاط معه قليلة.

ثالثاً: احتمال الخطأ في التشخيص المبكر على الحمل

بمعنى أن الطبيب قد يقوم بالتشخيص فيقرر أن الجنين مصاب ببعض التشوهات الخطيرة التي يقرر الطب إسقاط الجنين من أجلها، و بعد أن تتم عملية الإسقاط يتضح خلو الجنين من هذه التشوهات التي قرر الطبيب أن الجنين مصاب بها و عليه تمت عملية الإسقاط، و هذا أمر قد يحدث كثيراً كما قرر هذا بعض الفقه أنه يمكن القول بأن الخطأ في التشخيص أمر طبيعي في عالم الطب، و أن الطبيب الأكثر خبرة من الممكن أن يخطأ، و هذه الأمور لا تغيب عن ذهن المشغلين في الحقل الطبي، و الذي على الطبيب أن يلتزم ببذل العناية و مراعاة الاحتياطات اللازمة.

و قد يرجع خطأ الطبيب في التشخيص إلى عدة أسباب من أهمها ما يلي:

¹ محمد على البار: "الجنين المشوه"، مرجع سابق، ص: 350 و 355.

1. عدم التزام الطبيب ببذل العناية اللازمة عند القيام بالتشخيص

فعلى الطبيب أن يلتزم ببذل العناية و مراعاة الاحتياطات اللازمة و عمل جميع الفحوصات التشخيصية اللازمة للوصول إلى التشخيص الصحيح، فإذا لم يقم الطبيب بمثل هذه الأشياء، بل أخذ الأمور بأسهل طرقها و لم يتبع الاحتياطات و القواعد الأساسية التي توصله إلى الحقيقة رغم وجود إمكانيات لديه من المعدات و الأدوات التي تمكنه من أداء مهمته، أو الإهمال في عمل تشخيص سليم للجنين أو عمل أشعة صحيحة توصله إلى النتائج الصحيحة و السليمة للجنين، و عليه فإن كل خطأ لا يصدر من طبيب يقظ و في مثل ظروف هذا الطبيب يوجب المسؤولية¹.

2. التقصير في الاستعانة بذوي الخبرة

إن خطأ الطبيب في التشخيص قد يأتي من تقصيره في الاستعانة بذوي الخبرة في مجالهم الطبي كأخصائي الأشعة، أو التحاليل، فإن إهمال الرجوع إلى من يساعده في التشخيص السليم يُعد خطأ منه، و من هذا القبيل أيضاً إهمال الطبيب في مشورة من يرى أهمية الاستعانة برأيه، فإن الطب علم، و إحياء العلم مذكركته، و يبرز هذا الخطأ بشكل أوضح إذا كانت هناك ضرورة لذلك، أو إذا طلب المريض و أهله هذا التشاور، و هذه تطبيقات لا يختلف حكمها في الفقهاء الإسلامي و القانوني.

3. الخطأ في التحاليل

و أسباب الخطأ في التحاليل كثيرة فقد يكون بسبب خلل في الجهاز أو في إجراءاتها قبل أو بعد الميعاد المحدد من تاريخ أخذ العينة أو إغفال إضافة المواد اللازمة للكشف عن المرض، أو وضع كمية أكثر أو أقل منها أو عدم الدقة في الفحص، و إما نتيجة خطأ في تدوين اسم المريض عليها².

¹ بدر محمد السيد إسماعيل: مرجع سابق، ص: 181؛ عن رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري: مرجع سابق، ص: 120.

² عبد الله النجار: "الخطأ العقدي في مجال استخدام الهندسة الوراثية"، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، من 5 إلى 7 مايو 2002، المنعقد في رحاب كلية الشريعة و القانون- جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الرابع، ص: 1043 و 1087.

رابعاً: مدى مشروعية التشخيص المبكر على الحمل

لا يوجد مشكلة شرعية في هذا الصدد إلا في حالة الانحراف بالوسيلة عن الهدف المشروع، مثل استخدام التشخيص لمعرفة جنس الجنين أو لانتخاب صفات وراثية فيه، أو تم كل ذلك تمهيداً لإسقاط الجنين الأنثى مثلاً، أو الجنين الذي يحمل صفات وراثية لا يرغب فيها أحد الزوجين أو كلاهما.

و هذا واضح من فتوى المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي حيث أصدر فتواه في دورته الثانية عشرة بشأن الجنين المشوه حيث جاء فيها: "قبل مرور مائة و عشرين يوماً على الحمل إذا ثبت و تأكد بتقرير لجنة طبية من الأطباء المختصين الثقاة، و بناء على الفحوص الفنية بالأجهزة و الوسائل المختبرية، أن الجنين مشوهاً تشويهاً خطيراً غير قابل للعلاج، و أنه إذا بقى وولد في موعده ستكون حياته سيئة و آلاماً عليه و على أهله فعندئذ يجوز إسقاطه، و المجلس إذ يقرر ذلك يوصي الأطباء و الوالدين بتقوى الله و التثبت في هذا الأمر و الله ولي التوفيق"¹.

و الإسلام يعترف بالحياة البشرية و يحترمها و يحميها في جميع مراحلها، بما فيها المرحلة التي يكون فيها الجنين في رحم أمه، و القرآن الكريم يتضمن آيات عديدة تحض على التفكير و السعي لمعرفة سنن الله في خلقه، و يعني ذلك أن الإسلام يدعو إلى القيام بالبحث العلمي و الحصول على معارف جديدة، و من هنا يسمح الإسلام بإجراء البحوث الخاصة بالحمل شريطة ألا تنطوي على أية مخاطر بالنسبة للأم أو الجنين.

و من هذا يتضح أنه لا يوجد مانع شرعي من اللجوء إلى الفحص المبكر على الحمل للتأكد من سلامته العضوية، فالمرأة الحامل يجوز لها أن تجري بعض الفحوصات المبكرة على الحمل للاطمئنان عليه، و هذا أخذاً بروح الشريعة الغراء التي ترحب بكل ما هو صالح و مفيد للإنسان.

¹ فتوى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي، قرار رقم 71 (12/4) بشأن موضوع إسقاط الجنين المشوه خلقياً، في دورته الثانية عشرة، المنعقدة في مكة المكرمة (15-22 رجب 1410 هـ - 10-17 فبراير 1990م).

المطلب الثالث: حكم إجهاض الجنين المشوه و الضوابط القانونية للفحص الوراثي

الإجهاض أو الإسقاط عموماً من المسائل التي تم التطرق لها في كتب الفقه الإسلامي القديمة و أبحاثه المعاصرة، إلا أن الجديد فيه يأتي من جهة إمكان تشخيص العديد من التشوهات الخلقية في الجنين و هو لا يزال في الرحم، و هذا الأمر لم يكن ممكناً في العصور الماضية، و إنما صار ممكناً في هذا العصر الذي تقدم فيه العلم، و أثبت أن معظم تشوهات الأجنة تحدث في مرحلة مبكرة من تكوين الجنين، و أن مدة تكون الأعضاء و التي تبدأ من الأسبوع الثالث إلى الأسبوع الثامن هي المدة الحرجة التي تتأثر فيها الأجنة بالموثرات الخارجية مثل الأشعة أو المواد الكيميائية.

و إذا ثبت طبيياً أن المرأة تحمل جنيناً مشوهاً، فيجب معالجته بالأدوية و الوسائل العلاجية -إذا أمكن- و يتطلع الأطباء إلى ابتكار تقنيات حديثة تمكنهم من معالجة الأجنة و هي في الأرحام، و ربما سيتطور في المستقبل فرع جديد من الطب يسمى المعالجة الجنينية. و أما الحالات التي لا يمكن علاجها، كأن يكون الجنين ناقص الأطراف، أو لا عظام له، أو حاملاً لشيء من الأمراض الوراثية التي تتسبب غالباً في فقدان شيء من المنافع الضرورية، أو تكون أجهزته الوظيفية - كالقلب و الكبد و الكلي - مصابة بالقصور أو الضمور، و ما إلى ذلك من الأمراض التي قد تصاب بها بعض الأجنة و تكون مشوهة لها، فإذا كان الجنين كذلك و علم والداه بحاله، فهل يجوز لهما إجهاضه، لحاجتهما الداعية إلى ذلك، دفعاً للحرَج اللاحق لهما بسبب وجود تلك العاهات و التشوهات التي يتصف بها ولدهما فيما بعد أو لا يجوز ذلك؟

و عليه سنحاول في هذا المطلب بيان حكم إجهاض الجنين المشوه في الفقه الإسلامي و الطب الحديث و كذا الحالات التي يجوز فيها الإجهاض (الفرع الأول) على أن نعالج في (الفرع الثاني) لمرحلة الحمل التي يجوز فيها إجهاض الجنين المشوه، ثم التطرق للضوابط القانونية للفحص الوراثي في الجنين (الفرع الثالث).

الفرع الأول: حكم إجهاض الجنين المشوه في الفقه الإسلامي و الطب الحديث و

الحالات التي يجوز فيها الإجهاض

تعددت فيه أسباب و أنواع التشوهات الخلقية في الأجنة، و استطاعت الأجهزة الحديثة رصد و تصوير الجنين في رحم أمه بأطواره المختلفة، مما أنار طريق العلم لاكتشاف و تحديد التشوهات الخلقية و الأمراض الوراثية التي قد تصيب الجنين في مراحل تطوره المختلفة، مما أثار التساؤل عن حكم إجهاض تلك الأجنة المشوهة أو المصابة بالمرض الوراثي قبل ولادتها لا سواء في الفقه الإسلامي (أولاً) أو من خلال الطب الحديث (ثانياً) و الحالات التي يجوز فيها هذا الإجهاض (ثالثاً).

أولاً: مدى مشروعية إسقاط الجنين المشوه في الفقه الإسلامي

لم يتطرق الفقهاء القدامى لبيان الحكم الشرعي لإجهاض الجنين المشوه، و يرجع ذلك لعدم وجود التقنيات الحديثة التي تبيح لهم التعرف على حالة الجنين و هو لا يزال في بطن أمه آنذاك، أما بالنسبة للفقهاء المعاصرين فإنه قد وقع الخلاف فيما بينهم حول حكم هذه المسألة، بناءً على اختلافهم حول مشروعية إجهاض الجنين المشوه، إذا ما تم قبل نفخ الروح أو بعد ذلك، كما اختلف حكمهم حول هذه المسألة بناءً على تنوع مراتب التشوه و خطورتها و ذلك على التفصيل الآتي:

1. إجهاض الجنين المشوه قبل نفخ الروح

يرى الدكتور يوسف القرضاوي إباحة إسقاط الجنين المشوه الذي لم تنفخ فيه الروح، بشرط أن يثبت التشوه بصورة علمية مؤكدة، و أن يكون التشوه خطيراً، مما يجعل حياته عذاباً عليه و على أهله، و أن يقرر ذلك فريق طبي من أهل الاختصاص لا طبيب واحد، أما بعد نفخ الروح فلا يجوز بحال من الأحوال إسقاط مثل هذا الجنين¹.

إذا ثبت برأي طبي قاطع أن الجنين في بدء الحمل مصابٌ بمرضٍ أو عيب وراثي خطير، لا يرجى شفاؤه منه، بحيث أن هذه العيوب لا تتلاءم مع الحياة العادية، أو تجعل الحياة إيلاًماً على الطفل و أبويه، و لم يمكن علاج هذه العيوب طبياً أو جراحياً، فهنا يجوز

¹ من هدي الإسلام -فتاوى معاصرة- 548/2. أشار إليه، بوشتي المغناوي: "أحكام الحامل و الحمل في الفقه الإسلامي"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الشريعة، جامعة القرويين كلية الشريعة بفاس، السنة الجامعية 2006-2007م، ص: 330.

الإجهاض رحمةً بالجنين و بالوالدين، و ذلك تخريجاً على رأي المذاهب التي تجيز إسقاط الجنين لعذر قبل أن تنفخ فيه الروح، و هذا ما قرره مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في قراره السابق، أما الأجنة المعيبة بعيوب يمكن علاجها طبياً أو جراحياً، و أن هذه العيوب تتلاءم مع الحياة العادية، ففي هذه الحالة لا يعتبر العيب أو المرض عذراً شرعياً مبيحاً للإجهاض¹.

2. إجهاض الجنين المشوه بعد نفخ الروح

أجمع الفقهاء² على تحريم إجهاض الجنين بعد نفخ الروح إلا لضرورة، و لا يعتبر في نظر كثير من فقهاء الشريعة المعاصرين تشوه الجنين من الضرورات أيّاً كانت درجة التشوه أو العيوب من حيث إمكان ذلك، فعلم الطب متطورة و كل يوم فيها جديد، و بعض العيوب و الأمراض قد تبدو مستعصية على الشفاء في وقت ما، ثم يجد لها الطب علاجاً، فإذا كانت الضرورة الشرعية التي تبيح الإجهاض غير متوافرة، لأن الأمر قد يكون مجرد احتمال يحذر منه الأطباء دون القطع و اليقين بوجود المرض أو التشوه لم يجز الإجهاض.

3. عدم جواز إجهاض الجنين المشوه في جميع المراحل

يرى الشيخ متولي الشعراوي أنه لا يجوز إجهاض الجنين المشوه و قال: "إن الإنجاز الحقيقي هو إصلاح هذا التشويه لا إجهاضه و إماتته، لأن ذلك إعدام له، و الإعدام عملية سلبية ورد على من يجيز إجهاض الجنين بالمشوه بقوله: "هذا الجنين هو صنعة الله لا صنعة البشر حتى يتدخلوا لإصلاحها في حالة الفساد، و إذا جاء في صنعة الله شذوذ فهو مقصود له، يعني كون الله يخلق إنساناً أعمى فهذا مقصود لصانعه، أو مبتور الذراع أو مبتور الساق فمقصود لصانعه أيضاً، ذلك لأن الصانع هو الله يريد أن يلفت النظر إلى نفسه". و أضاف قائلاً: "فأنت لا تنتبه إلى عينيك و إلى نعمة الله في عينيك إلا إذا رأيت أعمى يتعثر و لا تحمد الله، و تتذكر أن لك ساقاً إلا إذا رأيت شخصاً أعرج، فهذه المسائل التي يضعها الخالق، قد

¹ يوسف القرضاوي: "الحلال و الحرام في الإسلام"، المكتب الإسلامي ببيروت، ط 15، 1994م، ص: 179.

² يوسف القرضاوي : مرجع سابق، ص: 178.

نقول إنها تشويه، هي تشويه في جزئيتها، لكنها تجميل في الكل، و ذلك لكي يلتفت جميع الناس إلى نعمة الله في خلقه"¹.

4. التفرقة بين التشوهات البسيطة و الخطيرة

يرى البعض من الفقهاء أن حكم إجهاض الجنين المشوه يختلف بناءً على تنوع مراتب التشوه، و التي يمكن تقسيمها إلى ثلاث أقسام:

أ. التشوهات الخلقية البسيطة و الممكنة العلاج: و من أمثلة هذا النوع من التشوهات ما يحدث للجنين من خلل في الأنزيمات، أو خلل في المناعة داخل الجسم، أو إلتصاق في الفخذين، أو ثقب في القلب، أو نقص في نمو الدماغ، أو شق في الشفة، أو غيرها من التشوهات البسيطة و الهيئة التي يستطيع الطفل الحياة بها و معها بعد الولادة، خاصةً و أن مثل هذه الأنواع من التشوهات أصبحت ممكنة العلاج، فقد تطورت الوسائل العلمية من جراحة و نحوها لإزالتها تماماً أو التخفيف منها، حيث قد يكون من الممكن مداواتها و الجنين لا يزال داخل الرحم، أو قد يتم علاجها بالطرق المناسبة عقب الولادة مباشرةً أو بعد فترةٍ من الولادة².

و بناءً على ذلك فحكم إجهاض الجنين بسبب هذا النوع من التشوهات عند الفقهاء، هو عدم الجواز لعدم وجود المبرر أو العذر الشرعي المقتضي للإسقاط، و هو مذهب أكثر الأئمة و الفقهاء، و حتى الأطباء لا يرضونه و يعتبرونه جناية على حد سواء كان قبل نفخ الروح أو بعده³.

ب. التشوهات الخطيرة جداً أو المتعذرة العلاج قطعاً: و هذه التشوهات أو النواقص الخلقية الكبيرة تقضي على حياة الجنين مبكراً، مثل أن يكون بلا دماغ، أو قلب، أو من غير كلي، و هكذا، و بالتالي يسقط الحمل تلقائياً، و هذه التشوهات من أهم أسباب الإسقاط التلقائي عند الحوامل، كما تقدم عند الحديث عن أسباب الإسقاط التلقائي، و عادة ما

¹ محمد متولي الشعراوي: "يسألونك في الدين و الحياة"، المكتبة التوفيقية للتراث للنشر و التوزيع -القاهرة، المجلد 2، دس، ص: 329.

² عبد الفتاح بهيج علي العواري: "الدر الثمين لبيان حكم إجهاض الأجنة المشوهين-دراسة فقهية مقارنة"، دار الكتب القانونية، مصر، 2010م، ص: 81.

³ محمد الحبيب الخوجة: "عصمة دم الجنين"، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي -جدة، أشار إليه محمد علي البار: "الجنين المشوه و الأمراض الوراثية"، مرجع سابق، ص: 466؛ عمر بن محمد بن إبراهيم غانم: مرجع سابق، ص: 181-182.

تظهر هذه التشوهات الخلقية في الأسبوعين الأولين من الحمل، و لا تستمر معها الحياة، و لذلك لا داعي لمعرفة حكم إسقاطها، لسقوطه المبكر في أغلب الأحيان¹.

و قد يكون التشوه الذي يصيب الجنين بإصابات بالغية، سببه تعرض الأم الحامل للعلاج بالأشعة بكميات كبيرة لمداداة سرطان في عنق الرحم مثلاً أو تعاطي عقاقير السرطان و الأورام الخبيثة التي تقتل الجنين، أو تحدث تشوهاً بالغاً، أو أن تصاب الأم بالحصبة الألمانية في الشهر الأول من الحمل، و هنا احتمال تشوه الجنين كبير جداً نسبته (70%)، لذلك لا مانع من إسقاط هذا الجنين، نظراً لوجود العذر القوي المبيح للإسقاط².

ج. التشوهات الخطيرة و الممكنة العلاج بصعوبة أو بعناية فائقة: و هي تشوهات خلقية كبيرة، مثل التي تصيب الجهاز العصبي و روافده، أو القلب أو الأوعية الدموية، أو الجهاز البولي، هذه التشوهات تظهر في العادة في مرحلة التخلق للأعضاء، أي بين الأسبوعين الثالث و الثامن، و قد تقضي هذه التشوهات على حياة الجنين داخل الرحم، أو فور ولادته، و قد يعيش الطفل بها و لكنها تتطلب علاجاً مستمراً، و عناية فائقة، و اعتماداً على الغير بسبب تعطل كثير من وظائف أعضائه. مثل الأجنة الشديدة التلاصق، أو عيوب الجهاز العصبي، مثل استسقاء الرأس، أو صغر حجمه، أو العمود الفقري المشقوق، أو العيوب الكبيرة في الكلي و المسالك البولية و غيرها. و هذه التشوهات الأقل حدوثاً من الأنواع الأخرى³.

حكم إسقاط الجنين بسبب هذا النوع من التشوهات:

أولاً: إذا كان تشخيص هذه الحالات المشوهة تشوهاً شديداً أو بها أمراض وراثية خطيرة قبل نفخ الروح-أي قبل 120 يوم من الحمل- و كان التشخيص دقيقاً، و نتائجه حقيقية لا ظنية أو متوهمة، و أن حياته ستكون سيئة، و يترتب على ذلك آلام عليه و على أهله، فلا بأس حينئذ من إسقاط الجنين لذلك العذر، و هو الرأي الذي اختاره جمهور الأحناف، وبعض الشافعية و الحنابلة، و ابن رشد من المالكية، الذين أباحوا الإسقاط لعذر قبل نفخ الروح، بخلاف الحنابلة و ابن رشد الذين أطلقوا الإباحة.

¹ بدر محمد السيد إسماعيل: مرجع سابق، ص: 197.

² بدر محمد السيد إسماعيل: "نفس مرجع"، ص: 197.

³ عبد الفتاح بهيج العواري: "الدر الثمين لبيان حكم إجهاض الأجنة المشوهين- دراسة فقهية مقارنة"، مرجع سابق، ص: 82.

و هناك بعض الهيئات العلمية كاللجنة الدائمة للبحوث العلمية و الإفتاء في المملكة العربية السعودية.

و كذلك المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي، الذي أباح إسقاط الجنين المشوه قبل نفخ الروح، و لكن بثلاث شروط:

1. موافقة الزوجين: لأن للزوجين حقوقاً وواجبات تتعلق بالإسقاط، و لأن الإذن الطبي أساس في عقد الإجارة بين الطبيب و المريض.
2. عدم تعريض الحامل لخطر أشد: عملاً بقاعدة: انتقاء أشد الضررين بارتكاب أخفهما ضرراً.

3. شهادة طبييين عدلين: يتفقان على ضرورة الإسقاط، و أنه لا يترتب على الإسقاط تعرض الحامل لخطر أشد من خطر الإسقاط.

ثانياً: إذا كان تشخيص التشوه بعد نفخ الروح -فإن الراجح- عدم جواز إسقاط الجنين، و هو قول أكثر الفقهاء المعاصرين الذين سبقت الإشارة إليهم و غيرهم.

و من الأدلة على التحريم:

أ- عموم النهي في كتاب الله عز وجل و سنة رسوله صلى الله عليه وسلم عن قتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، و هذه النفس قد اكتسبت الحياة الإنسانية، و لها حكم النفس المعصومة، فلو جني عليه في بطن أمه ثم سقط حياً و مات ففيه الدية كاملة، و إن سقط ميتاً ففيه غرة¹.

ب- إن في ولادته على هذه الحال عظة و عبرة للمعافين، كما في الحديث الذي رواه علي كرم الله وجهه قال: كان رسول صلى الله عليه وسلم إذا نظر في المرأة قال: "اللهم كما حسنت خُلُقِي فحسن خُلُقِي و حرم وجهي على النار"².

وجه الدلالة من الحديث النبوي الشريف: إن الإنسان إذا رأى المبتلي حمد الله عز وجل على نعمته عليه حيث فضله عليه، وزاده ذلك تعلقاً بربه، كما أن فيه معرفة لقدرة الله

¹ بدر محمد السيد إسماعيل: مرجع سابق، ص: 198 و 199.
² الإمام النووي: "الأذكار، باب ما يقول إذا نظر في المرأة"، دار الريان للتراث الطبعة الأولى 1408هـ- 1988م، ص:

عز وجل و تحقيقاً لقوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي يُصَوِّرُكُمْ فِي الْأَرْحَامِ كَيْفَ يَشَاءُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ﴾¹.

- وجه الدلالة من الآية القرآنية الكريمة:

أن الله تعالى يُري خلقه مظاهر قدرته و عجائب صنعه، فإسقاطه في هذه الحالة محادة لهذه الإرادة.

وكم يشهد الواقع لبعض حالات التشوه الخلقي التي عاشت و تكيفت مع الحياة و برزت في بعض نواحيها بما يثبت عظيم صنع الله في خلقه.

ج- أن التقدم العلمي القائم و التقنيات الحديثة استطاعت في كثير من الأحيان مداواة بعض أمراض الأجنة في أرحام أمهاتهم، بالتدخل الجراحي أحياناً، أو عمل التحاليل الكيماوية وحقن الجنين داخل أورده للعلاج، بل و يمكن عمل تغيير شامل لدم الجنين في حالات عدم تناسق فصيلة دمه مع فصيلة دم أمه أو أبيه، مما يؤدي إلى إصابته بعدة تشوهات نتيجة لإصابته بالأنيميا الحادة التي تؤدي إلى وفاته داخل الرحم، و قد أمكن علاج مثل هذه الحالة أثناء الحمل في كثير من الحالات.

و لعل التطور المتصاعد للطب في المستقبل يعالج كثيراً من الصعوبات الطبية لمرضى التشوهات الخلقية مما يؤدي إلى استقرار في حياتهم و تلاشي معاناتهم.

و على ذلك فإن تشوه الجنين لا يعد ضرورة تقتضي إسقاطه، و إنما تقتضي مداواته سواء كان في رحم أمه، أو بعد ولادته، و لم تعد معالجة هذه التشوهات بالأمر العسير أمام التقدم العلمي و التكنولوجي في مجال الطب.

فإباحة إسقاط الجنين بدعوى تعيُّب الجنين، و هي دعوى ظنية -فقد يحدث خطأ في التشخيص و يكون الجنين سليماً و ليس معيباً- هذه الدعوى تفتح الباب على مصراعيه للدعوى الكاذبة التي قد تكون من طيبب لا أخلاق له سعيًا إلى الكسب الحرام، و لو بالقتل، أو من حامل كرهت زوجها فلم ترى شفاء لغليل الكراهية إلا بإسقاط جنين بريء بدعوى أنه مشوه، و ما أسهل حصولها على التشخيص بتشوه الجنين في ظل خراب الذمم في هذا

¹ سورة آل عمران، آية: 6.

الزمان، و قد تكون الدعوى من داعرة تريد التخلص من فضيحتها، و من ثم تلجأ الواحدة منهم إلى تعاطي مسببات التعيب ليصلن إلى الجواز الصادر به الفتوى¹.

ثانياً: إسقاط الجنين المشوه طبيياً

نظر الأطباء العرب المسلمين² لهذه العيوب الخلقية نظرة علمية، و حاولوا أن يشرحوها بشكل يتلائم مع المعلومات الطبية التي كانت معروفة و سائدة بشكل كبير يومئذ، فكانت علاجاتهم ناتجة عن وجهة نظرهم أن الصحة و المرض و العيوب الخلقية ناجمة عن خلل في التوازن بين الأخلاط الأربعة لجسم الإنسان و هي: الصفراء و السوداء و البلغم و الدم، و قد ظل هذا الاعتقاد سائداً لفترة طويلة من الزمن³.

و مما لا شك فيه أن الحل الأمثل في موضوع الأجنة المشوهة و الأمراض الوراثية - عند الفقهاء و الأطباء- هو منع حدوثها أصلاً، فإن لم يمكن منع هذا الحدث فلا أقل من تخفيف نسبة الإصابة بالابتعاد عن الأسباب المؤدية إلى حدوث تشوه الجنين، و هو أمر تسهم الشريعة الإسلامية بتعاليمها الغراء في إيجاده، و أما الحل الذي يليه فهو محاولة إيجاد علاج لهذه التشوهات أو على الأقل التخفيف من آثارها المدمرة.

و حول محاولة خفض نسبة التشوهات يقول الدكتور جمال أبو السرور (أستاذ التوليد و أمراض النساء بطب الأزهر) إن هناك العديد من الطرق التي يمكن من خلالها خفض نسبة حدوث تشوه الأجنة، مثل التوعية بتجنب زواج الأقارب خاصة إذا كان هناك تاريخ ولادة طفل مشوه في العائلة.

و الفحص قبل الزواج و ذلك للتعرف على بعض الأمراض التي تؤدي إلى بعض التشوهات الخلقية في الجنين، و معالجة هذه الأمراض قبل الحمل و الولادة، مثل مرض السكر أو اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع حدوثها مثل اختلاف فصيلة الدم، و التوعية بعدم تأخير سن الزواج أو الولادة بعد سن 35 سنة حيث تزداد نسبة حدوث تشوه الأجنة.

¹ مصباح حماد: حكم الإجهاض و ما يثار حوله من أقوال بعض المعاصرين، الطبعة الأولى (1421هـ - 2000م)، ص:

294.

² بن سينا: عالم و طبيب مسلم من بخاري، اشتهر بالطب و الفلسفة و اشتغل بهما. ولد سنة (370هـ / 980م) و توفي في همدان سنة 1037م، عُرف باسم الشيخ الرئيس، و سماه الغربيون بأمر الأطباء، و أبو الطب الحديث، في العصور الوسطى، و قد ألف 200 كتاباً تركّز على الفلسفة و الطب من أشهرها كتاب القانون و الطب.

³ هدى عبد الله طاهر: "التشوهات الخلقية للأجنة بين الماضي و الحاضر"، مجلة التراث العلمي العربي فصلية، محكمة، العدد (40)، 2019م، ص: 433.

كذلك التنبيه على الحامل بعدم التعرض في الأشهر الأولى من الحمل إلى الأشعة، و كذلك عدم تناول العقاقير المختلفة التي قد تسبب زيادة نسبة حدوث التشوهات الخلقية، و إقناع الحامل بالإقلاع عن الممارسات التي قد تضر الجنين مثل تعاطي المخدرات، و التدخين و المشروبات الكحولية و غيرها من المواد الضارة¹.

إن الأطباء في مسألة إسقاط الجنين المشوه قد انقسموا إلى فريقين، فريق يبيح ذلك بشروط و فريق يرى عدم الإسقاط مطلقاً.

الفريق الأول: يرى أنه إذا ما ثبت وجود تشوهات بالجنين بصورة دقيقة قاطعة لا تقبل الشك، من خلال لجنة طبية موثوقة، و كان هذا التشوه غير قابل للعلاج ضمن الإمكانيات البشرية المتاحة لأهل الاختصاص، فالراجح هو إباحة الإسقاط في هذه الحالة، نظراً لما يلحقه من مشاق و صعوبات في حياته، و ما يسببه لذويه من حرج، و للمجتمع من أعباء و مسؤوليات و تكاليف في رعايته.

و لكن هذا الإسقاط ليس على إطلاقه، و لكنه مقيد بشروط منها:

الشرط الأول: أن يكون بعد موافقة الوالدين.

الشرط الثاني: أن يكون هذا الإسقاط قبل مرور مائة و عشرون يوماً من بدء الحمل².

أما إذا كان الجنين المشوه قد نفخت فيه الروح و بلغ مائة و عشرين يوماً، فإنه لا يجوز إسقاطه مهما كان التشوه، إلا إذا كان في بقاء الحمل خطر على حياة الأم، فعندئذٍ يجوز إسقاطه، سواء كان مشوهاً أم لا دفعاً لأعظم الضررين، و ذلك لأن الجنين بعد نفخ الروح فيه أصبح نفساً، يجب صيانتها و المحافظة عليها، سواء كانت سليمة من الآفات و الأمراض أو كانت مصابة بشيء من ذلك، و سواء رجي شفائها مما بها أم لم يرج³.

و بالنسبة لكيفية التعامل مع الجنين المشوه تختلف حسب شدة التشوه و مدى ملائحته للحياة الرحمية أو الخارجية و تأثير هذا التشوه على صحة الأم و حياتها، فإذا كانت هناك خطورة مؤكدة على حياة الأم مثل الحمل خارج الرحم أو الارتفاع الشديد في ضغط الدم أو إصابتها بتسمم حمل شديد.

¹ بدر محمد السيد إسماعيل: مرجع السابق، ص: 202.

² محمد علي البار: "الجنين المشوه"، مرجع سابق، ص: 439.

³ محمد علي البار: مرجع سابق، ص: 441.

فوجب صحياً و قانونياً و شرعياً التضحية بالجنين لإنقاذ حياة الأم، أما إذا لم يكن هناك خطر على حياة الأم فالقرار متوقف على ملاءمة الجنين للحياة الرحمية و الخارجية، ففي حالة عدم ملاءمة الجنين للحياة الرحمية مثل الإختلال الشديد في الكروموسومات أو العيوب الخلقية الشديدة بالقلب أو الأعضاء الداخلية أو الطفرات المميتة في الجينات الوراثية. و هذه التشوهات و العيوب يمكن تشخيصها إما بالهندسة الوراثية أو عدم نمو الجنين، أو موته داخل الرحم، و هنا يجب التخلص من الجنين بالطرق الطبية السليمة، و إذا كانت تشوهات الجنين متلائمة مع الحياة الرحمية و غير متلائمة مع الحياة الخارجية، بطريقة مؤكدة مثل العيوب الشديدة في القناة العصبية التي تؤدي إلى عدم اكتمال نمو المخ أو استسقاء المخ الشديد الذي يؤدي إلى وفاة الطفل بعد الولادة.

و لا يمكن معه أن تتم الولادة طبيعياً فيمكن التخلص من الجنين عند تشخيص ذلك و عدم إتمام الحمل، أما في حالة التشوهات المتلائمة مع الحياة الرحمية، و كذلك مع الحياة الخارجية مثل تشوهات الأطراف أو العظام أو العيوب البسيطة في القلب أو الأعضاء الداخلية الأخرى أو حتى عيوب التمثيل الغذائي التي تؤدي إلى التخلف العقلي فلا يباح هنا الإجهاض لأن الطفل سيصبح متلائماً مع الحياة الخارجية.

و كذلك لأن كثيراً من حالات عيوب التمثيل الغذائي يمكن تجنب أو تحسين التخلف العقلي فيها بالمبادرة بالعلاج بعد الولادة مباشرة، و قد يستجد علاج آخر لهذه الأمراض مع التقدم العلمي في هذا المجال¹.

الفريق الثاني: يرى عدم جواز إسقاط الجنين المشوه مطلقاً.

و من هؤلاء الدكتور عبد الله حسين باسلامة، الذي أعد بحثاً في هذا الموضوع و تلخيصه: "بأن التشوهات الخلقية قد أرادها الله لبعض عباده، فمن صبر فقد ظفر، و هي أمور تحدث على مر التاريخ، و من المؤسف أن الدراسات تدل على أن نسبة الإصابة بالتشوهات الخلقية في ازدياد، و ذلك نتيجة تلوث البيئة، و كثرة الإشعاعات الضارة التي تنتشر في الأجواء، و التي لم تكن معروفة من قبل، و لابد أن تصل إلى الحياة خارج الرحم 1% - 2% من الأجنة و بها تشوهات خلقية تستدعي العناية و المعاناة من الأهل و الأسر و

¹ بدر محمد السيد إسماعيل: مرجع سابق، ص: 207 و 208.

المجتمع، و من رحمة الله بالناس أن جعل مصير العديد من الأجنة المشوهة إلى الإجهاض و الموت قبل الولادة.

ثم يختتم رأيه فيقول: "و إني أرى أن على المرأة المسلمة، و على الأسرة المسلمة، أن تصبر على ما أصابها، و أن تحتسب ذلك عند الله، و أن لا تلجأ إلى الإجهاض و التجني على حرمة الجنين الذي يكون في كثير من الأحيان قد وصل إلى الشهر الرابع من الحمل، بل إني أرى أن على الأسرة المسلمة، و على الطبيب المسلم أن لا يضيعوا الوقت و الجهد في معرفة وجود تشوهات في الجنين من عدمه، فإن النتيجة سوف لن تفضي إلى عمل يرضى عنه الله"¹.

و يقول الدكتور محمد علي البار: "قابلت العديد من الأطباء المسلمين في مصر و الأردن و السعودية الذين يقومون بإسقاط الجنين إذا ما تم تشخيص وجود خطر مثل عدم وجود الدماغ، أو الصلب الأشرم أو عدم وجود كُلى، و كلها يتم تشخيصها للأسف بواسطة الموجات فوق الصوتية في مرحلة متأخرة جداً من الحمل حيث يكون الجنين قد تجاوز (120) يوماً منذ التلقيح، و هو أمرٌ بالغ الخطورة إذ يشكل اعتداء على إنسان معصوم الدم"². معنى ذلك أن كثيراً من الأطباء في البلاد الإسلامية قد يحكمون على الجنين بالتشوه و من ثم إسقاطه بناء على وسائل لا قطع فيها، مما يجعل طروء الشك وارداً في التشخيص.

ثالثاً: الحالات التي يجوز فيها إسقاط الجنين المشوه في الفقه الإسلامي و الطب الحديث

تبين مما سبق أنه لا خلاف بين الفقهاء في أن إسقاط الجنين بعد نفخ الروح و بعد مرور مائة و عشرين يوماً أمر محرم شرعاً، و يوجب العقاب عليه، إذ أن الجنين بعد هذه الفترة يصبح معصوم الدم فلا يجوز الاعتداء عليه، كما اتفقوا على أن التشوهات التي يتم اكتشافها عن طريق الأجهزة الطبية الحديثة لا تكون مبرراً شرعياً لإسقاط الجنين بعد نفخ الروح فيه أيّاً كانت درجة هذه التشوهات من حيث إمكان علاجها طبياً أو جراحياً، أو عدم إمكان ذلك لأي سبب كان، إذ أن التطور العلمي و التجريبي دل على أن بعض الأمراض و

¹ عبد الله باسلامة: "رئيس قسم الأمراض النساء و التوليد بكلية الطب بجامعة الملك عبد العزيز في جدة بالمملكة العربية السعودية"، مطبوع ضمن كتاب الجنين المشوه، "مرجع سابق"، ص: 490.

² محمد علي البار: "الجنين المشوه و الأمراض الوراثية"، مرجع سابق، ص: 434.

العيوب قد تبدو في وقتٍ مستعصية على العلاج ثم يجد لها العلم العلاج و الإصلاح و سبحان الله الذي علم الإنسان ما لم يعلم، إلا إذا كان في الإبقاء على الجنين المشوه خطر على حياة الأم فعندئذ يجوز إسقاطه للضرورة¹.

كما اختلف الفقهاء في حكم إسقاط الجنين الذي لم ينفخ فيه الروح، فلم في ذلك عدة أقوال تقدم الحديث عنها في هذا البحث.

و لكنه قد توجد دواعي طبية كلما ثبت إصابة الجنين ببعض التشوهات و الأمراض الوراثية، فهل اكتشاف هذه التشوهات تصلح أن تكون مبرراً قوياً لإسقاط الجنين أم لا؟ ذهب بعض الفقهاء إلى أن هناك بعض الحالات يجوز فيها إسقاط الجنين المشوه، و ذلك لوجود مبرر قوي يبيح هذه العملية بشرط أن يكون الإسقاط قبل نفخ الروح أي قبل مرور مائة و عشرون يوماً. و بالتالي فحالات التي يجوز فيها إسقاط الجنين المشوه في الفقه الإسلامي و الطب كالآتي:

1- الحالة الأولى: حالة التشوه الشديد الغير قابل للعلاج.

و هذه التشوهات أو النواقص الخلقية الكبيرة تقضي على حياة الجنين مبكراً، مثل أن يكون بلا دماغ، أو قلب، أو من غير كلي، و هكذا.

و بالتالي يسقط الحمل تلقائياً، و هذه التشوهات من أهم أسباب الإسقاط التلقائي عند الحوامل، و عادة ما تظهر هذه التشوهات الخلقية في الأسبوعين الأولين من الحمل، و لا تستمر معها الحياة، و لذلك لا داعي لمعرفة حكم إسقاطها، لسقوطه المبكر في أغلب الأحيان².

و أحياناً يكون سبب التشوه تعرض الأم الحامل للعلاج بالأشعة بكميات كبيرة لمداداة سرطان في عنق الرحم مثلاً، أو تعاطي عقاقير السرطان و الأورام الخبيثة التي تقتل الجنين أو تحدث فيه تشوهاً بالغاً، أو أن تصاب الأم بالحصبة الألمانية في الشهر الأول من الحمل، و هنا احتمال تشوه كبير جداً نسبته 70% ففي الغالب يسقط الجنين تلقائياً، و إن أسقط في الأربعين الأولى -كما في حالة الأم إذا أصيبت بالحصبة الألمانية- فلا مانع من ذلك لوجود

¹ بدر محمد السيد إسماعيل: "مرجع سابق"، ص: 212.

² عمر بن محمد بن إبراهيم غانم: مرجع سابق، ص: 181.

العدر القوي المبيح للإسقاط فضلاً عن أن كثير من العلماء قد أجازوه و هذا الرأي هو ما اختاره الشيخ جاد الحق شيخ الأزهر رحمه الله تعالى: "و الذي أختاره و أميل إليه في الإجهاض قبل استكمال الجنين مائة و عشرين يوماً رحماً، أنه يجوز عند الضرورة التي عبر عنها الفقهاء بالعدر"¹.

و في كتب الفقه الحنفي²: "إن من الأعدار التي تبيح الإسقاط قبل نفخ الروح انقطاع اللبن بسبب الحمل، و هي ترضع طفلها لآخر و ليس لزوجها -والد الطفل- ما يستأجر به المرضع له و يخاف هلاكه، و في نطاق هذا المثال الفقهي، و إذا لم يمكن ابتداء وقف الحمل بين زوجين ظهر بهما أو بأحدهما مرض أو عيب خطير وراثي يسري إلى الذرية، ثم ظهر الحمل، و ثبت ثبوتاً قطعياً دون ريب بالوسائل العلمية و التجريبية أن بالجنين عيوباً وراثية خطيرة، لا تتلاءم مع الحياة العادية، و أنها تسري بالوراثة في سلالة أسرته، جاز إسقاطه ما دام لم تبلغ أيامه الرحمية مائة و عشرين يوماً.

و هذا الرأي جاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي³، في دورته الثانية عشرة، حيث جاء القرار بالأكثرية بما يلي: "قبل مرور مائة و عشرين يوماً على الحمل، إذا ثبت و تأكد بتقرير لجنة طبية من الأطباء المختصين الثقافات -و بناء على الفحوص الفنية بالأجهزة و الوسائل المختبرية- أن الجنين مشوه تشويها خطيراً، غير قابل للعلاج، و أنه إذا بقى وولد في موعده، ستكون حالته سيئة، و ألاماً عليه و على أهله، فعندئذ يجوز إسقاطه بناء على طلب الوالدين، و المجلس إذ يقرر ذلك يوصي الوالدين، بتقوى الله و التثبت في هذا الأمر".

2- الحالة الثانية: التشوهات الخطيرة و الممكنة العلاج و لكن بصعوبة أو عناية فائقة.

و هي تشوهات خلقية كبيرة، مثل التي تصيب الجهاز العصبي و روافده، أو القلب أو الأوعية الدموية، أو الجهاز البولي، هذه التشوهات تظهر في العادة في مرحلة التخلق للأعضاء، أي بين الأسبوعين الثالث و الثامن، و قد تقضي هذه التشوهات على حياة الجنين داخل الرحم، أو فور ولادته، و قد يعيش الطفل بها و لكنها تتطلب علاجاً مستمراً، و عناية

¹ محمد بدر السيد إسماعيل: مرجع سابق، ص: 213 و 214.

² زين الدين ابن نجيم الحنفي ابن عابدين: "البحر الرائق شرح كنز الحقائق"، ج 4، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى - 1418هـ / 1997م، ص: 335.

³ قرار المجمع الفقهي الإسلامي، دورة الثانية عشرة، المنعقد بالمكة المكرمة، في الفترة من يوم السبت الموافق 15 رجب 1410هـ - الموافق 10 فبراير 1990، إلى يوم السبت 22 رجب 1410 الموافق 17 فبراير 1990م.

فائقة، و قد يعيش الطفل بها و لكنها تتطلب علاجاً مستمراً، و عناية فائقة، و اعتماداً على الغير بسبب تعطل كثير من وظائف أعضائه، مثل: الأجنة الشديدة التلاصق، أو عيوب الجهاز العصبي، مثل استسقاء الرأس، أو صغر حجمه، أو العمود الفقري المشقوق، أو العيوب الكبيرة في الكلى و المسالك البولية و غيرها. و هذه التشوهات كما يقول الدكتور عبد الله باسلامة "إنها الأقل حدوثاً من الأنواع الأخرى"¹، فإذا كان تشخيص هذه الحالات المشوهة تشوهاً شديداً أو بها أمراض وراثية خطيرة قبل نفخ الروح – أي قبل (120 يوماً) من الحمل – و كان التشخيص دقيقاً، و نتائجه حقيقية لا ظنية أو متوهمة، و أن حياته ستكون سيئة، و يترتب على ذلك آلام عليه و على أهله، فلا بأس حينئذ من إسقاط الجنين لذلك العذر²، و هو الرأي الذي اختاره جمهور الأحناف، و بعض الشافعية و الحنابلة، و ابن رشد من المالكية، الذين أباحوا الإسقاط لعذر قبل نفخ الروح، بخلاف الحنابلة و ابن رشد الذين أطلقوا الإباحة³.

و هناك بعض الهيئات العلمية كاللجنة العلمية الدائمة للبحوث العلمية و الإفتاء في المملكة العربية السعودية، و كذلك المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي، الذي أباح إسقاط الجنين المشوه قبل نفخ الروح، و لكن بثلاث شروط:

- ❖ الشرط الأول: موافقة الزوجين: لأن للزوجين حقوقاً وواجبات تتعلق بالإسقاط، و لأن الإذن الطبي أساس في عقد الإجارة بين الطبيب و المريض.
- ❖ الشرط الثاني: عدم تعريض الحامل لخطر أشد: عملاً بقاعدة: إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها ضرراً بارتكاب أخفهما⁴.

¹ عبد الله باسلامة: "الجنين المشوه و الأمراض الوراثية"، مرجع سابق، ص: 485.

² فتوى دار الإفتاء المصرية – الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية ج 9 ص: 3093.

³ زين الدين ابن نجيم الحنفي ابن عابدين: "البحر الرائق شرح كنز الحقائق"، ج 4، دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان، الطبعة الأولى -1418هـ/ 1997م، ص: 550؛ علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى 587هـ): "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع"، ج 7، الناشر دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1406هـ - 1986م، ص: 325؛ أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد الحفيد، "بداية المجتهد و نهاية المقتصد"، ج 4، دار الكتب العلمية، ط الأولى 1994، ص: 335؛ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، "نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج"، ج 8، شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط الأولى 1997م، ص: 461.

⁴ عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى 911هـ): "الأشباه و النظائر"، القاعدة الحادية عشر، دار الكتب العلمية الطبعة الأولى، 1411هـ - 1990م، ص: 89.

❖ الشرط الثالث: شهادة طبييين عدلين يتفقان على ضرورة الإسقاط، و أنه لا يترتب على الإسقاط تعرض الحامل لخطر أشد من خطر الإسقاط¹.

خلاصة لما سبق عرضه للحالات التي يجوز فيها إسقاط الجنين المشوه، يتبين لنا أن الإسقاط يجوز في الحالتين السابقتين ما دام الحمل لم يصل إلى مرحلة نفخ الروح، و لا ينبغي التوسع في ذلك، مع الأخذ بكل الوسائل الطبية الحديثة التي تثبت تشوه الجنين حقيقة، تشوه يحتم عملية الإسقاط، أما إذا كان الحمل قد بلغ مائة و عشرين يوماً، فلا يجوز إسقاطه حتى ولو كان التشخيص الطبي يفيد أنه مشوه الخلقة، إلا إذا ثبت بتقرير لجنة طبية من الأطباء الثقات المختصين، أن بقاء الحمل فيه خطر مؤكد و غير متوهم على حياة الأم، فعندئذٍ يجوز إسقاطه، سواء كان مشوهاً أم لا، و ذلك دفعاً لأعظم الضررين، و يكون الإسقاط في هذه الحالة من أجل الحفاظ على حياة الأم و الحفاظ على صحتها، كما قرر ذلك الكثير من الفقهاء، كما تقدم الحديث عن ذلك.

الفرع الثاني: مرحلة الحمل التي يجوز فيها إجهاض الجنين المشوه

لا بد في هذا الفرع من بيان أقوال الفقهاء في حكم الإجهاض، و معرفة مدى تأثير التشوهات و الأمراض الوراثية في تكييف الإجهاض أو التغيير من حقيقته على نحو قد يؤثر في حكمه في بعض الحالات.

و قد تبين عند دراسة تقسيم الفقهاء للإجهاض أن أساس تقسيمه إلى إجهاض بعد نفخ الروح و إجهاض قبل ذلك هو أن مرحلة نفخ الروح تجعل الجنين خلقاً آخر، و هي بذلك تختلف و تتميز عن سابقتها من المراحل و الأطوار، و بالتالي فإن إجهاض الجنين قد يكون بعد نفخ الروح فيه، و قد يكون قبل نفخ الروح فيه، فهاتان حالتان، و لكل حالة حكمها.

و عليه سنحاول بيان نطاق إجهاض الجنين المشوه (أولاً) على أن نتطرق لشروط هذا الإجهاض المشروع (ثانياً) ثم نعرض على الاختيارات الطبية المطروحة في حالة ثبوت تشوه الجنين (ثالثاً).

أولاً: نطاق إجهاض الجنين المشوه

¹ فتوى المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي، رقم: (2484) بتاريخ 1399/7/16 هـ.

أسلفنا فيما سبق أنه لا يجوز تعمد إجهاض الحمل بعد تكونه لأنه ينطوي على مصادرة لحكمة الشارع سبحانه و تعالى، و مخالفة لها، و قد ميز أهل العلم في ذلك بين مرحلتين: المرحلة الأولى مرحلة ما قبل نفخ الروح، و المرحلة الثانية مرحلة ما بعد نفخ الروح.

1- مرحلة ما بعد نفخ الروح: فقد استقرت أقوال الفقهاء على أنه لا يجوز و يحرم الاعتداء على الجنين بالإسقاط بعد نفخ الروح فيه و أجمعوا على ذلك و لم يخالف منهم أحد، و ذلك ما لم يكن هناك عذر قاهر، كتحقق موت الأم إذا استمر بقاء الجنين في بطنها، فإنه يجوز ذلك، على حكم الضرورة و تغليياً لمصلحة الأم التي هي محققة، على المصلحة المحتملة للجنين، و إن تعمد إسقاط الجنين بدون عذر في هذه المرحلة يعتبر كقتل المؤمن في الحرمة، و قد قال تعالى: ﴿وَإِذَا الْمَوْءُودَةُ سُئِلَتْ بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ﴾¹.

وجه الدلالة من الآية القرآنية الكريمة

الموءودة هي البنت التي كانوا يدفنونها حية، فهي تسأل يوم القيامة لتبكي قاتليها، فلا يبعد كذلك أن يسأل الحمل الذي أسقط بعد نفخ الروح فيه عن سبب وأدبه و عدم تركه لمجريات الأمور و طبيعتها حتى تتم ولادته حياً أو ميتاً.

و لذلك أوجب الشرع الحكيم العقوبة على قتل الجنين في هذه المرحلة، كما جاء حديث المرأتين من هذيل، فهو دليل واضح على أن الجنين إذا مات بسبب الجناية عليه وجبت فيه الغرة مطلقاً، سواء انفصل عن أمه و خرج ميتاً، أو مات في بطنها، فأما إذا خرج حياً ثم مات ففيه الدية كاملة، و لكن لا بد أن يعلم أنه جنين، بأن تخرج منه يد أو رجل، و إلا فالأصل براءة الذمة و عدم وجوب الغرة².

و من هذا الذي تقدم ذكره نخلص إلى أنه لا يجوز و يحرم إسقاط الجنين في هذه المرحلة – مرحلة ما بعد نفخ الروح – ما لم يكن هناك عذر يقتضي ذلك كالخوف على حياة الأم من الهلاك مع بقاء الجنين في بطنها، و هذا ما اختاره الكثير من الفقهاء القدامى و المحدثين، كما أسلفنا، و هو أيضاً ما قرره المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي حيث جاء

¹ سورة التكويد، الآية: 8 و 9.

² أبي الفرج عبد الرحمان بن علي بن محمد بن الجوزي، "أحكام النساء"، الباب التاسع و الثمانون في إثم المرأة إذا تعمدت الإسقاط، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط الأولى 1417 هـ / 1997 م، ص: 357.

فيه : "إذا كان الحمل قد بلغ مائة و عشرين يوماً، لا يجوز إسقاطه، و لو كان التشخيص الطبي يفيد أنه مشوه الخلقة، إلا إذا ثبت بتقرير لجنة طبية، من الأطباء الثقات المختصين، أن بقاء الحمل فيه خطر مؤكد على حياة الأم، فعندئذ يجوز إسقاطه سواء كان مشوها أم لا"¹.

2- و أما مرحلة ما قبل نفخ الروح: فهي التي حصل بشأنها اجتهاد من قبل الفقهاء: فمنهم من قال: لا شيء في ذلك إذ لم تتحقق حياته بعد، و لا جنابة إلا بالعدوان على حياة موجود بالفعل، و منهم من قال يكره ذلك، لأنه عدوان باعتبار المآل، و المحققون من العلماء قالوا: إن الإسقاط حرام حتى و لو قبل نفخ الروح في الجنين، و إن الإثم فيه أقل من الذي نفخ فيه الروح، لأنه مترق إلى الكمال، و سائر إلى التمام، و لأن وجوده في الرحم له مراتب، و أولها كما يقول الإمام الغزالي: "أن تقع النطفة في الرحم و تختلط بماء المرأة، و تستعد لقبول الحياة، و لا شك إن إفساد ذلك جنابة، فإن صارت مضغة و علقه كانت الجنابة أفحش، و إن نفخ فيه الروح، و استوت الخلقة ازدادت الجنابة تفاحشاً، و منتهى التفاحش في الجنابة بعد الانفصال حياً"².

و في هذا الإطار نقرأ في كتب الحنفية أن الإسقاط قبل نفخ الروح لا يجوز إلا لعذر كأن ينقطع لبنها بعد ظهور الحمل، و لها ولد، و ليس له من يرضعه سواها إما لعجز الأب و فقره، و إما لنفور الولد مع خوف هلاكه، فهنا فقط قد يباح الإسقاط قبل نفخ الروح، صيانة لآدمي محقق الحياة، و تغليباً لمصلحة الحمل في الولادة حياً، و هي محتملة، و ذلك جائز في القواعد الشرعية، أما إسقاطه بغير عذر فإثم كبير و حرام لا يحل الإقدام عليه لأنه جنابة على مخلوق مُتَرَقٍّ إلى الكمال و سائر إلى التمام كما أسلفنا، و قد نقل عن ابن عابدين صاحب الحاشية قوله: "و لا أقول بالحل إذ المحرم لو كسر بيض الصيد ضمنه لأنه أصل الصيد، فلما كان يؤخذ بالجزاء في الصيد، فلا أقل من أن يلحق الإثم في الجنين" و قال على ابن موسى من فقهاء الحنفية: إن الماء بعدما يقع في الرحم مآله الحياة فيكون له حكم الحياة، و لكن إذا كانت الأم ستموت من بقاء الحمل في بطنها، و ذلك بتقرير العدول من الأطباء، فقد

¹ جاء قرار المجمع في دورته الثانية عشرة 1410 هـ/ 1990 م.

² أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى: 505 هـ): "إحياء علوم الدين"، ج 4، الناشر دار المعرفة - بيروت، سنة 1356 هـ، ص: 1194.

يباح أيضاً إسقاط الجنين في هذه الحالة تغليباً لمصلحة الأم و هي محققة، على مصلحة الجنين و هي محتملة¹.

و كذلك قرر فقهاء المالكية أنه لا يباح الإسقاط —على المعتمد منذهب— و لو لم يمر على الحمل أربعون يوماً، فلا يجوز إخراج المني المتكون في الرحم، و لو قبل الأربعين يوماً، و إذا نفخ فيه الروح حرم إجماعاً...²

و في المذهب الشافعي رأيان، أرجحهما القول بالحرمة، و قد نص الرملي في نهاية المحتاج على ذلك أيضاً فقال: "اختلف في النطفة قبل تمام الأربعين يوماً على قولين، قيل لا يثبت لها حكم السقط و الوأد، و قيل لها حرمة، و لا يباح إفسادها..³

و في المذهب الحنبلي أيضاً روايتان، حيث رخصت طائفة من فقهاءهم للمرأة بأن تسقط ما في بطنها ما لم تنفخ فيه الروح، و قاسوا ذلك على العزل، و هذه هي الرواية الضعيفة كما صرح بذلك ابن رجب الحنبلي، لأن الجنين ولد أُنْعَقَدَ، و ربما تصور، و في العزل لم يوجد ولد بالكلية و إنما تسبب إلى منع انعقاده، و قد لا يمتنع انعقاده بالعزل إذا أراد الله خلقه، أما إذا صار الولد علقه فقد صرح الحنابلة بأنه لا يجوز للمرأة إسقاطه لأنه ولد انعقد بخلاف النطفة، فإنها لم تتعقد بعد، و قد لا تتعقد ولداً⁴، و نص ابن الجوزي من الحنابلة على أن تعمد إسقاطه قبل نفخ الروح فيه مطلقاً مخالفة لمراد الحكمة، و فيه إثم كبير لأنه مُتَرَقٍّ للكمال و سائر إلى التمام، إلا أنه أقل إثماً من الذي نفخ فيه الروح⁵.

و يرى الظاهرية و الزيدية التمييز بين مرحلة النطفة و مرحلة العلقه و المضغة قبل نفخ الروح، و ما بعد ذلك استناداً إلى ظواهر النصوص، ففي مرحلة ما قبل نفخ الروح فلا شيء في الإسقاط لا كفارة و لا حرمة، لأن رسول الله صلى الله عليه و سلم قضى بالغرة في الحمل المستبين عند إسقاطه ولم يقض بكفارة، و هي لا تكون إلا عند القتل الخطأ، و القتل

¹ محمد أمين بن عمر عابدين: "رد المحتار على الدر المختار، حاشية ابن عابدين"، ج 10، دار عالم الكتب للطباعة و النشر، ديس، ص: 335.

² شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير"، ج 2 و 4، دار إحياء الكتب العربية، ديس، ص: 237.

³ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، "نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج"، ج 8، مرجع سابق، ص: 442.

⁴ زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامي، البغدادي، الحنبلي (المتوفى: 795هـ): "جامع العلوم و الحكم"، ج 4، الناشر الفاروق الحديثة للطباعة و النشر -بيروت، الطبعة الثانية -1424هـ- 2003م، ص: 106.

⁵ ابن الجوزي: "أحكام النساء"، مرجع سابق، ص: 374.

لا يكون إلا لدى روح، أما بعد نفخ الروح في الحمل فيجب في إسقاطه الغرة مع الكفارة، و يحرم تعمد إسقاطه، احتراماً لإنسانيته¹.

الترجيح: بعد هذا العرض الموجز لمراحل الحمل و أقوال الفقهاء في جواز الإسقاط و عدمه يتبين لنا مما سبق أن الفقهاء مجمعون على أنه لا يجوز إسقاط الحمل بعد نفخ الروح فيه – أي بعد مرور مائة و عشرين يوماً – بدون عذر، و العذر المعتبر في هذه الحالة هو الخوف على حياة الأم، فيضحي به من أجل حياة أمه لأنها أصله، و إن كان البعض لا يعتبر هذا العذر و لا يأخذ به، كما جاء في فتوى اللجنة الفقهية التابعة لوزارة الأوقاف الكويتية: " أنه يحظر على الطبيب إجهاض امرأة حامل لإنقاذ حياتها، و مع ذلك إذا لم يكن الحمل قد أتم أربعة أشهر يجوز إسقاطه في الحالتين الآتيتين:

- أ- إذا كان بقاء الحمل يضر بصحة الأم ضرراً جسيماً.
 - ب- إذا ثبت أن الجنين سيولد مصاباً على نحو جسيم بتشوه بدني أو قصور عقلي لا يرجى البرء منهما، ووافق الزوجان على الإجهاض².
- و على ذلك فلا يجوز إسقاط الجنين المشوه بعد نفخ الروح فيه، و لا يعد التشوه عذراً لإسقاط هذا النوع من الأجنة، لأنه يكون تعد على مخلوق حي تحققت حياته.

ثانياً: شروط الإجهاض المشروع للجنين المشوه

إذا لم يبلغ عمر الجنين مائة و عشرون يوماً، و ثبت بالتشخيص الدقيق أن هذا الجنين مصاب بتشوهات تستحيل أو تصعب معها الحياة، و كانت نتائج هذا التشخيص حقيقية لا ظنية و لا وهمية، و أن حياته تكون سيئة، و يترتب على ذلك آلام عليه و على أهله، فلا بأس حينئذ كما تقدمنا من إسقاط هذا الجنين على مذهب الكثير من الفقهاء الذين تقدم ذكرهم، و لكن هذا الإسقاط ليس على إطلاقه، بل إن الفقهاء الذين أجازوا الإسقاط لهذا العذر قيدوه

¹ المهدي لدين الله أحمد بن يحيى ابن المرتضى: "البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار"، ج 6، دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة الأولى -1368هـ/1947م، ص: 396.

² مجموعة الفتاوى الشرعية الصادرة عن قطاع الإفتاء و البحوث – وزارة الأوقاف الكويتية – 2.3/2-303 أشار إليه، محمد عبد الرحيم: "إجهاض المرأة الحامل بالجنين المشوه"، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون – كلية الشريعة و القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة 2002/7/5، المجلد الرابع، ص: 1773.

بكثير من الشروط، و لمجرد وجود بعض التشوهات البسيطة التي يمكن أن يعيش الجنين بها و معها، أو يمكن علاجها داخل أو خارج الرحم، و قد اشترطوا لذلك الشروط التالية:

1- أن يكون الإسقاط قبل نفخ الروح -أي قبل مرور مائة و عشرين يوماً- لأنه لا يجوز إسقاط الجنين بعد نفخ الروح فيه إلا في حالة واحدة، و هي إذا ما خيف على حياة الأم من بقاء الجنين في بطنها، و أي عذر بعد نفخ الروح غير هذا فهو غير معتبر شرعاً، كما قرر ذلك الفقهاء¹.

و هو الرأي الذي أفتت به هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية، حيث جاء في فتواها: بعد الطور الثالث و بعد إكمال أربعة أشهر لا يحل إسقاط الحمل حتى يقرر جمع من المختصين الثقاة، أن بقاء الجنين في بطن أمه يسبب موتها، و ذلك بعد استنفاد كافة الوسائل لإنقاذ حياته².

2- أن يكون هناك عذر أو ضرورة معتبرة شرعاً لإباحة إسقاط الجنين، و هو مذهب جمهور الحنفية و بعض الشافعية³، إذ يرون جواز إسقاط الحمل ما لم تنفخ فيه الروح إذا وجد عذر مقبول يُسوّغ ذلك، و قد مثل الحنفية للعذر بأن ينقطع لبن الأم بعد ظهور الحمل و لها طفل رضيع، و ليس لوالده ما يستأجر به مرضعة، و هذا العذر الذي أتى به ابن وهبان من الحنفية لا يقوى على مناهضة عذر تشوه الجنين، حيث أن عذر انقطاع اللبن يمكن التغلب عليه في العصر الحاضر عن طريق الألبان الصناعية و غيرها، أما عذر التشوهات الشديدة التي تصاب بها الأجنة و التي لا يمكن علاجها، فلا يمكن التغلب عليها إذا لم يتوصل الأطباء إلى علاج لها.

و يقصر بعض فقهاء الشافعية العذر على كون الحمل حاصل من الزنا كما أشار إليه الرملي رحمه الله تعالى، حيث قال: "لو كانت النطفة من زنى فقد يتخيل الجواز قبل نفخ

¹ ابن عابدين: "حاشية بن عابدين"، ج 4، مرجع سابق، ص: 335؛ الدسوقي: "حاشية الدسوقي"، ج 2، مرجع سابق، ص: 311؛ علي أحمد الندوي: "القواعد الفقهية"، دار القلم - دمشق - بيروت، الطبعة الثالثة - 1414هـ/1994م، ص: 141؛ أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي: "إحياء علوم الدين"، ج 2، مرجع سابق، ص: 51.

² فتوى هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية رقم 140 بتاريخ 1407هـ في ما يتعلق بإسقاط الجنين.

³ ابن عابدين: "حاشية بن عابدين" ج 4، مرجع سابق، ص: 335؛ علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى 587هـ): "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع"، ج 7، الناشر دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1406هـ - 1986م. ص: 345؛ شمس الدين الرملي: "نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج"، ج 8، مرجع سابق، ص: 442.

الروح"¹، و ذلك ما لم يترتب على بقاء الحمل فضيحة أو عار. كما أن بعض المعاصرين أجاز الإسقاط، قبل نفخ الروح للضرورة أو لعذر معتبر، و خاصة تشوه الجنين، و من هؤلاء الشيخ القرضاوي، الشيخ جاد الحق على جاد الحق، و الحبيب الخوجة، و الشيخ عبد الله البسام، و الشيخ مصطفى الزرقا².

و عليه فإن إجازة الإسقاط مشروطة بوجود الضرورة الطبية القصوى التي يقررها الأطباء و لا يجوز في غير ذلك.

و على ذلك تكون الضرورة أو العذر أحد الشروط اللازمة لإجازة إسقاط الجنين المشوه.

3- إصابة الجنين بتشوهات خطيرة لا يمكن أو يصعب علاجها: فإذا ثبت للأطباء أن الجنين مصاب بتشوهات خلقية واسعة تؤدي في الغالب إلى موته ولو بعد فترة من ولادته جاز إسقاطه لهذا السبب إذا لم يبلغ مائة و عشرين يوماً، و هذا ما أفتى به الشيخ جاد الحق، حيث قال فضيلته بعدما بين حكم إسقاط الجنين بسبب التشوهات: "و من هذا يتضح أن المعيار في جواز الإجهاض قبل استكمال الجنين مائة و عشرين يوماً رحماً، هو أن يثبت علمياً وواقعياً خطورة ما به من عيوب وراثية، و أن هذه العيوب تدخل في النطاق المرض الذي لا شفاء منه و أنها تنتقل إلى الذرية"³.

و على مستوى التشريعات فإن المشرع الفرنسي⁴ يسمح بالإجهاض أو ما يصطلح عليه بالوقف الاختياري للحمل، و فرق بين نوعين من الإجهاض أولهما الإجهاض الإرادي، و ثانيهما الإجهاض الطبي، و فيما يتعلق بالأول يكون الحق في الإجهاض مقررًا بغض النظر عن الظروف الصحية التي تمر بها الأم الحامل أو جنينها، و لكن يجب أن يكون

¹ شمس الدين الرملي: "نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج"، ج 8، مرجع سابق، ص: 446.

² قرضاوي: "الحلال و الحرام في الإسلام"، مرجع سابق، ص: 178.

³ دار الافتاء المصرية: الفتاوى الإسلامية من دار الافتاء المصرية المجلد التاسع، الناشر المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية

مصر، 23 نوفمبر 2009، ص: 3107.

⁴ أنظر مدونة الصحة العامة الفرنسية المواد L-2212-1 و ما يليها، منشور على موقع الانترنت التالي:

- <http://www.legifrance.gouv.fr>

القرار الإرادي الخاص بقطع الحمل خلال الاثني عشر أسبوعا الأولى من الحمل¹، و ذلك وفق الشروط التالية :

- أن يتم العمل الطبي بواسطة طبيب أخصائي، و في مستشفى عام أو خاص.
- يفرض هذا النوع من الإجهاض على الطبيب التزاما بإعلام المرأة بالمخاطر الطبية التي تتعرض لها على أن يسلم ملفا إرشاديا (المادة 3-L2212 من مدونة الصحة العامة).

بعد استكمال هذه الإجراءات، أعطى هذا القانون مهلة للمرأة الحامل و هي مدة أسبوع من تاريخ تقديم الطلب الأول لكي تحدد موقفها بصفة نهائية (المادة 5-L2212 من نفس القانون) على أن يكون تأكيد رغبتها في وقف الحمل كتابة.

و فيما يخص النوع الثاني، يكون الحق في قطع الحمل متوقفا على توافر أسباب طبية، تعطي الحق في عدم استكمال الحمل خوفا على صحة الجنين أو الأم ذاتها، و هذا الحق ليس مقيدا بمدة معينة، ف طالما توفرت الأسباب و الشروط الطبية التي تؤدي إليه فلا توجد موانع تحول دون ذلك.

كما تناول المشرع الإنجليزي في قانون الإجهاض بيان حالات الإنهاء الطبي للحمل بقوله "أنه لا يعد الشخص مرتكبا لجريمة تقع تحت طائلة قانون الإجهاض إذا كان الحمل قد أنهى بمعرفة طبيب معتمد من أن الطفل إذا ولد فسوف يعاني من عاهة بدنية أو ذهنية بحيث يكون معوقا على نحو خطير"².

كما أباح المشرع التونسي الإجهاض حيث ورد النص في التشريع الجنائي التونسي أنه يرخص في إبطال الحمل خلال الثلاثة أشهر الأولى منه من طرف طبيب مباشر لمهنته و بصفة قانونية في مؤسسة استشفائية أو في مصحة مرخص لها بذلك، كما يرخص فيه بعد الثلاثة أشهر الأولى إن كان يتوقع أن يصاب الوليد بمرض أو آفة خطيرة و في هذه الحالة

¹ L'article 2212-1 du csp stipule que " La femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse."

² المادة الأولى من قانون الإجهاض الصادر في إنجلترا عام 1967م. أنظر الموقع الإلكتروني: . Abortion Act 1967- Legislation.gov.uk, the law relating to termination <http://legislation.gov.uk> of pregnancy by registered medical practitioners. 27th October 1967. Vu 2020/05/02, 15h12min.

يجب أن يتم إبطال الحمل في مصحة مرخص لها بذلك، و ذلك بعد الاستظهار لدى الطبيب الذي سيتولى ذلك بتقرير من الطبيب الذي يباشر العملية¹.

وعلى مستوى التشريع المغربي فإنه يترتب البطلان بمقتضى الفصل 782 من ق ل ع في الأحوال التي يتم فيها الاتفاق على القيام بأعمال مخالفة للقانون أو الأخلاق الحميدة أو النظام العام، كما هو الشأن بالنسبة للاتفاقات المتعلقة بالإجهاض، و عليه فإنه جرم الإجهاض في المادة 451 من القانون الجنائي التي نصت على أن " الأطباء و الجراحون و ملاحظو الصحة و أطباء الأسنان و القابلات و المولدرات و الصيادلة، و كذلك طلبة الطب أو طب الأسنان أو الصيدلة و عمال الصيدليات و العشابون و المضمدون و بائعو الأدوات الجراحية و الممرضون و المدلكون و المعالجون بالتسبيب و القابلات العرفية، الذين يرشدون إلى وسائل تحدث الإجهاض أو ينصحون باستعمالها أو يباثرونها، يعاقبون بالعقوبات المقررة في أحد الفصلين 449 و 450 على حسب الأحوال.

و يحكم على مرتكب الجريمة، علاوة على ذلك، بالحرمان من مزاولة المهنة، المقرر في الفصل 87، إما بصفة نهائية، أو لمدة محدودة".

و مقابل النص المذكور نص الفصل 453 من نفس القانون أنه: " لا عقاب على الإجهاض إذا استوجبت ضرورة المحافظة على صحة الأم متى قام به علانية طبيب أو جراح بإذن من الزوج.

و لا يطالب بهذا الإذن إذا ارتأى الطبيب أن حياة الأم في خطر، غير أنه يجب عليه أن يشعر بذلك الطبيب الرئيس للعمالة أو الإقليم.

و عند عدم وجود الزوج أو إذا امتنع الزوج من إعطاء موافقته أو عاقه عن ذلك، فإنه لا يسوغ للطبيب أو الجراح أن يقوم بالعملية الجراحية أو يستعمل علاجا يمكن أن يترتب عنه الإجهاض إلا بعد شهادة مكتوبة من الطبيب الرئيسي للعمالة أو الإقليم يصرح فيها بأن صحة الأم لا يمكن المحافظة عليها إلا باستعمال مثل هذا العلاج".

¹ المادة 214 من المجلة الجزائرية التونسية 2019، قانون عدد 46 لسنة 2005 مؤرخ في 6 جوان 2005، الرائد الرسمي عدد 79 المؤرخ في أول أكتوبر 1913. الناشر المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية بتاريخ 25 يونيو 2019.

و يستفاد من النصين أن الإجهاض في التشريع المغربي نوعان: إجهاض علاجي، تلجأ إليه المرأة الحامل متى كان بقاء الجنين في بطنها قد يؤدي بحياتها أو يلحق بها ضرراً فادحاً، فيلجأ الأطباء إلى التضحية بحياة الجنين مقابل حياة الأم. و إجهاض جنائي، يعاقب عليه القانون الجنائي في الفصل 451، و من ثم فإن المشرع المغربي لا يعترف بالوقف الإرادي للحمل. و لم يأخذ بعين الاعتبار حالة الجنين الذي سيولد، و إنما ربط بإباحة الإجهاض العلاجي بوجود تهديد لحياة الأم، مما يعني أن القانون الجنائي لم يستثني إمكانية لجوء الأم إلى إنزال جنينها إذا ثبت من خلال الفحوصات التي قامت بها أنه سيولد مشوهاً أو من ذوي الإحتياجات الخاصة.

و يعتبر هذا التوجه نفسه المنصوص عليه في مدونة أخلاقيات الأطباء المغربي في الفصل 32 الذي نص على أنه لا يمكن اللجوء إلى الإجهاض العلاجي إلا إذا كانت حياة الأم في خطر، و أن هذه العملية من شأنها إنقاذ حياتها.¹

كما تناولت النصوص الموالية من نفس القانون شروط إجراء الإجهاض العلاجي، و ذلك بأن يتم أخذ رأي طبيبين أحدهما مقيد بلائحة الخبراء المقبولين لدى المحاكم، و بعد فحص حالة المريضة يحرر كل طبيب إشهاداً بكون عملية الإجهاض هي الوسيلة الوحيدة

¹ Code de déontologie des médecins du maroc, Référence (B.O N° 19 juin 1953, p. 828). Article 32: "Il ne peut être procédé à un avortement thérapeutique que lorsque, la vie de la mère se trouvant menacée, cette opération permet d'espérer sauver la vie de la mère .

On entend par avortement thérapeutique l'interruption provoquée de la grossesse, dans un but thérapeutique, avant la date de viabilité fœtale.

Dans ce cas le médecin doit obligatoirement prendre l'avis de deux médecins consultants dont l'un pris sur la liste des experts près les tribunaux, qui, après examen et discussion, attesteront par écrit que la vie de la mère ne peut être sauvegardée qu'au moyen d'une telle intervention thérapeutique.

Les trois médecins prenant part à la consultation doivent indépendamment des trois certificats dont un exemplaire est conservé par chacun d'eux, rédiger un certificat analogue et le délivrer à la malade. Dans tous les cas, quelle que soit la décision prise, ils doivent établir un protocole donnant les raisons de celle-ci et l'adresser sous pli recommandé au président du conseil régional dont ils font partie. Si les médecins relèvent de conseils différents, un exemplaire du procès-verbal est adressé à chaque conseil régional intéressé.

En cas d'indication d'avortement thérapeutique et hors le cas d'extrême urgence, le médecin a l'obligation de se conformer aux règles suivantes :

1° Si la malade, dûment prévenue de la gravité du cas, refuse l'intervention, le médecin doit s'incliner devant la volonté librement exprimée de la malade;

2° Si le médecin sait que la malade consentante est mineure, il doit avant de pratiquer l'intervention s'efforcer d'obtenir le consentement du mari ou des membres de la famille exerçant la puissance paternelle;

3° Si le médecin, en raison de ses convictions, estime qu'il lui est interdit de conseiller de pratiquer l'avortement, il peut se retirer en assurant la continuité des soins par un confrère qualifié".

لإنقاذ حياة الأم و تسلم الشهادة المذكورة لهذه الأخيرة، كما عليهم تحرير بروتوكول يعلنون فيه قرارهم و يوجهون نسخة منه إلى رئيس مجلس الأطباء الجهوي، فضلا عن ضرورة الحصول على موافقة الزوج أو المسؤول عن الزوجة في حالة كونها قاصرا، و في الأحوال التي ترفض الحامل إجراء هذه العملية فعلى الطبيب احترام إرادتها.

و الملاحظ أن الإجراءات التي يتعين اتخاذها قبل مباشرة الإجهاض العلاجي تختلف بين ما هو منصوص عليه في القانون الجنائي، و تلك المذكورة في قواعد أخلاقيات مهنة الطب. و نرى أن ما نص عليه القانون الجنائي أسمى و أجدر بالتطبيق ما دام أن ما دون في مدونة الآداب المهنية للأطباء مجرد قواعد أخلاقية صيغت في شكل نصوص لا ترقى إلى النص القانوني الملزم.

و عليه فإن استقراء هذه الفصول في التشريع المغربي نجده قنن إجراء عملية الإجهاض في حالة واحد، و هي حالة ضرورة المحافظة على صحة الأم، في حين لا تزال الأصوات تنادي بضرورة إباحة ممارسة الإجهاض من خلال إخراج مشروع قانون¹ المقترح على البرلمان الذي ينص على إباحة ممارسة الإجهاض، وإلغاء المقتضيات القانونية الحالية التي تنزل عقوبات جنائية على ممارستها.

و بعد فإنه ينبغي عند إباحة إجهاض الجنين المشوه توافر مجموعة من الضوابط التي تكفل ضمان قصرها على حالات الضرورة فقط، و لا تتخذ وسيلة لتحقيق أغراض أخرى، و من هذه الضوابط:

1- لا يجوز إجراء عملية الإسقاط إلا بتقرير من لجنة طبية مكونة من ثلاث أطباء على الأقل، شريطة أن يكون هؤلاء الأطباء مسلمين و يوضح التقرير تأكيد إصابة الجنين بتشوهات لا يمكن علاجها، و يوضح في هذا التقرير أيضا حالة المرأة الصحية بالتفصيل و ما يمكن أن تؤول إليه حالتها في الحالتين -حالة الإجهاض و عدمه-.

¹ مشروع قانون مقترح على الغرفة الأولى للبرلمان ينص على إباحة ممارسة الإجهاض، و إلغاء المقتضيات القانونية الحالية التي تنزل عقوبات جنائية على ممارستها، بحيث تعمل لجنة العدل و التشريع و حقوق الإنسان بمجلس النواب على دراسته و إدخال تعديلات على القانون الجنائي الحالي، وفق دراسة خلصت إليها لجنة خاصة، كلفها ملك البلاد بدراسة الموضوع من جوانبه الدينية و الاجتماعية و القانونية، و تتمثل الحالات التي تشملها الإباحة في وجود خطر يمثل الحمل على حياة أو صحة الأم، و في حال الحمل الناجم عن اغتصاب، أو الحمل الناجم عن زنا المحارم، أو تأكد وجود أمراض جينية أو تشوهات خلقية لدى الجنين، أو في حال كانت الحامل مختلة عقليا.

-مقال تحت عنوان: مقترح تشريعي في البرلمان المغربي يجيز الإجهاض، في الانترنت: <https://www.alaraby.co.uk> بتاريخ 07/02/2020 على الساعة 15 و 25 دقيقة.

- 2- يُعرض هذا التقرير على لجنة من الفقهاء المختصين لإبداء حكم الشرع في التقرير و ما إذا كانت الحالة يباح فيها الإسقاط أم لا، و يجوز أن يجتمع الأطباء مع الفقهاء في حالة الحاجة إلى مزيد من الإيضاح، و يجب أن يتم ذلك كله في وقت مناسب حرصاً على صحة الأم و حياتها.
- 3- يجب أن تُجرى هذه العملية في مستشفى عام تابع للدولة، و تحت إشراف إدارة المستشفى.

ثالثاً: الاختيارات الطبية المطروحة في حالة ثبوت تشوه لدى الجنين

بداية و قبل الحديث عن الاختيارات الطبية المطروحة في حالة ثبوت تشوهات لدى الجنين، أود الإشارة إلى أن أفضل الوسائل التي يمكن أن نحسن بها الأجنة ضد الإصابة بالتشوهات أو الأمراض الوراثية، هي أن نأخذ بالأسباب الوقائية.

مع أن العمل بهذا الأسباب الوقائية لا ينافي حقيقة التوكل على الله تعالى، بل هو تحقيق للاعتماد على الله عز وجل لأنه سبحانه قد رتب وقوع المسببات على عمل الأسباب، و هذا من الشرع، بينما الاعتماد عليها نوع من الشرك.

و بمعنى آخر فإنه مما لا شك فيه أن الحل الأمثل في موضوع الأجنة المشوهة و الأمراض الوراثية هو منع حدوثها أصلاً، فإن لم يكن منع هذا الحدوث فلا أقل من تخفيف نسبة الإصابة بالابتعاد عن الأسباب المؤدية إلى حدوث تشوه الأجنة، و هو أمر تسهم فيه الشريعة الإسلامية بتعاليمها الغراء.

فأهم الأسباب الوقائية من التشوهات الخلقية للأجنة:

- 1- أهمية اختيار الزوجة الصالحة و الزوج الصالح: إذ يشمل الصلاح النواحي الخلقية و الخلقية، فيؤكد من خلوهما من الأمراض الوراثية أو المعدية التي قد تنتقل من أحد الزوجين إلى الذرية¹.

¹ جمال أبو السرور: التربية السكانية، إصدارات المركز الدولي الإسلامي للدراسات و البحوث السكانية بجامعة الأزهر (1418هـ - 1997م) ص: 201.

و من أجل ذلك أباح الفقهاء رد النكاح و المهر إذا وجد في أحد الزوجين عيب أو مرض كالبرص أو الجذام ونحوه¹.

2- إن انغلاق الأسرة أو القبيلة على نفسها بحيث لا أحداً يتزوج إلا من أفرادها قد يؤدي ذلك إلى ظهور بعض الأمراض الوراثية، و لهذا كرّره بعض الفقهاء زواج الأقارب لهذا السبب، و منهم الإمام الشافعي رحمه الله تعالى، كما روى عن عمر رضي الله عنه قوله: "اغتربوا، لا تضووا"²، أي تزوجوا الغريبات حتى لا يضعف النسل.

3- البعد عن تعاطي العقاقير التي تؤدي إلى تشوهات الجنين، يقول الدكتور البار: "أهم عقار أو مادة تسبب تشوه الأجنة و أكثرها انتشاراً في العالم مادة الكحول"³.

و الإسلام قد حرم تعاطي الخمر بأنواعها، و كذا المخدرات⁴، و حمى بالتالي آلاف الأجنة من التشوه، و هناك الكثير من العقاقير الكيماوية التي ينبغي للحامل أن تحذر منها أثناء الحمل، و لا تتناول شيئاً منها إلا بعد استشارة الطبيب المختص.

4- البعد عن الرذيلة -الزنا و اللواط- يقول الدكتور البار: "أشهر الأمراض المعدية البكتيرية التي تسبب تشوه الجنين هو مرض الزهري و الذي لا يحدث إلا نتيجة الزنا"⁵.

و برز في الآونة الأخيرة مرض الإيدز الذي يعتبر سبباً -كذلك- في التشوه، و لهذا نعلم تحريم الإسلام لكل صور الرذيلة التي هي من أهم أسباب انتشار هذه الفيروسات المعدية.

5- الاهتمام بفحص الراغبين في الزواج من أجل التثبت من خلوهما من الأمراض المعدية و العيوب الوراثية الظاهرة، و ذلك قبل الزواج، و كذا قبل الإنجاب، و عند بداية الحمل⁶.

¹ الدسوقي: "حاشية الدسوقي"، ج 2، مرجع سابق، ص: 177؛ موفق الدين ابن قدامة، "المغني"، كتاب الديات، ج 10، دار عالم الكتب، ط الثالثة 1417هـ/ 1997م، ص: 57.

² موفق الدين ابن قدامة: "المغني"، ج 9، مرجع سابق، ص: 521؛ أحمد بن محمد بن علي الفيومي: "المصباح المنير"، مرجع سابق، ص: 189.

³ محمد علي البار: "الجنين المشوه و الأمراض الوراثية"، مرجع سابق، ص: 364.

⁴ السيد سابق: "فقه السنة"، المجلد الثاني، دار الكتاب العربي، بيروت- لبنان، الطبعة الثالثة - 1977م 1397هـ، ص: 513.

⁵ محمد علي البار: "الجنين المشوه"، مرجع سابق، ص: 364.

⁶ محمد علي البار: "الجنين المشوه"، نفس مرجع، ص: 366 و 367.

و بعد ذلك فإن الطبيب المعالج إذا توصل إلى وجود ثمة مرض أو تشوه لدى الجنين فإن الحلول المطروحة ستتوقف على خطورة الموقف و عمر الجنين و رأي الزوجين، و في جميع الأحوال فإن هذه الحلول ستكون إما بالتدخل العلاجي -بإعطاء الحامل بعض الأدوية- أو الجراحي على الجنين، و إما بالانتظار حتى تتم الولادة لإزالة التشوهات إن كان ذلك ممكناً، أو معالجة المرض لدى الوليد، و إما بانتهاء الحمل و إسقاطه إذا لم يوجد اختيار آخر.

الاختيار الأول: التدخل العلاجي (إعطاء الحامل بعض الأدوية) أو الجراحي على

الجنين

من الجدير بالذكر أن الطب الجيني قد بدأ ظهوره في الستينات من القرن الماضي، و ذلك عندما أخرجت - أولاً - أجنة حيوانية من رحم أمهاتها و عولجت ثم أعيدت مرة أخرى إلى الرحم في منتصف الحمل، و كان الأطباء يعالجون حالات الشديدة بتغيير دم أجنة البشر المصابة بهذا المرض، و اكتشفوا بعد ذلك بعشرة أعوام أنه يمكن علاج نقص الفيتامينات في الجنين بإعطاء الأم جرعات مضاعفة من هذه الفيتامينات، كما يمكن علاج حالات إصابة القلب في الجنين بإعطاء الأم جرعات مضاعفة من عقار (الدجالتر)، حيث تنفذ هذه المركبات جميعها من الحاجز المشيمي¹.

و يقول الدكتور البار "أن إعطاء الحامل كمية جيدة من فيتامين "ب" المركب و حامض الفوليك يمنع إلى حد كبير حدوث عيوب الأنبوب العصبي المفتوح، و هو تشوه شديد الخطورة".

و قد استطاع الأطباء في الآونة الأخيرة إجراء عمليات نقل دم الجنين قبل ولادته لتفادي بعض الأمراض الخطيرة في الدم مثل الأنيميا الناتجة عن تحلل كرات الدم الحمراء بسبب تضاد فصيلة دم الأم و فصيلة الجنين².

و في أثناء الحياة الرحمية يمكن أيضاً التدخل الجراحي على الأجنة، و من أولى هذه الحالات ما تم في جامعة كاليفورنيا (بسان فرانسيسكو)، حيث أظهر فحص بالموجات الصوتية أن جنيناً يبلغ عمره 21 أسبوعاً و يعاني من انسداد بولي أدى إلى نقص السائل

¹ منى فريد عبد الرحمن: "تجارب على الجنين، الناشر المكتبة الأكاديمية- القاهرة، سنة 1992م، ص: 65.

² محمد على البار: "الجنين المشوه و الأمراض الوراثية"، مرجع سابق، ص: 368.

الأمينوسي حوله و هو الذي يتكون أساساً من بول الجنين، و يعني قَلْته عدم قدرة الجنين على إخراج البول، و قد أُخْرِجَ هذا الجنين جزئياً من بطن أمه و أُعيد تشغيل حاله و أُعيد مرة أخرى إلى مكانه حيث أكمل نموه حتى الولادة بعملية قيصرية، و لكنه توفي بعد ولادته بتسع ساعات نتيجة لإصابة رئتيه إصابة بالغة لا يمكن شفائها من تراكم البول الذي عانى منه في فترة نموه الأولى قبل إجراء العملية و إن ظلت العملية ناجحة طبياً و إن كان توقيت إجراءاتها متأخر نسبياً فلم تسعف الجنين في إنقاذ حياته¹.

يقول الدكتور البار "كذلك استطاع الأطباء في المراكز المتقدمة إجراء عمليات جراحية للجنين المصاب بموه الدماغ (استسقاء الدماغ) و بالتالي سحب المياه المجتمعة في رأسه و دماغه، كما يمكن أيضاً سحب كمية من هذه المياه عند أو قبل الولادة حتى تتم الولادة بسلام.. وقد كان الأطباء في السابق يقومون بتهديش رأس الجنين عند الولادة"².

و تأتي الحالة الثانية للتدخل الجراحي على الأجنة من مركز أبحاث الصحة بجامعة – كولورادو- حيث أظهر كشف بالموجات فوق الصوتية على امرأة حامل من – ميتشجان – بأمريكا – أن الجنين يعاني من استسقاء بالمخ أدى لظهور رأسه ككرة قدم منتفخة مما يقرر أبواه الكاثوليكيان الموافقة على إسقاطه.

و لعلاج هذه الحالة فقد تم إدخال أنبوبة شبيهة (بالمكرونة الإسباجتي) ذات صمام ذو اتجاه واحد، من خلال إبرة ملفوفة إلى جمجمة الجنين لتكون ممراً لخروج السائل الضاغط على المخ إلى السائل الأمينوسي المحيط بالجنين، و قد أجريت هذه العملية دون فتح الرحم، حيث اخترقت الإبرة الأم ثم إلى الجنين و استعان فيها الجراحين بحاسة اللمس و الموجات فوق الصوتية فقط، و قد نجحت العملية و عاش الجنين و بدأ طبيعياً حتى الآن.

و قد استطاعت الكثير من الدول و على رأسها الولايات المتحدة الأمريكية أن تُنشئ أقساماً للتدخل الجراحي لإصلاح التشوهات الخلقية في الجنين منذ السبعينات و تبعتها اليابان و بعض الدول الأوروبية، حيث يمكن تصليح فتق، الحجاب الحاجز و فتق العمود الفقري

¹ بدر محمد السيد إسماعيل: مرجع سابق، ص: 231.

² محمد على البار: "الجنين المشوه و الأمراض الوراثية"، مرجع سابق، ص: 368.

للجنين في الشهر الرابع أو الخامس من الحمل عن طريق فتح الرحم و إخراج الجنين و إجراء العملية الجراحية له و إرجاعه إلى بطن أمه لاستكمال الحمل بصورة طبيعية¹.

- علاج الأجنة باستخدام الهندسة الوراثية:

يمكن الآن اللجوء للهندسة الوراثية للتغلب على بعض الأمراض و التشوهات التي تصيب الجنين خاصة بعض الأمراض الوراثية، مثل الأمراض الخاصة بالجهاز المناعي، و ذلك عن طريق زراعة خلايا الكبد الجنيني، حيث تحفظ مع خلايا من كبد الجنين الطبيعي المجهض، و تغرس عن طريق إبرة في الحبل السري للجنين المشوه، فتذهب هذه الخلايا إلى كبد الجنين و تعمل بعد ذلك على تصنيع البروتين المطلوب، و لأن جهاز المناعة في طور الجنيني غير المكتمل، فإن زراعة خلايا من جنين آخر لا تُرفض كما في حالة زراعة الأعضاء.

و قد تمت معالجة بعض الأجنة فعلاً سنة 1991م بنجاح، و ذلك من خلال استنساخ أو زرع الجينات المعالجة للمرض نفسه، ثم تدخل الجينات إلى الخلية المطلوبة ثم تعاد إلى الجنين مرة ثانية².

فإذا كان المرض الوراثي يصيب خلايا الكبد و يحتاج الأمر علاج هذه الخلايا فإنه تؤخذ بعض الخلايا من كبد الأطفال المجهضين و تستزرع مرة ثانية في الأجنة قبل ولادتها، و تتجه مباشرة إلى الكبد و بالتالي تغطي المرض الوراثي الموجود.

و يتوقع العلماء تشخيص و علاج أكثر من أربع آلاف مرض تصيب الإنسان نتيجة خلل الجينات الوراثية، و الحد من تشوهات المواليد الخلقية، كتشوهات الأطراف و العمى الولادي و أمراض القلب و الأوردة الدموية، و القضاء على التعوق بتغيير التعليمات التي تصدرها الجينات أثناء النمو، و الأمل معقود في المستقبل لمعرفة الجين المسؤول عن كل مرض و إصلاحه عن طريق (العلاج بالجينات)، و ذلك أن الجين عبارة عن جزء من المعلومات التي بواسطتها يتم برمجة الأحماض الأمينية في الخلية، فإنه يصبح ممكناً القضاء

¹ منى عبد الرحمان: مرجع سابق، ص: 66.

² علي أحمد الندوي: الهندسة الوراثية و تطبيقاتها، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون – كلية الشريعة و القانون – جامعة الإمارات العربية المتحدة – 2002/07/05م، المجلد الأول، ص: 193.

على المرض، أو تلافيه مسبقاً، فالعلاج عن طريق الجينات يعتبر بمثابة تطعيم ضد الأمراض أو العاهات يتلقاه الجنين من قبل أن يولد أو يتشكل في رحم الأم¹.

الاختيار الثاني: علاج التشوهات بعد الولادة

و أمر علاج هذه الأمراض أو التشوهات يظل مطروحاً، و بعضها بالفعل يتم معالجته كيميائياً أي بالعقاقير أو الأدوية، و بعضها بالتدخل الجراحي لإصلاح التشوه مثل بتر الأصبع الزائدة أو إصلاح الشفاه المشقوقة أو غيرها، و يفيد التشخيص المبكر على الرحم هنا أيضاً في الحالات التي لا يمكن فيها التدخل جراحياً لإصلاحها داخل الرحم، حيث تتم الولادة في مركز متخصص تتوافر فيه إمكانيات التدخل الجراحي عقب الولادة مباشرة، أو تتم الولادة بعملية قيصرية (مثل حالات استسقاء الدماغ و فتق العمود الفقري)، أو إحداث الولادة قبل موعدها الطبيعي، حيث يكون بقاء الجنين حتى موعد الولادة قد يؤثر سلباً على نمو أعضائه أو يزيد من ضرر المرض الخلقي التي يعاني منه الجنين².

أيضاً فإن العلاج بالجينات أمر وارد هنا، حيث ذكرت بعض الإحصائيات أن 1 % من الأطفال الذين يولدون مصابين ببعض الأمراض الوراثية و ذلك يجعلهم مصابين بتشوهات ظاهرية و داخلية، أو يؤدي وضعهم هذا إلى الموت المبكر وقد طبقت المعالجة بالجينات لأول مرة على طفلتين، حيث ولدتا و هما تعانيان من عيب وراثي و هو عدم إنتاج إنزيم (أدينوزين ديمناز) عدة مرات، و بذلك تمت معالجتهما، و خضعت الطفلة الأخرى لذات العلاج سنة 1991م، و أعطت نفس النتيجة، و منذ ذلك العام تزايد الاهتمام بهذا النوع من المعالجة خاصة في الأمراض الوراثية³.

و بهذا يتضح لنا أهمية الهندسة الوراثية، و كما يقول الدكتور البار: "ستلعب دوراً كبيراً في مداواة بعض الأمراض الوراثية و الخلقية خلال العقدين القادمين"⁴.

¹ على أحمد الندوي: مرجع سابق، ص: 194 و 195.

² إكرام عبد السلام: "الطفل المشوه ليس دائماً معاقاً"، مرجع سابق.

³ على أحمد الندوي: "الهندسة الوراثية و تطبيقاتها"، مرجع سابق، ص: 194 و 195.

⁴ محمد على البار: "الجنين المشوه"، مرجع سابق، ص: 372.

الإختيار الثالث: إسقاط الجنين المشوه

الإختيار الأخير هو إسقاط هذا الجنين إذا لم يوجد ثمة اختيار آخر، و ذلك متى ما تم التشخيص في مرحلة مبكرة من الحمل، و بشرط أن لا تكون هناك وسيلة لإصلاح هذا التشوه أو التخفيف من آثاره.

و مما لا شك فيه أن الحل الأمثل في موضوع الأجنة المشوهة و الأمراض الوراثية هو منع حدوثها أصلاً، فإن لم يمكن منع هذا الحدوث فلا أقل من تخفيف نسبة الإصابة بالابتعاد عن الأسباب المؤدية إلى حدوث تشوه الجنين، و هو أمر تسهم الشريعة الإسلامية بتعاليمها الغراء في إيجاده، و أما الحل الذي يليه فهو محاولة إيجاد علاج لهذه التشوهات أو على الأقل التخفيف من آثارها المدمرة.

و قد تمكن الأطباء و العلماء في الدول المتقدمة على الأقل من إيجاد بعض الوسائل للتخفيف أو علاج بعض هذه التشوهات و لكن يظل هناك العديد من الأمراض و التشوهات التي لا توجد لها علاج حتى الآن.. لهذا اتجه الأطباء و العلماء في الغرب إلى استحداث وسائل لمعرفة الجنين المشوه أو المصاب بأمراض وراثية خطيرة، ثم يعطون الوالدين الحق بعد ذلك في إسقاطه إذا رغبا في ذلك¹.

و بالنسبة لأخلاقيات التعامل مع الطفل المشوه فإن طرق التعامل معه تختلف حسب شدة التشوه و مدى ملاءمته للحياة الرحمية أو الخارجية و تأثير هذا التشوه على صحة الأم و حياتها، فإذا كانت هناك خطورة مؤكدة على حياة الأم مثل الحمل خارج الرحم أو الارتفاع الشديد في ضغط الدم أو إصابتها بتسمم حمل شديد، فوجب صحياً و قانونياً و شرعياً التضحية بالجنين لإنقاذ حياة الأم، أما إذا لم يكن هناك خطر على حياة الأم فالقرار متوقف على مدى ملائمة الجنين للحياة الرحمية و الخارجية، ففي حالة عدم ملائمة الجنين للحياة الرحمية مثل الاختلال الشديد في الكروموسومات أو العيوب الخلقية الشديدة بالقلب أو الأعضاء الداخلية أو الطفرات المميتة في الجينات الوراثية.

¹ محمد على البار: "الجنين المشوه"، مرجع السابق، ص: 372.

و هذه التشوهات و العيوب يمكن تشخيصها إما بالهندسة الوراثية أو عدم نمو الجنين، أو موته داخل الرحم، و هنا يجب التخلص من الجنين بالطرق الطبية السليمة¹.
فإسقاط الأجنة المشوهة يأتي كحل أخير بعد استنفاد كل محاولات العلاج، أو لثبوت خطورة المرض أو التشوه بدرجة لا يمكن البرء منها لحظة التشخيص².
و لكن هذا الإسقاط تحيط به اعتبارات دينية و أخلاقية و قانونية قد تُصعب من تحقيق هذا الحل على أرض الواقع.

الفرع الثالث: الضوابط القانونية للفحص الوراثي في الجنين

يعتبر الفحص الوراثي من بين الفحوصات التي تنطوي على خطورة كبيرة للجنين أثناء اللجوء إليه و ذلك لما ينطوي عليه من اعتداء و مساس بالتكامل الجسدي للأم و الجنين، و من ثم فيجب على الدول قبل أن تجيز هذا الفحص أن تضع الضوابط القانونية التي تحمي الأم و الجنين من ممارسة هذا الفحص الذي قد يترتب عليه إضرار للجنين أو إسقاطه، و أن تتضمن هذه الضوابط تحديد الغرض من هذا الفحص بوضوح، و أن يتفق مع مبادئ الدين و الأخلاق حتى لا يكون وسيلة للتدخل في تغيير خلق الله، أو إسقاط الجنين دون سبب طبي، بمعنى أن يكون ذلك لغرض علاجي أو لمعرفة نوع المرض أو الإعاقة، و أن يكون ذلك في مراكز متخصصة عامة أو خاصة مصرح لها من قبل الدولة، و تحت رقابتها و إشرافها المستمر، و لا يرخص للعاملين فيها إلا من هو ذي كفاءة علمية عالية، و يحظر ذلك الفحص من أجل التجريب العلاجي، و لا يكفي فقط التنصيص على التوصيات في المؤتمرات أو المواثيق الشرف الأخلاقية، و لكن يجب أن تكون ضوابط قانونية تقترن بتوقيع جزاء جنائي في حالة الخروج عنها أو الانحراف بها عن الغرض منها لتحقيق أهداف غير مشروعة أو أخلاقية أو لإسقاط الجنين غير المرغوب فيه لنوعه أو جنسه أو شكله حتى لا يكون وسيلة للتخلص من جنس أو نوع معين من البشر.

و مما لا شك فيه أن للتطور العلمي غير المسبوق في عصرنا هذا أكبر الأثر في الوصول إلى التشخيص المبكر للأمراض و اكتشافها و محاولة الوصول إلى علاج لها، و

¹ إكرام عبد السلام: "الطفل المشوه ليس دائماً معاقاً"، "مرجع سابق".

² علي أحمد الندوي: مرجع السابق، ص: 192.

انعكس ذلك على حياة الإنسان بدء من الخلية الأولى له و حتى وفاته، فاستطاع الطبيب من خلال الوسائل العلمية الحديثة أخذ عينات من أنسجة الطبقة الخارجية لل كيس الجنيني و زرعها خارج الجسم، ليتسنى له فحص الكروموسومات الموجودة في خلاياها ليستدل على ما يمكن أن يكون بها من شذوذ يتيح علاج الجنين في وقت مبكر قبل تطور الداء و استفحاله، و خاصة بالنسبة للأمراض الوراثية و أمراض الدم، و لم تكن الوسائل العلمية قديما تتيح ذلك إلا بعد مضي 16 أسبوع و ذلك من خلال فتحة في بطن الأم لأخذ جزء من السائل الأمينوسي أو من أنسجة الجنين نفسه، مما كان يعرض الجنين للخطر.

و بالرغم مما اتسمت به هذه الوسائل العلمية الحديثة من مزية الاكتشاف المبكر للأمراض مما يمكن من العلاج من هذه الأمراض، أو يساعد في اتخاذ قرار إسقاط الجنين إذا كان علاجه مستحيل في هذا الوقت أو يترتب عليه إضراراً للطفل أو خطورة على حياته و حتى لا يأتي الطفل إلى الدنيا و هو مشوه أو يعاني من أمراض لا يمكن علاجها و يستحيل البرء منها أو يأتي معوقاً، إلا أنه من المتفق عليه علمياً و فقهاً أن لاستخدام الوسائل العلمية الحديثة إيجابيات و سلبيات إذا ما أسيء استخدام هذه الوسائل العلمية الحديثة في الاكتشاف المبكر لنوع الجنين و شكله و درجة ذكائه، و درجة إعاقته و التفكير في إجهاضه بالفعل إذا كان الوالدين لا يرغبان في الجنين لأنه أنثى و يرغبان في أن يكون ولد للمحافظة على التركة أو الحكم أو شكله مشوه أو ذكائه أقل.

كل هذه الأمور تمثل مخاطر الفحص الوراثي في الجنين سواء من جانب الوالدين أو الأطباء أو الدولة نفسها إن لم تكن هناك ضوابط محددة لهذه الفحوصات الوراثية التي تجري على الجنين. و اختلف موقف الدول في مواجهة علاج المخاطر الناشئة عن الفحص الوراثي للجنين أو ما يسفر عنه هذا الفحص من ظهور أمراض وراثية أو أمراض لا يمكن شفائها أو إعاقة الطفل مما يؤثر على الوالدين مادياً و معنوياً. و نظراً لهذه المخاطر الناجمة عن الفحص الوراثي و ضرورة وضع ضوابط قانونية لمواجهتها يقتضي المقام أن نعرض أولاً لهذه الضوابط التي وضعتها بعض الدول المتقدمة متمثلة في موقف القانون الفرنسي ثم نعرض لموقف القانون المغربي من مواجهة مخاطر الفحص الوراثي للجنين.

أولاً : موقف القانون الفرنسي من ضوابط الفحص الوراثي للجنين

لقد واكب التشريع الفرنسي التقدم الحديث في وسائل الفحص الوراثي بوضع الضوابط القانونية التي تحول دون إساءة استخدام هذه الوسائل في غير الهدف و الغرض المشروع منها أو الانحراف بها عن الطريق السليم للفحص الوراثي و هي علاج الأمراض و حق الطفل في أن يولد سليماً معافاً – كما أقرت ذلك الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان و الطفل- و لذلك قضى المشرع الفرنسي في القانون رقم 94-654 الصادر في 29 يوليو سنة 1994 في المادة الثامنة عشرة منه على إضافة بعض الفقرات للمادة 162 من قانون الصحة العامة تنص على هذه الضوابط¹:

- 1- من حيث الغرض من الفحص الوراثي: حدد المشرع الغرض من هذا الفحص أن يكون من أجل معرفة المرض أو الداء الخطير الذي يحمله الجنين (مادة 162) فقرة 16.
- 2- الشرط الثاني الاستشارة الجينية: اشترط المشرع أن يسبق استشارة طبية من متخصص في النواحي الجينية قبل الإقدام على الفحص.
- 3- الشرط الثالث: توافر الشروط التي يصدر بشأنها مرسوم من مجلس الدولة في شأن إجراء التحاليل الجينية و البيولوجية.
- 4- المكان الذي تجري فيه التحاليل الجينية الخلوية و البيولوجية: أوجب المشرع الفرنسي أن تجري هذه التحاليل في المؤسسات الصحية العامة أو المعامل المرخص لها في إجراء التحاليل البيولوجية الطبية.
- 5- مدة الترخيص: نص المشرع على أن مدة الترخيص لهذه المنشآت خمس سنوات شريطة أخذ رأي اللجنة القومية المنصوص عليه في المادة (384 فقرة 3) من قانون الصحة العامة و هي اللجنة القومية لطب بيولوجيا الإنجاب، كما اشترط القانون أخذ رأي اللجنة القومية للتنظيمات الصحية و الاجتماعية بالنسبة لمعامل التحاليل الجينية الطبية، و أن يسجل الترخيص في القائمة التي نصت عليها المادة (759) من قانون الصحة العامة.
- 6- إنشاء مراكز متخصصة للتشخيص المبكر: على أن تتعدد تخصصات هذه المراكز و يكون إنشائها في المؤسسات الصحية العامة أو الخاصة التي لا تهدف إلى تحقيق

¹ Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, sur site : <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000549618/>. Vu 2021/05/04, 13h33min.

ربح مادي على أن يحدد مرسوم من مجلس الدولة شروط إنشائها و تنظيماتها و أهدافها و دورها في التشخيص المبكر.

و منعاً لأي انحراف أو خروج عن هذه الضوابط نص المشرع الفرنسي في المادة الثالثة عشر من ذات القانون رقم 94-654 على أن تضاف إلى الفقرة 21 من المادة (162) من قانون الصحة العامة المضافة إلى قانون الصحة العامة رقم 75-18 الصادر في 17 يناير 1975 و التي تجيز الإجهاض لإصابة الجنين بعيوب خطيرة لا يمكن الشفاء منه وقت التشخيص "الفقرة الثانية" من ناحية أخرى إذا كان الغرض من الإجهاض الإرادي للحمل هو ثبوت الاحتمالات القوية لإصابة الجنين بأمراض وراثية لا يمكن الشفاء منها لحظة التشخيص، و يشترط وجوباً أن يكون أحد الطبيبين عاملاً في أحد مراكز التشخيص المبكر على الحمل متعدد الاختصاص.

خلاصة يمكن القول أن المشرع الفرنسي بوضعه ضوابط للتشخيص المبكر للحمل أو الفحص الوراثي يحول دون الانحراف أو الخروج عن الغرض الأساسي و الرئيسي منها و هو حماية الأسرة و المجتمع و الطفل، و تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي لم يقيد الفحص بنوع معين من الأمراض مثل الأمراض الوراثية أو المعدية و لكن وصف المرض بأنه خطير، و لم يحدد درجة هذه الخطورة، كما أنه لم يشترط أن يكون له علاج وقت التشخيص مثلما نص بالنسبة للإجهاض الإرادي لغرض علاجي، إذ أن هناك فارق بين الفحص الوراثي أو التشخيص و بين الإجهاض لغرض علاجي، فأطلق الفحص ووسع من نطاقه وضيق بالنسبة للإجهاض، و هي سياسة تشريعية حسنة من قبل المشرع الفرنسي و خاصة عندما اشترط بالإضافة إلى الطبيب أن يكون الطبيب الآخر من العاملين في أحد مراكز التشخيص المبكر على الحمل ذات الاختصاص المتعدد و خاصة بالنسبة لإصابة المريض بمرض وراثي. و في سبيل كفالة أعمال هذه الضوابط و عدم الخروج عنها جعل الجهات القائمة على الفحص مؤسسات عامة تابعة للدولة، أما إذا كانت خاصة فإنها تخضع لرقابة و إشراف الدولة و لا يكون هدفها الربح.

ثانياً: موقف المشرع المغربي من ضوابط الفحص الوراثي للجنين

كانت دراسة الأمراض الوراثية والتشوهات الخلقية لدى الأفراد في السابق عبارة عن دراسة عددية للكروموسومات، إذ وضعوا لكل كروموسوم عدداً، واكتشفوا أن كل مرض يرتبط بذلك العدد، أما في زمننا الحاضر فقد أجرى الخبراء دراسة دقيقة للموروثات (الجينات) البشرية بعد دراستهم لتركيبية الكروموسوم، والحمض النووي، وتركيبية القواعد النيتروجينية ما ساعد على معرفة أسباب كثيرة من الأمراض التي لم يتم الكشف عنها سابقاً خصوصاً في المجتمعات العربية التي يكثر فيها زواج الأقارب، والهدف من فحص الجينوم البشري أمور عدة أهمها منع الأمراض الوراثية، ووضع خطة مستقبلية لها، والتخفيف من آلامها لدى البشر. وعليه جاء المشرع المغربي في القانون الجديد رقم 47.14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب¹ ليواكب التقدم العلمي و الطبي الحاصل في وسائل الفحص الوراثي بوضع ضوابط قانونية كفيلة بحماية الجنين و كل الأعمال المنجزة على الأمشاج أو اللواقح لتحول دون إساءة استخدام هذه الوسائل في غير الهدف و الغرض المشروع لها، فخصص في الباب الرابع لضوابط القانونية لتشخيص قبل الزرع:

- 1- **من حيث الغرض من التشخيص:** حدد المشرع الغرض من هذا الفحص أو التشخيص أن يكون من أجل البحث على الأمراض التي لا يرجى شفاؤها و المحددة بنص تنظيمي. و ذلك قصد وقاية الطفل الذي سيولد من الإصابة بها (المادة 19 فقرة 1).
- 2- **الاستشارة الجينية:** اشترط المشرع أن يكون هذا التشخيص بناء على وصفة من ممارس معتمد الذي عاين وجود اختلال جيني لدى الزوجين و أن يشاركه في ذلك طبيب آخر أو أكثر مختص في علم الجينات (المادة 21 فقرة 1).
- 3- **حالات المرخص لها إنجاز هذا التشخيص مع مراعاة موافقة الزوجين كتابة:** اشترط المشرع حالتين، الأولى عندما يعاين ممارس معتمد و يشهد بوجود احتمال كبير لدى الزوجين، بالنظر لسوابقهما العائلية لإنجاب طفل مصاب بمرض جيني خطير لا يرجى الشفاء منه. و الحالة الثانية عندما يتم التحقق مسبقاً من وجود اختلال أو عدة اختلالات، لدى أحد الزوجين أو لدى أحد أبويهما ، تكون مسؤولة عن مرض خطير يتسبب في عجز سواء

¹ القانون رقم 47.14 المتعلق بالمساعدة على الإنجاب، ظهير شريف رقم 1.19.50 صادر في 4 رجب 1440 (11 مارس 2019)، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6766 - 28 رجب 1440 (4 أبريل 2019).

كان ظهوره متأخرا أو مبكرا و يمكن أن يهدد مبكرا حياة الطفل الذي سيولد (المادة 19
فقرة 2).

4- **الشرط الثالث:** توافر ترخيص تسلمه الإدارة المختصة بعد استطلاع رأي
اللجنة الاستشارية لإنجاز التشخيص قبل الزرع (المادة 19 فقرة 3).

5- **المكان الذي تجري فيه التحاليل الجينية الخلوية و الجزئية:** أوجب المشرع
المغربي في قانون 47.14 أن تجرى هذه التحاليل داخل مختبر للتحاليل الجينية الخلوية و
الجزئية معتمد خصيصا لهذا الغرض، و لا يجوز إنجازه إلا من قبل طبيب آخر مختص في
علم الجينات معتمد لهذه الغاية من قبل الإدارة المختصة غير الطبيب الذي أبدى رأيه حول
هذا التشخيص (المادة 21 فقرة 2).

6- **ضمان فعالية هذه الضوابط:** وضع المشرع جزاءات جنائية على مخالفة أو
الخروج عن الغرض من هذا التشخيص من خلال نصه "يعاقب بالحبس من سنتين إلى
خمس سنوات و بغرامة من 50.000 إلى 100.000 درهم على: - إنجاز التشخيص قبل
الزرع خرقا لأحكام المادتين 19 و 20" (المادة 41).

صفوة القول أن الفحص هو ذلك العلاج أو الشفاء للمرض و ليس قصد التجريب ومن
ثم فيجب أن تكون القواعد الشرعية و الأخلاقية هي الأساس الذي يستمد منه المشرع
نصوص القانون، فيجب أن يمنع المشرع أي فحص وراثي أو تشخيص مبكر الغرض منه
معرفة درجة ذكاء الجنين أو نوعه أو صفاته الخلقية، و لكن يجب أن تكون غاية الفحص
الوراثي الوقوف على الأمراض الوراثية التي تصيب الجنين نتيجة عدة عوامل وراثية لدى
أحد الوالدين أو لدى الاثنين معا لتجنب حدوثها مستقبلا بوسائل منع الحمل أو محاولة
علاجها، أو لتجنب الأمراض الخطيرة، أو لمعرفة حالات الإعاقة الذهنية أو البدنية خاصة
الوراثية أو المكتسبة التي تصيب الطفل نتيجة تعرض الأم لإشعاعات ذرية أو نووية أو
إصابتها بأمراض أثناء فترة الحمل أو تناولها أدوية تسبب ذلك و تؤكد إصابة الطفل بإعاقة
ذهنية أو مرضية، لكفالة حق الطفل في أن يولد سليما معافاً من الأمراض و الإعاقات
المختلفة، و تجنب الوالدين الآلام المعنوية بسبب هذه الأمراض الخطرة و حماية المجتمع و
تكون غاية العلاج هي المقصد الأول و الأخير من الفحص.

الفصل الثاني: المسؤولية عن التشوهات الخلقية

لقد عني رجال القانون – في فرنسا بوجه خاص – منذ فترة بعيدة بالآثار غير العادلة المترتبة على المسؤولية الخطئية، فقد حدث تطور كبير في هذا الشأن بفضل استخدام القضاء سلطته في تفسير النصوص، و ظهرت نظريات تبرر الخروج على القواعد المستقرة لتلك المسؤولية التي يُستلزم لقيامها توافر خطأ المسؤول بالإضافة إلى الضرر الحادث للمضرور و علاقة السببية بينهما، كنظرية الخطأ المفترض ثم الضمان و تحمل التبعة، و ذلك نتيجة لانتشار الآلة و ما يترتب عليه من كثرة الحوادث التي يكون من الصعب فيها نسبة الخطأ إلى المسؤول.

و من ناحية أخرى و نتيجة للأحوال التي يخشى فيها من حرمان المضرور من حقه في التعويض لعدم معرفة المسؤول، أو كان هذا الأخير غير قادر مالياً على دفع التعويض للمضرور، فقد ظهر الاتجاه الداعي إلى المسؤولية الجماعية في مقابل المسؤولية الفردية، و ذلك للتقليل من الآثار السلبية الناتجة عن المسؤولية الخطئية.

و على ذلك فسوف أتناول فيما يلي أهم مظاهر هذا التطور، و ذلك من خلال تسليط الضوء على الدور البارز للقضاء المغربي و الفرنسي و الفقه الإسلامي، و مدى استجابة المشرع المغربي و الفرنسي للمبادئ التي استقر عليها القضاء في مجال تعويض الأضرار التي تصيب الجنين أثناء الحمل، فعلى الرغم من أن المسؤولية المدنية لازالت تقوم على الخطأ كأصل عام، فإن مقتضيات التطور جعلت من اللازم التدخل في الحالات التي يترتب فيها تطبيق المسؤولية الخطئية و الفردية – كصورتين للمسؤولية المدنية – نتائج تأباها العدالة، أهمها عدم حصول المضرور على التعويض الكامل عما أصابه من أضرار نتيجة للتبعات الطبية.

و استصحب لهذه الرؤية سأتناول دراسة هذا الفصل من خلال مبحثين، أعرض في الأول أحكام المسؤولية الناشئة عن التشوهات الخلقية، و أتطرق في الثاني إلى بيان مسؤولية الطفل المشوه خلقياً.

و في ضوء هذا العرض، فإنني سأقسم دراسة هذا الفصل على النحو التالي:

- المبحث الأول: أحكام المسؤولية الناشئة عن التشوهات الخلقية.
- المبحث الثاني: مسؤولية الطفل المشوه خلقياً.

المبحث الأول: أحكام المسؤولية الناشئة عن التشوهات الخلقية

مما لا شك فيه أن الثورة العلمية في مجال المعارف الطبية لم تؤثر فقط في نوعية الأساليب العلاجية وجودة الخدمات المتاحة للمرضى، وإنما أثرت تأثيراً بالغاً على مسؤولية مقدمي هذه الخدمات في المجالين الطبي و الصيدلاني، خاصة فيما يتعلق بطرق إثبات هذه المسؤولية، حيث يمكن الجزم بأن الطرق التقليدية أصبحت عقيمة بالنسبة لإثبات الأضرار المستحدثة ووثيقة الصلة بتلك التطورات، لذلك كان من الضروري إيجاد نمط مختلف من القواعد القانونية المتميزة عن النظم السائدة.

و لذلك ظهرت إلى جانب القواعد التقليدية في المسؤولية قواعد أخرى مكملتها ضماناً لحماية المضرورين في المجال الطبي، حتى لا يتحملوا وحدهم تبعات التقدم العلمي و التقني الذي يفيد منه المجتمع أجمع، بحيث لم تعد هذه القواعد قائمة على محض مجازات السلوك الخطر لمحدث الضرر، وإنما باتت أكثر مراعاة لمصالح المضرور، و هو ما يترجم التطور الذي لحق بالمسؤولية المدنية، من الاهتمام بالمسؤول إلى الاهتمام بالمضرور.

و عليه سأطرق في هذا المبحث إلى أحكام المسؤولية الطبية الناشئة عن التشوهات الخلقية (المطلب الأول) بوصفها نبأً جديداً في حقل المسؤولية الطبية، يحمل بين طياته العديد من المبادئ الاستثنائية للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، التي تجد تبريراً لها في النظرة الحديثة للوظيفة المزدوجة للمسؤولية المدنية، على أن أتطرق في (المطلب الثاني) لأساس المسؤولية عن التشوهات الخلقية لا سواء على مستوى الفقه الإسلامي و كذا القوانين الطبية.

المطلب الأول: أحكام المسؤولية الطبية عن التشوهات الخلقية

قد يعتبر الطبيب مسؤولاً بسبب خطئه عن الأضرار التي تصيب الجنين، أثناء الحمل، سواء في مواجهة الوالدين أو في مواجهة الطفل المعوق، فما هي أركان المسؤولية و ما هي طبيعة الدعوى الناشئة عنها؟

و للإجابة عن هذا السؤال، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نعرض في الفرع الأول منه أركان المسؤولية، ثم في الفرع الثاني طبيعة دعوى المسؤولية.

الفرع الأول: أركان المسؤولية عن التشوهات الخلقية

من المفيد الإشارة إلى أن الحياة العادية للإنسان تبدأ في ذات اللحظة التي تنتهي فيها مرحلة اعتباره جنينا وفق مرحلتين متعاقبتين دون ما فاصل بينهما، و إن كانت الحماية القانونية تختلف من حيث اعتبار الحمل جنينا أو مولودا¹.

و تمارس عادة عملية التوليد من طرف الأطباء أو من طرف "القابلات" بالإضافة إلى فئة من النساء اللواتي يعملن في إطار غير منظم، و ذلك اعتبارا للظروف الاقتصادية و الاجتماعية للمواطن المغربي هذا على مستوى المدن، أما في القرى فإنه غالبا ما يتم توليد المرأة الحامل من طرف "مولدة تقليدية" تكون معروفة من طرف القبيلة.

و عليه فإن الأمر في عمليات التوليد لا تخلو من فرضيتين:

✓ إما أن العملية تمت في ظروف حسنة.

✓ و إما أن العملية تمت في جو يطبعه عدم اتخاذ الحيطة و الحذر اللازمين في التدخل الطبي، مما ينتج عنه إلحاق أضرار بالكثير، كما هو الشأن بالنسبة لحالات انعدام المراقبة الدقيقة للحامل قبل مرحلة الوضع.

و طبقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، فإن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم مرتكبه بالتعويض، و سواء أكانت المسؤولية عقدية أم تقصيرية. و من خلال استعراضنا لأحكام قضائية مغربية و مقارنة خاصة حكم محكمة النقض الفرنسية المعروف بـ "l'affaire perruche"، نجد أن القضاء قد ركز على مدى توافر أركان المسؤولية و هي: الخطأ، و الضرر و العلاقة السببية.

¹ و يبدو و هذا الاختلاف من حيث الحماية خاصة بين الجنين و الإنسان، فيما يلي:

• يعاقب المشرع المغربي في الفصل 449 إلى غاية الفصل 458 من القانون الجنائي على عملية الإجهاض التي تتم في حق الجنين، في حين أنه بالنسبة للمولود الحي قرر له المشرع الحماية اللازمة في جميع مراحل حمايته بما قد يضره أو يحسن كيانه.

• تطبيقا لمبدأ جواز التضحية بالحق ذي القيمة لأجل إنقاذ الحق ذي القيمة الأكبر، قرر المشرع المغربي في الفقرة الأولى من الفصل 453 من القانون الجنائي المغربي المعدل بالمرسوم الملكي المؤرخ في 1 يوليوز 1987 أنه لا عقاب على الإجهاض إذا استوجبه ضرورة المحافظة على الأم متى قام به طبيب أو جراح بإذن من الزوج.

الفقرة الأولى: الخطأ

الخطأ ركن أساسي في مجال المسؤولية المدنية فهو عماد المسؤولية، و لا يكفي أن يتحقق الضرر إلا إذا نسب إحداثه إلى خطأ محدد، فيمكن أن يحدث ضرر لشخص دون أن يكون هناك ثمة خطأ.

و الخطأ الطبي هو إخلال الطبيب بالتزاماته في مواجهة مريضه و الذي يتمثل في مخالفة المعطيات و الأصول الطبية¹. فالطبيب قد يرتكب أحد الأخطاء الآتية:

● **الخطأ المهني:** فالطبيب ملتزم ببذل العناية، و الرعاية الواجبة للمريض، وفقاً لأصول و قواعد مهنة الطب، و هذا ما أكدته القضاء المغربي، فقد أيدت محكمة الاستئناف بفاس² هذا المعنى في قرارها الصادر سنة 1979 و الذي جاء فيه: "و حيث يستخلص مما ذكر أن الملف بين الطرفين يقتصر حول ما إذا كانت الإصابة موضوع الدعوى ناتجة عن خطأ المدعى عليه أو لا، و حيث ينبغي التذكير في البداية بأن المدعى عليه طبيب متخصص في التوليد. و حيث أن من المقرر فقها و قضاء استعمال منتهى الشدة مع الأطباء الأخصائيين في التشخيص و الاعتناء و عدم الإهمال. و حيث أن من الثابت بالإجمال أن الطرف الذي يبرز أولاً من جسم الجنين حين ولادته من رحم أمه هو الرأس، ترى هذه المحكمة أنه كان بإمكان الآلة المستعملة في عملية التوليد أن تمسك بالجزء البارز من جسم الجنين لو بذل أقصى الاعتناء المطلوب دون إحداث الإصابة المعنية، الشيء الذي يكون معه الخطأ المؤسس عليه الدعوى ثابتاً و بالتالي يجب تأكيد الحكم المستأنف في جميع مقتضياته".

إن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية، و على الطبيب أن يقدم ما يقدمه طبيب في مستواه المهني، و في نفس ظروفه، و يجب إتباع تقاليد المهنة و الأصول العلمية الثابتة، و يكون للمريض الحق في طلب التعويض عن الأضرار التي عادت عليه، بسبب انحراف الطبيب عن أداء واجبه.

¹ كمال محمد السعيد عبد القوي عون: الضوابط القانونية للاستنساخ -دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة -الإسكندرية، الطبعة الأولى سنة 2013، ص: 441.

² قرار عدد 79/355 صادر بتاريخ 21 دجنبر 1979 في الملف المدني رقم 11752، مجلة المعيار، صادر عن هيئة المحامين بفاس، عدد 15، سنة 1989، ص: 123 إلى 127.

كما قضت محكمة النقض المصرية¹، بأن مسؤولية الطبيب، لا تقوم في الأصل، على أنه التزام بتحقيق غاية، و هي شفاء المريض، و إنما عليه أن يبذل العناية الصادقة في سبيل شفائه، و لما كان واجب الطبيب في بذل العناية، مناطه ما يقدمه طبيب يقظ، من أوسط زملائه علماء و دراية في الظروف المحيطة به، أثناء ممارسته لعمله، مع مراعاة تقاليد المهنة، لفتح باب الاجتهاد فيها، و عليه فإن انحراف الطبيب عن أداء هذا الواجب، يستوجب مسؤوليته عن الضرر الذي يلحق بالمريض، و يفوت على هذا الأخير فرصة العلاج، ما دام هذا الخطأ قد تدخل بما يؤدي ارتباطه بالضرر، ارتباط السبب بالمسبب، فإذا كان الحكم المطعون فيه، قد حصل من الواقع، أن الطاعن (الطبيب) قد أمر بنقل مريضة من مستشفى إلى آخر، و هي على وشك الوفاة، و قبل إحالتها إلى القسم المختص لفحصها، و اتخاذ ما يجب بشأنها، مما أدى إلى التعجيل بوفاتها، و اعتبار الحكم هذا التصرف خطأ لا يبرره ادعاء الطاعن بعدم ضرورة التدخل الجراحي، إذ أن هذا الإدعاء بفرض صحته لم يكن ليحول دون إحالة المريضة إلى القسم المختص لفحصها، و تقرير العلاج اللازم لها و تأخير نقلها من هذا المستشفى إلى الوقت الملائم لحالتها الصحية، فإن الحكم يكون قد التزم صحيح القانون.

و قد قضت محكمة النقض: "لأن كان مقتضى اعتبار التزام الطبيب، التزام ببذل عناية خاصة، أن المريض إذا أنكر على الطبيب بذل العناية الواجبة، فإن عبء إثبات ذلك يقع على المريض، إلا أنه إذا أثبت على المريض واقعة ترجح إهمال الطبيب كما إذا أثبت أن الترقيع الذي أجراه له جراح التجميل في موضع الجرح الذي نتج عنه تشويه ظاهر بجسمه، لم يكن يقتضيه السير العادي لعملية التجميل وفقاً للأصول الطبية المستقرة، فإن المريض يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه، فينتقل عبء الإثبات

¹ طعن رقم 572 جلسة 1989/3/16، ص 58 ق، نقض مدني 22 مارس 1966، مجموعة النقض -مصر. أشار إليه محمد سعد خليفة: المسؤولية المدنية عن الممارسات الطبية الماسة بالجنين -دراسة لحق الجنين في التعويض- كلية الحقوق جامعة أسيوط، دار النهضة العربية، القاهرة -سنة 2003، ص: 151-152.

بمقتضاها إلى الطبيب و يتعين عليه كي يدرأ المسؤولية عن نفسه أن يثبت قيام حالة الضرورة التي اقتضت إجراء ترقيع، و التي من شأنها أن تنفي عنه وصف الإهمال¹.

و إذا كان القضاء مستقراً، على أنه لا مسؤولية بدون خطأ، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد قضى بمسؤولية المرفق الصحي، دون حاجة إلى إثبات خطأ من جانب المضرور، ففي قضية تتلخص وقائعها، في إصابة مريض على إثر إجراء أشعة، بمضاعفات تتمثل في فقد الإحساس بالأجزاء السفلية فقداً جزئياً، مع عاهة بالقدم، و تأثير على الأعصاب مع آلام مستمرة، و قضى المجلس بحقه في التعويض، رغم عجزه عن إثبات خطأ في جانب المستشفى. و إن كان الفقه يرى أن هذا المسلك يعد استثناء و يجب توافر شروط معينة لذلك².

و إذا كان الطبيب في حالة الإجهاض، يستطيع أن يرفض إجراءه و لا يسأل في هذه الحالة، إلا أنه إذا قام به، فإنه ملتزم ببذل العناية اللازمة و الإجهاض عمل طبي كغيره من الأعمال الطبية، تتعد بمناسبته مسؤولية الطبيب، إذا ارتكب خطأ مهنيًا، كأن يستعمل وسيلة معروف أن لها مخاطرها، و دون أن يتخذ الضمانات العلمية، و التي من خلالها يمكن تفادي هذه المخاطر.

و المعيار الذي على أساسه يمكن الحكم فيما إذا كان الطبيب قد قصر في الوفاء بواجب العناية أم لا، معيار موضوعي، هو الطبيب في نفس التخصص. و من ثم فإن عليه ألا يعتمد في عمله على ما جرى عليه العمل بين الأطباء، وفقاً لعادة شائعة، أو فكرة فنية معينة، بل يجب أن يكون ملماً بأحدث المعلومات العلمية الصحيحة، و التطورات الحديثة في العلاج، حتى يبتعد عن نطاق المسؤولية³.

و في قضية Perruche، ارتكب المعمل خطأ، بسبب تعارض نتائج التحاليل، و ارتكب الطبيب المعالج خطأ، يتمثل في تجاهله لهذه النتائج المتعارضة، و كان عليه أن يطلب

¹ نقض مدني مصري 26 يونيو 1969 - الطعن رقم 111 السنة 35 القضائية - مجموعة أحكام النقض - السنة 20 - ص: 1076. أشارت إليه فاطمة الزهرة منار: مسؤولية طبيب التخدير المدنية دراسة مقارنة، مطبعة دار الثقافة للنشر و التوزيع الأردن، طبعة الأولى 2012م-1433 هـ، ص: 341.

² Caroline Lantero : "Que reste-t-il des fondements de la responsabilité sans faute des établissements publics de santé ?". Revue de droit sanitaire et social, Sirey, Dalloz, 2015, pp.37-44. hal-02122429.p. 3.

³ منير رياض حنا: "النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية و دعوى التعويض الناشئة عنها"، دار الفكر الجامعي- الإسكندرية، الطبعة الأولى 2011، ص: 287.

إجراء تحليل آخر ليتأكد من النتيجة، أما و أنه لم يفعل، فيكون مقصرا، و مخلصاً بالتزامه ببذل الرعاية الواجبة¹.

● **الخطأ الفني:** لقد استقر القضاء الفرنسي على عدم اشتراط جسامه الخطأ لانعقاد مسؤولية الطبيب عن العمل الفني.² حيث يعتبر الطبيب مرتكباً لخطأ فني إذا نصح الزوجين بمواصلة الحمل، دون أن يطلب إجراء فحوصات لمراقبة مدى إمكانية إصابة الجنين بالمرض الذي يعاني منه الزوج، و هو ما يؤدي إلى ولادة الطفل مصاباً بهذا المرض، كما يعتبر الطبيب مخطئاً إذا لم يقدم النصيحة للزوجين، رغم أن نتائج الفحوصات كانت مشكوكاً فيها، ما يؤدي إلى ولادة الطفل مصاباً بالمرض الذي تعانيه الأم³.

أما على مستوى القضاء المغربي فيعتبر الملف الطبي وسيلة فعالة من وسائل الإثبات حيث قضى المجلس الأعلى في أحد قراراته أن: "كون الطبيب المولد قد ارتكب خطأ فنياً عن بينة و اختيار حين أقدم على توليد امرأة بطريقة عادية دون مراعاة ملفها الطبي الذي يشير إلى أنه لا يمكن توليدها إلا بإجراء عملية قيصرية"⁴.

و من التطبيقات القضائية كذلك ما جاء به قرار استئنافية فاس بتاريخ 2004/09/09⁵، الذي طعن فيه بالنقض من طرف الظنين بالمجلس الأعلى لتبث فيه استئنافية فاس من جديد طبقاً للقانون، و موضوع القرار هو عملية إعدام طفل عمره خمس سنوات بمصحة استعمل خلالها الطبيب الجراح آلة كهربائية للكي نتج عنها بتر كلي للجهاز التناسلي، و بعد تنبه أهله لوجود بقعة سوداء بمقدمة العضو التناسلي استشار والده الجراح عن سببها فأخبرهم بأن الأمر لا يدعو للقلق، لأن الجرح يحتاج لمزيد من الوقت للشفاء، فعرض ابنه على طبيب مختص في المسالك البولية للتأكد من صحة الخبر، ووضع الطفل مرة أخرى في مستشفى الاختصاصات بالرباط لمدة خمسة أسابيع فقد على إثرها كل عضوه

¹ محمد سعد خليفة: المرجع السابق، ص: 153-154.

² J. Penneau : Faut et erreur en matière de responsabilité médicale, Revue internationale de droit comparé Année 1974 , p : 17.

³ عبد القادر أزوا: "التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب" دار الفكر الجامعي- الإسكندرية، الطبعة الأولى 2011، ص: 58.
⁴ قرار صادر عن المجلس الأعلى الغرفة الأولى عدد 574 بتاريخ 1992/02/26 ملف مدني عدد 87/1281، أشارت إليه: ضياء علي احمد نعمان: "إثبات الخطأ الطبي بين الواقع و القانون"، المجلة المغربية للدراسات القانونية و القضائية، العدد 8- يونيو 2012، ص: 122 و 123.

⁵ قرار استئنافية فاس 2004/09/09 ملف جنحي عدد 04/7406 غير منشور، أشارت إليها، رشيدة بنسرعين: "الطبيعة القانونية لأخطاء الطبيب وفق القانون الجنائي"، منشورات مجلة دفاتر قانونية، العدد الثاني، نشر و توزيع مكتبة دار السلام- الرباط، سنة 2018، ص: 99-100.

التناسلي، و سلمه البروفسور بمستشفى الأطفال شهادة طبية تؤكد أن الطفل تعرض لحادث ختان لها علاقة بصدمة كهربائية، و أن كل الوظائف التابعة للجهاز التناسلي أصبحت مهددة بشكل مؤكد لأن آلة البستوري المستعملة مخصصة أساساً للكي و كان يجب استعمال المقص أو آلة أخرى مشابهة لها في عملية الإعذار، أضف إلى ذلك أنها كانت معطلة و بها عطب و غير معقمة و استعملها الجراح و احتفظت بها المصلحة في قاعة العمليات و بما أن علاقة الطبيب بالمصلحة هي علاقة كراء القاعة لإجراء العملية و حسب سلطتها التقديرية فأنها أصدرت حكماً في حق الطبيب الجراح بستة أشهر موقوفة التنفيذ و في التعويض المدني حملت الطبيب ربع المسؤولية و ثلاث الأرباع الأخرى لمصلحة فاس و الذي يقدر خلاله المبلغ بمليون و إثنتان مئة ألف درهم.

هنا يثور التساؤل حول ما إذا كان المبدأ أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية ألا توجد حالات استثنائية على هذا المبدأ؟

● **مخالفة الالتزام بالإعلام:** قد يقوم الطبيب بواجب الرعاية بالمريض، طبقاً لقواعد المهنة، و مع ذلك يجد نفسه مسؤولاً، و ذلك عندما لا ينقل للمريض المعلومات الضرورية لمثل حالته، لوضعه في حالة المعرفة، لكي يستنير، و يستطيع اتخاذ القرار المناسب.

و التزام الطبيب بإعلام المريض و تبصيره بحالته هو مظهر من مظاهر الاحترام الواجب للإنسان، و حماية رضائه، فالطبيب مطالب إذاً، بإعلام المريض بالمخاطر التي يتعرض لها، فإذا أخفى المعلومات المتعلقة بحالة المريض أو لم يقدمها بشكل صحيح كان مرتكباً لخطأ، و مسؤولاً من ثم مسؤولية مدنية في مواجهة المريض، و تطبيقاً لذلك قررت محكمة "مونبلييه" في قضية تتلخص وقائعها في أن سيدة تبلغ من العمر 42 سنة، و أم لثلاثة أطفال، تبين أنها حامل، فقررت إجراء فحوصات على الجنين لأن القانون يعترف لها بالحق في الإنهاء المبستر للحمل، إذا وجدت به عيوب أو أمراض، غير أن المستشفى الخاص الذي أجرى التحاليل أكد أنها عادية، و بعد شهور، وضعت السيدة طفلاً منغولياً رفع الزوجان على إثرها دعوى للمطالبة بالتعويض، وقضت المحكمة بمسؤولية المستشفى، لأنه لم يتضمن

تقريره أي تحفظات حول نسبة الشك في نتائج الفحوصات.¹ كما يعتبر إخفاءه للمعلومات أو كذبه بمثابة تدليس يعيب العقد الطبي، مما يبرر بطلانه.²

و لا يعفى الطبيب من الالتزام بإعطاء المعلومات، إلا في حالة الاستعجال، أو في الحالات التي يقدر الطبيب فيها أن حالة المريض لا تسمح بإعطائه هذه المعلومات عن حالته، خشية أن تنعكس على حالته مما يصيبه بأضرار جسيمة، و على الطبيب أن يبرر-في هذه الحالة- لماذا فضل الكتمان.³

و لا يعتبر هذا الالتزام، التزاما بتقديم المشورة أو النصيحة، فالطبيب مطالب بتقديم المعلومات، لكنه ليس ملتزماً بأن يقول للمريض ما يجب أن يفعله، كما لا يلتزم بأن ينصحه باتخاذ قرار معين، لأن المريض هو صاحب القرار النهائي. و في هذا الصدد ذهبت محكمة "ديجون" إلى أن الطبيب الذي يستدعى لكي يعتني بطفل مولود حديثاً، ظهرت عليه أعراض الزهري، ثم لا يقوم بلفت نظر المرضعة إلى الطبيعة المعدية لذلك المرض و لم يوضح لها طريقة العلاج، يكون مسؤولاً تجاه المرضع عن العدوى التي انتقلت إليها.⁴ و لذلك اعتبر البعض⁵ أن التزام الطبيب خلال هذه المرحلة يكتسي طابعاً خاصاً، يقترب من الالتزام بالنصيحة، فحتى يتفادى المريض ما يمكن أن يترتب على العملية من نتائج و مضاعفات، يقع على الطبيب المعالج إعلام الشخص الذي خضع للعمل الطبي بالاحتياطات الواجب عليه إتباعها ضماناً لتحقيق آثار العلاج، أو تجنب حوادث قد تنشأ عنه في المستقبل.

و عليه إذا تم تبصير المريض على نحو كاف فإنه يجب أن يترك وزن الأمور للمريض ذاته لأنه أدرى بالاعتبارات الاجتماعية و النفسية عن غيره و على الطبيب أن يترك الأمر للمريض لكي يتدبر الأمور و اتخاذ قراره، أما إذا كان المريض في حيرة من

¹ أنظر، حكم بتاريخ 15/12/1989، رقم 21556، أشار إليه الدكتور بحماوي الشريف: " التعويض عن الأخطاء الطبية العلاجية -دراسة مقارنة-" دار الجامعة الجديدة للنشر 2019، ص: 92.

² محمد السعيد رشدي: عقد العلاج الطبي -دراسة تحليلية و تأصيلية لطبيعة العلاقة بين الطبيب و المريض-، دار الفكر الجامعي -الإسكندرية، سنة 2015م، ص: 85 و ما بعدها.

³ علي حسن نجيدة: التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة -القاهرة، 1992 م، ص: 23.

⁴ عبد الرشيد مأمون: عقد العلاج بين النظرية و التطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1 سنة 1986م، ص: 227.

⁵ -Annick Dorsner- Dolivert : la responsabilité du médecin, Edition economoca, 2006, p :87.

أمره و طلب من الطبيب مساعدته في اتخاذ القرار، فعلى الطبيب أن يشير على المريض ما يعتقد أنه في صالحه على نحو يسهل على المريض اتخاذ قراره النهائي.¹

و يلزم الطبيب بتبصير المريض في حالة عمل الإجهاض طبي، و إذا كان الطبيب يملك أن يرفضه دون مسؤولية²، إلا أنه إذا قرر إجراء عملية الإجهاض، فإنه يسأل عن أخطائه.

و إذا كان المشرع الفرنسي قد أباح الإجهاض فإنه قد ترك للمرأة و الطبيب، الحرية فيما يتعلق بالإجهاض الإرادي "I.V.G"³، على أن تراعى شروط معينة، خاصة من حيث المدة التي يجوز فيها. أما إذا كان الإجهاض علاجياً، فقد نصت المادة 2-162 L من قانون الصحة العامة على أن الإجهاض يمكن أن يمارس إذا كانت متابعة الحمل تضع صحة المرأة في خطر شديد، و تكون المرأة كذلك إذا كان من شأن الحمل أن يتهدها بالموت أو بخطر جسيم، و سواء أكان التهديد بالخطر على صحة الأم الجسدية أو النفسية.

أيضاً يجوز الإجهاض العلاجي، إذا وجد احتمال قوي بأن الطفل سيولد مصاباً بمرض خطير، غير قابل للشفاء وقت التشخيص.

و إذا كان المشرع قد قيد حرية المرأة و الطبيب في الإجهاض الإرادي، و تطلب أن يتم الإجهاض قبل نهاية المدة المحددة قانوناً، فإن الإجهاض العلاجي يتم في أي وقت، إلا أنه مع ذلك مقيد بضرورة الحصول على شهادة من طبيبين تثبت ذلك، و بعد الفحص و المناقشة، و هذا معناه أن الإجهاض العلاجي، يجب أن يمارس بناء على تعليمات طبية، تفيد بخطورة الحمل على المرأة أو على الجنين، و يثبت ذلك كتابة من طبيبين مختصين.

و إذا كان من حق الطبيب رفض إجراء عملية الإجهاض الإرادي، فإن البعض يراه ملتزماً – رغم رفضه – بأن يبصر المرأة بالمخاطر المتصورة التي قد تتعرض لها، و أن يسلمها الملف المرشد "le dossier guide". و إذا أصرت على إجراء العملية فعليه أن

¹ محمود ثابت الشاذلي: "التزام الطبيب بتبصير المتبرع و المريض بمخاطر عملية نقل و زراعة الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة في القانون و الفقه الإسلامي"، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع مصر، الطبعة الأولى 2018م- 1439هـ، ص: 356.

² مادة 8/162 من قانون الصحة العامة الفرنسي، كما تؤكد هذا الحق في المادة 21 من قانون آداب ممارسة مهنة الطب الصادر في 29 يونيو 1979، فقد جاء به أن: "الطبيب له حق دائماً في أن يرفض إجراء الإجهاض الاختياري".

³ I.V.G : interruption volontaire de grossesse (إجهاض طوعي). Nom féminin invariable.

<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais-arabe/IVG/22000>.

يحصل على موافقة مكتوبة.¹ و طبقاً لنص المادة 3-162 L من قانون الصحة العامة الفرنسي، فإنه يجب على الطبيب أن يعلم المرأة بالمخاطر الطبية التي تتعرض لها سواء هي شخصياً أم أمومتها المستقبلية، و الخطورة البيولوجية للتدخل الذي تطلبه.²

و يبدو أن المشرع الفرنسي لم يلزم الطبيب بتبصير المرأة الحامل، في حالة الإجهاض العلاجي، على اعتبار أن هدفه علاجي، بقصد إنقاذ حياة الأم من الموت أو من الخطر الجسيم، أو تفادي ميلاد طفل مشوه. و في كل الحالات، إذا ارتكب الطبيب خطأ، كأن يرفض مثلاً، تلقي التأكيد المكتوب من الحامل، خلال المدة المحددة، و هي الإثني عشرة أسبوعاً، فإن الطبيب يكون مسؤولاً عن تعويض الأضرار التي أصابتها.³

و هكذا فقد أخفق الطبيب في دعوى "Perruche" في واجبه في الإعلام و من ثم فلم يتمكن من إبداء النصيحة الممكنة و هي إجراء الإجهاض.⁴ و لكن يلاحظ مع ذلك أنه لا يكفي أن يكون الطبيب قد أخفق في التزامه بالإعلام، فصمته عن الإعلام لا يعد من قبيل الخطأ إلا إذا شكل اعتداء على حق للغير أي الأم.⁵

خلاصة ما تقدم، يعتبر الطبيب مسؤولاً في حالة الإخلال بالالتزام بتبصير الأم الحامل، كأن لم يعلمها باحتمال وجود مخاطر على الجنين، و كذلك بنتائج الفحوص و التحاليل التي تثبت ذلك.

و الجدير بالذكر أن مشرعنا المغربي لم يوفق في إدراج عبارة "عدم التبصر" بالفصلين 432 و 433 من ق.ج.م و التي تفيد في حقيقتها معنى الخفة و الطيش، و أن المدلول الذي يقابل هذه الصورة من الخطأ هي عبارة "الرعونة" التي تعني غياب الحذر و الدراية و نقصان المهارة.⁶

¹ علي حسن نجيدة: "المرجع السابق"، ص: 50 و 51، و هذا الحق الذي أعطاه المشرع يسمى بشرط الضمير Clause de conscience.

² علي حسن نجيدة: نفس المرجع، ص: 53.

³ علي حسن نجيدة: نفس المرجع، ص: 58.

⁴ سواء بسبب عدم إحاطة الأم بالإعلام الذي يجب أن يتم خلال العشرة أسابيع الأولى للحمل (المادة 2-161 L من تقنين الصحة العامة) و الذي كان متاحاً لو كانت الحصة الألمانية قد شخصت مبكراً، أو بسبب علاجي و الذي يمكن فيه إسقاط الحمل في أي وقت (المادة 12-161 L من التقنين الصحة العامة).

⁵ أسامة أبو الحسن مجاهد: تعويض الطفل عن ميلاده معاقاً، دار النهضة العربية - القاهرة، 2002، ص: 32 و 33.

⁶ نور الدين العمراني: "مسؤولية الطبيب الجراح الجنائية بالمغرب"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية. الرباط، السنة الجامعية 1993/1994، ص: 105.

و يمكن القول إذا، أن الخطأ الطبي قد يرتكب أثناء إجراء فحوص ما قبل الإخصاب " la faut en matière de diagnostic anticonceptionnel حيث يكون لكل زوجين، قبل الإنجاب حق إجراء فحوصات، بقصد التحقق من خلوهما من الأمراض الوراثية، التي من الممكن أن تنتقل إلى الجنين، فيولد معوقاً. و هما بلا شك، لن يقررا الإنجاب، إلا إذا تأكدا من خلوهما من هذه الأمراض. و هنا يلزم الطبيب بإعطاء الزوجين المعلومات الكافية و الكاملة، عن مخاطر المرض الجيني- الوراثي – أو الإعاقة.¹

Le médecin consulté, spécialiste en génétique médicale, doit alors tout mettre en œuvre afin de donner au couple l'information la plus compétente quant au risque de maladie génétique ou de handicap.

الطبيب إذا يلتزم ب:

1. أن يعطي الوالدين المعلومات الكافية عن الشريط الوراثي " Profil " génétique.

2. إجراء الفحوص و الاختبارات المناسبة و اللازمة، طبقاً للمعطيات العلمية الحالية، و بكل حرص و دقة.

3. إعطاء الوالدين فكرة كاملة، عن المخاطر المحتملة قبل الإنجاب.

و يكون الطبيب مخطئاً إذا لم يطالب الزوجين بالفحوص الضرورية و طلبها، و لم يهتم بنتائجها، أو لم يحط الوالدين علماً بنتائج الاختبارات التي تشير إلى وجود مخاطر على الطفل القادم.²

و قد يرتكب الخطأ الطبي بسبب الفحوص التي تتم أثناء الحمل، حيث توصل العلم بفضل التقدم في الوسائل و الأجهزة العلمية – إلى إمكانية معرفة العيوب أو الأمراض التي يعاني منها الجنين داخل الرحم، و تمكن بالفعل من علاج بعضها، و يقوم الطبيب إما باستبعاد الجنين أو علاجه أو إجراء جراحة، و قد يقع الخطأ لسببين:

¹ Hermitte (M.A): "le contentieux de la naissance d'enfants handicapés", Gaz, Pal, 24-25 Oct, 1997, P. 76 ; Charlotte Saily: "Responsabilité médicale et parentale face à - l'enfant préjudice - Une étude de droit comparé", Mémoire de DEA, Droit privé, 1998-1999, Lille 2. P. 42 ets.

² Charlotte Saily, op.cit, p : 44.

- Pour défaut de prescription.
- L'information résultant du diagnostic.

في الحالة الأولى قد يفرض القانون على الطبيب إجراء فحوص معينة، و يسأل الطبيب إذا لم يتم بطلب إجراء هذه الفحوص، سواء أكانت بيولوجية أو راديولوجية " Un examen biologique ou radiologique"، فالقانون الفرنسي (مادة 2) من المرسوم الصادر في 14 فبراير 1992م،¹ يلزم الطبيب بإجراء فحص قبل نهاية الشهر الثالث لمعرفة ما إذا كان هناك إصابة بالحصبة "Rubeole" أو التوكسوبلازم "La toxoplasmose" التسمم.

فإذا لم يفرض القانون على الطبيب إجراء فحص معين، فعليه أن يتابع الحمل، و يأمر بما هو ضروري لمثل حالة الأم الحامل من فحوص، مثل la teste HT21 – من الأسبوع 13 إلى 16 من الحمل – لمعرفة ما إذا كان هناك احتمالية، لأن يحمل الطفل Trisomie 21 فهو ضروري لكل امرأة حامل، و إذا طلبته المرأة الحامل فلا يجب على الطبيب أن يرفضه.²

و قد تتعقد المسؤولية، بسبب المعلومات الناتجة عن الفحص، كأن لا يعطي الطبيب معلومات كافية أو غير صحيحة للمريض، و يقع على الطبيب، عبء إثبات أنه قام بالوفاء بالتزامه بإعطاء المعلومات. و لا يجب التركيز فقط على الغلط في التشخيص ذاته و لكن أيضاً الوسائل المستخدمة من أجل تحقيق هذا التشخيص.

- Une erreur de diagnostic ne constitue pas en soi une faute de nature à engager la responsabilité et que le comportement du médecin sera jugé en fonction non pas du résultat du diagnostic mais des moyens employés pour poser ce diagnostic.

¹ Charlotte Saily : Op.cit, p : 46 .

² Charlotte saily : op cit, p: 48.

أما الفحص بالأشعة التلفزيونية échographie، فهو لا يضمن طفلاً صحيحاً فعلاً، فهناك نسبة خطأ من 20% إلى 30%، لا يمكن رصدها كعيوب في الأطفال، و مع ذلك قد يسأل الطبيب، إذا استخدم ألفاظاً من شأنها أن توقع الوالدين في الغلط.

- " l'échographie, même dans les mains les plus expertes, ne peut garantir un enfant normal".

- Il faut aviser les parents du risque général d'erreur, mais en plus, à partir du moment où l'échographiste n'est pas en mesure de poser un diagnostic présentant une certaine fiabilité en raison de circonstances particulières, il doit impérativement en informer les parents¹.

و لا يفرق القاضي بين الخطأ التافه "Faute légère" و الخطأ الجسيم "Faute lourde"، فالطبيب مسؤول في كل الحالات، ما دام هذا الخطأ و التقصير، لا يقع من طبيب يقظ - في مستواه المهني - وجد نفس الظروف الخاصة، التي أحاطت بالطبيب المسؤول، مع مراعاة تقاليد المهنة و الأصول العلمية الثابتة.

و قد يسأل الطبيب في بعض الحالات، عن تحقيق نتيجة، و المتمثلة في سلامة المريض، و صحة العمل الطبي الذي يقوم به، كما في حالة عمليات نقل الدم و إجراء التحاليل.²

الفقرة الثانية: الضرر

لم يقتصر القضاء الفرنسي على تعويض الفرصة الفائتة، بل شمل أيضاً تعويض الطفل عن ولادته معاقاً (l'enfant né avec un handicap)، فقد أدى التطور المتواصل للعلوم الطبية الحيوية إلى ظهور فروض جديدة للمسؤولية الطبية، من أبرزها المسؤولية عن تعويض الأضرار الناجمة عن ميلاد الطفل غير مرغوب فيه لأنه لم يأتي لمبياً لتوقع والديه

¹ Milliez Jacques: "l'euthanasie du fœtus. Médecine ou eugénisme?", édition ODILE JACOB, 1999, P: 11 ets; Charlotte Saily, op cit, P: 49.

² محمد سعد خليفة: مرجع سابق، ص: 162.

بسبب حالته الصحية، و من ثم فإنهما يعتبران هذا الميلاد بمثابة ضرر طالما كان من الممكن أو من الواجب تجنبه.¹

و هنا نكون أمام ثلاثة فروض إما إخفاق إسقاط الحمل، و إما عدم فاعلية الفحوص التي تتم قبل الولادة بغرض اكتشاف الأمراض الجسيمة التي تؤثر على الجنين، أما الفرض الثالث فهو عدم صحة التشخيص الذي يتم قبل الولادة بهدف كشف الأمراض الوراثية.

و الإشكالية هنا أن تطبيق آليات المسؤولية المدنية تثير صعوبات قانونية في إثبات عنصري الضرر و علاقة السببية، ذلك أن التعويض يبتعد عن البعد القانوني ليمس بعض الجوانب المتعلقة بالحق في الحياة، و تحسين النسل...، و هي أبعاد لا تسمح باختزال المناقشة في مجرد مشكلة تعويض لأنها تمس المبادئ الجوهرية لقانون الأشخاص و الأسرة.

و لا تقوم المسؤولية المدنية، إلا إذا سبب الخطأ ضرراً، و يشترط في الضرر أن يكون مؤكداً و مباشراً²، و نفرق هنا بين الضرر الذي أصاب الأم، و الضرر الذي أصاب الطفل.

1. ضرر الأم:

حكم القضاء الإداري، و قضاء النقض الفرنسي بتعويض للأم، على أساس أن للأم مصلحة مشروعة، لعدم إعطائها المعلومات الضرورية، لكي تمارس حرية الاختيار بين الإجهاض و عدمه، فخطأ الطبيب المتمثل في عدم وفاءه بالالتزام بالإعلام، هو الذي حرم الأم من إجراء عملية الإجهاض، حتى تتفادى إنجاب طفل معوق، و هو حق منحها إياه القانون.

و الضرر الذي يصيب الأم، قد يكون ضرراً مادياً، و قد يكون ضرراً أدبياً³:

أ. **الضرر المادي:** و يتمثل في النفقات الزائدة عن النفقات العادية أو الإضافية، التي يلتزم بها الوالدين، مقابل تعليم و رعاية الطفل المعوق⁴، و قد تضحى الأم بوظيفتها لتربية

¹ -Yves Saint-Jours: "Handicap congénital- Erreur de diagnostic prénatal-Risque thérapeutique sous-jacent (à propos de l'arrêt "perruche" du 17 novembre 2000)". D. CH. Doc 2001. n° 16. P 1263.

² انظر، الفصل 264 من قانون الالتزامات و العقود المغربي.

³ أحمد شرف الدين: انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي، الناشر دار الكتب -القاهرة 1986، ص: 15.

⁴ تقرير هذه الأضرار راجع :

-Poirot- Mazères : "la notion de préjudice en droit administratif", revue du Droit Pubic, 1997, p:523 ets.

الطفل. صحيح أنه ضرر مستقل عن الضرر الذي أصاب الطفل المعوق، و يتميز عنه، إلا أنه مرتبط به، حيث يؤخذ في الاعتبار عند حساب التعويض، مع درجة خطورة الإعاقة. و لذلك ففي القضية المعروفة بقضية Picard، رفضت المحكمة اعتبار ميلاد الطفل، ضرراً في ذاته يستوجب التعويض، حتى ولو كان عقب تدخل طبي -بقصد الإجهاض- غير ناجح.¹ و مع ذلك فالمحكمة، لم تغلق الباب تماماً أمام الوالدين في المطالبة بالتعويض، إذا أثبتوا أن ضرراً ما خاص قد أصابهم، من جراء فشل عملية الإجهاض، و رغم وضع طفل غير سليم تماماً، لا يستحق الوالدان تعويضاً عن المصروفات الإضافية، مقابل الرعاية و التعليم للطفل المعوق، إلا ما لم يشمل أو يغطيه التعويض المستحق للطفل.² و عليه متى كان ضرر بسبب خطأ طبي فإنه يعطي للوالدين: "الحق في التعويض عن الضرر المادي و المعنوي الذي أصابهما من جراء حالة ابنهما التي تقتضي تكاليف باهظة سواء للعلاج أو للعيش".³

ب. **الضرر الأدبي:** لا خلاف على أن ميلاد طفل معوق إعاقة جسيمة، إنما يسبب آلاماً نفسية للوالدين، فهما يتألمان لآلامه، و يعيشان حياة مملوءة بالألم و الأسف و هو ضرر مرتد يستوجب التعويض.

- Un préjudice moral par ricochet, d'affection dans la mesure où leur enfant souffre, les parents souffrent de la voir ainsi souffrière⁴.

- وإن كان البعض يرى أن الالتزام بنفقات تعليم الطفل المعوق بالنسبة لطفل طبيعي، و كذلك ما يتعلق بتغذيته و تربيته هو التزام فرضه القانون و لا يعد ضرراً يستوجب التعويض.

- T.G.i de Montpellier, 15 Décembre 1989, J.C.P. 1990.II. N° 21556. Voir GALOPIER LEGOUGE Catherine : ANALYSE CRITIQUE ET ASPECT ETHIQUE DES DECISIONS DE LA COUR DE CASSATION DU 17.11.2000 AU 28.11.2001 RELATIVES A L'ERREUR OU A L'ABSENCE DE DIAGNOSTIC PRENATAL ET A SES CONSEQUENCES INDEMNITAIRES, Th Doctorat, FACULTE DE MEDCINE PARIS DESCARTES -SITE COCHIN, 2009 , p : 134.

¹ Cass. 25 juin 1991, R, T, D. civ.1991, 753, not, P. Jourdain; J.C.P, 1992-11 21784 note, J.F.Barbieri.

² Markesinis : "réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt Perruche", RTD, civ, 2001, P : 88 ets.

³ Cass. 1^{re} civ, 26 mars 1996, Resp. civ. Et assur. 1996, Comm. 231, revue Trimestrielle de droit civil. 1996. 626, obs. P. Jourdain. Michel Paillet : "L'enfant – préjudice devant le juge administratif et la dignité de la personne", Mélanges Christian Bloze, ECONOMICA, Paris, p. 264.

- أشار إليه موحى ولحسن ميموني: "حق الأسرة في التعويض عن الضرر الممتد على ضوء القانون المغربي"، دار النشر المعرفة -المغرب 2014، ص: 101.

⁴ Fabre-Magnan: "Avortement et responsabilité médicale", RTD Civ, Revue trimestrielle de droit civil, Dalloz, 2001, P: 304.

فالبنوة صلة دموية تربط بين الشخص و من ولد من صلبه، و تترتب عنها جملة من الحقوق حدد المشرع بعضها في المادة 54 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه: "للأطفال على أبويهم الحقوق التالية:

- حماية حياتهم و صحتهم منذ الحمل إلى حين بلوغ سن الرشد؛...
- يتمتع الطفل المصاب بإعاقة، بالحق في الرعاية الخاصة بحالته، و لاسيما التعليم و التأهيل المناسبان لإعاقته قصد تسهيل إدماجه في المجتمع."
- و رغم أن هذا النص لا يجسد بمفرده جميع حقوق الأطفال على آبائهم، إلا أنه يقدم الدليل على المسؤولية الكبيرة التي يتحملها الوالدان في تربية الأطفال و تنشئتهم و رعاية مصالحهم، و هي مسؤولية لا يمكن الاضطلاع بها إلا في إطار من التضامن و التعاون و التآزر بين الوالدين و المجتمع، ولا شك أن إصابة أحدهما بضرر ناتج عن تصرف أو فعل غير مشروع يمكن أن ينجر عنه تعطيل طاقته أو قدرته في تحمل مسؤوليته، و بالتالي أن ينعكس سلباً على مسؤولية و حقوق قرينه، و كذا على حقوق أولاده، و ذلك بحكم ما يلحق بهم من ضرر لا يمكن تداركه إلا بإعطائهم حق المطالبة بإصلاحه.

2. ضرر الطفل:

من صور الضرر في المجال الطبي فوات الفرصة على المريض (المضرور) بوصفها ضرراً تقوم عليه مسؤولية الطبيب، و فوات الفرصة تتخذ صوراً مختلفة، و لكن أبرزها فوات الفرصة على المريض في الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، أو التمتع بمباهج الحياة.¹

و يتميز ضرر الطفل عن ضرر الأم، فهو كما قالت محكمة النقض الفرنسية في قضية "Perruche"، يتمثل في النتائج الضارة للإعاقة، أما إذا ولد الطفل سليماً، فإن ميلاده و خروجه للحياة في ذاته، لا يعتبر ضرراً قابلاً للتعويض. و مع ذلك يرى البعض،² أن هناك عقبة قانونية، فلكي يستحق الطفل تعويضاً، فعليه أن يثبت:

¹ طلال سالم نوار دحام الجميلي: "فوات الفرصة في المسؤولية الطبية المدنية- دراسة مقارنة"، المركز العربي للنشر و التوزيع - القاهرة، الطبعة الأولى 2019، ص: 12.

² Denis Mazeaud : "Réflexions sur un malentendu", Recueil Dalloz 2001, p.332. disponible sur le site : https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/Mazeaud_sur_perruche.pdf. p.2 et ets.

أ. أن والدته كانت ستلجأ فعلاً إلى الإجهاض لو علمت بالإعاقة.
ب. أن ضرراً أصابه هو شخصياً، باعتبار أن له حق في أن يولد سليماً، و أن يكون له ذمة جينية سليمة، و أن يكون هذا الضرر محققاً، فهل أصاب الطفل ضرر محقق يستوجب التعويض؟
الإجابة عن السؤال المطروح، أثارت جدلاً كبيراً بين أنصار حكم "Perruche" و معارضييه.

الصحيح من الناحية القانونية، أنه إذا كان من شروط الضرر – القابل للتعويض- أن يكون محققاً، أي قد وقع فعلاً، فالصحيح أيضاً، أنه يجوز التعويض عن الضرر الذي سيقع حتماً، و لو تراخى إلى المستقبل، و هو ما يسمى ب "الضرر المستقبل" فهذا النوع من الضرر، يجب أن تؤدي أسبابه حتماً إلى وقوعه في المستقبل.¹ و هو الضرر الذي تحقق سببه و تراخت آثاره. و في مجال الممارسات الطبية على الجنين، توجد حالات يكون الضرر فيها محققاً، كنتيجة للتدخل الطبي على الجنين، بقصد علاج بعض التشوهات و إجراء بعض الجراحات، و يمكن التثبت من ذلك، بالوسائل الطبية الحديثة.

و في بعض الحالات الأخرى، توجد جرثومة المرض – بسبب التدخل الطبي أثناء الحمل- ثم تظهر آثاره بعد الميلاد فوجود جرثومة المرض إذاً، يجعل الضرر مؤكداً، و أنه سيقع حتماً، إذا فوجود الضرر أو وجود سببه – و إن تراخت آثاره – يكفي، في رأينا، لثبوت الحق في التعويض للجنين كغيره من الحقوق المالية.

و إذا كان خطأ الطبيب، ليس سبباً مباشراً للضرر، كأن يكون سبب الإعاقة أو المرض الخطير وراثياً، فإننا إذا أخذنا بوجهة نظر المعارضين لحكم محكمة النقض، فإن الحياة و لو منتقصة "Diminuée"، لا تعتبر – في حد ذاتها- ضرراً يستوجب التعويض، فلا يستطيع الطفل إذاً – حسب هذا الرأي – أن يتضرر من كونه قد ولد معوقاً، لأنه إذا كان للإنسان الحق في الحياة، فليس له حق في ألا يولد، أو أن يولد على نحو معين، فإذا رفعت الدعوى بناء على هذا الأساس، فهي مرفوضة لعدم مشروعية المصلحة.

¹ روى عبد الستار صالح، جليل حسن الساعدي، باسم ذهاب خلف: تعويض الضرر المستقبل في نطاق العقد، المجلة القانونية (مجلة متخصصة في الدراسات و البحوث القانونية) مجلة علمية محكمة 2018، ص: 135، منشور في الأنترنت: https://jlaw.journals.ekb.eg/article_45233_1fa144bce5ae176821babb492d61dd6d.pdf.

أما إذا أخذنا بوجهة نظر المؤيدين، لحكم محكمة النقض، فالضرر موجود و محقق، فالمحكمة تجنبت الحديث عن الحياة الضارة، نتيجة لعدم الإجهاض، و انتهت إلى التعويض عن الآثار الضارة للإعاقة، فالحياة ليست هي الضرر، لكنها الإعاقة و الآثار الناجمة عنها. و يشير البعض صراحة، إلى أن الاعتراف بالضرر معناه أنه من الأفضل ألا يحيا الطفل، بدلاً من أن يحيا معوقاً، مع ما يترتب على هذه الحياة من تكاليف هائلة طبية ضرورية لرعاية طفل معاق بمقارنة بتكاليف تربية طفل سليم،¹ و ذهب البعض، إلى أبعد من ذلك، فقالوا أن الحياة مع الإعاقة ضرر، و أن للإنسان الحق في عدم الحياة " de ne pas vivre"، فقانون الإجهاض الفرنسي² الصادر في 1975 و تعديلاته، يفترض وجود مصلحة للطفل، في ألا يحيا مع إعاقة جسيمة، بدليل أنه سمح بالإجهاض الطبي – لغرض علاجي – في حالة ما إذا ثبت أن الجنين مشوه أو معوق إعاقة جسيمة غير قابلة للعلاج، أثناء الحمل أو بعد الميلاد.

و إذا قيل أنه لم يكن من الممكن علاج الطفل أثناء الحمل، و أنه لم يكن هناك إلا أن يولد معوقاً أو لا يولد، و هو بذلك لم يخسر شيئاً، فإن الفقه المؤيد لحكم محكمة النقض، يرد على ذلك، بأن الحكم الصادر من محكمة النقض بتعويض الطفل المعوق، يعد تطوراً في قضاء المحكمة، فهي بهذا قد تجاوزت فكرة الضرر التقليدي، و التي تتضمن وجود خسارة، لأن قضاءها بتعويض الطفل المعوق إنما يتضمن الاعتراف بوجود ضرر مع عدم وجود خسارة، فهو ضرر ينتج عن الإعاقة الخلقية للطفل، و ما أصابه من قصور بالمقارنة بغيره من الأطفال الأسوياء، فالمحكمة إذا قد بنت حكمها على الإعاقة و آثارها على حياة الطفل لا على الحياة الضارة.³

إن الإعاقة هي الضرر الوحيد الذي يمكن أن يؤخذ في الاعتبار، إذ لا يجوز اعتبار الحياة، في حد ذاتها، ضرراً بالنسبة للوالدين، و بالنسبة للطفل. كما أن الإعاقة أكثر إيذاء

¹ Cailin Harris, *Statutory Prohibitions on Wrongful Birth Claims & Their Dangerous Effects on Parents*, 34 B.C.J.L. & Soc. Just. 365 (2014), p.393. disponible sur le lien suivant :

-<http://lawdigitalcommons.bc.edu/jlsj/vol34/iss2/8>

² Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse. Journal officiel de la république française. P.739. disponible sur le lien suivant :

- <https://www2.assemblee-nationale.fr/static/evenements/anniversaire-loi-veil/loi%2075-17.pdf>

³ محمد سعد خليفة: مرجع سابق، ص: 167-168.

بالنسبة للطفل من والديه، فالطفل أصيب في وجوده و شخصه، أما الوالدين فقد أصيبا بطريقة غير مباشرة.

باختصار، فالضرر هو الحياة و عدم الضرر هو الموت، و هكذا يصير الموت قيمة مفضلة على الحياة، أليس في ذلك انحراف بمفهوم الضرر؟ فإذا وجد الطفل في حالة ضارة لم يحدثها سوى ميلاده، فإنه لا يكون بذلك ضحية لفعل ضار يمكن أن ينسب لشخص محدد، لأن فعل الطبيعة ليس فعلاً للإنسان، و من ثم فإن الضرر الذي يستند له ليس واجب التعويض قانوناً.¹

و يضيف هذا الرأي، أن تهديد كرامة شخص الإنسان، لا يتفاوت قوة أو ضعفاً، بين حالتي تعويض الطفل أو تعويض والديه، و ينبغي للقضاء بالتعويض في الحالتين، التأكيد على أن الحياة المعاقة تعد ضرراً بالنسبة للطفل في حالة، و بالنسبة للوالدين في الأخرى، و لا يوجد سبب للتمييز بين الوضعين، فإما التعويض للوالدين و للطفل، و إما رفض تعويض الوالدين شأنه شأن تعويض الطفل.²

و نخلص مما سبق أن الأضرار التي تصيب المريض أو ذويه يمكن أن تكون أضراراً مادية أو أدبية. فالمساس بسلامة الجسم و ما ينتج عنه من ضرر يشكل ضرراً مادياً يتمثل في نفقات العلاج أو إضعاف القدرة على الكسب، و قد يصيب الضرر المادي ذوي المريض.

الفقرة الثالثة: العلاقة السببية بين الفعل الضار الذي صدر من الفاعل و بين الضرر الذي أصاب الجنين

يشترط في الضرر الذي يصيب الجنين حتى يمكن التعويض عنه أن يكون نتيجة طبيعية و مألوفة للفعل الصادر من المعتدي و الضرر المعنوي الذي يصيب الجنين يتمثل في نتيجة ضارة أولى أوقعها الفعل بالمضرور الأصلي الذي قد يكون الأب أو الأم أو أحد الأقارب حتى الدرجة الثانية، فانعكست آثارها السلبية على الجنين لم يكن ليحدث لولاها و إن

¹ تفاصيل مذكرة المحامي العام Sainte- Rose، الأسبوع القانوني، ص: 2307 و 2308، أورده: أسامة أبو الحسن مجاهد مرجع سابق، ص: 59.

² G.viney : brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion (Cass.ass.plen.17NO.v.2000), J.C.P.G , 2001-1-n° 28. P.65 ets.

كان بعد حصوله قد اكتسب كيانا مستقلاً و متميزاً عن النتيجة الأولى، فالعلاقة بين الضرر و الخطأ هي علاقة توالي.

يرى القضاء الفرنسي أنه متى ثبتت علاقة السببية بين الفعل و النتيجة التي قد يتأخر ظهورها عادة للعيان إلى ما بعد تمام عملية الولادة، عد ذلك كافياً لمساءلة الشخص عن جريمة إيذاء أياً ما كانت صورتها، طالما كان ارتكاب السلوك قد جاء متجاوزاً فترة العشرة الأسابيع المنصوص عليها في قانون الصحة العامة أو متى كان التدخل في الحمل و محاولة إنهاءه و التي نجم عنه نقص التكامل الجسماني للجنين، و من ثم فالجنين الحق في التعويض متى ولد به إعاقة و تشوهات نشأت عن خطأ طبي، و لقد قضى القضاء الفرنسي¹ بالإلزام بالتعويض لطفل ولد مصاباً بعاهة و تشوه نتيجة للخلل الجيني و الوراثي الذي أحدثه التدخل الخاطئ للطبيب.

و يدور النقد الموجه إلى حكم محكمة النقض الفرنسية، حول انتفاء علاقة السببية، بين خطأ الطبيب و المعمل، و الضرر الذي أصاب الطفل نفسه، على اعتبار أن الضرر، إنما ينتج عن مرض جيني، و من ثم لا وجه لتعويض الطفل، إلا إذا كان ذلك على أساس ضرر الحياة، و الحياة ليست ضرراً، لا من الناحية الأخلاقية، و لا من الناحية القانونية. و قد يصعب تحديد علاقة السببية، إذا تعددت الأسباب التي أدت إلى وقوع الضرر، فهل تعتبر الأسباب المؤدية للضرر، مسؤولة عن الضرر، أم أن هناك سبباً قوياً و منتجاً، هو الذي يعتد به دون الأسباب الأخرى؟

و بالرجوع إلى القواعد العامة، نجدنا أمام نظريتين، إحداها تسمى بنظرية تعادل الأسباب،² أي لأنه بدون الأسباب مجتمعة ما كان يحدث الضرر، فلا يقع الضرر، إذا لم يقع أحد هذه الأسباب. فإذا أراد القاضي أن يحكم بالتعويض في مثل هذه الحالة، فعليه أن يستند إلى أنه لولا وقوع أحد هذه الأخطاء لما تحقق الضرر. و على المضرور بالطبع يقع عبء الإثبات، و هو طبقاً لهذه النظرية، سهل حيث يكفي أن يثبت كل العناصر أو الأسباب التي

¹ - cass. ass. plén. 17/11/2000 jurisprudence, 11, 10438 p.2293.

أشار إليه، أميرة عدلى أمير عيسى خالد: "الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة"، دار الفكر الجامعي- الإسكندرية سنة 2008، ص: 133 و 134.

² محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، 1978، ص: 564.

أدت إلى حدوث الضرر، دون أن يكلف بإثبات أيها كان السبب المباشر في تحقيق الضرر،¹ فالأسباب جميعها مسؤولة عن الضرر الذي حدث، و يقوم بين كل واحد منها و الضرر، علاقة سببية.²

أما نظرية السبب المنتج، فإنه في حالة تعدد الأسباب المؤدية للضرر، فيجب التفرقة بين هذه الأسباب لمعرفة أيها كان السبب المباشر أو المنتج في تحقيق الضرر، و تُستبعد بذلك باقي الأسباب.³ فبالنسبة للأم لا توجد مشكلة، لأن رابطة السببية قائمة بين خطأ الطبيب و الضرر، الذي أصاب الأم أو الوالدين، و المتمثل في حرمانها من ممارسة الإجهاض أما بالنسبة لرابطة السببية بين خطأ الطبيب و الضرر الذي أصاب الطفل، فالمسألة تبدو معقدة، فيرى البعض، عدم وجود رابطة سببية بين خطأ الطبيب و الضرر الذي أصاب الطفل، فالإعاقة التي يمكن وصفها بأنها ضرر قابل للتعويض، لا تربطها بخطأ الطبيب علاقة سببية، و يرى البعض الآخر أن هناك علاقة سببية بين خطأ الطبيب و الإعاقة التي أصيب بها الطفل.

صحيح، أن خطأ الطبيب لم يؤدي مباشرة إلى الإعاقة – لأن مرض الحصبة "Rubeole" الذي أصيبت به الأم، هو الذي أدى إلى هذه الإعاقة – فالإعاقة وراثية، و ليست نتيجة لخطأ الطبيب، إلا أنه يجب أن يؤخذ في الاعتبار، خصوصية الأنشطة الطبية و الالتزامات الملقات على عاتق الطبيب.

فالقانون الفرنسي، لا يتطلب أن يثبت المضرور أن الخطأ الطبي هو السبب الرئيسي المنتج و الفعال للضرر، بل يكفي أن يكون الخطأ الطبي، واحداً من الأسباب التي جعلت من الممكن حصول الضرر أو عدم استبعاده⁴ و بسبب ما أثاره حكم محكمة النقض الفرنسية، و المعروف بحكم "Perruche" من جدل، تدخل المشرع الفرنسي و أصدر القانون رقم 303-2002 في مارس 2002 و المتعلق بحقوق المرضى.

¹ محمد عبد الطاهر حسين: مشكلات المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم، 1995م دار النهضة العربية، ص: 130.

² محمد عبد الطاهر حسين: نفس المرجع، ص: 139.

³ أسامة أبو الحسن مجاهد: مرجع سابق، ص: 46.

⁴ Fabre – Magnan. Avortement et res. méd. op.cit. P: 309 et s.

و نصت المادة الأولى من القانون رقم 303-2002 في الفقرة الأولى على أنه: "لا يجوز لأحد أن يدعي ضرراً من مجرد واقعة ميلاده و هذا معناه، أن واقعة الحياة في ذاتها، لا تعد ضرراً مستوجباً التعويض، و هو ما يؤيد وجهة نظر الفقه و القضاء المعارض لحكم محكمة النقض الصادر في 17 نوفمبر 2000م، فقد ذهب البعض إلى أن هذا القانون قد رفض قضاء بيروش¹ أو على الأقل، فلن يكون من الصواب أن تتجاهل محكمة النقض في المستقبل، هذا القانون استناداً إلى حكمة التشريع لا إلى حرفية النصوص.²

إلا أن هذا النص، و إن كان يتفق و رغبة المعارضين،³ إلا أنه في الحقيقة لا يتعارض صراحة مع حكم محكمة النقض، لأن محكمة النقض، عندما قضت بالتعويض للطفل المعوق، لم تؤسس حكمها على ضرر الحياة، فواقعة الحياة، في ذاتها ليست ضرراً يستوجب التعويض، و إنما بنت الحكم على وجود ضرر، المتمثل في النتائج الضارة للإعاقة التي ولد الطفل بها، و التي يرجع سببها إلى حرمان الأم من اتخاذ قرار الإجهاض، لو أن الطبيب كشف لها عن وجود التشوهات بالجنين أثناء الحمل.

و يرى البعض الآخر، أن القانون حرم الوالدين من حق المطالبة بالتعويض الكامل من الأضرار التي أصابتهم، بسبب ميلاد طفل معوق، فالمادة الأولى، الفقرة الثالثة، أقرت حق الوالدين في التعويض عن الضرر الشخصي، إلا أنه لا يشمل الأعباء الخاصة، الناتجة عن إعاقة الطفل طيلة حياته، و جعلت تعويض هذه الأضرار عبئاً على المجتمع، باسم التضامن القومي، مما يقصر حق تعويض الوالدين عن الضرر الأدبي المتمثل في الاعتداء على حقهما، في اتخاذ قرار الإجهاض، إذا تبين أن الجنين مشوه أو معوق، أو يعاني من ضرر جسيم يستحيل البرء منه، أما الأعباء المالية، فسيتحملها المجتمع، و بالطبع ستكون غير كافية.⁴

¹ مقال بعنوان:

- La jurisprudence perruche "cassée, par la loi.

<http://www.editionlegislatives.com/actualité/dossier/archives/2002/mars.2.html>.

² أسامة أبو الحسن مجاهد: مرجع سابق، ص: 218.

³ أسامة أبو الحسن مجاهد: نفس المرجع، ص: 216.

⁴ نقد الموجه للمادة الأولى من القانون 303-2002، أشار إليه تفصيلاً: أسامة أبو الحسن، مرجع سابق، ص: 222 و ما

بعدها.

و هذا يتعارض مع حق الوالدين، في اللجوء إلى القضاء الطبيعى، للحصول على كامل التعويض، سواء أكانت الأضرار مادية أم أدبية، مما يجعله مخالفاً للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

و السؤال الذي يحتاج إلى إجابة هو لماذا يترك المخطئ حراً، و يتحمل المجتمع نتيجة خطئه؟ لماذا يتحمل المجتمع تعويض الأضرار الناجمة عن خطأ الطبيب؟

ألم يفرض القانون الجديد -قانون 4 مارس 2002- التأمين الإجباري ضد المسؤولية الطبية؟ أليست من المنطقي تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة، مصلحة الوالدين في الحصول على تعويض كامل من المخطئ، و مصلحة الأطباء في أن تتحمل عنهم شركات التأمين التعويضات، و مقابل تحملهم بأقساط تأمين و لو مرتفعة نسبياً؟

الفرع الثاني: طبيعة دعوى المسؤولية

هل مسؤولية الطبيب في مواجهة الأم و الطفل عقدية أم تقصيرية؟
إن ممارسة العمل الطبي في القطاع العمومي، سواء بالمستشفيات العامة أو غيرها من المرافق، يقتضي اعتبار الممارس في مركز تنظيمي، فإن علاقة المرضى بهذه المرافق علاقة تنظيمية تؤطرها الأنظمة و اللوائح، بحيث تعتبر المسؤولية المترتبة عن خطأ الموظف العمومي مسؤولية تقصيرية و ليست عقدية. كما أن تعذر إبرام عقد العلاج في إطار الممارسة الحرة أو تقرير بطلانه لسبب من الأسباب يستلزم إعمال قواعد المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، طالما أن تخلف العقد أو بطلانه يخرج علاقة المدين بالمريض عن إطارها العقدي.¹

¹ مولاي اسماعيل احتيتيش: "النظام القانوني للمسؤولية عن فعل الغير في المجال الطبي" أطروحة الدكتوراة في القانون الخاص جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية أكادال -الرباط، السنة الجامعية 2016/2017، ص 99-98.

وعلاقة الأم و الطفل بمرافق الصحة العمومية تبقى علاقة نظامية، يستبعد الفقه¹ و القضاء² مع توافرها فكرة العقد كأساس لهذه الرابطة، باعتبار المرفق يؤدي خدماته لفائدة المنتفعين منه، و أن قواعد القانون هي التي تحكم هذه العلاقة، مما يجعل المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزام في إطار مسؤولية غير عقدية.

إذا كانت القاعدة أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم مرتكبه بالتعويض، فإن وقوع خطأ من الطبيب، قبل أو أثناء أو بعد ميلاد طفل، إنما يرتب مسؤوليته، في مواجهة المضرور، و سواء أكان الطفل أم والديه.

و لأن الأم، هي التي أبرمت العقد مع الطبيب – بقصد متابعة الحمل في إطار الممارسة الحرة – فإن المسؤولية، أي مسؤولية الطبيب في مواجهة الأم، تكون عقدية، و لأن الطفل يعتبر أجنبياً عن العقد، فلا تكون مسؤولية الطبيب في مواجهته إلا تقصيرية.

لكن هل يستطيع الطفل –إذا بلغ سن الرشد– أو بواسطة من ينوب عنه –الوالدين أو الوصي– أن يتمسك أو يحتج، بالعقد المبرم بين والدته و الطبيب، إذا أصيب بضرر لسبب يرجع إلى عقد تنفيذ عقد العلاج الطبي؟

أثارت الإجابة عن هذا السؤال خلافاً كبيراً...

فقد ذهبت بعض الأحكام، إلى أن مخالفة الالتزام العقدي، لا يشكل تلقائياً خطأ تقصيرياً، في مواجهة الغير، و الذي قد يضار بطريق غير مباشر، بسبب عدم تنفيذ العقد، و من ذلك ما قضى به، من أنه إذا كان الخطأ العقدي للوكيل في مواجهة الموكل يمكن أن يوصف بأنه خطأ شبه تقصيري في مواجهة الغير، فإن ذلك مشروط بأن يكون أيضاً، مخالفاً للالتزام العام بالحذر و التبصر.

" si la faute contractuelle d'un mandataire à l'égard de son mandant peut être qualifiée de faute quasi délictuelle à l'égard d'un

¹ الحديث عن المسؤولية العقدية ينصرف مباشرة إلى الأطباء الذين يمارسون المهنة في إطار مؤسسة الطب الحر، أي الذين يزاولون مهنة الطب خارج إطار عقد الشغل من جهة، و خارج إطار الوظيفة العمومية و في استقلال تام عن الدولة لأنهم لا يعتبرون موظفين لديها من جهة أخرى. أحمد درويش: "العقد الطبي: تأملات حول المشاكل القانونية التي تثيرها العلاقة بين الطبيب و زبونه"، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، مطبعة أمنية بالرباط، طبعة الأولى 2009، ص: 8.

² "مسؤولية المركز الاستشفائي الجامعي ابن رشد كمؤسسة عمومية عن الضرر الحاصل مباشرة عن سير إدارتها و عن الأخطاء المهنية و الطبية المرتكبة من طرف الأطر التابعة له" حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 2009-07-01 في الملف عدد 2009-1807. منشور بمجلة الودادية الحسنية للقضاء، العدد الثالث، المطبعة و الورقة الوطنية، مارس 2012، ص: 325 و ما بعدها.

tiers, c'est à la condition qu'elle constitue aussi la violation d'une obligation générale de prudence et de diligence..."¹.

و يرى البعض، أن الحل يعتمد على الغاية أو الهدف من المهمة المطلوبة من المدين.² فعندما يكون عدم التنفيذ لالتزام عقدي، تقصيرا في واجب الحرص و الحذر، في مواجهة الغير، فإن الخطئين -العقدي و التقصيري- يمكن أن يتشابك و يتراكبا. كما في حالة ما إذا كان الضرر الذي يصيب الغير جسدياً. أما في مجال الالتزامات العقدية، فإن الأخطاء لا تكون متصورة إلا في جانب أحد المتعاقدين، و الذي يدفع من أجل أن يأخذ المقابل. و مع ذلك فإن بعض الظروف الخاصة، قد تؤدي إلى حلول استثنائية متعارضة، و ذلك كما في الحالة التي نحن بصدها، قضية "Perruche"، حيث أثار القضاء في نفس الوقت المادتين 1165، 1382 مدني، بمعنى آخر، أن الخطأ العقدي للطبيب في مواجهة الوالدين -يكون في نفس الوقت- خطأ تقصيرياً في مواجهة الطفل.

- Que la faute contractuelle du médecin vis à vis de parent constitue dans le même temps une faute délictuelle vis à vis l'enfant.

و تطبيقاً لذلك، إذا كان الطبيب -بمقتضى العقد- ملتزماً بالإعلام، أي بإعطاء معلومات... لكي تستطيع الأم اتخاذ قرار واضح، بشأن الاستمرار في الحمل من عدمه، فإن هذه المعلومات تهم بالضرورة الطفل.³ ألا يكون من حق الجنين عندما يولد، التمسك بهذا الخطأ، على اعتبار أن إخلال الطبيب بالتزامه، و إن كان خطأ في مواجهة الأم، فهو أيضاً كذلك في مواجهة الطفل، ألا تهم هذه المعلومات المتعلقة بحالة الجنين، الجنين نفسه، و قبل أي شخص آخر؟

و هذا المبدأ، أكدته محكمة النقض الفرنسية، حيث خلصت أحكامها إلى أن مخالفة الالتزام العقدي بالرعاية بالمريض و إعطاء معلومات خاطئة، و الذي يتحمله المهني الطبي،

¹ Civ , 1^{re}, 15 déc, 1998, B.Civ. 1, n° 368 ; note J.Mestre in R.T.D. civ, 1999.624 ; Fabre.Magnan, op. cit, p : 165.

² G. Viney : op.cit, p :1094.

³ Fabre- Magnan. op.cit ,p :299 et 300.

ترتب التزاما بالتعويض، عن الأضرار التي تصيب الوالدين، بسبب الإعاقة التي ولد بها الطفل تأسيساً على المادة 1384، 1147 مدني.¹

و ذهب البعض الآخر، إلى أن مسؤولية الطبيب، سواء في مواجهة الأم أو في مواجهة الطفل المعوق، إنما هي مسؤولية عقدية، و ذلك اعتماداً على أن هناك اشتراطاً لمصلحة الغير، في العقد المبرم بين الطبيب و الأم، لأن العقد إنما ينتج عنه التزام بالسلامة فيكون لمن أصابه ضرر الحق في رفع دعوى تعويض تأسيساً على العقد.

و قد طبق القضاء هذا الالتزام، في مجال عقد النقل، ثم انتشر الالتزام بالسلامة في العقود الأخرى، كما حكم القضاء في قضية نقل الدم الملوث-"microbe de la syphilis"، بالتعويض اعتماداً على فكرة الاشتراط لمصلحة الغير.²

و أخيراً و في قضية مماثلة متعلقة بمنتجات الدم الملوث ب "le vill"، حيث فسرت المحكمة المادة 1147، 1384 مدني، في ضوء التوجيه الأوروبي الصادر في 25 يوليو 1985م، و اعتبرت أن المنتج مسؤول عن الأضرار الناتجة عن السلع، سواء في مواجهة المضرور المباشر، أو من أصابه ضرر منعكس أو مرتد دون أن تميز بين المتعاقد و غير المتعاقد.³

و نحن نعتقد أن الأمر، إذا تعلق بالتنفيذ السيء لعقد من العقود، مما أدى إلى إصابة أحد الطرفين بضرر، فإن المضرور يتمسك بالعقد باعتباره الضحية المباشر، لهذا التنفيذ المعيب، و تكون المسؤولية عقدية، و لا تثير هذه الحالة مشكلة فقهية أو قضائية.

أما بالنسبة للغير، و الذي يصاب بأضرار شخصية، بسبب الأضرار التي أصابت المتعاقد الأصلي، و هو ما يسمى بالضرر الشخصي المرتد أو المنعكس، فإنه أيضاً يستطيع المطالبة بالتعويض، و تكون المسؤولية تقصيرية لا عقدية. و ذلك لغياب العقد بينه و بين محدث الضرر، و مع ذلك يجوز للغير التمسك بالعقد كواقعة قانونية "comme un fait juridique".

¹ Cass. Civ. 26 mars, 1996, Dalloz, 1996, 35, note roche.Dahan.

² Cass, 17 Dec, 1954, J.C.P. 1955-11-8490. Note savatier, J.C.P, 2000, P , 2300 not F ,chabas.

³ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 28 avril 1998, 96-20.421, Publié au bulletin sur site : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007039740>.

و في القضايا التي عرضت على القضاء الفرنسي، و التي قمنا باستعراضها خاصة في القضية المعروفة "l'affaire perruche"، فإن الطبيب قد ارتكب خطأ، فهو مسؤول في مواجهة الأم لإخلاله بالتزام بالإعلام أو بإعطاء معلومات، عن حالة الجنين، كانت تتمكن الأم من اتخاذ قرار بالإجهاض، حتى لا تضع طفلاً معوقاً، و هو كقاعدة التزام بنتيجة¹ لا يعفى منه الطبيب، إلا في حالة الاستعجال، كما أن الطبيب مطالب باختيار الوسيلة الأكثر اتفاقاً أو الأكثر ملائمة لتنفيذ التزامه بنقل المعلومات إلى مريضه، نظراً لاختلاف المرضى، و لأن هذه المعلومات بالنسبة لمريض معين قد تنعكس على حالته مما يصيبه بأضرار جسيمة، و التزامه في هذه الحالة، التزام ببذل عناية².

- نخلص من كل ما سبق إلى ما يأتي:

1- أن الطبيب يعد مسؤولاً في مواجهة الطفل عن الأضرار التي أحدثها بخطأ منه.

2- الطبيب يسأل أيضاً في مواجهة الوالدين على أساس مخالفته للالتزام بإعطاء المعلومات، عن حالة الجنين، ليتخذ قراراً بالإجهاض من عدمه.

3- على الطبيب أن يثبت أنه نفذ التزامه بإعطاء المعلومات و التحذير كتابية، خاصة في حالة رفض الأم الإجهاض.

4- الطفل يجب أن يقيم الإثبات، على توافر شروط الإجهاض الطبي و ذلك بشهادة طبيبين من أن هناك مخاطرة صحية للأم من استمرار الحمل، أو أن الجنين معوق إعاقة خطيرة، و لا يمكن معالجتها أثناء الحمل.

المطلب الثاني: أساس المسؤولية عن التشوهات الخلقية في الفقه الإسلامي و القواعد الطبية

تعتبر المسؤولية الطبية و أخطاء الأطباء من المواضيع التي لازمت ممارسة الطب منذ قديم الأزمنة، و قد وضعت التشريعات و النصوص المحددة لتلك المسؤولية. و بتطور

¹ و مع ذلك يكون في بعض الحالات التزام ببذل عناية، عندما يجهل الطبيب هذه المعلومات و في هذه الحالة يكون على المريض إثبات أن الطبيب قد ارتكب خطأ في واجب الحرص في البحث عن المعلومات الصحيحة.

² حسام الأهواني: المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مطبعة جامعة عين الشمس، 1975، ص: 88 و ما بعدها.

العلوم الطبية عبر مختلف العصور، فقد تطورت تلك التشريعات أيضا و بشكل ينسجم مع تطور الطب.

و لما جاء الإسلام وضع ضوابط و قوانين لممارسة الطب و التي يشكل محورها حديث النبي عليه الصلاة و السلام { من تطيب و لم يعلم منه الطب قبل ذلك فهو ضامن }¹. و بناء عليه فقد حدد الأطباء العرب القدامى و علماء الشريعة الإسلامية شروطاً لانتفاء مسؤولية الطبيب في حالة وقوع الخطأ الطبي،² و ابن قيم الجوزية في كتابه الطب النبوي، هو أحد الذي فصلوا وفندوا تلك الشروط. و لما ازداد عدد الأطباء و الصيادلة الممارسين لصناعة الطب في البلاد العربية و الإسلامية، كان من الضروري إنشاء نظام يتولى مراقبة سلامة هذه المهنة، و خاصة بعد انتشار المتعلم الماهر و الدجال الجاهل، و هذا النظام سمي حينئذ بنظام الحسبة، و قد ألفت العديد من الكتب التي تبحث في هذا النظام و تطبيقاته. إلا أنه حديثا و بسبب التقدم الكبير الذي حدث في مجال الطب، لاسيما خلال العقود القليلة الماضية، خاصة فيما يتعلق بمجال جراحات زرع الأعضاء أو الجراحات التجميلية، بالإضافة إلى تطور وسائل التشخيص و العلاج كما في حالة الأمراض الخبيثة منها أو المستعصية، فقد تعددت صور المسؤولية الطبية و تشعبت إلى الحد الذي يتطلب إعادة مناقشة تطوير القوانين التي تضبط مسؤولية الطبيب في حالة وقوع الخطأ، و على نحو يفي بالحاجة إلى ممارسة مهنة الطب في جو يشجع الأطباء على أدائها وفق أحدث الطرق العلاجية، دون التفريط بحقوق المريض عند وقوع الخطأ.

و قد يحدث أن يخطئ الطبيب و هو يقوم بتشخيص أمراض أو تشوهات الجنين، و يقرر عدم الاستمرار في الحمل، و إسقاط الجنين، ثم يظهر بعد ذلك خطأ الطبيب في تشخيصه للجنين فهل يسأل الطبيب عن هذا الخطأ؟ و ما معيار هذا الخطأ الذي يسأل عنه الطبيب؟ و ما هي الآثار المترتبة على هذا الخطأ؟

¹ أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي: "كتاب الديات"، ج 4، الناشر المكتبة العصرية، صيدا - بيروت، رقم 4586، ص: 710؛ أبو الحسن نور الدين محمد بن عبد الهادي السندي: "كتاب الطب"، ج 2، دار الفكر - بيروت، د.س. ف 3466.
² منير هليل: "مسؤولية المستشفى الناشئة عن خطأ الطبيب غير الموظف"، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية) مجلد 25 (3)، سنة 2011، ص: 774.

هذا ما سنلقي عليه الضوء في هذا المطلب من خلال بيان مفهوم المسؤولية الطبية (الفرع الأول)، ثم التعدي (الفرع الثاني)، على أن نختم في (الفرع الثالث) للمسؤولية الطبية عن التشوهات الخلقية في ظل الممارسات الطبية الحديثة.

الفرع الأول: مفهوم المسؤولية الطبية

سنحاول التطرق في هذا الفرع لمفهوم المسؤولية الطبية من خلال أن نعرض في (الفقرة الأولى) لتعريف المسؤولية الطبية، ثم لأدلة مشروعية المسؤولية الطبية في (الفقرة الثانية)، على أن نتطرق في (الفقرة الثالثة) لأركان المسؤولية الطبية، و نختم هذا الفرع بمعالجة أقسام و انتفاء المسؤولية الطبية و سقوطها في (الفقرة الرابعة).

الفقرة الأولى: تعريف المسؤولية

المسؤولية لغة: يقصد بها التبعة و المطالبة و المؤاخذه عما يصدر عن الإنسان من أقوال أو أفعال،¹ و يطلق لفظ السؤال على معنى الطلب، سواء أكان الطلب لشيء معنوي كالمعرفة و العلم، أو كان لشيء مادي كالمال و نحوه.

كما تطلق المسؤولية في اللغة على معان، منها:

1- ما يطلب الوفاء به، و من ذلك قوله تعالى: ﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴾²، أي مطلوباً الوفاء به.

2- الشرع المحاسب عنه، و من ذلك قوله تعالى: ﴿ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا ﴾³، أي مسؤولاً عنه صاحبه و محاسباً عليه مجازى به.

و منه قوله صلى الله عليه و سلم {ألا كلكم راع و كلكم مسؤول عن رعيته}⁴.

المسؤولية في الاصطلاح:

¹ أبو الفضل جمال الدين ابن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، "لسان العرب"، ج 6، دار صادر بيروت، لبنان، ط الأولى 1410هـ/ 1990م، ص: 134؛ إبراهيم مصطفى و آخرون: "مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط"، ج 1، الناشر دار الدعوة - بالقاهرة، دس، ص: 411؛

² سورة الإسراء، الآية: 34.

³ سورة الإسراء، الآية: 36.

⁴ محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله البخاري: "كتاب الأحكام"، ج 6، دار طوق النجاة - دمشق، الطبعة الأولى، 1422هـ، ف 2611 و 6719؛ مسلم بن الحجاج النيسابوري: "كتاب الإمارة من صحيح مسلم"، ج 3، الناشر الهيئة العامة للعناية بطباعة و النشر - الكويت، الطبعة الأولى 1436هـ/ 2014م، ف 1829 و 1459.

لم يستعمل الفقهاء الأقدمون لفظ المسؤولية في معنى الجزاء و الحساب و التبعة عن الأعمال و الأقوال، و إنما ورد على لسانهم التعبير بلفظ الضمان للدلالة على مسؤولية الشخص تجاه غيره، و ما يلتزم به في ذمته من مال أو عمل¹.

و قد تناول مفهوم المسؤولية فقهاء معاصرون، فقال الشيخ/ أبو زهرة: " تحمل التبعة هو ما يسمى في لغة القانون بالمسؤولية الجنائية"².

و عبر عنها الأستاذ عبد القادر عودة بقوله: "هي تحمل الشخص نتائج أفعاله المحرمة التي يأتيها مختاراً، و هو مدرك لآثارها و نتائجها في الدنيا و الآخرة"³.

و يمكن تعريف المسؤولية بأنها "التبعة الأخلاقية أو المالية أو الجنائية التي تترتب على نتيجة قول أو فعل، و يترتب عليها آثارها الدنيوية و الأخروية"⁴.

تعريف المسؤولية الجنائية الطبية:

أما المسؤولية الجنائية للطبيب فإنه يمكن تعريفها بأنها : التبعة التي يتحملها الطبيب نتيجة أفعاله المجرمة و التي تستوجب عقوبة شرعية من حدٍ أو قصاص أو تعزير، و إن لم تلحق ضرراً بالغير⁵.

و بعبارة أخرى فإنها: الالتزام القانوني القاضي بتحمل الطبيب الجزاء أو العقاب، نتيجة إتيانه فعلاً أو امتناعه عن فعل يشكل خروجاً أو مخالفة للقواعد أو الأحكام التي قررتها الشريعة في الأمور الجنائية الطبية.

و عليه فلا مسؤولية على طبيب أدى عمله، مراعيًا أصول الصنعة الطبية و كان مصرحاً له من قبل المريض أو وليه، قاصداً للعلاج من غير تقصير أو إهمال في واجبات عمله.

¹ الضمان اصطلاحاً: " شغل الذمة بحق أو تعويض عن الضرر". ينظر؛ محمد فوزي فيض الله، "نظرية الضمان في الفقه الإسلامي"، الناشر مؤسسة الرسالة، طبعة الأولى، سنة 2000، ص: 648.

² محمد أحمد أبو زهرة: "الجريمة و العقوبة في الفقه الإسلامي"، دار الفكر العربي مصر، القاهرة، سنة 2005، ص: 392.

³ عبد القادر عودة: "التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي"، مؤسسة الرسالة (1401هـ-1981م)، الناشر دار الكتاب العربي -بيروت. (392/1)

⁴ أسامة إبراهيم على التايه: "مسؤولية الطبيب الجنائية في الشريعة الإسلامية"، دار البيارق عمان، الطبعة الأولى (1420هـ-1999م)، ص: 27.

⁵ أسامة إبراهيم على التايه: "مرجع سابق"، ص: 40.

الفقرة الثانية: أدلة مشروعية المسؤولية الطبية التي تصيب الجنين

لا خلاف في ثبوت مشروعية تضمين الضرر في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، فالمصلحة التي يعد الإخلال بها ضرراً يستوجب التعويض هي المصلحة المشروعة، أما المصلحة غير المشروعة فلا يعتد بها، و لا يعتبر الإخلال بها ضرراً موجبا للتعويض، و عليه فالتعويض لا يشمل إلا الأضرار المباشرة سواء في المسؤولية العقدية أو التقصيرية، بحيث أن الضرر غير المباشر لا يعوض في المسؤوليتين.

إن التعويض لا يقتصر فقط على ضمان الخسارة التي حلت بالجنين جراء الفعل الضار و إنما يشمل فوق ذلك ما فاتته من كسب و هذا أيضا ينطبق على المسؤوليتين العقدية و التقصيرية و على الضرر الذي يصيب الجنين كالذي يصيب الشخص البالغ دون تمييز بينهما و يدخل ضمن التعويض عن الكسب الفائت، التعويض عن منافع الأعيان فالذي يهدم دار غيره فإنه بالإضافة إلى قيمتها يضمن بدل منفعتها التي فوتها على صاحبها¹.

و الجدير بالذكر أن التعويض في المسؤولية التقصيرية لا يقتصر على الضرر المباشر المتوقع و إنما يتعداه إلى الضرر المباشر غير المتوقع و ذلك خلاف المسؤولية العقدية، حيث يقتصر التزام المسؤول فيها بالتعويض عن الأضرار المباشرة المتوقعة فقط. كذلك فإن التعويض عن الكسب الفائت لا يحكم به إلا إذا طلبه المتضرر بشكل صريح. و هذه العناصر تؤخذ في الاعتبار عند تقدير التعويض الذي يستحقه الجنين.

و الفقه الإسلامي لا يفرق في ذلك بين الجنين ناقص الأهلية أو غير كامل الأهلية فقد أناط الضمان عن الضرر إعمالاً لقاعدة لا ضرر و لا ضرار الثابتة بالحديث النبوي قال صلى الله عليه و سلم: "لا ضرر و لا ضرار"²، و لقاعدة "الضرر يدفع بقدر الإمكان"³.

¹ سليمان مرقص: الوافي في شرح القانون المدني، جزء 2، دار الكتب القانونية سنة 1998، ص: 537.
² رواه البخاري و مسلم و مالك في موطئة و قال الحاكم في المستدرك أنه صحيح الإسناد و قال عنه الدار قطني أنه حديث حسن "النووي شرح الأربعين النووية لابن دقيق العيد"، القاهرة طبعة السلام العالمية، ص: 158؛ و مسند الإمام أحمد ج5، ص: 327؛ و سنة ابن ماجه ج2 ص: 784؛ موطأ الإمام مالك طبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده، سبل السلام للصنعاني ج3، ص: 110.

³ علي حيدر: "دُررُ الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية مادة 31"، دار عالم الكتب للنشر و الطباعة -الرياض، 2003م، ص:

و أدلة مشروعية ضمان ضرر الجنين نجد سردها في الكتاب و السنة، ففي الآيات القرآنية المقررة لمبدأ المسؤولية الشخصية كما في قوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾¹ ، و كذلك قوله تعالى : ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾² ، و قوله تعالى: ﴿وَجَزَاءٌ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾³. كما نجدها في حديث رسول الله صلى الله عليه و سلم، " الخراج بال ضمان " و على هذا الأساس ثم وضع القواعد في علم أصول الفقه⁴.

فقد ذكر الشيخ شلتوت: أن تضمين الإنسان عبارة عن الحكم بتعويض الضرر الذي أصاب الغير من جهة⁵. و بناءً عليه يمكن لنا تعويض الجنين قياساً على أنه " جبراً لضرر الجنين عما أصابه من نقص في النفس أو الذات".

و أعتقد أنه و إن كان هذا الرأي له حجبه إلا أنه ليس هناك ما يمنع أن يعرض الجنين جراء الآلام و الأضرار التي اعترته فله الحق في التعويض عن الضرر المادي و الضرر المعنوي.

و يغلب على المسؤولية الطبية قيامها بناء على عقد إجارة بين الطبيب و المريض و قد أدخل الفقهاء الطبيب ضمن الأجير المشترك، و هو الذي يعمل لغيره و لا يستحق الأجرة إلا بتسليم العمل، لا بتسليم نفسه، و الأصل أن يد الطبيب أمانة، فإن أتلف ما تحت يده بتعدٍ ضمن.

و قد دلت على مشروعية المسؤولية الطبية السنة و الإجماع و القياس و المعقول.

أولاً: السنة المطهرة

عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: {من تطيب و لم يعلم منه طب قبل ذلك فهو ضامن}⁶.
وجه الدلالة في الحديث النبوي الشريف:

¹ سورة المدثر، الآية: 38.

² سورة البقرة، الآية: 286.

³ سورة الشورى، الآية: 40.

⁴ أخرجه الشافعي و أحمد و أبو داود و ابن ماجه، ينظر في ذلك؛ عبد الرحمن بن أبي بكر: "الأشباه و النظائر"، مرجع

سابق، ص: 136.

⁵ محمود شلتوت: المسؤولية المدنية و الجنائية في الشريعة الإسلامية، مطبعة جامعة الأزهر -1960، ص: 20.

⁶ عبد المحسن العباد: "كتاب شرح سنن أبي داود للعباد"، المكتبة الشاملة الحديثة؛ ينظر الموقع التالي: <https://al-maktaba.org/book/32205/15588#p1> ، تم الإطلاع عليه بتاريخ 22/01/2021، على الساعة 5 و 24 دقيقة.

دل الحديث على اعتبار المسؤولية الطبية التي عبر عنها بأثرها، و هو وجوب الضمان على هذا النوع ممن يدعي الطب و هو جاهل به، و هو عام شامل لمن تطب بجراحة أو غيرها من فروع الطب، و يدخل فيه من كان في حكم الأطباء، كالمحللين و المرضى و المصورين بالأشعة و المناظير الطبية و نحوهم.

ثانياً: الإجماع

أجمع أهل العلم على تضمين الطبيب الجاهل و المتعدي إذا هو ظالم بفعله، قال تعالى: ﴿فَلَا عُذْرَآنِ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾¹.

قال الخطابي: "لا أعلم خلافاً في أن المعالج إذا تعدى فتلف المريض كان ضامناً"².
و قال ابن القيم: "إذا تعاطى علم الطب و عمله، و لم يتقدم له به معرفة، فقد هجم بجهله على إتلاف النفوس، و أقدم بالتهور على ما لم يعلمه، فيكون قد غرر بالعليل، فيلزمه الضمان لذلك، و هذا إجماع من أهل العلم"³.

و قال ابن المنذر: "و أجمعوا على أن الطبيب إذا لم يتعد لم يضمن"⁴.

كما نقل هذا الإجماع أيضاً ابن رشد في بداية المجتهد⁵.

ثالثاً: القياس

1- يضمن الطبيب الجاهل ما أتلفته يداه، كما يضمن الجاني سِرَايَةً جنائته، بجامع كون كل منهما سراية جرح لم يجز الإقدام عليه.
و قد أشار إلى أصل هذا القياس ابن القيم رحمه الله عند بيانه لتضمين الخائن الجاهل بقوله: "فإن لم يكن من أهل العلم بصناعته، و لم يعرف بالحق فيها، فإنه يضمنها لأنها

¹ سورة البقرة، الآية: 193.

² ابن القيم الجوزية، الامام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي: "كتاب زاد المعاد في هدي خير العباد"، المجلد الرابع، مؤسسة الرسالة - لبنان، الطبعة الثالثة - 1418هـ/1998م، ص: 139.

³ ابن القيم الجوزية شمس الدين محمد بن أبي بكر: "الطب النبوي"، دار مكتبة الحياة، بيروت لبنان، الطبعة الأولى (1407هـ)، ص: 109.

⁴ فواد عبد المنعم أحمد: "دار الدعوة" الإسكندرية - الطبعة الثالثة (1402هـ)، ص: 119.

⁵ أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد الحفيد، "بداية المجتهد و نهاية المقتصد"، ج 2، دار الكتب العلمية، ط الأولى 1994، ص: 313.

سراية جرح لم يجز الإقدام عليها، فهي كسراية الجناية، و قد اتفق الناس على أن السراية الجناية مضمونة"¹.

2- يضمن الطبيب المتعدي ما أتلفت يده، كما يضمن الجاني سراية جنايته، بجامع كون كل منهما فعلٌ فعلاً مجرمًا.

و قد أشار إلى أصل هذا القياس ابن قدامة رحمه الله، و ذلك عند بيانه لسبب تضمين الطبيب الجاهل و غيره من أرباب الصنائع كالحجام الجاهل، فقال: "أن يكونوا ذوي حنق في صناعتهم، و لهم بصارة و معرفة، لأنه إذا لم يكن كذلك لم يحل له مباشرة القطع، و إذا قطع مع هذا فقد فعل فعلاً محرماً فيضمن سرايته كالقطع ابتداءً"².

رابعاً: دليل المعقول

إن الشريعة الإسلامية راعت العدل بين العباد و دفع الظلم عنهم، و المسؤولية الطبية عن الجراحة معينة على تحقيق العدل و تكثير المصالح و دفع المفساد، فوجب اعتبارها³.

الفقرة الثالثة : أركان المسؤولية الطبية

المقصود بأركان مسؤولية الطبيب الجنائية هي أجزائها، التي لا وجود للمسؤولية بدونها، و التي تعتبر داخلية في حقيقة المسؤولية، فلا يتصور وجودها إلا إذا وجدت هذه الأركان.

و لم يكن من عناية الفقهاء في التأليف أن يكتبوا عن هذه الأركان أو الأجزاء بشكل مستقل، و إنما كانت تبعاً عند الكلام على الفروع أو الجزئيات.
و تقوم المسؤولية الطبية على أربعة أركان هي:

الركن الأول: السائل

و هو الشخص الذي يملك الحق في مساءلة الطبيب و مساعديه، كالقاضي.

¹ ابن قيم الجوزية؛ محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي، أبو عبد الله، شمس الدين "تحفة المودود بأحكام المولود"، مجمع الفقه الإسلامي بجهة، الطبعة الأولى (1391هـ/1971م)، ص: 194.

² ابن قدامة: "المغني"، ج 6، مرجع سابق، ص: 160.

³ محمد بن محمد المختار الشنقيطي: "أحكام الجراحة الطبية و الآثار المترتبة عليها"، مكتبة الصديق، الغربية السعودية- الطائف- الطبعة الأولى (1416هـ / 1993م) ص: 424.

الركن الثاني: المسؤول

و هو الذي يوجه إليه السؤال، و يكلف الجواب عن مضمونه، سواء كان فرداً كالطبيب أو جهة كالمستشفى.

الركن الثالث: المسؤول عنه

و هو محل المسؤولية، و المراد به الضرر و سببه الناشئان عن فعل الطبيب أو مساعديه أو عنهما معاً.

الركن الرابع: صيغة السؤال

و هي العبارة المتضمنة للسؤال الوارد من السائل إلى المسؤول. فإذا وُجدت هذه الأركان الأربعة وُجدت المسؤولية الطبية¹. و قد ذهب بعض الباحثين²، إلى أن المسؤولية الطبية الجنائية تقوم على ثلاثة أركان ، هي:

الركن الأول: التعدي: سواء أكان بالفعل أم بالتترك، و هو في الحقيقة سبب موجب للمسؤولية و ليس ركناً من أركانها.

الركن الثاني: الضرر: و هو جميع ما يلحق بالجسم من أذى، و هو أثر في التعدي في الحقيقة.

الركن الثالث: الإفضاء أو السببية: و هي الرابطة بين التعدي و الضرر بحيث يكون الفعل موصلاً إلى نتيجته إذا انتفت الموانع.

و الإفضاء أو الرابطة السببية لا تتوقف عليها ماهية المسؤولية، و إنما هي شرط في اعتبار التعدي و الضرر.

و باستقراء ما كتبه المعاصرون و الأقدمون، فإن مساءلة الطبيب جنائياً لا يمكن تحققها إلا إذا وجد التعدي المنشئ للضرر، مع مراعاة شرط أهلية الطبيب بأن يكون عاقلاً

¹ محمد المختار الشنقيطي: "أحكام الجراحة الطبية و الآثار المترتبة عليها"، مرجع سابق، ص: 417.
² بسام محتسب بالله : المسؤولية الطبية الجنائية، الطبعة الأولى (1404هـ) دار الإيمان لبنان – بيروت، ص: 117؛ عبد الراضي محمد هاشم عبد الله: "المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي" – كلية الحقوق – جامعة القاهرة، دكتوراة 1994م، ص: 76 إلى 78.

بالغاً مختاراً، فإن اختل شرط الأهلية فلا مسؤولية، بدهاءة أن الحيوان و الصغير و المجنون لا يسألون جنائياً¹.

الفقرة الرابعة: أقسام المسؤولية الطبية و انتفائها

تنقسم المسؤولية الطبية إلى قسمين:

1- القسم الأول: المسؤولية الأخلاقية (الأدبية):

و هو ما يتعلق بالآداب و الأخلاق، و هو جانب السلوك، و من أمثلته: قضايا الغش التي تصدر ضد الأطباء و مساعديهم، فيتهم الطبيب بغش المريض، بأن يدعي إصابته بمرض جراحي ليجري له عملية جراحية، أو يوهم المريض بأنه أجرى لها جراحة استئصال الرحم – مثلاً- و هو لم يفعل، أو يقوم المحلل أو الطبيب الأشعة بالتزوير و الكذب في التقارير التي قام بكتابتها، كل ذلك طلباً لأغراض و مطامع شخصية.

و هذا يسأل عنه الطبيب و مساعده، و تجب في هذه القضايا مساءلة الطبيب و مساعديه عن صحة الدعوى، و عند ثبوتها يحكم بإدانتهم أخلاقياً، فيتم تعزيرهم بما يستحقون، كما يحكم بتضمينهم، أو القصاص منهم، إذا ترتبت أضرار على تزويرهم و كذبهم، أو إتلافهم و تعديهم.

2- القسم الثاني: المسؤولية المهنية (العلمية):

و هو ما يتعلق بالأعمال الطبية و الطريقة التي تم بها أدائها، و من أمثلتها : قضايا الخطأ الطبي، سواء كان واقعاً من الطبيب الفاحص، أو الطبيب الجراح، أو من مساعديهما، أو كان مشتركاً من الجميع، فيتهم هؤلاء –مثلاً – بكونهم خرجوا في أثناء قيامهم بمهامهم عن الأصول المتبعة عند أهل الاختصاص فنتج عن خروجهم الضرر الموجود في جسم المريض المدعى.

فهذه القضايا و أمثالها تجب مساءلة الأطباء و مساعديهم عن صحة الدعوى، و إذا ثبتت يحكم بالقصاص منهم أو تضمينهم، على حسب ما ترتب عليه من ضرر نتيجة ما قاموا به من أعمال طبية².

¹ الحسن على بن محمد الأمدى: "الإحكام في أصول الأحكام"، دار الكتاب العربي -بيروت، الطبعة الأولى (1404هـ)، ص:

199.

² محمد المختار الشنقيطي: مرجع سابق، ص: 419-420.

أما بخصوص انتفاء المسؤولية الطبية و سقوطها، فالطبيب يعفى من المسؤولية إذا عمل ضمن أصول المهنة الطبية و لم يخالف و لم يخطئ، و كان مأذوناً له من قبل الشارع و من جهة المريض أو ولي أمره إذا كان المريض ناقص الأهلية كالصغير أو معدومها كالمجنون.

ففي المذهب الحنفي:

قال الحصفكي: { و لا ضمان على حجام و بزاع - أي بيطار - و فصاد لم يتجاوز الموضع المعتاد }¹.

و في المذهب المالكي:

قال الدسوقي: { فإذا ختن الخائن طبيباً أو سقى الطبيب مريضاً دواءً أو قطع شيئاً أو كواه فمات من ذلك فلا ضمان على واحد منهما لا في ماله و لا على عاقلته... و هذا إذا كان الخائن أو الطبيب من أهل المعرفة و لم يخطئ في فعله }².

و في المذهب الحنبلي:

قال ابن قدامة: { و لا ضمان على حجام و لا ختّان و لا متطبب إذا عُرف منهم حذق الصنعة و لم تجن أيديهم }³.

و قال ابن القيم: { طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها، و لم تجن يده، فتولد من فعله المأذون من جهة الشارع و من جهة من يطبّه تلف العضو أو النفس أو ذهاب صفة، فهذا لا ضمان عليه اتفاقاً، فإنها سراية مأذون فيها }⁴.

و في الحق أن التزام الطبيب تجاه مريضه إنما هو التزام عناية في الأغلب الأعم، و ليس التزام غاية هي تحصيل العافية و الشفاء.

و هذا المعنى يبدو جلياً في عبارات الفقهاء الذين أجمعوا على أن الطبيب إذا لم يتعد لم يضمن، و إن أدى فعله إلى سريان التلف.

¹ يحيى بن حسين بن أبي أحمد الديار بكرى للحفصكي: "الدار المختار"، ج6، دار الفكر لبنان - بيروت، الطبعة الثانية (1386هـ)، ص: 68 و 69.

² شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي: "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردري"، ج 4، دار إحياء الكتب العربية - بيروت - الطبعة الأولى 1418هـ، ص: 28.

³ ابن قدامة: "المغنى"، مرجع سابق، ص: 312.

⁴ ابن القيم: "كتاب زاد المعاد في هدي خير العباد"، المجلد الرابع، ص: 128. منشور بالانترنت:

- <https://al-maktaba.org/book/21713/1638>

و لكن بعض الفقهاء قرروا أن الطبيب إذا كان مشمولاً بمصطلح الأجير المشترك، فلا يسأل إلا إذا قصر أو اعتدى، و إذا كان العقد بين الطبيب و بين المريض مرتبطاً بغاية دون الشفاء فإنه يكون ملتزماً بتحقيق هذه الغاية.

و من عبارات الفقهاء التي تفيد هذا المعنى قول الدسوقي في حاشيته: { و قوله – أي الدردير – أو قصر في المعالجة، أي كأن أراد قلع سن فقلع غيرها خطأ، أو تجاوز – بغير اختياره – الحد المعلوم في الطب عند أهل المعرفة، كأن زلت أو ترامت يد الخائن أو سقى عليلاً دواء غير مناسب للداء معتقداً أنه يناسبه و قد أخطأ في اعتقاده فإنه يضمن، أما لو قصد ضرره فإنه يقتص منه و الأصل عدم الاعتداء إن ادعى عليه ذلك }¹.

فخلع السن أو قطع جلدة الختان و نحو ذلك يعتبر فيها تحقيق الغاية لأنه مقدور عليها دون غاية الشفاء أو تحصيل الصحة و العافية، و الالتزام هنا بالوفاء بهذه الغاية و لا يكفي بذل العناية.

و عليه فإن خروج الطبيب عن نصوص العقد المبرم بينه و بين المريض يعرضه للمساءلة العقدية أو التقصيرية، و هذا ما يعرف عند القانونيين بالمسؤولية المدنية، و ذلك لأنها تبنى على الإخلال بالعقد و الإضرار بالغير، مما يرتب تعويضاً على ذلك.

الفرع الثاني: التعدي

سنحاول في هذا الفرع التطرق لتعريف التعدي و حكمه في (الفقرة الأولى)، ثم التعرف لمراد بالتعدي في حق الطبيب و أقسامه في (الفقرة الثانية) على أن نختم (بالفقرة الثالثة) نعرض فيها لمعيار التعدي.

الفقرة الأولى: تعريف التعدي و حكمه

إن المعنيين اللغوي و الاصطلاحي للتعدي متقاربان إن لم يكونا مترادفين. و التعدي لغة: الظلم، و أصله مجاوزة الحد، أو القدر و الحق².

¹ الدسوقي: "حاشية الدسوقي"، ج 4، مرجع سابق، ص: 355.

² بن المنظور: "لسان العرب"، مرجع سابق، ص: 33؛ فيومي: "المصباح المنير"، مرجع سابق، ص: 97؛ محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي: "مختار الصحاح"، الناشر مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده بمصر، سنة 1950م، ص: 167.

و التعدي اصطلاحاً: هو العمل الضار بدون حق أو جواز شرعي¹، أو هو مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفاً أو عادة².

و الاعتداء و التعدي حرام، و ذلك للنهي عنه كما في قوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾³.

الفقرة الثانية: المراد بالتعدي في حق الطبيب و أقسامه

و المراد بالتعدي في حق الطبيب هو: إتيانه فعلاً محظوراً، سواء كان ذلك إيجاباً أو سلباً، عمداً أو خطأ، مباشرة أو تسبیباً.

ينقسم التعدي باعتبار القصد و عدمه إلى قسمين، هما:

أولاً: التعدي العمد

و هو أن يتعمد الجاني فيها الفعل أو الترك و يعتمد نتيجته، و التعدي العمد بالنسبة للطبيب قيامه بفعل محظور أو ترك محظور بقصد الوصول إلى نتيجة هي الإضرار بالمريض، فإذا توافر في الطبيب شرط القصد كان مرتكباً لجناية عمد في حق مريضه توجب القصاص.

و هذا القسم من التعدي قد يأتي في صورة ما يسمى بقتل الرحمة⁴ أو القتل بدافع الشفقة، و السبب المؤدي إلى إنهاء حياة هذا الشخص هو رحمته من آلام المرض الميؤوس من علاجه لإنهاء معاناة هذا المريض من إحدى الأمراض التالية:

- طفل مشوه تشويهاً شديداً بالتصلب الأشم (الشوكة المشقوقة) و هي حالة غير طبيعية للعمود الفقري تؤدي إلى شلل الساقين و فقدان السيطرة على المثانة و الأمعاء الغليظة، مما يؤدي إلى احتياجه إلى عناية خاصة طوال حياته.

¹ ابن نجيم: "الأشباه و النظائر"، مرجع سابق، ص: 413.

² فوزي محمد فوزي فيض الله: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، مكتبة دار التراث- الكويت (1403هـ) ص: 92.

³ سورة البقرة، الآية: 190.

⁴ قتل الرحمة أو القتل بدافع الشفقة، أو موت الراحة، أو تيسير الموت: هو عبارة عن تعمد شخص إنهاء حياة شخص آخر مريض إما تبرعاً و إما بناءً على رغبة هذا الشخص المريض في الموت، رحمة به من مرض لا يرجى شفاؤه و تلخيصاً له من آلامه و إشفافاً عليه من عذابه. و قيل هو ذلك الموت بلا معاناة، أو موت بقصد إنهاء معاناة المريض الذي يستحيل شفاؤه، أو القتل بدافع الرحمة أو الرحمة أو القتل الرحيم. ينظر؛ فيصل إباد فرج الله: الخصوصية المهنية للطبيب في القتل الرحيم دراسة تأصيلية تحليلية وفق أحدث التشريعات في فرنسا و كندا و لبنان، منشورات زين الحقوقية بيروت - لبنان، الطبعة الأولى - 2017، ص: 20.

- طفل مشوه بشلل مخي و هي حالة تلف في المخ خلال الولادة تسبب تخلفاً عقلياً و جسمياً وشللاً في الأطراف بدرجات متفاوتة، و يظل هذا الطفل مشلولاً عقلياً و جسمياً و يحتاج لعناية خاصة طوال حياته.

و يكون القتل بإعطاء المريض مادة سُمّية سريعة التأثير، أو بصاعقة كهربائية، أو بآلة حادة، أو بإعطائه حقنة هواء في الوريد، أو حقنه بكمية كبيرة من المخدر بقصد إحداث الموت البطيء أو التعجيل به، أو بإعطائه جرعة عالية من علاج قاتل للألم¹.
ويثور التساؤل هنا عن مدى مسؤولية الجاني مرتكب النشاط الإجرامي إذا لم يؤدي نشاطه الإجرامي إلى تحقيق النتيجة الإجرامية، ولكنه أدى إلى تشويه الجنين أو عدم اكتمال نموه؟

و الطفل المشوه تشوها خطيرا لا يمكن الشفاء منه، وفقا للوسائل الطبية المتعارف عليها إذا أثير إنهاء حياته بدافع من الشفقة، فهو لا يملك كقاصر التعبير عن رضائه بالقتل، وفقا لما أخذت به التشريعات الوضعية سواء القانون الهولندي فيما يتعلق بالقتل الشفقة (الإيجابي)، أو القانون الأمريكي الذي أعطى المريض حق طلب إيقاف العلاج أو عدم استخدامه لإطالة حياته (السلبى)، حيث اشترطت هذه القوانين أهلية معينة، و هي ألا يقل سن المريض عن ثماني عشر عاماً، فهنا هل يحل رضاء الغير محل رضائه في حالة طلب إنهاء حياته أو إيقاف علاجه؟²

و في التشريع المغربي لا يصح مطلقا التزام الطبيب بقتل المريض شفقة عليه، سواء كان هذا الالتزام بمقابل أو بدونه، وسواء اتفق عليه مع المريض أو مع ذويه، أو التزم به بإرادته المنفردة، و سواء كان الفعل المفضي إلى الموت إيجابيا أو سلبيا. ففي جميع هذه الحالات و غيرها يعتبر الالتزام باطلا، لأنه التزم بارتكاب جريمة، و من ثم فمحله غير

¹ غادة على حامد عبد الرحمن العمروسي: اعتداء الطبيب على النفس و ما دونها في ظل المقاصد الشرعية و الأخلاقيات الطبية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة الأولى سنة 2010، ص: 101.

² جوخة الريامي: "مفهوم القتل و إشكالياته الطبية دراسة في فلسفة الأخلاق التطبيقية"، الدار المصرية اللبنانية - القاهرة، الطبعة الأولى ذو الحجة 1426 هـ - يناير 2006م، ص: 88.

مشروع، بل يمكن أن يؤدي إلى مؤاخذه الطبيب بجريمة القتل العمد، و في أخف الحالات جريمة المساعدة على الانتحار (الفصل 407 من القانون الجنائي).¹

و قد أثار القتل بدافع الشفقة من جهة الباعث، و هو الشفقة على المريض، مشكلا قانونيا و أخلاقيا اختلفت حوله الآراء بين مؤيد له و معارض. و لم يحصر النقاش حوله في الدول الغربية فقط،² بل امتد إلى الدول العربية مشرقا و مغربا أيضا.

تعقيب:

إن كل الحالات السابقة هي حالات لا أمل من شفائها لذا فإن الطبيب قد يقدم على إنهاء حياة أي من هؤلاء اعتقاداً منه برحمته من ألم المرض الذي يعاني منه، إلا أن المريض نفسه لا ينبغي عليه أن يتمنى الموت لضر نزل به فمن باب أولى الطبيب لا يجوز له أن يقدم على إنهاء حياة أي واحد من هؤلاء بدافع رحمته من ألم المرض لأن الله تعالى هو الذي خلقه و هو أرحم به من غيره. و بذلك فلا مبرر للرأي الذي ينادي بقتل الأطفال المشوهين و المتخلفين عقلياً بحجة اليأس من شفائهم، و الشفقة عليهم من الآلام التي يعانون منها. فإن مجرد توافر صفة الأدمية و الحياة تنشأ له الحماية الشرعية و الأخلاقية و القانونية، فأى اعتداء عليه يشكل جريمة قتل للإنسانية بشكل عام.

ثانياً: التعدي الخطأ

و في هذه الحالة لا يعتمد الفعل المقصود و لا نتيجته، أو يعتمد الفعل دون نتيجته، و تكون الجناية بسبب خطأ وقع فيه الجاني أو سوء تصرف نتج عن إهمال غير متعمد، و هو أخف أثراً من التعدي عمداً، لعدم وجود القصد الجنائي لدى المخطئ، بخلاف العائد الذي قصد الفعل و قصد نتيجته.

¹ أحمد ادريوش: "العقد الطبي، دراسة تحليلية و تأسيسية للمقتضيات القانونية المؤطرة للعلاقة بين الطبيب و زبونه"، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، مطبعة الأمانة- بالرباط، الطبعة الثانية 2015-2016، ص: 124-125.

² شاع الحديث في الغرب عما سمي بـ "الحق في الموت". بل هناك من القوانين من أباحت صراحة للأطباء تقليص حياة مرضاهم بشروط معينة. انظر مثلاً القانون الفرنسي في المادة L1111-10 من قانون الصحة كما أضيفت بموجب القانون رقم 370 لسنة 2005.

- Lorsqu' une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, décide de limiter ou d'arrêter tout traitement, le médecin respecte sa volonté après l'avoir informée des conséquences de son choix. La décision du malade est inscrite dans son dossier médical.

- Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins visés à l'article L.1110-10.

و الأصل في الشريعة أن المسؤولية الجنائية لا تكون إلا عن فعل عمد حرّمه الشارع ، و لا تكون عن خطأ ، لقوله تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾¹.

فأسقط الشارع الحكيم سبحانه عن المخطئ القصاص عدلاً منه و رحمةً، و بيان هذا المعنى يقول الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَفْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾².

و لكن أوجبت الشريعة الإسلامية تضمين المخطئ، لئلا تهدر الدماء بدون مقابل من قصاص أو دية، و بهذا يشترك العمد و الخطأ في كونهما سببين للضمان.

يقول ابن القيم: {فالخطأ و العمد اشتركا في الإلتاف الذي هو علة الضمان، و إن اختلفا في علة الإثم، و ربط الضمان بالإلتاف من باب ربط الأحكام بأسبابها، و هو مقتضى العدل الذي لا تتم المصلحة إلا به}³.

و يقول ابن رشد: { و أما الطبيب و ما أشبهه إذا أخطأ في فعله و كان من أهل المعرفة فلا شيء عليه في النفس، والديه على العاقلة فيما فوق الثلث، و في ماله فيما دون الثلث، و إن لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب و السجن، والديه قيل في ماله، و قيل على العاقلة}⁴.

و قال الدسوقي: { إذا أخطأ – أي الخائن أو الطبيب – في فعله، و الحال أنه من أهل المعرفة فالدية على عاقلته، فإن لم يكن من أهل المعرفة عوقب }⁵.

و لأن الفقهاء أطلقوا ضمان خطأ الطبيب في كتبهم و فتاواهم، فلا فرق بين خطأ فاحش أو يسير في إيجاب الدية مثلاً.

¹ سورة الأحزاب، الآية: 5.

² سورة النساء، الآية: 92.

³ عبد الله محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي (المعروف بابن القيم): "إعلام الموقعين عن رب العالمين"، ج 2، دار الجيل

لبنان- بيروت 1973م، ص: 171.

⁴ ابن رشد: "بداية المجتهد"، ج 2، مرجع سابق، ص: 194.

⁵ الدسوقي: "حاشية الدسوقي"، ج 4، مرجع سابق، ص: 28.

و من عبارات الحنابلة: {فإن جنت يده ولو خطأ ضمن} ¹. و يعنون بذلك الحجام و البيطار و الطبيب.

و من عبارات الشافعية: {و لو أخطأ الطبيب في المعالجة، و حصل منه التلف، وجبت الدية على عاقلته} ².

و هي عبارات تلزم الطبيب المسؤولية مطلقاً إذا ثبت خطؤه. و لا ينبغي رد هذا القول بدعوى أن هذا العمل سيجعل الأطباء يحجمون عن العمل خوفاً من المسؤولية، ذلك أن الخطأ لا قصاص فيه أولاً، و لأن الدية على العاقلة بشروطها ثانياً، أو هي على جماعة الأطباء أو نقابتهم أو الجهة التي تقوم مقام العاقلة عند عدم وجودها، كما هو داخل ضمن أهل الديوان و الحرف عند المالكية و الحنفية ³.

و هذا كله يضبط التوازن الدقيق بين التهاون بالأرواح و الاستهتار بالجسم الإنساني، و القلق الذي يقتل الإبداع و الخوف السلبي من الممارسة الطبية.

الفقرة الثالثة: معيار التعدي

أحال الفقهاء ضبط معيار التعدي إلى أعراف الناس و عاداتهم في التعامل و السلوك. {فكل ما ورد به الشرع مطلقاً و لا ضابط له فيه و لا في اللغة يرجع فيه إلى العرف} ⁴. و قال الإمام الشافعي: { و إذا أمر الرجل أن يحجمه، أو يختتن غلامه، أو يبيطر دابته، فتلفوا من فعله، فإن كان فعل ما يفعل مثله مما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصنعة فلا ضمان عليه } ⁵.

فقوله: {فإن كان فعل ما يفعل مثله، أي كان سلوكه مألوفاً، و لم يخالف المعتاد، قياساً على من هو في وضع كوضعه}.

و حكم بعض فقهاء الحنفية ⁶، في قضية الصبية التي سقطت من السطح فانتفخ رأسها، فقال كثير من الجراحين: إن شققتم رأسها تموت، و قال واحد منهم: إن لم تشقوه اليوم تموت و أنا أشقه

¹ ابن قدامة: "المغني"، مرجع سابق، ص: 120.

² الرملي: "نهاية المحتاج"، ج 8، مرجع سابق، ص: 35.

³ ابن نجيم: "البحر الرائق"، ج 8، مرجع سابق، ص: 416. (416/8).

⁴ سيوطي: "الأشباه و النظائر"، مرجع سابق، ص: 98.

⁵ الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي

(المتوفى 204هـ): "الأم"، ج 6، دار المعرفة - بيروت، سنة النشر 1410هـ/1990م، ص: 172.

⁶ و هو أبو العرفان عبد الرحمن بن أحمد بن محمد الحلواني الحنفي.

و أبرئها، فشقه فماتت بعد يوم أو يومين، هل يضمن؟ فتأمل ملياً، ثم قال: { لا يضمن إن كان الشق بإذن، و كان معتاداً، و لم يكن فاحشاً خارج الرسم }¹.

فمقياس التعدي عند هذا الفقيه فوات أي من الشروط التي ذكرها، و هي:

- 1- إذن المريض أو وليه.
 - 2- موافقته للمعتاد بين الأطباء و المؤلف بينهم.
 - 3- موافقته لرسم مهنة الطب و أصولها الفنية.
- فمخالفة أصول الصنعة المعتادة هي المعيار الموضوعي الذي تقاس عليه أخطاء الأطباء و تعدياتهم، و لابد عند تقدير حجم الخطأ من أخذ درجة الطبيب التخصصية في الحسبان، فالطبيب العام يسأل كما يفعل مثله ممن هو في نفس رتبته، بخلاف الأخصائي أو الاستشاري.

الفرع الثالث: المسؤولية الطبية عن التشوهات الخلقية في ظل الممارسات الطبية الحديثة

أصبح تطبيق التقنيات الحديثة كالتلقيح الاصطناعي² و الاستنساخ³ و التجارب الطبية على الخلايا الجذعية⁴، و تقنية الرقائق الالكترونية⁵، و الهندسة الوراثية.. في العلاج يحمل عدة أخطار لا يمكن توقعها في البداية. حيث يشكل ذلك أضراراً محتملة للمرتفقين الطبيين، لهذا اتجه

¹ أحمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوي الحنفي: "حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح"، ج 4، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة الأولى 1418هـ-1997م، ص: 276.

² التلقيح الصناعي هو "عملية يقصد بها التخلص مما يسمى بنقص أو قلة الإخصاب لغرض العلاج و تحقيق الإنجاب، و ذلك عن طريق إلقاء الحيوان المنوي للرجل مع بيوضة المرأة، بغير الطريق الطبيعي، و يتم ذلك إما عن طريق التلقيح الصناعي الداخلي و ذلك بإدخال مني الزوج إلى داخل رحم زوجته، أو تخصيب بويضة المرأة بالحيوانات المنوية للرجل في أنبوب خارج الرحم في أجهزة طبية و يسمى التلقيح الصناعي الخارجي، أو استخدام وسيلة نقل و زراعة الأعضاء التناسلية الغير ناقلة للشفرات الوراثية و أن يقوم بها طبيب مختص وفق قواعد معينة". ينظر؛ على أحمد لطف الزبيري: المسؤولية الجنائية للطبيب في عمليات التلقيح الصناعي -دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة -الإسكندرية 2015، ص: 08.

³ الاستنساخ هو "مصطلح علمي يستخدمه علماء الأحياء للتعبير عن التكاثر اللاتزاوجي أو الإنجاب و التكاثر دون علاقة جنسية. كما يقصد به استنساخ كائن حي، بقصد تخليد شخصية معينة أو الحفاظ على ذكراه، و إما تهدف إلى علاج الأمراض الوراثية، أو استنساخ أعضاء بشرية تزرع في الإنسان عند عطب أحد أعضائه". ينظر؛ ميرفت منصور حسن: التجارب الطبية و العلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي نقل و زراعة الأعضاء البشرية - الاستنساخ -الخلايا الجذعية (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة- الإسكندرية، السنة 2016، ص: 366.

⁴ الخلايا الجذعية (Stem Cells) هي خلايا متعددة القدرات التي يتم الحصول عليها من الأجنة الأدمية التي لا يزيد عمرها يوماً من الإخصاب و هي تملك القابلية على النمو و التطور و الانقسام بسرعة من دون حدود، و إعطاء الخلايا المتخصصة التي يمكن أن تتحول إلى أي نوع من أعضاء أو أنسجة الجسم البشري تقريباً. ينظر؛ قايد حفيظة: الحدود الشرعية و الأخلاقية للتجارب الطبية و الأبحاث العلمية على الجنين في التشريعات العربية، مقال منشور في مجلة سلسلة المعارف القانونية و القضائية، تحت عنوان: مقتضيات الجنائية في ضوء الفراءات الشرعية و المقاربات التشريعية المتعددة، الرباط -المغرب، إصدار 44-2017، ص: 174.

⁵ تقنية الرقائق الالكترونية هي تقنية متطورة لتنفيذ خطوات التخصيب أو التلقيح الاصطناعي اللازمة لإنتاج الأنابيب، فبدلاً من تقنية صحن أو طبق بيتري (الأنبوب) في جمع البيوض بالحيوانات المنوية فإن هذه التقنية تعتمد على استخدام رقاقة إلكترونية تشبه الشريحة الزجاجية تحتوي على شبكة من القنوات الصغيرة جداً بعمق و عرض يصل إلى 0.2 ملليمتر، تم توصيل هذه القنوات الدقيقة بحقنة مبرمجة لضخ الأغذية اللازمة للجنين من مراحل مختلفة، و إزالة السوائل و تحريك الجنين، و بعبارة موجزة تعمل هذه الرقاقة الالكترونية عمل الأجهزة التناسلية الطبيعية، و قد تكون قادرة في النهاية على فحص الأجنة، و فرزها بتشخيص عيوبها الوراثية. و تعتبر هذه التقنية بقدر ما فيها من تطور كبير و مهم فإنها تُحدث أثراً سلبية في الأجنة. ينظر؛ علي هادي عطية الهلالي: المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية و التقنيات المساعدة في الإنجاب -دراسة في القانون العام المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2012، ص: 248-249.

بعض الباحثين إلى القول بتطبيق نظرية المخاطر على حالات استعمال التقنيات الحديثة في المجال الطبي، التي ما زالت تحظى بنقاش كبير يرجع أساسا إلى تواجد صعوبات، تقف أمام منح تعويض للمرتفقين الطبيين في حالة انعدام الخطأ، و الذي يمكن أن ينسب لطبيعة التقنيات الطبية المستخدمة في العلاج، و مع ذلك تشكل خطرا و ترتب أضرارا استثنائية للمريض¹.

و قد ترتب عن المخاطر الطبية تنوع الأضرار الجسمانية، لعل أخطرها و هي فيما يلي: الإعاقات الحركية و الذهنية، و التشوهات، و فقدان بعض الأعضاء الداخلية الوظيفية، كاستئصال الرحم أو إحدى العينين أو إحدى الكليتين أو غير ذلك من الأعضاء، ناهيك عن الأخطاء و الحوادث القاتلة أو المتسببة في مرض معدي أو مزمن²، و أمام هذا الوضع أصبح ضروريا إعادة النظر في نظام مسؤولية المرفق الطبي العام و الخاص المبنية على استعمال التقنيات الحديثة على الجنين.

فمن الحقوق الطبيعية للجنين أن يولد متكامل البنیان، و لكن في هذه الآونة استحدثت ممارسات طبية من شأنها المساس بالكيان المادي للجنين منذ بداية تكوينه و حتى ولادته و قد أسفرت تلك الممارسات الطبية و العلمية الحديثة عن أساليب ووسائل لم تكن معروفة من قبل و من شأنها التحكم في تكوين الكيان الجسدي للجنين و هو لا يزال بويضة عالقة في جدار الرحم، و هذه الممارسات المستحدثة قد لا نجد لها ثمة انعكاس في جرائم القتل و الضرب و الإيذاء في جرائم الإجهاض³.

و من شأن هذه الممارسات إحداث تغيير جوهري في البناء الفسيولوجي أو السيكولوجي للجنين و هو في مراحل تكوينه الأولى مما قد يستتبع خروجه إلى الحياة على غير الصورة الطبيعية فقد لا تؤدي هذه الممارسات إلى موت الجنين و إنما تلحق به أضرارا جسمية تظهر للعيان بعد خروجه إلى الحياة و انفصاله التام عن الأم، فقد يتخذ المساس

¹ خالد علامي: مرجع سابق، "مسؤولية المرفق العام الطبي بالمغرب – دراسة في النصوص القانونية و الاجتهادات القضائية و الفقهية"، الناشر دار الافاق المغربية للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى 2019، ص: 100.

² أحمد ادريوش: "التعويض عن الأضرار الناجمة عن الحوادث الطبية، تحديد المفاهيم و الإشكاليات و إنجاز التقييم المقارن للتطور الذي شهدته القوانين الوطنية"، العرض التقديمي للندوة الدولية التي نظمها الاتحاد الدولي للمحاميين و جمعية هيئات المحامين بالمغرب و هيئة المحامين بالرباط حول موضوع " التعويض عن الأضرار الناتجة عن الحوادث الطبية"، الرباط من 6 إلى 8 يوليوز 2017، مجلة محكمة، ع 14، س 12، فبراير/ أبريل 2018، ص: 40.

³ أميرة عدلى أمير عيسى خالد: "الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة"، مرجع سابق، ص: 131.

بالجنين صورة التشويه في الخلقة، و ذلك إذا ما أوقف نمو أعضائه أو اكتمالها أو استبدال أماكن نمو هذه الأعضاء بعضها ببعض، و أيضا ما قد يصيب الجنين من أضرار مرجعها التجارب الطبية التي تمارس على الأجنة البشرية في مختلف مراحل تكوينها¹. و قد يتخذ المساس صورة إضافات وراثية لم تكن موجودة أصلا في المورثات الجينية للأب و الأم، مما يؤدي إلى خروج الجنين على صورة شاذة عن مألوف محيطه الأسري و العائلي و ذلك بفعل التدخل الوراثي أو عن طريق المساعدة الطبية في الحمل أو قيام الطبيب أو الباحث بانتزاع بعض الخلايا و الأنسجة من الجنين و هو بصدد بعض التجارب الطبية و الأبحاث، فمن الممارسات الطبية و العلمية المستحدثة في هذه الفترة التي يشكل الجنين موضوعها الأول علم الهندسة الوراثية و ما يتفرع عنها من علوم أخرى كعلم انتخاب الأجناس و تحسين النسل و علم الاستنساخ و كذلك ما استحدث من ممارسات طبية في مجال علم العقم و الإنجاب الصناعي و على رأسها المساعدة الطبية في الحمل، و كذلك بنوك النطف و الأجنة، ففي هذه الممارسات لا محل للحديث عن جريمة الإجهاض إذ أن هذه الأفعال لم تؤدي إلى موت الجنين و انفصاله عن الرحم، و أيضا فلا مجال لتطبيق القواعد الخاصة بجرائم الإيذاء و غيرها إذ يشترط في هذه الجرائم أن تقع على جسم بشري بمعناه الدقيق و ليس على جنين و لو كان مكتمل النمو طالما لم تبدأ عملية ولادته².

و لكي تقع المسؤولية الطبية على الطبيب لا بد من تحقق شرطين، أولهما: وجود الأذى و الضرر لدى المريض، و الآخر : وجود صلة بين الضرر الحاصل و الخطأ الطبي الواقع.

و في الممارسات الطبية الحديثة لا تصح المطالبة بتعويض عن الضرر الحاصل إلا إذا قام الطبيب بعمله دون أن يكون له حق بذلك أو يكون قد انتهك حرمة القوانين المرعية بهذا الشأن أو أنه تجاهل الالتزامات التي قيد نفسه بها.

و في نطاق أفعال المساس بالتكامل الجسماني و التي تفضي إلى إصابة الجنين بتشوهات خلقية جسيمة أو ربما تسبب له إحداث عاهة مستديمة تلازمه طوال حياته بل و

¹ ويليام بينز: "الهندسة الوراثية للجميع"، ترجمة أحمد مستجير، الهيئة المصرية العامة للكتاب سنة 2000م، ص: 157.

² أميرة عدلى أمير عيسى خالد: "الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة"، مرجع سابق، ص: 132.

حتى إذا ما اقتصر الأمر على مجرد إحداث جروح بسيطة بكيانه المادي، فقد استقر القضاء الفرنسي في جميع هذه الأحوال على اعتبار أنه متى ثبتت علاقة السببية بين الفعل و النتيجة —و التي يتأخر ظهورها عادة للعيان إلى ما بعد تمام عملية الولادة— عد ذلك كافياً لمساءلة الشخص عن جريمة إيذاء أياً ما كانت صورتها طالما كان ارتكاب السلوك قد جاء متجاوزاً فترة العشرة أسابيع المنصوص عليها في قانون الصحة العامة، أو متى كان التدخل في الحمل و محاولة إنهاءه و التي نجم عنها نقض التكامل الجسماني للجنين قد جاءت في غير الحالات التي رخص بها القانون للطبيب أو السيدة الحامل إجراء عملية الإجهاض¹.

و في قضية عرضت على مجلس الدولة الفرنسي عام 1989 قضى بمسؤولية أحد المراكز الاستشفائية التي أجرى الطبيب فيها عملية إجهاض لسيدة بعد مرور فترة العشرة أسابيع المنصوص عليها في قانون الصحة العامة و أثناء إضطراد نمو الجنين، مما أدى إلى ولادة الطفل مصاباً بعاهة و تشوه تمثل في فقدانه للجزء السفلي الأيمن من جسده نتيجة للخلل الجيني و الوراثي الذي أحدثه التدخل الخاطئ للطبيب، و بناء على ذلك ألزم المجلس هذا المركز بدفع تعويض عن الأضرار التي لحقت بالطفل بما في ذلك نفقات الأجهزة التعويضية التي سوف يستخدمها على مدار حياته بالإضافة إلى تعويض الأم عما لحقها من أضرار جسدية و آلام نفسية نتيجة إصابة وليدها بهذه الإعاقة².

و تدعيماً لهذا الاتجاه القضائي فقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية بكامل هيئتها حكماً في 17 نونبر عام 2000 أرست من خلاله مبدأً قضائياً يعطي للجنين الحق في التعويض متى ولد و به إعاقة أو تشوهات نشأت عن خطأ طبي سواء أكان ذلك الخطأ يتصل برابطة سببية مباشرة أو غير مباشرة بالضرر الذي أحاق بالجنين³.

إن ما يطلب من الطبيب هو أن يقدم لمريضه العناية اللازمة حسب ما يقتضيه الوجدان و العلم، و لا يسأل إلا إذا أهمل ذلك.

¹ مهند صلاح أحمد فتحي العزة: الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 2002، ص: 34.

² قضية "Conseil d'Etat – 27 Septembre 1989" أشار إليه، مهند صلاح أحمد فتحي العزة: مرجع سابق، ص: 34

و35.

³ Cass , ass. Plén, 17 Nov. 2000 , Jurisprudence , II , 10438 , p. 2293. Disponible sur site : <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/cour-de-cassation-plen-17-novembre-2000-perruche-pourvoi-numero-99-13-701-publie-au-bulletin/>. Vu 2019/04/03, 15h32min.

و قد يتعرض الطبيب إلى انتقادات متباينة و متعاكسة أحياناً، فقد يتهم بالتقصير لعدم لجوئه إلى أساليب حديثة ذكرها علم الطب، كما قد يتهم بالتهور للجوئه إلى أساليب حديثة لم يثبت بعد شأنها.

و هكذا نرى الطبيب المحافظ كالطبيب المقدام كلاهما عرضة للانتقاد و النقد من الناحية الفنية.

كما قد يتهم الطبيب أحياناً بعدم التبصر و بالإهمال و عدم الروية و غير ذلك من أمور عامة ليست خاصة بالطب و الأطباء¹.

و من صور المسؤوليات الطبية الحديثة "الخطأ في التشخيص":

- يجب أن لا يعتبر الطبيب مسؤولاً عن الخطأ في التشخيص إذا استعمل الوسائل الممكنة و المتاحة لتشخيص المرض.
- أما إذا أهملها دون سبب معقول فيعتبر عند ذلك مسؤولاً عن الخطأ في التشخيص.

- و يجب الإشارة هنا إلى أن علم الطب هو علم لم يكتمل بعد، و عليه فإنه تقتصر محاسبة الأطباء على الأصول العلمية الثابتة، فلا يصح أن يسأل الطبيب عن أمر مختلف عليه فنياً، كما في حالات اللجوء لبعض الاستقصاءات التشخيصية لتأكيد المرض، و التي قد تكون صعبة المنال في بعض الأمكنة، أو أنه لم يبت الطب في فائدتها بعد².

خلاصة يمكن القول أن لاستعمال التقنيات الحديثة في المجال الطبي لعلاج الأجنة عدة نتائج محمودة، تتمثل أساساً في القضاء على الأمراض الفتاكة و التشوهات الخلقية التي كان الشفاء منها مستحيلاً، فإنه بات ضروريا توفير ضمانات لحماية المرتفقين الطبيين، عبر تبني نظرية المخاطر و التفكير في جعل المسؤولية الطبية مسؤولية مفترضة.

¹ أحمد شوكت الشطي: "تاريخ الطب و آدابه و أعلامه"، مطبعة جامعة حلب، 1990، ص: 570 إلى 575.

² أحمد محمد كنعان: الموسوعة الفقهية الطبية، دار النفائس، بيروت -2000م ص: 54.

المبحث الثاني: مسؤولية الطفل المشوه خلقيا

يتفق الفقه الفرنسي، مؤيدا بأحكام القضاء، على أن للطفل حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الشخصي، الذي أصابه أثناء فترة الحمل، و بسبب خطأ طبي، و ذلك في حالتين:

- حالة ما إذا تدخل الطبيب على جسم الأم الحامل، أو على الجنين مباشرة، و ارتكب خطأ مهنيا، سبب ضررا للجنين، فولد معوقا أو مريضا.
- حالة ما إذا كان بالإمكان -وفقا للمعطيات العلمية- معالجة أو تخفيف آثار الإعاقة أو المرض، أثناء الحمل، و لم يتدخل الطبيب المتابع لحالة الأم.

و قد ثار على العكس خلاف كبير، فقهي و قضائي، حول ما إذا كان من حق الطفل المولود معوقا، رفع دعوى التعويض ضد الطبيب، إذا كانت الإعاقة نتيجة لمرض وراثي، انتقل من أحد الوالدين إلى الطفل و هو جنين، و لم يكشف عنه الطبيب للوالدين أثناء الحمل أو قبله.

وذهب اتجاه قضائي و فقهي إلى القول بمسؤولية الطبيب، و ذهب رأي آخر، إلى أن هذه المشكلة تثير مسؤولية الوالدين أو المجتمع، أما خطأ الطبيب فهو أجنبي عن الضرر.

و عليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتطرق في (المطلب الأول) إلى مسؤولية الطبيب و الوالدين و المجتمع في مواجهة الطفل المشوه على أن نتطرق في (المطلب الثاني) للآثار المترتبة على خطأ الطبيب في تشخيص تشوهات الجنين و موقف القضاء و الفقه منها.

المطلب الأول: مسؤولية الطبيب والوالدين والمجتمع في مواجهة الطفل المشوه

يكتسي تحديد نطاق المسؤولية في مواجهة الطفل المشوه أهمية قصوى، لأن تقدير هذه المسؤولية يعد من الأمور البالغة الدقة والحساسية، حيث يتطلب الأمر الإحاطة بمسائل فنية يعجز القاضي عن استيعابها مما يضطره إلى الاستعانة بأهل الخبرة في هذا المجال، ولا يقف عند هذا الحد، بل لا بد له من مراعاة جملة من الاعتبارات والمعطيات الواقعية عند تقديره للمسؤول عن هذه التشوهات الخلقية.

وعليه، ستنصب دراستنا في هذا المطلب على أربع محاور، نتطرق فيها لمسؤولية الطبيب في مواجهة الطفل المشوه (الفرع الأول)، ومسؤولية الوالدين في مواجهة الطفل المشوه (الفرع الثاني) ثم لمسؤولية المجتمع في مواجهة الطفل المشوه (الفرع الثالث)، على أن نختم هذا المطلب بمسؤولية المنتجات الطبية في مواجهة الطفل المشوه (الفرع الرابع).

الفرع الأول: مسؤولية الطبيب في مواجهة الطفل المشوه

تعد مسؤولية الطبيب عن التشوهات الخلقية من أهم الموضوعات القضائية في عصرنا الحاضر، وذلك بسبب دقة المعطيات الطبية وخطورتها وتجدها اليومي. وموضوع هذه المسؤولية يتناول الأخطاء التي تقع من الطبيب أثناء ممارسته عمله والآثار القانونية المترتبة عليه، فتنشأ مسؤولية الطبيب مثلاً عندما يرتكب صورا من صور الخطأ سواء خلال فترة الحمل أو أثناء عملية الولادة أو بعدها.

إن من حق الطفل، إذا ما بلغ سن الرشد -أو ترفع الدعوى بمجرد ميلاده عن طريق نائبه- المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته أثناء الحمل والتي يعاني منها بعد ولادته من الطبيب الذي تسبب في الإضرار به.

وقد تكون هذه الأضرار نتيجة مباشرة لخطأ طبي، كأن يرتكب الطبيب خطأ أثناء تدخله العلاجي أو الجراحي على الجنين، ولا تثار مشكلة في حالة ما إذا كان خطأ الطبيب سببا مباشرا للضرر الذي أصاب الطفل، فالفقه والقضاء متفق على حق الطفل في

التعويض، و هذا ما أكده قانون رقم 303-2002 في مارس 2002¹ بشأن حقوق المرضى و الذي صدر بعد الحكم الشهير، لمحكمة النقض الفرنسية، في 17 نونبر 2000م. و قد أثارت كذلك المسؤولية في إطار الفريق الطبي اختلافا فقهيًا حول مدى تضامنه عن الأخطاء المرتكبة أثناء العلاج.

و عليه سوف نعرض في هذا الفرع إلى أربع فقرات نعالج في (الفقرة الأولى) لمسؤولية الطبيب المعالج و نائبه و في (الفقرة الثانية) لمسؤولية طبيب التحاليل و الأخصائي، على أن نتطرق في (الفقرة الثالثة) لمسؤولية طبيب الأشعة و نختتم بالمسؤولية المشتركة بين الطبيب المعالج و طبيب التحاليل و طبيب الأشعة (الفقرة رابعة).

الفقرة الأولى: مسؤولية الطبيب المعالج و نائبه

يلجأ المريض إلى الطبيب لمعرفة الداء الذي أصابه- خاصة إذا كان الأمر في المراحل الأولية- وطلبًا للعلاج، و يقوم الطبيب بالكشف على المريض لتشخيص المرض تمهيدًا لوصف الدواء أو تقرير نوع العلاج.

إذاً فهناك حالة مرضية و يقوم الطبيب بمحاولة علاجها بعد تحديد نوع المرض. فإذا وقع خطأ في التشخيص فإن لزوم ذلك عدم فاعلية الدواء أو العلاج الموصوف لشفاء الحالة، أو كما في حالة الخطأ في تشخيص تشوهات الجنين و تقرير إسقاطه بناءً على هذا التشخيص الخاطئ، وهنا يثار أمر مسؤولية الطبيب عن الخطأ في التشخيص. والمسؤولية عن خطأ الطبيب في التشخيص تختلف درجتها نظراً لحال الطبيب نفسه، من حيث كونه جاهلاً بأمر المرض الذي يقوم بتشخيصه، ولا يعلم المريض بهذا الجهل، أو جاهلاً ويعلم المريض بجهله، أو يكون على علم ولكنه أخطأ في تشخيص المرض، ونستعرض هذه الحالات في ما يلي:

¹ Loi n° 2002-303 du 4 Mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de sante. Disponible sur site :

-<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000227015/>. 2019/06/03 à 16h42 min.

الحالة الأولى: أن يكون الطبيب جاهلاً بأمر المرض الذي أخطأ في تشخيصه ولا يعلم المريض بحاله.

والمراد أن يقدم الإنسان على مهمة من المهمات المتعلقة بالطب دون أن يكون أهلاً لها. فالحمل مثلاً في الأشهر الأولى يختلط على الطبيب مع التهاب الرحم، إذا كانت المريضة غير مرتبطة بعلاقة زوجية قانونية، و أخفت بعض المعلومات الخاصة عن الطبيب¹.

و يستوي في ذلك الجاهل بالكلية، أي بجميع الطب، كمن ادعى الطب وهو لا يعلمه، أو الجاهل بالجزئية، وهو الطبيب الذي يعلم تخصصاً من الطب ولكنه يجهل التخصص الآخر، فيقوم بتشخيص مرض ليس من اختصاصه.

والطبيب الجاهل -بنوعيه- لا يقتص منه، لأنه لم يقصد الاعتداء، بل قصد المداواة². قال الدسوقي: "وإنما لم يقتص من الطبيب الجاهل لأن الغرض أنه لم يقصد ضرراً، وإنما قصد نفع العلل أو رجا ذلك"³.

وتطبيب الجاهل موجب للمسؤولية، حيث يعتبر هذا العمل من أخطر الأعمال، لاتخاذ الكذب مطية، ولاستهتاره بأرواح الناس وأجسادهم، تغريراً وخداعاً، إذن المرضى لهم بالعلاج مقدوح في صحته، ولا أثر له في رفع المؤاخذه والتبعة الواقعة على هذا المتطبيب الجاهل.

الحالة الثانية: أن يكون الطبيب جاهلاً ويعلم المريض بحاله

فلو علم المريض بحال الطبيب وبعدم معرفته بالطب، أو عدم تخصصه فيما ذهب إليه من أجله، ومكنه من فعل المهمة التي يجهلها، فإنه حينئذ يعتبر راضياً بما ينشأ عن فعله من أضرار، ومن ثم يسقط حقه في المطالبة بضمان ما أتلفه الطبيب الذي أذن له المريض بالعمل، ولكن هذا لا يعفي الطبيب من العقاب، فيعزز ويعاقب من جهة الدولة أو ولي الأمر

¹ عبد الرحمان فطناسي: "المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية عن نشاطها الطبي في الجزائر"، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، سنة 2015، ص: 58.

² بدر محمد السيد إسماعيل: مرجع سابق، ص: 208 و 209.

³ الدسوقي: "حاشية الدسوقي"، ج 4، مرجع سابق، ص: 355.

في هذه الحالة لتعديده على حق الله تعالى، ولممارسة الطب وهو يجعل هذا التخصص وبدون ترخيص له في ذلك.

الحالة الثالثة: أن يكون الطبيب على معرفة بالطب ولكنه أخطأ في تشخيص و علاج

المريض

إن الطبيب يسأل عن الخطأ في التشخيص إذا أهمل في الفحص بأن أجراه بطريقة سطحية، كما يسأل أيضاً إذا كانت علامات المرض و أعراضه واضحة بحيث لا تفوت على الطبيب المعتاد الذي يوجد في الظروف للطبيب الذي أجرى الفحص¹. و يسأل الطبيب كلما ارتكب في التشخيص خطأ على جهل واضح بالمبادئ الأولية للطب، و من ثم فقد ميز القضاء الجنائي بين التشخيص المعقد "Diagnostic complexe" و هذا لا يشكل خطأ يثير مسؤولية الطبيب، و بين التشخيص الواضح "Diagnostic évident" الذي يستوجب الخطأ فيه مساءلة الطبيب².

ويوصف الطبيب بكونه مخطئاً في حال وقوع ما يوجب الضرر دون قصده. بحيث يجب أن يكون عمله متفقاً مع الأصول العلمية المستقرة و المعاصرة في علم الطب فيجب على الطبيب أن يبذل العناية اللازمة في فحص المريضة، سواء باستخدام السماع الطبية، أو جهاز الضغط لمعرفة التغيرات في سرعة ضربات القلب، و قياس الضغط و غيرها من الفحوصات اليدوية، و التي تساعده في معرفة أسباب هذه التغيرات في الجسم³.

ويعتبر الطبيب قد أخل بالتزاماته بتحقيق نتيجة، مضمونه سلامة المريض بسبب الأشياء التي يستخدمها في ممارسة عمله، سواء تمثلت في أجهزة أو كيماويات، أو أشياء أخرى⁴، وذلك كأن تزل يد الطبيب فينشأ عن ذلك ضرر بجسم المريض، فيقضي مثلاً شرياناً أو يجرخ موضعاً بدون قصد منه ويتضرر المريض بذلك، أو يصف دواء فيخطئ في وصفه، وفي حالتنا هذه يُؤلّد الطبيب المرأة الحامل دون معرفة وضع وليدها قبل الوضع

¹ على أحمد لطف الزبيري: المسؤولية الجنائية للطبيب في عمليات التلقيح الصناعي -دراسة مقارنة، الناشر دار الجامعة الجديدة -الإسكندرية، السنة 2015، ص: 295.

² SYLIVE WELSH : Responsabilité du médecin, litec 2000. P : 197.

³ أنس محمد عبد الغفار: "التزامات الطبيب تجاه المريض دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي"، دار الكتب القانونية -مصر، سنة 2013، ص: 179.

⁴ أنس محمد عبد الغفار: "مرجع سابق، ص: 178.

فيخطئ في تشخيصه. ففي وقائع قضية عرض فيها أن المدعية كانت حاملاً، و بعد أن اشتد المخاض عليها، نقلها المدعي (زوجها) إلى مصحة أ (الطالبة) لوضع مولودها تحت إشراف الدكتور (ع.ش)، غير أن الولادة كانت عسيرة، مما حدا بالطبيب المولد إلى استعمال آلة الجذب، و القيام بالضغط بمعية الممرضات- على بطنها لإنزال الجنين، مما أدى إلى حدوث نزيف دموي دخلت على إثره المدعية في غيبوبة، فاستدعى الأمر إخضاعها إلى عملية قيصرية و تزويدها ب 34 قارورة دم، أما المولود فقد أصيب بسبب التأخر في الولادة بإعاقة دائمة....فصدر حكم قطعي قضى بمسؤولية الطبيب عن الضرر، و اعتبار المصحة (أ.ز) مسؤولة مدنيا، و الحكم على هذه الأخيرة بأدائها للمدعي نيابة عن ابنه مبلغ 400.000 درهم، و للمدعية مبلغ 150.000 درهم¹.

فالشريعة الإسلامية ترتب المسؤولية على الشخص الفاعل لموجبها، ولا تعتبر الأوصاف التي لا تأثير لها في حقيقة الأمر².

قال تعالى: ﴿أَلَا تَرَوْا زُرَّ وَارَزَّةً وَزَرَ أُخْرَى﴾³، فقد دلت هذه الآية الكريمة على أن الإنسان يتحمل وزر نفسه ولا يتحمل غيره شيئا من وزره. ويقول سبحانه: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾⁴. وجه الدلالة من الآية القرآنية الكريمة:

بين سبحانه أن لكل كسبه، وأن الإنسان لا يسأل عن كسب غيره واجترأه، ومن هذا المنطلق تعتبر المسؤولية شرعاً متعلقة بالشخص الفاعل لموجبها وحده ولا يتحمل غيره شيئا منها، بشرط أن لا يكون لذلك الغير تأثير في وقوعها.

وعلى ذلك فإن الطبيب المعالج أو الفاحص يسأل عن الخطأ الذي يقع منه في تشخيص حالة الجنين، وذلك إذا أقدم على التشخيص عن طريق الحدس والتخمين مع توفر الوسائل والآلات التي يمكن بواسطتها التأكد من وجود التشوه وعدمه.

¹ قرار محكمة النقض عدد 3/127، مؤرخ في 2017/03/07، ملف مدني عدد 2015/3/1/3424، منشور في مجلة القضاء المدني، دار الأفاق المغربية – الدار البيضاء، العدد 22/21، سنة 2020، ص: من 187 إلى 193.

² بدر محمد السيد إسماعيل: "مرجع سابق"، ص: 110.

³ سورة النجم، الآية: 38.

⁴ سورة المدثر، الآية: 38.

بحيث قضت محكمة استئناف باريس¹ بما يلي: " بأنه إذا لم يكن الغرض من العملية الجراحية شفاء المريض من علة ، بل مجرد إصلاح تشويه في جسمه ، وجب على الجراح استعمال منتهى الحيلة و اليقظة في الفحص قبل إجراء العملية، و تقدير المخاطر التي قد يتعرض لها من ستعمل له تلك العملية، و إعطاؤه صورة صحيحة كاملة عن تلك المخاطر و إلا كان مسؤولاً".

فكل ما ينتج عن تشخيصه على هذا الوجه من أضرار يعتبر مسؤولاً عنه، وكذلك الحال لو بنى الطبيب المعالج تشخيصه على تقارير المحلل أو المصور بالأشعة والمناظر الطبية، وكانت تلك التقارير صحيحة مطابقة للحقيقة، ولكن الطبيب أساء فهمها وحملها على غير ما ينبغي أن تحمل عليه، فأخطأ في تشخيصه، فإنه يتحمل المسؤولية عن ذلك التشخيص الخاطئ وحده.

و قد تتخذ مخالفة الطبيب المعالج لالتزامه بالعلاج صورة أخرى تتمثل في تركه المريض بعد قبول علاجه فعلاً و البدء فيه. فإذا ما قبل الطبيب علاج المريض فيصبح ملتزماً بالأداء يهجره قبل تمام العلاج ما دام المريض في حاجة إلى جهوده. و قد تناولت المادة 32 من تقنين أخلاقيات المهنة في فرنسا واجب الطبيب الذي قبل علاج المريض، قبولها أنه يلتزم في هذه الحالة بأن يؤمن شخصياً للمريض أوجه العلاج الضرورية.

و قد أقرت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد بخطأ طبيب التوليد الذي ترك عمله أثناء عملية الولادة دون اعتناء بتوفير زميل آخر بديل له تتوافر فيه الكفاءة المطلوبة لمثل حالتها².

والطبيب الجراح كغيره من الأطباء يجهل نسبياً نجاح العملية الجراحية التي سيجريها، إلا أن العناية المطلوبة منه أكبر في جراحة التجميل التي لا يقصد بها شفاء المريض من علة في جسمه و إنما إصلاح تشويه لا يجب أن يعرض حياته لأي خطر، لأنها عملية محددة الهدف لا تقبل الإجهاد إلا إذا قبل الزبون ذلك مسبقاً بعد تبصيره بمضاعفات

¹ حكم محكمة استئناف باريس الصادر في 12 مارس 1931، أشار إليه حسام الدين الأحمد: "المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية"، منشورات الحلبي الحقوقية، س 2011، ص: 87.

² Cass . Civ. 12/7/1976.B Civ. I –no 258.

- أشار إليه محمد حسن قاسم: إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، سنة 2006، ص: 190.

العملية و محاسنها، و هذا ما أكدته محكمة النقض بقولها "كل طبيب ملزم ببذل عناية و جهد و عدم إهمال الزبون أو التقصير، بل أخذ كل التدابير اللازمة لأن مسؤولية تبدأ حتى قبل إجراء العملية إذ عليه إخبار المريض بكل الأخطار و العواقب التي قد تنتج عن العملية و احتمال نجاحها من عدمه و نسبة ذلك، خصوصا إذا تعلق الأمر بعمليات تقويم الخلق أو التجميل كما عليه القيام بالدراسات اللازمة لمعرفة نسبة نجاحها وفق ما سيقدم عليه من إضافة طعم من الأذن إلى الأنف"¹.

و يحدث عملا أن يقوم الطبيب المتعاقد المعالج بإحلال طبيب آخر محله لفترة مؤقتة، و هذا الإحلال في حد ذاته و من حيث المبدأ لا يتعارض مع قواعد و أخلاقيات مهنة الطب، بحيث يجوز إبرام عقد النيابة بين الأطباء وفقا للأحكام الواردة في قانون رقم 131.13 المتعلق بمزاولة مهنة الطب، بحيث يمكن للطبيب الأصلي أن يحل محله طبيبا مزاولا في القطاع الخاص أو طبيبا موظفا أو طالبا في الطب لتسيير عيادته لمدة مؤقتة مقابل نصيب في الأتعاب. شريطة التقيد بالشروط المنصوص عليها في هذا الجانب².

إذا كان مشرع القانون 131.13 المتعلق بمزاولة مهنة الطب قد أشار تعريضا إلى تحمل الطبيب النائب للمسؤولية في حالة مباشرته للعلاج في إطار عقد النيابة³. فإن تمحيص قواعد المسؤولية الطبية عن فعل الغير، من حيث استجلاء طبيعة الروابط القانونية بين المريض و الأطباء المتدخلين في حلقة التشخيص و العلاج، سيرز اختلال التشريع المذكور، من حيث ضرورة سريان أحكام المسؤولية عن فعل الغير على جميع أنواع الأطباء، سواء منهم العام أو الباطني و غيرهم من التخصصات الأخرى.

¹ قرار محكمة النقض 4607 بتاريخ 2011/10/25 ملف مدني عدد 2009/3/1/4976 غير منشور، أشارت إليه أسماء أحيدي: مسؤولية الطبيب الجراح من خلال اجتهادات محكمة النقض دراسة مقارنة، دار القلم بالرباط طبعة الأولى 2018، ص: 209-210.

² نصت المادة 47 من القانون رقم 131.13 المتعلق بمزاولة مهنة الطب على أنه: "في حالة غياب مؤقت يمكن لطبيب أن يطلب من رئيس المجلس الجهوي للهيئة الترخيص له بأن ينيب عنه في عيادته أحد زملائه المقيد في جدول نفس المجلس الجهوي للهيئة من فئة أطباء القطاع الخاص أو من القطاع العام مرخص له بذلك وفق الشروط المحددة في هذا الفرع، غير أنه يمكن لطلبة الطب الذين أثبتوا صلاحية امتحاناتهم السريرية بالسنة الأخيرة من الدراسة القيام بالنيابة، شريطة الحصول على إذن بذلك يسلمه رئيس المجلس الجهوي للهيئة المزمع المزاولة بالنيابة في مجاله الترابي، و لا يمكن أن يقوموا إلا بالنيابة عن أطباء الطب العام. و إذا تعلق الأمر بطبيب متخصص، وجب أن يكون نائبه من نفس تخصصه، إلا أنه، يمكن للأطباء المقيمين في آخر سنة من الإقامة، النيابة عن الأطباء المتخصصين ...".

³ نصت المادة 50 من القانون رقم 131.13 المتعلق بمزاولة مهنة الطب على أنه: "يمكن للطبيب النائب استعمال الوثائق الحاملة للعنوان المهني للطبيب الذي يقوم بالنيابة عنه. إلا أنه، يجب أن تتضمن الوصفات الطبية و كل الوثائق الصادرة عنه هويته الصحيحة و توقيعه مصحوبة بعبارة "طبيب نائب" مع تاريخ و رقم الإذن بالنيابة. و يجب أن يتوفر الطبيب النائب على تأمين يغطي مسؤوليته المدنية المهنية".

فالتبيب المتعاقد مع المريض يكون مسؤولاً عن أخطاء الأشخاص الذين يعهد إليهم بتنفيذ التزاماته أو جزء منها، سواء كانوا أطباء أو غيرهم من الممرضين و المساعدين، بحيث يسأل عقدياً من عدم تنفيذ التزامه قبل المريض، كما يسأل تقصيراً عن خطأ تابعيه. بيد أن التبعية بين الأطباء تختلف عن التبعية الرابطة بينهم و بين الممرضين المساعدين، ففي الحالة الأولى تقتصر على الجانب التنظيمي فقط بينما تمتد في الحالة الثانية لتشمل الإشراف و التوجيه من الناحية الفنية كذلك.

الفقرة الثانية: مسؤولية طبيب التحاليل و الأخصائي

أدى التطور العلمي في مجال التحاليل المخبرية، إلى أن أصبح عنصر الاحتمال في هذه التحاليل معدوماً على وجه التقريب، بحيث تكون نتيجة التحليل واضحة و محددة بدقة، فالتحاليل الطبية تقع على محل محدد تحديداً دقيقاً و لا يحتمل صعوبات خاصة بالنسبة للأخصائي الذي يجريها، و لا تنطوي على قدر من الاحتمال و المخاطر كغيرها من الأعمال الطبية¹.

و يقصد بمختبر التحاليل الطبية "كل مؤسسة صحية خاصة تنجز فيها التحاليل البيولوجية الطبية و الفحوص المختبرية الرامية إلى تسهيل التشخيص الطبي أو العلاج أو الوقاية من الأمراض البشرية"². و يعتبر البيولوجي مدير المختبر مسؤولاً عن تنظيم و حسن سير مختبر التحاليل البيولوجية الطبية (المادة 21 من القانون رقم 12.01)، بحيث يسهر على إجراء مختلف التحاليل الطبية المنجزة في المختبر، و يراقب العاملين المكلفين بإنجاز التحاليل، سواء كان محلها التزاماً بتحقيق نتيجة أو التزاماً ببذل عناية، و لذلك فإن العقد القائم بينه و بين المريض، يقتضي قيام مسؤوليته العقدية عن كافة الأخطاء المرتكبة من المساعدين الذين كلفهم بتنفيذ التزامه.

¹ عبد الرشيد مأمون: "عقد العلاج بين النظرية و التطبيق"، مرجع سابق، ص: 69.

² المادة الأولى من القانون رقم 12.01 المتعلق بالمختبرات الخاصة للتحاليل البيولوجية الطبية، ظهير شريف رقم 1.02.252 صادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)، جريدة الرسمية عدد 5054، بتاريخ 2 رمضان 1423 (7 نوفمبر 2002)، ص: 3168.

و بذلك فإن أخصائي التحاليل الطبية يتحمل المسؤولية الناجمة عن أخطائه و أخطاء مساعديه الذين كلفهم بتنفيذ التزاماته، أيا كان مظهر تدخلهم في التنفيذ، و سواء تعلق الإخلال بنتيجة التحليل أو بإلحاق الضرر بالمريض نتيجة سوء استعمال الأجهزة¹.

و تثار مسؤولية طبيب التحاليل إذا عُزِّي إليه خطأ في نتيجة فحص العينات المسلمة له، سواء ورد الخطأ من الناحية الفنية، أو قصور في أسلوب أو وسائل الفحص وبالتالي الوصول لنتائج غير صحيحة في الحالة المعروضة، أو كان الخطأ في استبدال العينات أو استبدال أسماء المرضى لتشابهها، أو لعدم الدقة في فهرسة وتسلسل الحالات والعينات أو غير ذلك.

فإذا ترتب على هذا الخطأ تسليم المرأة الحامل نتيجة فحص تؤكد إصابة الجنين بتشوهات خطيرة لا يمكن علاجها قبل أو بعد الولادة- وبناء على هذا التحليل الخاطئ قرر الطبيب المعالج إسقاط هذا الجنين، فإن طبيب التحاليل يكون مسؤولاً عن هذا الخطأ في التحليل، ويضمن ما يصيب المرأة الحامل والجنين من ضرر نتيجة تقريره الخاطئ.

لأن طبيب التحاليل إذا ارتكب خطأً أياً كان نوعه ومهما كان يسيراً، كان مسؤولاً عنه لأنه ملزم بتحقيق نتيجة، فإذا قام بتحليل للمرأة الحامل وكتب تقريره، وجاء التقرير بأن الجنين مصاب بتشوهات خطيرة وكان هذا التقرير خاطئ فإن المسؤولية توجه إليه ويتحمل موجب الخطأ، فيتحمل المحلل المسؤولية كاملة عن أي خطأ يقع في تحليله، كما يتحمل المسؤولية عن الطريقة التي اختارها وصار عليها للوصول إلى نتائج التحاليل التي اعتمدها الطبيب المعالج، فالخطأ في هذين الموضوعين متعلق به وحده دون غيره.

و أسباب الخطأ في التحاليل كثيرة، فقد تكون بسبب خلل في الجهاز، أو لإجرائه التحليل قبل أو بعد الميعاد المحدد من تاريخ أخذ العينة، أو إغفال إضافة المواد اللازمة للكشف عن المرض، أو وضع كمية أكثر أو أقل منها، أو عدم الدقة في الفحص، وإما نتيجة خطأ في تدوين اسم المريض عليها².

¹ أمير فرج يوسف: "مسؤولية الأطباء من الناحية المدنية و الجنائية و التأديبية"، مركز الإسكندرية للكتاب، طبعة 2010، ص: 231.

² عز الدين الدناصوري: "المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء"، الناشر دار الكتب و الدراسات العربية، جزء الأول – أبريل 2017، ص: 1409.

و قد تكون المسؤولية الإدارية الناجمة عن الخطأ في التحليل من جانب المركز القائم بالتحليل، ففي قضية تتلخص وقائعها في أن السيد (Quaregz) تزوج من السيدة (Q) عام 1966، و أنجبا طفلاً بعد فترة من الزواج، و في عام 1985 تعرضا لحادث أليم حيث توفي الابن الوحيد للزوجين بعد أن وصل سنه إلى السادس عشر، و بعد فترة من وفاته قرر الزوجان إنجاب طفل آخر تعويضاً لهما عما فقدها، و لما كان سن الزوجة قد بلغ الثانية و الأربعين، و لخشيتهما من ولادة طفل بعيوب وراثية خاصة مع تقدمها في السن فقد عرضت الزوجة على المركز الطبي الإقليمي في مدينة (Nice) و كان عمر الجنين وقتها أكثر من أربعة أشهر في ديسمبر من عام 1986، تم إجراء الفحوصات و التحاليل اللازمة للزوجة الحامل و لجنينها (تحليل كروموسومات الجنين من بعض خلاياه) حيث جاءت نتائجها سلامة الجنين من أي عيوب أو أمراض مرض المنغوليا (Trisomie 21) محل الشك، و التي تزداد نسبة إصابة الأجنة به مع تقدم الأم في السن أثناء الحمل أي بعد 38 عاماً للزوجة، و في السن الأربعين ترتفع نسبة الإصابة إلى طفل كل مائة حالة 1%، و تم طمأنة الزوجين بعد أن جاء تقرير الفحوص في 5 يناير 1987 يؤكد عدم وجود أي إصابة بالمرض، أو وجود عيوب جينية لدى الجنين، و إن نسبة النجاح تكاد تكون 99.9% و بناءً عليه تم الحمل إلى مدته، و في 1987/4/28 وضعت الزوجة مولوداً ذكراً سمي (Mathien) و كانت المفاجأة بأن الطفل مصاب بمرض المنغوليا، و التي سبق أن أكدت الفحوصات عدم وجود الإصابة لدى الجنين، و قد رفع الزوجان دعوى التعويض على المركز الإقليمي المذكور، و الذي أجرى الفحوصات و التحاليل السابقة، و التي ثبت عدم صحتها و خطأ المركز في النتائج المسلمة لهما مما ترتب عليه أضرار مادية و معنوية لهما و لطفلهما، رفضت محكمة نيس طلب التعويض لعدم وجود خطأ جسيم في العمل، و لدى استئناف الحكم أمام المحكمة الإدارية بليون و التي أصدرت حكمها في الدعوى بتاريخ 1991/11/21 مقررته مسؤولية المركز الطبي عن الأضرار، و بعد الطعن في القرار لدى مجلس الدولة فقد قرر بقوله: حيث إنه من الثابت وجود رابطة سببية مباشرة بين خطأ المركز الطبي الإقليمي بنيس في التحليل و الضرر الذي أصاب الزوجان و طفلهما نتيجة الإصابة التي أكد المركز في نتائج التحاليل بعدم وجود أي إصابة لديه، و دون الإشارة إلى وجود نسبة من الخطأ في التحليل، و لم يعلم

الزوجان بأي وجود لأي نسب أو هامش غلط في النتائج (Une marge d'erreur inhabituelle) مما يمثل خطأ لا شك في جانب المركز، و لما كانت رغبة الزوجين في إجهاض الجنين تتسم بالمشروعية حيث أجاز قانون الصحة العامة في المادة 12/162 الإجهاض لأسباب علاجية، و قد فوت المركز عليهما هذه الفرصة مما نتج عنه طفل مصاب بعاهة خلقية دائمة، و لما كانت هذه الإعاقة تستدعي رعاية خاصة، و تعليم خاص للطفل، و إن هذه الإصابة ستلازمه طوال حياته، فقد حكم له بدخل مستمر قدره (5000 فرنك) مرتب شهري، أما عن تعويض الطفل نفسه عن الأضرار التي أصابته من جراء الإصابة فقد رفض الطلب حيث لم يتبين أن الخطأ في نتيجة التحاليل كانت هي السبب المباشر في هذه الإصابة و التي نتجت عن عيوب وراثية و ليس في التحليل. إن ما ذكره مجلس الدولة "... أكد المركز في نتائج التحاليل بعدم وجود أي إصابة لديه، و دون الإشارة إلى وجود نسبة من الخطأ في التحليل.."، و الظاهر إن النسبة التي ذكرها المركز و البالغة 99.9% فيها إشارة ضمنية باحتمالية الخطأ في التحليل، و بعبارة أخرى إن تقرير الفحص لا يوجد فيه القطعية، و بالتالي فإن ما ذهب إليه مجلس الدولة في تسببيه كان غير دقيق¹.

و حيث أن التزام طبيب التحاليل الطبية محله تحقيق نتيجة إذ في جميع الحالات التي ينحصر نشاطه في أعمال معملية لا تتضمن حسب الأصول العلمية السليمة أي احتمال فإنه ملزم بتحقيق النتيجة أي بتقديم تقرير صحيح مطابق تماماً للحقيقة و يقع الإخلال به بمجرد ثبوت خطأ فيه و لا تنفي مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي أما التحاليل الدقيقة التي يصعب فيها الكشف عن الحقيقة بالطرق العلمية القائمة و تترك مجالاً لأن يختلف فيها التفسير فيقتصر التزام الطبيب فيها على بذل العناية و اليقظة الواجبة².

و عليه فإن أخصائي التحاليل الطبية يتحمل المسؤولية نتيجة خطئه بنتائج التحليل و من ثم إلحاق الضرر بالمريض نتيجة سوء استعمال الأجهزة أو لتقديراته الخاطئة في تنفيذ التزاماته.

¹ زياد خالد يوسف المفرجي: المسؤولية الإدارية عن الأعمال الطبية دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى 2016، ص: من 128 إلى 130.

² عز الدين الدناصور: "مرجع سابق"، ص: 1404.

الفقرة الثالثة: مسؤولية طبيب الأشعة

غالباً ما يلجأ الطبيب لتشخيص المرض إلى الفحوص المخبرية، كتحليل الدم و استعمال الأشعة، و تعتبر هذه الأعمال من العمليات العادية التي تقع على محل محدد تحديداً دقيقاً و لا تحتل صعوبات خاصة بالنسبة للطبيب، و لا تنطوي على قدر من الاحتمال و المخاطر كغيرها من الأعمال الطبية¹. فقد تثار هنا أيضاً مسؤولية طبيب وأخصائي (فن) الأشعة، وذلك في حالات كثيرة، أهمها في أخذ صور الأشعة المطلوبة (الأشعة التشخيصية) أو قراءة الأشعة وكتابة التقرير عنها. بحيث نذكر في هذا الصدد أن تعرض الأم الحامل للأشعة النووية قد يؤدي إلى ولادة طفل مشوه عقلياً أو جسدياً، و قد يموت بعد وقت قصير نظراً لإصابة الأم باضطرابات هرمونية نتيجة تعرضها للإشعاعات النووية².

فمن المقرر أن طبيب الأشعة يلتزم بدوره بتحقيق نتيجة هي تقديم صور أشعة للمريض واضحة وظاهرة تبين خفايا المرض ودقائق الجزء من الجسم الذي طلب الطبيب المعالج أخذ الصورة له مبيناً به علامات وأمارات المرض الذي يعانيه المريض، ومرفقاً به تقرير مكتوب بحالة المريض، وتقوم مسؤولية بمجرد ثبوت خطأ فيها، إلا إذا أثبت قيام السبب الأجنبي. أما بالنسبة للأمراض التي لم يتوصل العلم إلى ظهورها في الأشعة بالأجهزة المتاحة أو الصورة التي يختلف التفسير في قراءتها، فإن مسؤولية الطبيب في هذه الحالة تكون بذل عناية وليس تحقيق نتيجة³.

وعلى ذلك فإن طبيب أو أخصائي الأشعة يتحمل المسؤولية عن طريقة التصوير التي اختارها لتصوير المريض، فإذا قام بالتصوير وأخطأ بأن قدم للمريض صورة أشعة غير دقيقة ترتب عليها إصابته بأضرار كان مسؤولاً عن تعويض هذا الضرر، كما يتحمل طبيب الأشعة المسؤولية عن التقارير التي يكتبها للطبيب المعالج وما تضمنته من نتائج، فإذا ما كانت صورة الأشعة سليمة إلا أن طبيب الأشعة حينما كتب تقريراً عنها أخطأ في التشخيص ثم جراه الطبيب المعالج وترتب على ذلك أن أشار على المريض بعلاج خاطئ أصابه

¹ محمد حسين منصور: "الخطأ الطبي في العلاج"، بحث منشور في المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - 2000، ص: 170.

² محمد ربيع فتح الباب: "المسؤولية المدنية للدولة عن أضرار التلوث الإشعاعي النووي-دراسة مقارنة"، الناشر دار النهضة العربية - القاهرة، سنة 2012، ص: 96.

³ عز الدين الدناصور: مرجع سابق، ص: 1404 و 1405.

بضرر، لا شك أن طبيب الأشعة مسؤول في هذه الحالة، لأن مهمته الأساسية ليست في التصوير فحسب بل في قراءة الأشعة بل إن القراءة في كثير من الأحيان تكون أهم من التصوير، أما بالنسبة للطبيب المعالج فإن مسؤوليته تبحث على حدة فإذا كان من الممكن لطبيب في تخصصه و علمه و خبرته و الظروف المحيطة به أن يكتشف هذا الخطأ لو بذل العناية المطلوبة في فحص الأشعة و مطابقتها بقراءة طبيب الأشعة إلا أنه لم يفعل فإنه يعتبر بدوره مسؤولاً و يكون قد أسهم في الخطأ أما إذا كان لا يستطيع اكتشاف الخطأ فإن مسؤوليته تكون منتفية و تقع المسؤولية على طبيب الأشعة وحده¹.

الفقرة الرابعة: المسؤولية المشتركة بين الطبيب المعالج وطبيب التحاليل أو الأشعة

إن أفضل السبل لتنظيم المسؤولية في هذا المجال هو الأخذ بمسؤولية الفريق، و يرى في ذلك الوسيلة الوحيدة المقبولة لمواجهة ما قد يصيب المريض من أضرار، لأن ذلك سوف يحسم مشكلة تحديد من يكون مسؤولاً في أي وقت من الأوقات. كما أن التمسك بالمسؤولية الفردية لهذا العضو أو ذاك، من أعضاء الفريق، ينطوي على خطورة غير خافية، إذ قد يفضي إلى إعفاء بعض أعضاء الفريق من المسؤولية، عندما يتعذر نسبة خطأ إليهم. بل إن من أخطر النتائج التي تترتب على الحلول التقليدية، أن يعفى كل أعضاء الفريق الطبي من المسؤولية إذا لم يمكن تحديد المسؤول من بينهم، رغم أن الفريق الطبي محدد².

بداية نقول أن طبيب التحاليل والأشعة كل منهما يعد مساعداً للطبيب المعالج، والمسؤولية على هؤلاء قد تكون مشتركة في كثير من الحالات.

فإذا ورد للطبيب المعالج نتائج تحاليل أو تقارير الأشعة تؤكد إصابة الجنين بتشوهات خطيرة يستحيل أو يصعب علاجها عاجلاً أو آجلاً، وأن الحكم في هذه الحالة من الناحية الشرعية والطبية هو إجهاض الجنين بسبب هذه التشوهات الخطيرة، ثم تمت عملية الإجهاض، وبعد ذلك تبين أن الإجهاض ثم بناءً على تقارير تحاليل أو أشعة خاطئة. أو تم

¹ عز الدين الدناصورى: مرجع سابق، ص: 1429 وما بعدها.

² مولاي اسماعيل احتيتيش: "النظام القانوني للمسؤولية عن فعل الغير في المجال الطبي"، مرجع سابق، ص: 246.

الإجهاض نتيجة خلط بين مريضتين¹. هل يعفى الطبيب المعالج من المسؤولية لأنه لم يخطئ؟

الحقيقة أنه يصعب القول بإعفاء الطبيب المعالج من مسؤوليته كلية في هذه الحالة، لأن كل هؤلاء ما هم إلا "مساعدين" له، وهو المسؤول الأول عن النتيجة المحققة، وعليه أن يتأكد من كل المعلومات التي ترد في النتائج أو التقارير الواردة إليه من طبيب التحاليل أو الأشعة، إذا ثار في نفسه شك في النتيجة أو التقرير عليه أن يعاود الكرة مرة ثانية ليتيقن من المعلومة قبل إجرائه عملية الإسقاط، وذلك لأن عناية الطبيب اليقظ الحذر توجب عليه في هذه الحالة أن يطلب من المرأة الحامل إجراء أشعة أو تحليل في معمل آخر للتحقق من نتيجة المعمل الأول، فإذا جاء الثاني مطابقاً للأول في هذه الحالة له أن يقرر ما يراه مناسباً².

أما إذا اعتبر الطبيب المعالج تقرير الأشعة أو نتيجة التحليل التي جاءت موافقة لتشخيصه-الذي كان مرجحاً لديه- أمراً مسلماً، وقرر إسقاط الجنين، ثم تبين بعد ذلك خطأ النتائج أو التقارير، فإن الطبيب المعالج لا يكون قد بذل العناية اللازمة ويعتبر أنه قد ساهم في الخطأ- إذ من المعلوم للكافة وقوع معامل التحاليل والأشعة في الأخطاء في حالات كثيرة – وإن كان خطؤه أقل بكثير من خطأ طبيب الأشعة أو التحاليل، فالمسؤولية هنا تكون مشتركة بين الجميع، فتقوم مسؤولية طبيب الأشعة أو التحاليل جنباً إلى جنب مع مسؤولية الطبيب المعالج³.

وقد يقوم الطبيب المعالج بإحالة المريض على المصور بالأشعة مع علمه بأن المصور ليس أهلاً للقيام بمهمة التصوير بالأشعة أو أحاله إلى معمل للتحاليل مع علمه بأن طبيب التحاليل ليس أهلاً لعمل مثل هذه التحاليل، وفعلاً وقع الخطأ في التصوير بالأشعة، أو

¹ ارتبطت وقائع هذه القضية بالعواقب المأساوية لسوء فهم المريضتين المتابعتين لتشابه بينهما، بحيث جاءت امرأة من أجل استشارة الطبيب قصد متابعة حملها فخضعت لعملية جراحية لإزالة اللولب عن طريق الخطأ، وعلى إثر هذا الخطأ تسبب الطبيب في وفاة الجنين الذي كان عمره بين 20 و 24 أسبوعاً، وقضت عليه محكمة ليون في 13 مارس 1997، بالقتل غير العمدى للجنين. ينظر:

-Isabelle Garcia Ducros : Responsabilité pénale et faute non-intentionnelle du praticien médical, Thèse Doctorale, l'université de Montpellier, Français 2016, p : 167.

² رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري: "المسؤولية الطبية عن الخطأ في تشخيص تشوهات الجنين وأمراضه الوراثية"، مرجع سابق، ص: 70.

³ رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري: نفس المرجع، ص: 77.

التحليل فإن المسؤولية حينئذ تقع على المباشر للتصوير، أو القائم بالتحليل، والطبيب الذي قام بإحالة المريض عليهما مع علمه بعدم أهليتهما¹.

أما إيجاب المسؤولية على كل من المصور بالأشعة أو أخصائي التحاليل فلا إشكال فيه، لكونهما مباشرين لفعل موجب للمسؤولية، وقد تقرر أن المباشر لفعل الموجب مسؤول عما ترتب على فعله من أضرار.

وأما إيجابها على الطبيب المعالج فذلك مبني على تسببه في إيقاع الموجب وغلبة الظن بحصوله، إذا من المعلوم بداهة أن الشخص إذا قام بفعل شيء يجعل طريقته المتبعة محط احتمال، فلا بد في الغالب- من الوقوع في الخطأ، إضافة إلى أنه غرر بالمريض بإحالاته على من ليس أهلاً للقيام بعمله بصورة سليمة، فالمريض إنما سلم نفسه، وتمكين المصور بالأشعة أو طبيب التحاليل، بناءً على أن الطبيب لا يحيله إلا على من هو أهل لذلك، كما هو منصوص عليه في القوانين الطبية وجار في عرف الأطباء².

فهذا الفعل من الطبيب سبباً قوياً في حدوث الضرر للمريض، فيعتبر متحماً للمسؤولية عنه من هذا الوجه.

الفرع الثاني: مسؤولية الوالدين في مواجهة الطفل المشوه

يتساءل البعض³ إذا كانت دعوى التعويض ضد الطبيب أو المستشفى مقبولة، فلماذا لا تكون مقبولة و لنفس السبب ضد الوالدين؟ كأن يقصر الوالدين أو يهمل في اتخاذ الوسائل الطبية اللازمة، من أجل تفادي ميلاد طفل مشوه، أو لأن الأم كانت وراء إصابة الطفل بعاهة، كأن تكون مدخنة أو شاربة للخمر، أثناء مدة الحمل، رغم تحذير الأطباء لها لخطورته على الجنين. و إذا خالف الوالدان الالتزام بإجراء فحص ما قبل الزواج، و ثبت أن أحدهما أو كلاهما مصاب، مثلاً بمرض وراثي خطير، و مع ذلك تزوج و قرر الإنجاب، و هو على علم بالمخاطر التي تصيب الجنين، ألا يشكل ذلك مسلكاً خاطئاً، من الناحية القانونية

¹ عز الدين الدناصوري: مرجع سابق، ص: 1431.

² بدر محمد السيد إسماعيل: مرجع سابق، ص: 266.

³ محمد سعد خليفة: "المسؤولية المدنية عن الممارسات الطبية الماسة بالجنين- دراسة لحق الجنين في التعويض"-، مرجع سابق، ص: 118.

و الأخلاقية؟ و هل من حق الوالدين أن يحملا لطفلهما "حياة بائسة" و مستقبل مظلم كله
الأم؟

و يرى البعض الآخر¹، أنه لا يمكن مناقشة موضوع حق الجنين في التعويض، عن
الأضرار التي أصابته أثناء الحمل، بمعزل عن حق الإجهاض. و يخلص هذا الرأي القائل
بمسؤولية الوالدين في مواجهة الطفل المعوق، إلا أنه إذا علمت الأم من نتائج الفحوص، أن
الجنين سوف يولد معوقا إعاقه جسيمة، أي علمت بأن حياة الطفل لن تكون لها صفة الحياة،
فإن من حقها وحق جنينها أن تقطع الحمل -الإجهاض- لأن الأفضل في هذه الحالة ألا يولد
الطفل طالما أن الضرر جسيم و لا يمكن علاجه².

وقد تتوسع بعض التشريعات، في الدوافع التي تؤدي إلى الإجهاض، فلا تقف عند
الدوافع التقليدية المعروفة -كحالة المرأة الصحية، أو عيب اللقحة، ففي فنلندا مثلاً، فإن الفتاة
التي تقل سنها عن سبعة عشر عاماً، وتلك التي تزيد عن أربعين عاماً، يكون لها الحق في
الإجهاض، وفي إيطاليا يؤخذ في الاعتبار الظروف الاجتماعية والاقتصادية للمرأة الحامل³.
و تتطلب الكثير من التشريعات الأوروبية رضا المرأة الحامل فهو أمر يتعلق بها، كما
يتطلب بعضها رضا الزوج. وإذا كانت المرأة قاصراً، فيشترط رضا الوالدين أو الوصي.
ورغم تشديد القانون الفرنسي على ضرورة احترام الإنسان من بداية الحياة⁴، إلا أنه
أعطى للمرأة الحامل حق الإجهاض في حالتين، وبشروط معينة⁵. ففي الإجهاض الإرادي،
فلا بد وأن يكون خلال الإثني عشرة أسبوعاً الأولى من الحمل، أما إذا كان الإجهاض

¹ حسن المرصفاوي: الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، بحث في المجلة الجنائية القومية، عدد نوفمبر 1958، ص: 55.
- وتختلف المدة التي يسمح فيها بالإجهاض الإرادي IVG في التشريعات الأوروبية فهي قبل انتهاء الإثني عشرة أسبوعاً في
فرنسا، وكذلك في الدانمارك والسويد وفنلندا وإيرلندا والنرويج وروسيا، وتسعين يوماً في النمسا وإيطاليا، وأربعة وعشرين أسبوعاً في
بريطانيا وقبل ثلاثة أشهر في ألمانيا، ينظر: --

² R. Thery : La condition juridique de l'embryon et du fœtus, RECUEIL DALLOZ SIREY. N°
33, 1982/10/13, P: 232 et S.

³ محمد سعد خليفة: "المسؤولية المدنية عن الممارسات الطبية الماسة بالجنين- دراسة لحق الجنين في التعويض-"، "مرجع
سابق"، ص: 120.

⁴ PH. Pedrot : le statut juridique de l'embryon et du fœtus humain en droit comparé J.C.P 1991.
DOC , n° 3483, P : 26 ets.

⁵ 4 -Loi n° 94-653 du 29 juill 1994, relative au respect du corps humains. J.O 30 JUILL 1994. P:
11056. Disponible sur sit: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000549619/>. Vu
2020/05/22, 12h23min.

⁵ -Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse. disponible
sur site : <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000700230/>. Vu 2020/05/22,
15h56min.

علاجياً، بسبب الحالة الصحية للأم الحامل، أو بسبب تشوه الجنين، فإنه يتم في أي وقت بشرط الحصول على شهادة مكتوبة من طبيبين.

ففي واقعة، تتلخص في أن زوجة قامت بعملية الإجهاض في إحدى المستشفيات العامة، لكن الزوج نسب إلى المستشفى ارتكاب خطأ، لأن زوجته لم تكن في حالة نفسية سيئة تبرر لجوئها إلى الإجهاض، إلا أن مجلس الدولة رفض الحكم له بالتعويض، على أساس أن المعيار في هذه الحالة، معيار شخصي لا موضوعي، حيث يعتمد في المقام الأول على المرأة الحامل البالغة، فهي وحدها من تقدر بنفسها إذا كانت حالتها تبرر الإجهاض أم لا. وترتبط على ذلك، لا رقابة للمجتمع ولا للزوج على حالة المرأة، فهي صاحبة القرار، وما دامت رأت أنها لا تطيق نفسياً الحمل، فلها أن تطلب الإجهاض، بالشروط التي وضعها القانون¹.

ولا يجوز مطالبة المرأة، بإبداء الأسباب والدوافع التي جعلتها تلجأ إلى الإجهاض ومن ثم لا يملك الطبيب أو المستشفى غير إعطاءها المعلومات اللازمة والمتعلقة بالمخاطر التي قد تتعرض لها بسبب التدخل، والمزايا والمساعدات التي يمكن أن تستفيد منها في حالة استمرار العمل.

ومع ذلك، فلا يجبر الطبيب على إجراء الإجهاض، ولكن من حقه أن يرفضه، وإذا قام به، بناء على رغبة المرأة، فلا يعد مسؤولاً من الناحية القانونية². أما عن إجراء الإجهاض للتخلص من جنين مشوه أو مصاب بمرض خطير، فقد اختلف الفقه القانوني في شأنه، فذهب رأي إلى عدم جواز ذلك لأن:

- حق الجنين في الحياة، يقدم على مصلحة الأسرة في أن يكون جميع أفرادها أسوياء.

¹ Stéphanie Porchy- Simon : Refus d'application du dispositif « anti-Perruche » aux dommages survenus antérieurement à la loi du 4 mars 2002, Recueil Dalloz 2008, p : 2765.

² حسن محمد ربيع: "الإجهاض في نظر المشرع الجنائي- دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، 1995م، ص: 112 وما بعدها.

- ومن التشريعات العربية التشريع الأردني، مادة 43 من الدستور الطبي الصادر بموجب المادة 16/1 من قانون نقابة الأطباء رقم 3 لسنة 1970، والمادة 62 من قانون الصحة العامة الأردني، رقم 21 لسنة 1971، وكذلك التشريع السوداني مادة 262 من قانون الصحة العامة.

● أن إصابة الجنين بالتشوه، تدخل في منطقة الظن والاحتمال وتخرج من منطقة اليقين، حيث لم يحسمها الطب الحديث حتى الآن¹.

وذهب رأي آخر إلى جوازه، إذا قطع الأطباء بأن الجنين مشوه أو مريض بمرض خطير، وذلك حماية للمجتمع ومصالحه العليا في المحافظة على أفرادهِ وإنجاب نسل سليم صحيحاً بشروط ألا يتجاوز عمر الجنين مدة معينة، وإن كانوا قد اختلفوا حول تحديد هذه المدة².

بيد أن تشوهات الجنين ينبغي أن تعتبر -إذا ثبتت بالفعل- قبل الأشهر الأربعة ومرحلة نفخ الروح. على أنه ليس من التشويه أن يصاب الجنين بعد ولادته بمثل العمى أو الصم أو البكم، فهذه عاهات عرفها الناس طوال حياة البشرية وعاشوا بها، ولم تمنعهم من المشاركة في تحمل أعبائها، وعرف الناس عباقرة من ذوي العاهات لا زالت أسماؤهم خاطرة في ذاكرة التاريخ. ولا يجوز لنا أن نعتقد أن العلم سيغير بإمكانياته ووسائله من طبيعة الحياة البشرية التي أقاصها الله على الابتلاء.

ولقد ساهم العلم وساهمت التكنولوجيا في عصرنا بتعليم المعوقين تعليماً بلغ حداً كبيراً من النجاح، كما ساهما في تيسير الحياة لهم، واستطاع كثير منهم أن يشاركوا في أعباء الحياة كغيرهم من الأسوياء، وخاصة أن الله تعالى قد اقتضت سنته أن يعوضهم بمواهب وقدرات أخرى غير عادية.

أما عن التعقيم فيذهب الرأي إلى تحريمه، لأنه يتعارض مع مقاصد الشريعة من الزواج، الذي من أهم أغراضه ومقاصده التناسل. ومع ذلك يباح عند البعض، بل قد يكون واجباً منعاً، للضرر وأخذاً بفائدة دفع الضرر الأكبر بالضرر الأدنى، وإتباع أخف الضررين، كالأضرار النفسية والعقلية والجنسية وما ينتقل بالوراثة القريبة أو البعيدة، ولا يزول بالعلاج، فيكون التناسل في هذه الحالة ضاراً³.

والسؤال الذي يثار في هذا المجال.. لو أن الطبيب قد نفذ التزامه بإعطاء المعلومات اللازمة، وعلم الوالدان من خلال الأرقام والنسب المعطاة لهم بالأخطار المتمثلة في ميلاد

¹ حسن محمد ربيع: الإجهاض في نظر المشرع الجنائي- دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص: 117.
² البعض يراها قبل 40 يوماً، والبعض يزيد عن ذلك، ينظر؛ حسن محمد ربيع: مرجع سابق، ص: 118.
³ محمد سعد خليفة: مرجع سابق، ص: 112-113.

طفل مشوه، ومع ذلك قبل الاستمرار في الحمل، فهل يسأل الطبيب عن النتائج الضارة التي أصابت الطفل المشوه؟ أم يسأل الوالدان؟.

بالنسبة للطبيب، فهو غير مسؤول حيث نفذ التزامه بإعطاء المعلومات اللازمة، ولم يرتكب خطأ في تقدير المخاطر، وعلى العكس، ويتحمل الوالدان مسؤولية اختيارهما، رغم المعلومات المتوفرة لديهما عن الأخطار، لكن هل يكون من حق الطفل رفع دعوى المسؤولية على الوالدين، للمطالبة بتعويض الأضرار التي حدثت له، والمتمثلة في النتائج الضارة للإعاقة التي ولد بها؟

اختلفت الإجابة على السؤال السابق، فالبعض يرى أنه لا يمكن مساءلة الوالدين، والبعض يؤيد حق الجنين في المطالبة بالتعويض ممن تسبب في ولادته مشوها، وسواء أكان الطبيب أو المعمل أو الوالدين¹.

الرأي الأول (الرأي الغالب):

ويذهب إلى عدم مسؤولية الوالدين إذا قررا الاستمرار في الحمل، رغم علمهما بالمخاطر التي قد يتعرض لها الجنين، وذلك لما يأتي:

- 1- أن الزوجين هما أصحاب الحق في اتخاذ القرار بإنجاب طفل من عدمه، فإذا اتخذوا قراراً بذلك، فلا يمكن القول بمسؤوليتهما عن إنجاب هذا الطفل، وإلا اعتبر ذلك اعتداءً على مالهم من حقوق².
- 2- أن المرأة الحامل هي صاحبة القرار في الاستمرار في الحمل أو اللجوء إلى الإجهاض فهي تمارس رخصة منحها لها القانون.

3- عندما عرضت واقعة مماثلة على القضاء، وتتلخص في:

- قيام أب باغتصاب ابنته، فحملت ووضعت طفلاً.
- رفعت الأم دعوى المطالبة بالتعويض المدني، باسم الطفل باعتباره مدعٍ بالحق المدني "partie civile"، وباعتباره ضحية جريمة اغتصاب، وذلك على من يعتبر أبيه و جدّه في نفس الوقت. وقد قضت المحكمة بأن الطفل ليس ضحية جريمة الاغتصاب الواقعة

¹ M. Fabre. Magnan, Op.cit, P :297 et S.

² Charlotte sailly : res, méd .Op.cit. P : 83 et S.

على الأم، كما أنه لم يصاب بأية أضرار نتيجة هذه الجريمة، ويجوز فقط للشخص الذي كان ضحية الاغتصاب، رفع الدعوى المدنية ضد الفاعل¹.

4- إن القول بمسؤولية الأم إذا رفضت الإجهاض، مع علمها بمرض الجنين، سيؤدي إلى جعل الإجهاض التزاماً على عاتق المرأة، وليس رخصة، وهو عكس ما أراده القانون، كما أن فرص الإجهاض عليها، قد يؤدي إلى مخاطر صحية بالنسبة لها.

5- إن القول بمسؤولية الوالدين عن الأمراض الوراثية للأجنة، سيؤدي إلى امتناع المريض بأمراض وراثية عن الزواج.

6- إن القول بمسؤولية الوالدين عن الأمراض الوراثية للأطفال، سيؤدي إلى عدم المساواة، حيث سيميز بين الأصحاء -ولا مسؤولية عليهم- والمرضى الذين تنعقد مسؤوليتهم².

7- إن مسؤولية الأم بالذات أمام الطفل وتحملها بتعويض الأضرار التي أصابته، سيحرم الطفل من الرعاية والحب والحنان، الذي هو في حاجة إليه، وقد لا يكون للتعويض أي معنى عند الطفل، خاصة لو أنه ولد معوقاً فاقداً الوعي أو الإدراك، أو أن حياته قصيرة، فكم هم الأبناء المعوقين السعداء بسبب حب الأهل ورعايتهم؟ وكم تعساء الأطفال الأصحاء، الذين لا يجدون هذه الرعاية؟ ثم ما هي قيمة التعويض الذي يحكم به للطفل، ليدخل ذمة الورثة بعد أيام قلائل؟

الرأي الثاني:

ويقول بمسؤولية الوالدين تجاه الطفل المشوه، فيذهب البعض إلى أن من بين الالتزامات الطبية التي تقع على الأم الحامل، الالتزام بالمتابعة ويتطلب الالتزام بالمتابعة الدورية:

¹ Cour d'assises de l'Isère, 1996-12-10, du 10 décembre 1996, disponible sur site : <https://www.legifrance.gouv.fr/>; -Isabelle moine. Dupuis et Eric Loquin : culture et philosophie du droit, édition Ellipses. Paris 2022, p :423.

² G. Memeteau : l'action de vie dommageable, J.C.P. 2000, doc, 1279, P : 2277.

1- إجراء الفحوص الطبية اللازمة للحمل.

2- تقديم بعض النصائح والإرشادات الطبية، بغرض المحافظة على صحة الأم والجنين معاً.

وإذا كانت الفحوص تهدف إلى التعرف على الأمراض التي تهدد الحمل أو تؤثر على سيره الطبيعي، فإنها قد تساعد على التقليل من خطورة المرض أو علاجه وإذا كان بعض هذه الأمراض، لا يجدي معها العلاج، كالحصبة الألمانية، فقد ينصح الطبيب الحامل بالإجهاض، خاصة إذا كان الحمل في شهوره الأولى.

وينتهي هذا الرأي إلى ضرورة وضع عقوبة جنائية، تتمثل في الغرامة، إذا أصيب الجنين بإعاقة جسدية أو عقلية، في فترة تكوينه خلال الأشهر الرحمية المقررة، وكان ذلك ناشئاً عن عدم قيام الحامل بالتزاماتها نحو الجنين أو لإهمالها أو لرعونتها أو لعدم احترازها¹.

وإذا خالف الوالدان الالتزام بإجراء فحص ما قبل الزواج وثبت أن أحدهما أو كلاهما مصاب، مثلاً بمرض وراثي خطير، ومع ذلك تزوج، وقرر الإنجاب وهو على علم بالمخاطر التي تصيب الجنين، ألا يشكل ذلك مسلكاً خاطئاً، من الناحية الأخلاقية والقانونية². وإذا كانت بعض المحاكم قد رفضت الحكم بتعويض للطفل الذي ولد نتيجة اغتصاب الأب لابنته، فهي لم تؤسس رفضها بالحكم بالتعويض على انتفاء خطأ والده وجده، في نفس الوقت، ولكن تأسيساً على أن الطفل لم يصب بضرر مباشر من جراء جريمة الاغتصاب، فالجريمة وقعت على الأم، وهي وحدها صاحبة الحق في التعويض، لما أصابها من ضرر نتيجة الاغتصاب... هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، فإن الدائرة الجنائية بمحكمة النقض قد رفضت هذا التأسيس³، واعتبرت أن ميلاد طفل نتيجة الاغتصاب، يشكل ضرراً جنائياً، كما أنه يجتمع للطفل عناصر الضرر، الشخصي والمباشر والمعين – ومن ثم فله صفة في

¹ هلالى عبد اللاه أحمد: " التزامات الأم الحامل نحو الجنين"، دار النهضة العربية سنة 1996، ص: 84؛ كلير فاهيم: " مشاكل الحمل والصحة النفسية للأم والجنين"، مكتبة المحبة - الفجالة، القاهرة 1989م، ص: 72.

² Charlotte sailly, op,cit, P :82 et S.

³ - Cass. Crim, 4 février, 1998, note Labbé, sur la recevabilité de l'action en réparation du préjudice moral souffert par l'enfant né d'un viol incestueux dans l'impossibilité d'établir la filiation. Edition Dalloz 2010.

الدعوى، والمصلحة في المطالبة بالتعويض، فلا يستطيع أحد أن ينكر تلك الآلام النفسية التي أصابته، والتي ترتبط مباشرة بالاغتصاب، وما ذهبت إليه المحكمة، يتفق ونص المادة 3 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، والتي تعطي الحق في التعويض لكل من أصابه ضرر بسبب المخالفة.

وإذا كان القضاء الأمريكي قد رفض دعوى الضرر المرفوعة من الطفل، ضد والديه، تأسيساً على عدم جواز التعويض عن ضرر الحياة كما منع ذلك نص المادة 6-43 من القانون المدني¹، إلا أن بعض المحاكم في كندا قد قبلت دعوى الطفل ضد والدته، ففي واقعة تتلخص في أن الأم كانت حاملاً في الأسبوع 27، وتعرضت لحادثة سيارة، و ولد الطفل معوقاً إعاقه عقلية وبدنية دائمة، وشلل دماغي مع عدم القدرة على المشي والكلام، وقد اعتبر الجد -الذي هو والد الأم الحامل- ابنته مرتكبة لخطأ في طريقة القيادة مما عرضها للحادث، فرفع الجد -بالنسبة للطفل المعوق- والوالد بالنسبة لأم الطفل دعوى باسم الطفل ضد والدته، وحكمت محكمة استئناف بالتعويض فعلاً².

وإذا كان الفقه الإسلامي لم يعالج هذه المسألة بالذات، إلا أننا وجدنا بمناسبة حديثه عن الإجهاض، ما يمكن أن يؤيد وجهة النظر القائلة بمسؤولية الأم بالذات عن موت الجنين، وسواء أكانت المسؤولية في الدنيا أم في الآخرة، فقد ذهب البعض، إلى أن من ضرب بطن امرأة فألقيت جنيناً وفي الحامل إذا شربت دواء فألقيت جنيناً إن على كل منهما كفارة وغرة³. ويرى البعض الآخر أنه لا يجوز للحامل أن تعمل ما يضر بالحمل من أكل أو شرب أو غير ذلك كرفع ثقل ونحوه، فإن تعمدت شيئاً من ذلك مع علمها بالحمل أثم⁴، ويتفق الفقه أيضاً على وجوب الغرة في إلقاء الجنين، ميتاً بجناية عليه من أمه أو غيرها⁵.

ويخلص الرأي القائل بمسؤولية الوالدين في مواجهة الطفل المشوه، إلى أنه إذا علمت الأم من نتائج الفحوص، أن الجنين سوف يولد معوقاً إعاقه جسيمة، أي علمت بأن حياة

¹ Saily charlotte. Op.cit.P :87 et 88.

² Saily charlotte. Op.cit. P: 90.

- ونشير إلى أن الحكم قد رفضته المحكمة العليا بتاريخ: 9 يوليو 1999م.
³ محمد سلام مذكور: الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي -بحث مقارن، ط1، دار النهضة العربية -1969، ص:

304.

⁴ محمد سلام مذكور: مرجع سابق، ص: 305.

⁵ ابن رشد: "بداية المجتهد"، ج 2، مرجع سابق، ص: 347.

الطفل لن تكون لها صفة الحياة، فإن من حقها وحق جنينها أن تقطع الحمل-الإجهاض- لأن الأفضل في هذه الحالة ألا يولد الطفل طالما أن الضرر جسيم ولا يمكن علاجه.

أما إذا لم تعلم الأم بنتائج الفحوص الطبية، بسبب خطأ ما، مما لا تستطيع معه تفادي إنجاب طفل مشوه، فإن الطفل الذي يولد يكون من حقه أن يسأل المتسبب عن تعويض الضرر الذي أصابه والمتمثل في حياته ذاتها، وكذلك عن النتائج الضارة للإعاقة.

وإذا كان ليس بإمكان أحد أن يضمن للطفل حياة سعيدة، كاملة إلا أنه يجب أن نسعى بكل ما نملك، وعلينا أن نقدم كل شيء لكي يكون للطفل هذه الفرصة على الأقل في البداية ، فلو أن زوجين معوقين إعاقة جسيمة، أو مريضين بمرض وراثي، فيجب أن يرفضوا إنجاب طفل سوف يصاب بنفس العاهة، وسوف يعاني من نفس المرض، لأن للطفل في مثل هذه الحالات الحق في ألا يولد لأنه ليس من حق أحد مهما كان، الحق في أن يمنح آخر حياة تعسة وبائسة.

« Aucun être humain n'a le droit d'apporter à un autre être humain une vie de misère, et encore moins de procréer des enfants destinés au malheur ».¹

ومن ثم يسأل كل متسبب في إنجاب طفل مشوه، ولو كان الوالدان، فمثلاً إذا أصيب الوالدان بالسيدا "SIDA" ومع ذلك قررا الإنجاب و ادعيا أن لهما الحق في ذلك، فهذا معناه أن مخاطرة انتقال المرض إلى الجنين قائمة، فإذا ولد الطفل مصاباً بالفيروس، فإن الغالب كذلك أن يكون والداه مريضان، فلن يستطيعا رعايته، مما يعرض الطفل للموت، و هو ما يعني أن قرارهما بالإنجاب كان غير أخلاقي وغير قانوني، وأن ذلك يشكل خطأ يستوجب المسؤولية والحال كذلك، لو أنهما مريضان بمرض وراثي.

في المغرب يتأثر ما بين 0.5% و 1% من الأطفال حديثي الولادة بتشوه خلقي، و بشكل رئيسي حالات شذوذ إغلاق الأنبوب العصبي مثل السنسنة المشقوقة و انعدام الدماغ لدى الجنين، (سببه الأم الحامل و المصابة بفقر الدم)، فمن الممكن خفض المواليد الموتى إلى النصف و منع ما يصل إلى 70% من العيوب الخلقية عند الأطفال حديثي الولادة. إذ تحتاج

¹ charlotte Saily, op.cit, P :82.

النساء فقط إلى استهلاك 0.4 غرام (400 ميكرو غرام) من حمض الفوليك (أو فيتامين B9) يوميا لهذا الغرض، و هي ضرورية لنمو الجهاز العصبي للجنين، أي لتكاثر الخلايا و تنظيم نشاط الجنين¹.

فمن خلال هذه الدراسة يتبين أن عدم قيام الحامل بالتزاماتها نحو الجنين من خلال تتبع حالة الحمل و إجراء فحوصات قد يؤدي بنسبة مرتفعة إلى حدوث تشوهات خلقية للجنين نتيجة عدم الوعي بأهمية المكملات الغذائية للأم الحامل و بالتالي ضياع فرصة إنجاب طفل سليم من أي تشوه. و عليه يثار هنا تساؤل حول مدى إمكانية تحميل المسؤولية للأبوين و المرأة الحامل خاصة في إنجاب طفل مشوه خلقيا، لإهمالها أو لرعونتها أو لعدم احترازها بالتزاماتها نحو الجنين أثناء الحمل؟

الفرع الثالث: مسؤولية المجتمع في مواجهة الطفل المشوه

وحول تحمل المجتمع لمسؤولياته في مواجهة الأطفال المشوهين، فقد ذهب رأي إلى أن اتجاه التشريعات الحديثة على إلقاء العبء الناتج عن الأضرار الخاصة للإعاقة على عاتق المجتمع، وباسم التضامن الاجتماعي، إنما يتعارض مع:

- حق الوالدين والطفل في اللجوء إلى القضاء كحق طبيعي للحصول على تعويض ما أصابهم من ضرر من المتسبب فيه.
- أنه يحرمهما من الحصول على تعويض كامل، وهو ما يتعارض مع الاتفاق الأوروبي لحقوق الإنسان، وكذلك مبادئ القانون².

ويرى البعض الآخر، أن المشكلة مشكلة مجتمع، فالمجتمع يجب أن يتدخل باسم التضامن الاجتماعي ولتحقيق المساواة بين الأطفال المعوقين، فقد ينجح البعض في الحصول على تعويض بسبب خطأ ينسب إلى الطبيب أو المعمل أو المستشفى، وقد لا ينجح البعض الآخر، فإذا لم يكن هناك إمكانية لتعويض الطفل المعوق وفقا لأحكام المسؤولية -كأن يكون سبب الضرر مرض معد وراثي- فإن المجتمع يطالب في هذه الحالة بالتدخل ليتحمل الأعباء

¹ Stéphanie JACOB : 70% des malformations congénitales peuvent être évitées. Disponible sur site : <https://www.leconomiste.com/article/Santé>. Vu 26/11/2019, 15h32min.

² Ph.Pouzaulet : " brève synthèse sur l'affaire perruche"- disponible sur le site : www.cfjd.org/cupboard/analyses/synthese_perruche.htm. vu 2019/08/14 , 18h35min.

المالية، على أن يأخذ في اعتباره، درجة جسامة الإعاقة، وظروف الوالدين، الاجتماعية والاقتصادية¹.

وطبقاً لهذا الرأي يجوز للوالدين اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي، على اعتبار أنهما قد حرما من حق الاختيار بين الإجهاض وعدمه².

وتطبيقاً لذلك صدرت تشريعات لحماية حقوق المعوقين، ومن ذلك القانون الفرنسي رقم 75 في 39 يونيو 1975³، "Loi orientation en faveur des personnes handicapées"، ثم قانون 4 مارس 2002 بشأن حقوق المرضى وجودة النظام الصحي، حيث أقرت الفقرة الثانية من المادة الأولى حق الطفل في مطالبة الطبيب بالتعويض إذا ثبت أن خطأ الطبيب كان سبباً مباشراً للإعاقة، وجاءت الفقرة الثالثة لتقرر حق الوالدين في التعويض عن الضرر الشخصي في حالة ميلاد طفل معوق إلا أنها أخرجت من هذا الضرر - الأعباء الخاصة الناتجة عن إعاقة الطفل - الناتجة عن سبب لم يظهر وقت الحمل - طيلة حياته، وجعلت تعويض هذه الأخطار الأخيرة قائمة على التضامن القومي.

« Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis à vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout ou long de la vie l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale ».

وحتى يتحقق هذا الهدف فإن القانون قد ألقى على عاتق المجلس القومي الاستشاري للمعوقين "Le conseil consultant des personnes handicapées"، وطبقاً لما

¹ Anne-Marie Luciani : la notion de dommage à l'épée du handicap con génital. Article sur net : <https://www.labase-lextenso.fr/petites-affiches/PA199707704>. vu 2020/5/03, 22h23min.

² Ph, Pouzoulet. op.cit.

³ Loi n° 75-534 du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées. Disponible sur site : <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000333976/>. Vu 2019/08/20, 23h33min.

يصدر به مرسوم خاص بذلك، عبء تقدير المركز المالي والمادي والمعنوي للمعوقين، وما يتحمله التضامن القومي، وأن يقدم كل الاقتراحات الضرورية للبرلمان والحكومة بغرض تأمين نفقات هؤلاء الأشخاص¹.

وعلى المستوى الدولي يوجد إعلان حقوق المعوقين الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 9 ديسمبر 1975 وكذلك الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل. وتهتم التشريعات المتعلقة بحقوق الطفل المعوق بالرعاية الصحية و التعليم والتأهيل المهني، وشغل الوظائف والاندماج في المجتمع.

الفرع الرابع: مسؤولية المنتجات الطبية في مواجهة الطفل المشوه

تعتبر علاقة السببية ركنا مستقلا من أركان المسؤولية التي أرساها المشرع الفرنسي بمقتضى القانون المتعلق بمسؤولية المنتج عن عيوب المنتجات المعيبة الصادر في 19 ماي 1998، فبالإضافة إلى حدوث الضرر ووجوب العيب، فيتعين على المضرور إثبات أن الضرر نجم عن ذلك العيب².

و بالرغم من أن مسؤولية المنتج تجد أساسها في نظرية تحمل التبعة التي تقتضي بحسب الأصل عدم إمكان دفع المسؤولية إلا عن طريق إثبات القوة القاهرة، حيث أنها لا تتعلق بأخطائه و إنما ترتبط بنشاطه، إلا أن المشرع الأوروبي و مثله الفرنسي لم يتبنيا هذه النظرية على إطلاقها، و إنما اعتمدا صورة مقيدة منها ترتبط فيها المسؤولية بإثبات عيب المبيع و من ثم تسببه في إحداث الضرر، و في ضوء الطبيعة الخاصة لمسؤولية المنتج عن عيوب منتجاته و بالنظر إلى استقلالية السببية عن أركان المسؤولية الأخرى، فإن المنتج يستطيع دفع مسؤوليته بنفي علاقة السببية أو بإثبات السبب الأجنبي المؤدي لحدوث الضرر. و تكريسا لخصوصية المسؤولية الموضوعية في افتراض العلاقة السببية، فقد وضع كل من المشرع الفرنسي و التوجيه الأوروبي آليات قانونية من شأنها تيسير حصول المضرور عن تعويض مناسب للضرر، و تجنب تعثره في عقبات إثبات مسؤولية المنتج

¹ P. Mistrette, la loi n°, 2002-303, du le mars, 2002, relative aux droits de mal à des et à la qualité du système de santé J.C.P.G. 12juin 2002. N°24-1141, P : 1075 et S.

² حسين عبد الباسط جميعي: "مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة – دراسة مقارنة في ضوء تطور القضاء الفرنسي و صدور القانون الفرنسي بشأن مسؤولية المنتج عن عيوب المبيع في 19 مايو 1998"، دار النهضة، سنة 2000، ص: 211.

بعناصرها، خاصة أن الغرض الأساس من إقامة هذه المسؤولية هو تيسير حصول المضرور على تعويض مناسب من خلال استبعاد المسؤولية القائمة على إثبات الخطأ أو إحلالها بمسؤولية موضوعية، يكفي فيها إثبات العيب و الضرر، و إمعانا في ذلك فقد أوجدا من القرائن ما ييسر هذا الإثبات بل و يقلب العبء بشأنه في بعض الحالات و بخصوص بعض العناصر من على عاتق المضرور إلى عاتق المهني¹.

و قد أخذ المشرعان بعين الاعتبار ضعف موقف المستهلك المضرور و ما يؤدي إليه الإثبات من تكلفة و مشقة، في ضوء تعقد ظروف الإنتاج و ما يترتب عليه من صعوبة تبين الحقيقة في ظل ضعف الدراية المتخصصة في المجال.

إن الأخذ بنظرية نسبية الخطأ في المسؤولية عن المنتجات الطبية قوامها الاستغناء عن إثبات علاقة السببية طالما أمكن – من خلال التحديد الموضوعي للقاعدة القانونية- تحديد الأضرار التي تهدف القاعدة إلى توخيها و إقامة التعويض جزاء عند تحققها، و عليه يكفي مجرد إثبات التدخل المادي للشيء في إحداث الضرر حتى يفترض قيام علاقة السببية، و بالتالي تقوم المسؤولية عن تعويض الأضرار على نحو يتحقق معه إرادة المشرع التي تم التعبير عنها في النص القانوني بصفة آلية.

هذا هو التوجه الذي سار عليه كل من القضاء الفرنسي و القضاء الأمريكي فيما يلي:

أولاً: القضاء الفرنسي

جاء القضاء الفرنسي من خلال عدة قضايا بقرارات مهمة²، و التي أضحت تعرف "بفضيحة ديباكين" التي يستفاد منها أنه تم توجيه الاتهام إلى شركة الأدوية (سانوفي) بتهمة "القتل غير العمد" في فضيحة ديباكين المضاد للصرع، بعد تحقيق بدأته عائلات الضحايا الذين اتهموا المجموعة الصيدلانية بالتأخير في الإبلاغ عن مخاطر الدواء اتجاه النساء الحوامل، تم فتح تحقيق في محكمة باريس القضائية، بعد إجراء بدأته جمعية مساعدة آباء

¹ Jane Stapleton : Product liability, Publisher : Butterworths, (April 11, 2005), p: 284.

² أنظر القرارات 3 المنشورة على الموقع الإلكتروني:

<http://montreuil.tribunal-administratif.fr/Actualites/Actualites-Communiques/Depakine-le-tribunal-condamne-l-Etat-a-indemniser-les-victimes-en-fonction-de-la-date-de-naissance-de-leurs-enfants. vu 2020/11/26 à 23h11min>

-tribunal administratif de Monteuil n° 1704275.

- tribunal administratif de Monteuil n° 1704392.

-tribunal administratif de Monteuil n° 1704394.

الأطفال الذين يعانون من متلازمة تشنج (l'anti-convulsivant Apesac): يمثل 4000 شخص بما في ذلك نصف الأطفال المرضى، و قد استند إلى 14 حالة لأمهمات تلقين " Depakine " أثناء الحمل. تم من خلاله تسويق دواء فالبورات الصوديوم منذ 1967م تحت العلامة التجارية "Dépakine" من Sanofi، للأشخاص الذين يعانون من اضطراب ثنائي القطب (مرض الصرع)، ولكن لديهم مخاطر عالية لحدوث تشوهات خلقية في الجنين إذا تم تناوله من قبل امرأة حامل، منها التشوهات التوحد و اضطرابات الأنف و الأذن و الحنجرة و تشوهات مورفولوجية في الوجه و الهيكل العظمي و الأطراف و التشوهات الاضطرابات المعرفية و السلوكية و تلف الأعضاء المتغيرة¹.

و قد حوكت المجموعة بالفعل في 23 يونيو 2020 بتهمة "الخداع الشديد" و "الإصابات غير المقصودة" في هذه القضية، حيث اعترفت العدالة لأول مرة بمسؤولية الدولة، و كذلك مسؤولية سانوفي و الأطباء في الآثار المدمرة لمرض الصرع ديباكين، و أمرتها بتعويض أسر الأطفال ذوي الإعاقة الشديدة، وفقا لهذه القرارات الذي اتخذته محكمة الإدارية Montreuil، أمرت الدولة بتعويض العائلات الثلاث المتقدمة، بما في ذلك خمسة أطفال تتراوح أعمارهم بين 11 و 35 عاماً، معاقين بشدة واصلت أمهاتهم تناول هذا الدواء المضاد للصرع أثناء الحمل دون الشك في الآثار التي لا رجعة فيها على أطفالهن. و يقدر مجموع الأطفال المعوقين في فرنسا من فالبورات الصوديوم بما يتراوح بين 15000 و 30.000 وفقاً للدراسات².

ثانياً: القضاء الأمريكي

منذ سنة 2010 إلى حدود سنة 2018 وجهت أكثر من 635 دعوى قضائية على شركة "AbbVie" المتخصصة في إنتاج و تسويق دواء "Depacote"، بحيث أكثر من 90% من هذه الدعاوى كانت أمام المحكمة الجزائرية الأمريكية للمنطقة الجنوبية تدعى "ILLINIOS"، تم نقل هذه الدعاوى القضائية إلى المحكمة الفدرالية، حيث عملت في

¹ Voir Article sur site : <https://www.medias24.com/agence-presse/scandale-de-la-depakine-sanofi-mis-en-examen-pour-homicides-involontaires-3/> .vu 2020/11/26 à 14h23min.

² إحصائيات واردة في الموقع الإلكتروني:

- <https://www.medias24.com/agence-presse/scandale-de-la-depakine-sanofi-mis-en-examen-pour-homicides-involontaires-3/> . vu 2020/11/26 à 14h23min.

يونيو 2018 على تعليق جميع القضايا للسماح للأطراف بالتركيز على مفاوضات التسوية بشكل جماعي لهذه القضايا و التي تشمل عيوب خلقية تتمثل في كل من السنسنة المشقوقة و التشوهات الجسدية مثل الحنك أو القدم المضطربة، الضعف الإدراكي، عيوب القلب، و التشوهات الهيكل العظمي.

و حيث أقرت الشركة بأنها مذنبه في تهمة إساءة استعمال "Depacote"، و حسب مصدر وزارة العدل الأمريكية فإن هذه الأخيرة اتهمت الشركة بالحفاظ على قوة المبيعات المتخصصة بين عامي 1998 و 2006 لتسويق الدواء لاستخدامات لم توافق عليها إدارة الغذاء و الدواء الأمريكية، و شملت الاستخدامات غير المعتمدة كالفصام و الإكتئاب و القلق. و من خلال هذا التحقيق الذي استمر أربع سنوات، وجد المسؤولون الفيدراليون أن الشركة انتهكت لوائح إدارة الغذاء و الدواء و قوانين الولايات و القوانين الفيدرالية، حيث روجت الشركة بشكل غير قانوني للعقار للسيطرة على الانفعالات و العدوان لدى مرض الخرف المسنين. و عملت على تغريم الشركة مليار و نصف دولار للحكومة الفيدرالية قصد توزيعها على المتضررين من الدواء¹.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على خطأ الطبيب في تشخيص تشوهات الجنين وموقف القضاء منها

علم مما تقدم أن الفقهاء قالوا بتضمنين الطبيب إذا أخطأ، والأصل في الشريعة أن المسؤولية الجنائية لا تكون إلا عن فعل عمد حرمة الشارع، ولا تكون عن خطأ، لقوله تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾². وقول النبي صلى الله عليه وسلم: { عفى لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه }³. فأسقط الشارع الحكيم سبحانه عن المخطئ القصاص عدلاً منه ورحمة، وبيان هذا المعنى بقول الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ

¹ -Michelle Llamas : Depacote Lawsuits, Article 10 March 2021, sur sit : https://www.drugwatch.com/depakote/lawsuits/?fbclid=IwAR1A8AiTKc5mqNerRTncwecOUwtlBbz7S7n_eYWSP3mQJY7I4LyEUaMuMnQ. Vu 12/12/2021, 22h57min.

² سورة الأحزاب، الآية 5.

³ زين الدين عبد الرحمان الحنبلي: "جامع العلوم و الحكم"، ج 4، مرجع سابق، ص: 361.

مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدْيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا¹.

ولكن أوجبت الشريعة الإسلامية تضمين المخطئ، لئلا تهدر الدماء بدون مقابل من قصاص أو دية، وبهذا يشترك العمد والخطأ في كونهما سببين للضمان.

يقول ابن القيم: "فالخطأ والعمد اشتراكا في الإلتلاف الذي هو عليه الضمان، وإن اختلفا في علة الإثم، وربط الضمان بالإلتلاف من باب ربط الأحكام بأسبابها، وهو مقتضى العدل الذي لا تتم المصلحة إلا به"².

ويقول ابن رشد: "وأما الطبيب وأشباهه إذا أخطأ في فعله وكان من أهل المعرفة فعليه الضرب والسجن و الدية قيل في ماله وقيل على العاقلة"³.

ويقول الأستاذ عبد القادر عودة رحمه الله تعالى: "إذا أخطأ الطبيب في عمله فإنه لا يسأل جنائيا عن خطئه إلا إذا كان خطأ فاحشاً، والخطأ الفاحش هو ما لا تقره أصول فن الطب، ولا يقره أهل العلم بفن الطب"⁴.

وعبارة "أصول فن الطب" تشمل كون غاية عمله علاجية، وعدم المجازفة بحياة المريض، و الاحتياط وعدم التقصير ضمن الظروف المتاحة للطبيب.

ولعل الأرجح -نقلاً وعقلاً- أن الطبيب يسأل عن خطئه مطلقاً سواء أكان جسيماً أو يسيراً، وذلك أن الخطأ مضمون مطلقاً في الأبدان والأموال.

والنهي عن الضرر والإضرار مطلق في قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: {لا ضرر ولا ضرار}⁵.

و لأن الفقهاء أطلقوا ضمان خطأ الطبيب في كتبهم وفتاواهم، فلا فرق بين خطأ فاحش أو يسير في إيجاب الدية مثلاً.

¹ سورة النساء، الآية: 92.

² عبد الله محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي (المعروف بابن القيم): "إعلام الموقعين عن رب العالمين"، مرجع سابق، ص:

171.

³ ابن رشد: بداية المجتهد و نهاية المقتصد، مرجع سابق، ص: 188.

⁴ عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مرجع سابق، ص: 522.

⁵ محمد بن يزيد بن ماجة القزويني أب عبد الله، "سنن ابن ماجة"، كتاب الديات - باب: القاتل لا يرث، دار الفكر ، بيروت - لبنان، ط الأولى 1424هـ/ 2003م، ف 2341.

ولا ينبغي رد هذا القول بدعوى أن هذا العمل سيجعل الأطباء يحجمون عن العمل خوفاً من المسؤولية، وذلك أن الخطأ لا قصاص فيه أولاً، ولأن الدية على العاقلة بشروطها ثانياً أو هي على جماعة الأطباء أو نقابتهم أو الجهة التي تقوم مقام العاقلة عند عدم وجودها، كما هو داخل ضمن أهل الديوان والحرف عن المالكية والحنفية¹. وهذا كله يضبط التوازن الدقيق بين التهاون بالأرواح و الاستهتار بالجسم الإنساني، والقلق الذي يقتل الإبداع، والخوف السلبي من الممارسة الطبية.

الفرع الأول: الآثار المترتبة على خطأ الطبيب في تشخيص تشوهات الجنين

من المعلوم أن إسقاط الجنين الذي ثبت بالوسائل العلمية الحديثة أنه مشوه، وأن هذه التشوهات من النوع الذي لا يمكن علاجه داخل الرحم أو خارجه بعد الولادة، يكون قبل نفخ الروح، على قول الذين يرون جواز ذلك من الفقهاء القدامى والمعاصرين، ولا يجوز ذلك بعد نفخ الروح أياً كان نوع هذه التشوهات، إلا في حالة واحدة وهي الخوف على حياة الأم من الهلاك مع استمرار حملها وهذا الاستثناء يكون في حالة تشوه الجنين وعدم تشوّهه على الخلاف الواقع بين الفقهاء في هذا الشأن و الذي تقدم عرضه، فهل إسقاط الجنين المشوه قبل نفخ الروح يصلح أن يكون موجب للعقوبة أو الآثار المترتبة على إسقاطه؟ لذلك أرى أنه من الضروري قبل الحديث عن الآثار المترتبة على خطأ الطبيب في تشخيص تشوهات الجنين أن أتعرض أولاً لمسألة مهمة اختلفت فيها كلمة الفقهاء، وهي الخلقة التي توجب الدية في الجنين (الفقرة الأولى)، على أن أتطرق في (الفقرة الثانية) للآثار المترتبة عن خطأ التشخيص.

الفقرة الأولى: الخلقة التي توجب الدية في الجنين

للفقهاء في هذه المسألة عدة مذاهب وهي كالتالي:

❖ المالكية:

لهم في هذه المسألة ثلاثة آراء:

¹ ابن عابدين: "حاشية ابن عابدين"، ج 6، مرجع سابق، ص: 640؛ الدسوقي: "حاشية الدسوقي"، ج 4، مرجع سابق، ص:

- يرى مالك: أن الجاني مسؤول عن كل ما ألقته المرأة مما يعلم أنه حمل سواء كان كامل الخلقة أو كان مضغة، أو علقه أو دماً.
- ويرى أشهب ألا مسؤولية عن طرح الدم وإنما المسؤولية عن طرح العلقه والمضغة.
- ويرى ابن القاسم: أن الجاني مسؤول عن الدم المجتمع الذي إذا صب عليه الماء الحار لا يذوب لأن ما يذوب لا شيء فيه.
- قال في المدونة: "أرأيت إن ضربها فألقته ميتاً مضغة أو علقه ولم يستين من خلقه أصبع ولا عين ولا غير ذلك أيكون فيه الغرة أم لا؟ قال مالك: إذا ألقته فعلم أنه حمل وإن كان مضغة أو علقه أو دماً ففيه الغرة"¹.
- فهذا يصور لنا الرأي الأول للإمام مالك.
- أما رأي أشهب: الذي يرى أن الجاني مسؤول عن طرح العلقه والمضغة دون الدم، فإنه لم يفرق بين الدم الذي يشبه أن يكون علقه وبين الدم الذي إذا صب عليه الماء الحار ذاب بل مطلق دم لم يرتب عليه مسؤولية.
- أما ابن القاسم: فإنه يرتب المسؤولية على العلقه والمضغة والدم الذي إذا صب عليه الماء الحار لا يذوب لذلك يقول الخرشي: أي أن ذلك عدد ابن القاسم خلافاً لأشهب².
- فكأن ابن القاسم قد أضاف للمضغة والعلقه قسماً ثالثاً هو الدم المجتمع الذي إذا صب عليه الماء الحار لا يذوب.
- خلاصة القول أن للمالكية ثلاثة آراء في الخلقة التي توجب الدية في الجنين، و ثلاثتها ترتب المسؤولية على من كان مضغة أو علقه، أما ما كان دماً فالفتوى فيه على رأي ابن القاسم³.

¹ مالك ابن أنس، "المدونة الكبرى"، كتاب الديات: ج 6، وزارة الأوقاف السعودية، مطبعة السعادة، طبعة الأولى 1324هـ، ص: 399؛ ابن رشد: بداية المجتهد و نهاية المقتصد، مرجع سابق، ص: 408.

² أحمد بن غانم بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهرى المالكي: "الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني"، الناشر دار الفكر، تاريخ النشر 1415هـ/1995م، ص: 202.

³ الدسوقي: "حاشية الدسوقي"، ج 4، مرجع سابق، ص: 168؛ جلال الدين السيوطي: "فتح الجليل"، ج 4، مؤسسة الريان للطباعة و النشر، 2002م، ص: 298.

الفقرة الثانية: الآثار المترتبة عن خطأ التشخيص

يعتمد التشخيص غالباً على الفحوصات و التحاليل المخبرية اللازمة للتأكد من الحالة الصحية للمريض، حتى لا يوقع الطبيب مريضه في غلط بشأن حالته الصحية و يستعمل الطبيب في ذلك الوسائل التي يضعها العلم تحت تصرفه من أجل تحديد طبيعة المرض، و يتجنب الطرق القديمة و المهجورة في عملية التشخيص¹. وهذا ما أكدت عليه المادة 30 من مدونة السلوك الطبي عندما ألزمت الطبيب بإيلاء تشخيصه أكبر قدر من الاهتمام دون اعتبار للوقت الذي يستغرقه ذلك، و تقديم النصح و المشورة، و الاعتماد على الأساليب العلمية المناسبة في عمله، و يعتبر مضمون المادة المذكورة ذاته المنصوص عليه في المادة R4127-33 من تقنين الصحة العامة الفرنسي².

و من المستقر عليه أن مجرد خطأ الطبيب في التشخيص لا يثير مسؤوليته إلا إذا كان خطؤه منطوياً على جهل و مخالفاً للأصول العلمية الثابتة التي يجب على كل طبيب الإلمام بها، شرط أن يكون قد بذل الجهود الصادقة اليقظة التي يبذلها طبيب مثله في نفس الظروف التي كانت قائمة. حيث قضت محكمة "ليون" بأن الغلط في التشخيص ينم عن جهل واضح و إهمال جسيم أو مخالفة للأصول العلمية الثابتة و السائدة في الطب، فإن ذلك يشكل خطأ تقوم بموجبه مسؤولية الطبيب³.

و من صور الآثار التي قد تترتب عن الخطأ في التشخيص ما يلي:

ففي قضية⁴ تتلخص في أن امرأة فحصها طبيب و قرر وجود ورم ليفي يلزم استئصاله، ثم شرع في إجراء العملية، إلا أنه لاحظ أنه أخطأ في التشخيص، و أن المرأة حامل و لا يوجد ورم في الرحم فقام بإخراج الجنين، و لكن المرأة حدثت لها مضاعفات و توفيت، حيث قضت المحكمة بمسؤوليته لأنه لم يقيم باستشارة الطبيب الذي كانت تعالج عنده،

¹ أحمد أبران: "الالتزام بالإعلام في الأعمال الطبية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية – وجدة، الموسم الجامعي 2014/2015، ص: 141 و 142.

² Article R4127-33 du code de la santé publique, cet article dispose que « le médecin doit toujours élaborer son diagnostic avec le plus grand soin, en y consacrant le temps nécessaire, en s'aidant dans toute la mesure du possible des méthodes scientifiques les mieux adaptées et, s'il y a lieu, de concours appropriés ».

³ طلال العجاج: المسؤولية المدنية للطبيب دراسة فقهية قضائية مقارنة، مطبعة عالم الكتب الحديث الطبعة الأولى 2011م- 1432هـ، ص: 198، وقد أشار إلى قرار محكمة ليون الفرنسية 1/12/1981.

⁴ قرار محكمة "روان" الفرنسية 21 أبريل 1923، أشار إليه: طلال العجاج: مرجع سابق، ص: 199.

و لم يستعمل الأشعة ليزيل الشك الذي قام في ذهنه قبل أن يجري العملية. و حيث يتبين أن الطبيب قد أخطأ حين شخص المرض على أنه ورم ليفي، لأنه من أصول علم الطب و من البديهيات في هذه المهنة أن يستقصي الطبيب من المريض عن طبيعة الألم و العوامل الخارجية الظاهرة للعيان، و كذلك إهماله في استخدام الأجهزة الطبية المتوافرة عنده في المستشفى كعمل صورة الأشعة، و هذه من الأمور التي لا جدال فيها بين الأطباء الممارسين لهذه المهنة، فكيف بطبيب يجري عملية لامرأة دون أن يتأكد من طبيعة المرض، بذلك يكون قد ارتكب خطأ في التشخيص و تجب مساءلته عن ذلك الخطأ¹.

أما من خلال الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء المغربي نجد محكمة الاستئناف بوجدة² في قضية تتلخص وقائعها في أن سيدة كانت تتابع حملها بصفة دورية لدى مصحة طبية تحت إشراف الطبيب المسؤول عن قسم التوليد، ولما اقترب موعد الولادة اختارت المصحة المذكورة فوضعت مولودة تبين أن يدها اليمنى مشلولة، و بعد أن أمرت المحكمة بإجراء خبرة طبية على الضحية أفاد الخبير أن نسبة العجز التي لحقت بالمولودة بلغت 25%، و أن سبب ذلك لا يمكن إرجاعه إلى خطأ طبي و إنما إلى وزن الطفل الثقيل.

و عللت المحكمة قرارها الذي انتهى بتحميل الطبيب المسؤولية بما يلي:

"و حيث إن الخبير اهتم في تقريره إلى وجود سبب يرجع إلى ثقل وزن الطفلة، و توصل إلى ذلك بحكم درايته كطبيب، وقياساً على ذلك و بحكم أن الطبيب المولد له من الدراية ما يماثل التي للخبير، و كان عليه وقت عملية التوليد و من خلال فحص الأم الذي سيوضح أن وزن الجنين ثقيل، اتخاذ جميع التدابير و الاحتياطات لقيام مضاعفات من شأن إهمالها أن تؤدي إلى ما انتهى إليه وضع المولودة، خاصة أن الخبير أشار في تقريره أنه كان من الأرجح أن يقوم الطبيب بعملية قيصرية لتفادي هذه الإصابة".

يتضح من وقائع القرار المذكور أن الطبيب قصر في التزامه في فحص المرأة الحامل و تحديد وضع الجنين و حالته الصحية، و ما إذا كانت ولادته سوف تتم بشكل طبيعي، أم أن

¹ ماجد محمد لافي: المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي -دراسة مقارنة-، دار الثقافة للنشر و التوزيع - عمان - الأردن، الطبعة الثانية - 2012م- 1433هـ، ص: 240-241.

² قرار عدد 2009/250 صادر عن محكمة الاستئناف بوجدة بتاريخ 2009/03/19 في الملف رقم 08/1007، غير منشور.

وزنه الزائد من شأنه إصابته بضرر أثناء عملية الولادة و أن الأمر يستدعي إجراء عملية قيصرية لتفادي الخطر المحتمل الحدوث في مثل حالة الضحية.

أما الخطأ الثاني و الذي لم يرد في حيثيات القرار هو تقصيره في إعلام المرأة الحامل، و هنا تكمن أهمية و جدوى تبصير المريض، إذ أن أم الضحية رغم اختيارها للطبيب المختص من أجل الإشراف على حملها و زيارته بشكل دوري لم يشعرها بوزن الجنين الزائد و احتمال إصابة المولودة بشلل الضفيرة العضدية¹ في حالة اختيارها للولادة الطبيعية، و نعتقد أن الأم لو تم إعلامها بشكل كاف بذلك لفضلت إجراء العملية القيصرية، مما يجنب الضحية الضرر الذي لحق بها.

و يعتبر القرار المذكور نموذجاً لعدة قرارات و أحكام قضائية صدرت في وقائع مشابهة، و منها مثلاً حكم محكمة النقض بتاريخ 2015/10/20²، و حكم آخر للمحكمة الابتدائية بالدار البيضاء³ بتاريخ 2009/03/30 و الذي تتلخص وقائعه في أن سيدة عرضت على مصحة لإجراء الفحوصات الطبية اللازمة للتمهيد لعملية جراحية قيصرية قصد تمكينها من وضع حملها، و أن هذه العمليات و الفحوصات تمت تحت إشراف طاقم طبي برئاسة دكتور مختص، و حيث أن هذا الأخير قرر بعد تشخيصه للحامل و إطلاعه على نتائج تلك الفحوصات العدول عن إجراء عملية جراحية و العمل على مساعدة الأم على إجراء عملية وضع طبيعية دون حاجة لتدخل جراحي، غير أنه و بالنظر إلى الوزن الزائد للمولودة و الذي كان يتجاوز 4 كيلو و 200 غرام فقد تحولت العملية من ولادة طبيعية في غاية التعقيد كادت أن تؤدي بحياة الأم و جنينها بسبب خطأ الذي ارتكبه الطبيب المعالج في تقدير الحالة و توجيه سير العملية الشيء الذي دفع به إلى شد الجنين إلى خارج الرحم و بقوة جد مفرطة

¹ حسب الإحصائيات فإن طفلاً أو طفلين في كل ألف طفل يتعرضون إلى إصابة الضفيرة العضدية (شلل إرب) أثناء الولادة، و بالرغم من أن إصابة الضفيرة العضدية يمكن أن تحدث في أي وقت إلا أن معظمها يقع أو يحدث أثناء الولادة، فأتساءل توتر ولادة الطفل يعلق كتفه خلف عظمة التصاق العانة (جزء من عظمة الحوض) و يتمدد فيحدث انضغاط للضفيرة العضدية أو تتمدد أو ربما تتمزق. و هذه الإصابة يمكن أن تكون لدى مختلف الأطفال إلا أن مواليد الأوزان الكبيرة هم الأكثر احتمالاً بالإصابة، أنظر الموقع الإلكتروني التالي:

- <http://www.webteb.com/children-health>, vu 2021/01/03 à 15h32min.

² انظر، قرار عدد 3/740 لمحكمة النقض، الغرفة المدنية القسم الثالث، مؤرخ في 2015/10/20 ملف مدني عدد 2014/3/1/6114. منشور ب " مصنف المسؤولية الطبية" الجزء الأول، أحمد ادريوش، منشورات سلسلة المعرفة القانونية -الرباط 2017، ص: 278.

³ انظر، حكم رقم 1467 صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ 2009/03/30، في الملف رقم 07/23/3572، منشور ب " مصنف المسؤولية الطبية" الجزء الأول، أحمد ادريوش، منشورات سلسلة المعرفة القانونية -الرباط 2017، ص: 284.

نتج عنه تفكك عظام كتف المولودة التي أصبحت نتيجة لذلك تعاني إعاقة و تشوه على مستوى الكتف، و عليه حكمت المحكمة لفائدة الأب النائب عن ابنته القاصرة تعويضا إجماليا قدره 180.000 درهم مع النفاذ المعجل و إحلال شركة التأمين محل مؤمنها في الأداء.

إن مرحلة التشخيص هي مرحلة البداية في علاقة الطبيب بمريضه، و العمل الطبي يعتمد على صحة التشخيص و سلامته، فإذا فشل فقد تصبح الأعمال اللاحقة و خصوصا العلاج الموصوف خاطئا أيضا، و على الطبيب أن يبذل في التشخيص العناية اليقظة، بحيث يكون بعيداً عن الغلط قدر الإمكان.

الفرع الثاني: موقف القضاء

- يرى البعض أن الطفل يستطيع أن يتمسك في دعوى التعويض إما:

1- بضرر الإعاقة "son handicap"

2- بضرر الحياة ذاتها "d'être en vie"

- ومع ذلك فقد تضاربت أحكام القضاء الفرنسي في شأن مسؤولية الطبيب في مواجهة الطفل المعوق، في حالة ما إذا كان سبب الضرر يكمن في المرض الوراثي، والذي لم يكشف عنه الطبيب للوالدين، فمنعهما بذلك من اتخاذ قرار بالإجهاض تفاديا لإنجاب طفل معوق.

الفقرة الأولى: موقف القضاء العادي

رفضت بعض المحاكم دعوى التعويض المرفوعة باسم الطفل، ففي واقعة تتلخص، في إنجاب طفل يعاني من عيوب بدنية-لم تظهر في الأشعة "l'échographie" قالت المحكمة، أن الأخطاء التي ارتكبتها مدام دكتور X ليست هي سبب العيوب التي أصابت الطفل، وأنه لو كان بالإمكان معرفتها في وقت مبكر فإنه لا توجد وسيلة طبية للتخفيف منها أو معالجتها، وانتهت المحكمة إلى رفض الحكم بالتعويض لعدم وجود علاقة سببية¹.

¹ cour d'appel de versailles, 8 huill 1993, cour d'appel de paris 17 fév. 1989, sur Article : Marcela Iacub : "Bébé-préjudice- : l'évolution des litiges de naissance", disponible sur site : <https://www.cairn.info/penser-les-droits-de-la-naissance--9782130516484-page-62.htm>.

وقضت بعض الأحكام¹ بحق الطفل في التعويض، على أساس ضياع الفرصة، المتمثلة في عدم تفادي الآثار الضارة للمرض في الحالات التي يصاب فيها الطفل بإعاقة خطيرة، كتلك الناتجة عن الحصبة الألمانية، التي أصيبت بها الأم أثناء الحمل، ومن ذلك حكم محكمة استئناف فرساي في 8 يوليو 1993م واستندت فيه المحكمة، إلى أن الأخطاء هي التي منعت الوالدين من اتخاذ قرار الإجهاض العلاجي، مما يعطي الزوجين الحق في التعويض عن ضياع الفرصة في إنجاب طفل سليم².

موقف محكمة النقض الفرنسية:

في حكم شهير للمحكمة في 17 نوفمبر 2000م، قضت المحكمة بتعويض كامل للطفل perruche.N المولود معوقاً بسبب مرض وراثي لم يكتشف عنه الطبيب للوالدين أثناء الحمل، فمنعهما بذلك من اتخاذ قرار الإجهاض ولأهمية الحكم، فإننا سنتناوله بشيء من التفصيل.

الوقائع:

وتتلخص في أن³:

السيدة X أحست بالحمل، و لما ذهبت إلى الطبيب Y وطبقا لما تتطلبه قواعد المهنة ، في هذه الحالة والمعطيات العلمية طلب منها إجراء التحليل الخاص بالحصبة الألمانية، وقامت المريضة X بإجراءه لدى معمل للبيولوجيا الطبية " Laboratoire de biologie médicale".

- في 12 مايو 1982 أخذت أول عينة وكانت النتيجة سلبية "négatif".
- في 27 مايو 1982، أخذت عينة للمرة الثانية في نفس المعمل وكانت النتيجة إيجابية "positif" مع وجود مضادات، و في هذا الوقت تأكد حملها.
- نظراً لتعارض النتائج فإن المعمل- وطبقا للوائح المعمول بها في هذا الشأن أجرى تحليلاً للعينات المأخوذة أول مرة.

¹ Charlot sailly : op.cit, p: 95.

² و كان الطفل قد ولد بإعاقة خطيرة، ولم يكن قد شخص أثناء الأشعة échographies حيث قضت المحكمة بتعويض كامل للطفل. ونظر لأهميته فإننا سنتناوله بشيء من التفصيل فيما بعد.

³ اعتمدنا على الوقائع كما جاءت في تقرير المستشار:

- PIERRE SARGOS. J.C.P. éd. G 13 décembre 2000, N-10438. P: 2293 Ets.

- A procède- comme le prévoit la réglementation a une analyse de contrôle d'un échantillon conservé du premier prélèvement du 12 mai.

- نتيجة هذا التحليل، كانت إيجابية، أي أنها متطابقة مع الفحص الأخير مما أثبت خطأ الفحص الأول مع وجود مضادات أجسام 1/160.
- في 1983/01/14 السيدة X ولدت طفلاً "نيكولا" والذي يحمل متلازمة جريج "Syndrome de Greg" وهو مرض يصيب الطفل بآثار بالغة الخطورة في القلب والعقل، ويصير الطفل أكم وأصم وأعمى.
- رفعت السيدة X وزوجها دعوى على كل من الطبيب والمؤمن والمعمل المؤمن.
- في 1992/01/13 اعتبرت محكمة d'evry أن دكتور Y و المعمل قد ارتكبا خطأ فيما يتعلق بنتيجة التحليل الذي قد تم في المرة الأولى.
- استأنف الطبيب Y الحكم، مؤسساً دفاعه على أن المسؤول الأوحد عن التحليل هو المعمل.
- في حكمها الصادر في 1993/12/17م قضت محكمة استئناف باريس بأن الطبيب قد ارتكب خطأ في تنفيذ التزامه العقدي ببذل العناية « dans l'exécution de son obligation contractuelle de moyen » وعليه يلتزم الطبيب بتعويض السيدة X عن النتائج الضارة، خاصة وأن زوجها قد أعلننا للطبيب عن نيتهما في الإجهاض في حالة ما إذا كانت مصابة بـ RUBEOLE.

" dès lors qu'elle avait fait connaitre sa volonté et celle de son mari d'interrompre la grossesse en cas de rubéole ".

- الحكم إذا أيد حكم المحكمة السابق من حيث أنه قضى بمسؤولية الطبيب والمعمل بالتضامن و كذلك شركات التأمين في مواجهة الوالدين نتيجة الأخطاء، أما في ما يتعلق بالتعويض عن الضرر الذي أصاب الطفل والذي يطالب به الوالدان باسم الطفل، فإن

الحكم قضى، بأن الضرر الذي أصاب الطفل لا تربطه علاقة سببية بالخطأ الذي ارتكبه الطبيب والمعمل.

" que le préjudice de l'enfant N.X n'est pas en relation de causalité avec les fautes commises ".

- طعنت السيدة X وزوجها في الحكم بالنقض، تأسيساً على أنهما ينبغي أن على المحكمة، أنها لم تؤسس حكمها على القانون مادة 1147 مدني، عندما قضت بعدم وجود علاقة سببية بين الضرر الذي أصاب الطفل والخطأ الذي ارتكبه الطبيب والمعمل، على سند من القول، أن الزوجين قد أعلنوا إرادتهما صراحة للطبيب بقطع الحمل –الإجهاض في حالة الإصابة بالـ rubéole – وأن الأخطاء التي ارتكبتها الطبيب والمعمل جعلتهما يعتقدان على غير حقيقة أن الأم محصنة " était immunisée " ضد المرض مما يجعل هذا الخطأ سبباً للضرر الذي أصاب الطفل بسبب "rubéole" الذي أصاب والدته وانتهت المحكمة، إلى القول بأن هناك علاقة سببية بين الخطأ الذي ارتكبه الطبيب والمعمل، وتفويت الفرصة على الطفل في أن يتفادى تحمل النتائج الضارة لمرض "rubéole".

- في 1996/03/26م أخذت الدائرة المدنية الأولى بمحكمة النقض بما جاء في الدفع المقدم، وقضت اعتماداً على ما جاء فيه، بأن محكمة الاستئناف قد خالفت القانون، أي خالفت النصوص التي ذكرت في الدفع –مادة 1147 و 1384- ويلاحظ أن محكمة النقض قد ركزت على وجود علاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي أصاب الطفل.

- في 1999/02/05م انتهت محكمة استئناف D'orleans في الدعوى المحالة إليها كمحكمة renvoi بأن الطفل N لم يصب بأضرار قابلة للتعويض، ترتبط بعلاقة سببية مع الخطأ الذي ارتكبه الطبيب والمعمل.

- طعن في الحكم في 1994/04/14م تأسيساً على ما جاء قبل ذلك، من حق الوالدين في المعلومات الكافية، وأنهما أفصحا عن إرادتهما في الإجهاض، إذا كانت هناك إصابة بالمرض وأن الطبيب والمعمل، جعلهما يعتقدان على غير الحقيقة في عدم وجود المرض مما يجعلهما مخطئان، وأن هناك علاقة سببية بين الضرر الذي أصاب الطفل وهذه الأخطاء. واستندت محكمة استئناف D'orleans في رفض الحكم بالتعويض للطفل على:

❖ أن الطبيب والمعمل في منأى عن نقل مرض rubéole إلى الأم فهما لم يتدخل إلا بعد بداية الحمل، و بمعنى آخر لم يكن بالمقدور منع الحمل " évitée la " conception de l'enfant".

❖ أنه لم يكن له فرصة على الإطلاق ليأتي صحيحاً عادياً، أو معوقاً إعاقة بسيطة ولا يمكن إلا أن يولد بهذه الآثار الضارة والتي ترجع إلى مرض "rubéole" الذي يعتبر خطأ الطبيب والمعمل أجنبياً عنه.

❖ إن قرار إزالة هذه الآثار الضارة وإن كان يمكن تداركه بالإجهاض فإن قرار الإجهاض الإرادي، هو قرار خاص بالوالدين وحدهما، ولا يعتبر حقاً للطفل، يمكنه من الاستناد إليه.

❖ أن النتيجة الوحيدة التي ترتبط بعلاقة سببية بخطأ الطبيب والمعمل، هي ميلاد الطفل " la naissance de l'enfant " فهل يعتبر ميلاد طفل في ذاته ضرراً قابلاً للتعويض؟

❖ أنه إذا كان لأي كائن بشري حقوق منذ الحمل، فليس من بينها الحق في أن يولد أو لا يولد " droit de naître ou de ne pas naître " ، كما أن ميلاده أو موته لا يمكن أن يعتبر فرصة سعيدة أو سيئة.

❖ أن الطفل N ممثلاً بوالده لا يستطيع أن يتمسك في مواجهة الطبيب والمعمل – لأنه لم يعطيا الأم ما يكفي من معلومات تسمح لها باتخاذ قرار بالإجهاض¹- بواقعة الميلاد "d'être né".

● طعن في الحكم، أمام محكمة النقض و في 2000/11/17م سجلت المحكمة أن حق الطفل في التعويض، إنما يقتضيه مبدأ احترام شخص الإنسان.

"Qu' il lui est apparu que le respect effectif et pas seulement théorique de la personne passait par la reconnaissance de l'enfant handicapé en tant que sujet de droit autonome et que devait être reconnu son droit propre à bénéficier d'une réparation du préjudice

¹ F. chabas. note cour l'arrêt perruche J.C.P 2000 N° 10438, p: 2293 et 5.

résultant de son handicap- et exclusivement de celui- ci de façon à lui permettre de vivre dans des conditions conformes à la dignité humaine malgré son handicap".

كما رأت المحكمة أن الحكم بتعويض للوالدين لا يكفي للتأمين الطفل، لاحتمال انفصالهما أو موتهما، مما لا يسمح للطفل أن يكون المستفيد الحقيقي.

" qui ne permettant pas d'être certain que l'enfant est le réel bénéficiaire de sa vie durant la défense de son intérêt, comme la présentation de la dignité de ses conditions de vie future paraissent mieux assurées par l'attribution d'une indemnisation qui lui soit propre ".

● وانتهت المحكمة إلى أنه من الوقت الذي يثبت فيه أن الأخطاء التي ارتكبتها الطبيب والمعمل في تنفيذ العقد المبرم مع السيدة X منعته من أن تمارس اختيارها في الإجهاض، لكي تتفادى ميلاد طفل معوق، فإن الطفل يستطيع المطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عن الإعاقة المترتبة على الأخطاء الثابتة.

" de lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec M^{me} X avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse a fin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, cette dernière peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues"¹.

¹ Ass plen 17 nov 2000 J.C.P 2000 éd G-N-10438 rapport P,sargos concl- sainte, Rose , F.CHABS. Réparation du préjudice personnel de l'enfant handicap lorsque son handicap à été contracté un ulero J.C.P 2000. Cité.

- و هذا معناه أن المحكمة أسست حكمها على وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر على العكس ما ذهبت إليه محاكم الاستئناف.

- وتجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض قد أكدت حكم "perruche" بثلاثة أحكام متماثلة في 13 يوليوز 2001، حيث رفعت القضايا من أمهات ولدن أطفالا معوقين، بسبب أخطاء في قراءة الأشعة، وتأكيد الأطباء عدم وجود أية عيوب في الأجنة.
 - طالبت كل منهن بتعويض عن الأضرار التي أصابتها وطفلها.
 - قضت محاكم الموضوع بتعويض الوالدين، تأسيساً على الخطأ الطبي، والذي يتمثل في حرمان الأم من إجراء الإجهاض الطبي – لفوات عشرة أسابيع طبقاً لمادة 1-2213 L من قانون الصحة العامة.
 - رفضت المحكمة تعويض الطفل، تأسيساً على عدم وجود رابطة سببية المباشرة بين الخطأ والإعاقة.
 - لم تبين محكمة النقض – في القضايا الثلاث – وجهة نظر المحامي العام "sainte rose"، والذي قرر "أن ضرر الطفل غير قابل للتعويض، وأن الحكم بالتعويض سيؤدي إلى عدم المساواة بين الأطفال المعوقين والذين يوجدون في ظروف متماثلة".
 - أكدت محكمة النقض في الأحكام الثلاثة حق الطفل المعوق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عن الإعاقة، إذا كانت هذه الإعاقة نتيجة مباشرة للأخطاء الطبية في تنفيذ العقد المبرم مع الأم، والتي حرمت الأم من اتخاذ قرار الإجهاض¹.
- " mais attendu que l'enfant né peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap si ce dernier est en relation de causalité directe avec les fautes commises par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec sa mère et qui ont empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse".

¹ الحكم الأول يتعلق بالطعن ضد حكم محكمة استئناف فرساي في 12 يوليو 1997، حيث وضعت السيدة X طفلة في 31 أكتوبر 1989، مصابة بإعاقة بالنخاع الشوكي Spina.Bifida واستندت الدعوى المرفوعة على خطأ الأطباء في قراءة الأشعة التي أجرتها في الأسبوع العاشر، مما أكد لها عدم وجود عيوب لدى الجنين، ومنعها ذلك من اتخاذ قرار بالإجهاض. الحكم الثاني، يتعلق بالطعن ضد حكم محكمة الاستئناف Metz في 6 مارس 1997م، أما الثالث فيتعلق بالطعن ضد حكم محكمة استئناف Aix-en-provence في 9 أبريل 1998م، وعن الحكم الأخير راجع:

- J.C.P 2001 . N°40 P1829 et 5-11-10600 note C. BIOCH.

- وعن الأحكام الثلاثة راجع:

-J.C.P 2001 . N°40 P1835 et 5-11-10601 note CHABAS.

• وفي حكم للمحكمة العليا في 9 أكتوبر قضت بالتعويض لطفل بعد بلوغه 26 سنة – من 1974 م إلى 2000م¹.

• وأخيرا أكدت المحكمة العليا بحكمين آخرين، في 28 نونبر 2001 مسلكها السابق².

• ونشير إلى أن أول محكمة موضوع، تبعت أحكام محكمة النقض، هي محكمة استئناف بوردو، حيث قضت بحق الطفل المعوق في الحصول على تعويض، بسبب خطأ الطبيب الأشعة والذي حرم الأم من اللجوء إلى الإجهاض، لو أنها علمت بحالة الطفل المتمثلة في نقص حاد في السائل المحيط به، مما يعرضه لأضرار خطيرة³.

ولا يفهم من هذا أن كل محاكم الموضوع قد سارت في نفس الاتجاه، فإذا كانت محكمة استئناف "بوردو" قد أخذت بما انتهت إليه محكمة النقض، فإن محكمة استئناف "Avis- en Provence" قد رفضت الحكم بالتعويض للطفل -واكتفت بالحكم بتعويض الوالدين- استنادا إلى عدم وجود رابطة سببية بين خطأ الطبيب والإعاقة التي ولد بها الطفل.

الفقرة الثانية: موقف القضاء الإداري

لم يرفض القضاء الإداري تعويض الطفل إذا كان التدخل الطبي هو السبب المباشر للإعاقة والمرض الذي أصابه وهو جنين، ومن تلك ما قضى به القضاء المغربي حيث جاء في حيثيات حكم المحكمة الإدارية بوجدة⁴، "و حيث لاحظ الخبير في تقريره أنه لتلافي حدوث عواقب للمولودة الجديدة و من ضمنها شلل الضفيرة العضدية التي أصيبت بها الضحية، استخدام مهارات و تقنيات خاصة يمكن لها في جل الأحيان إنقاذ الموقف كتقنية "جاكومي".

¹ ونشير إلى أن مدة التقادم 10 سنوات، وقد تطول بسبب عدم أهلية الطفل، أنظر:

- Cass, civ, 19 oct 2001 D, 2001. P: 3470 rapport, sargos, not D.Thovenin.

² يتعلق الأول بالطعن ضد حكم محكمة استئناف "Riom" في 16 ديسمبر 1999، والثاني ضد حكم محكمة استئناف Rennes في 19 يناير 2000م، راجع في ذلك: J.C.P 20002. N° 5- 11N° 10018 note F. CHABAS.

³ C.A. Bordeaux, 18 sept, 2001, <http://rb.jurus-classeur.com/actualite/dépêche/visu-news.htm/?Vu> 2019/05/16 22h32min.

⁴ أنظر، الحكم عدد 15-2003 صادر عن المحكمة الإدارية بوجدة بتاريخ 11 فبراير 2003 في الملف رقم 00/105، أشار إليه: أحمد أبران: "مرجع سابق"، ص: 147 و 148.

و حيث إن المصلحة التي تمت فيها الولادة لم تلجأ إلى استعمال التقنيات الخاصة و المنظورة و إنما تركت الأمر للمولدة التي من المفروض أن ينحصر دورها أمام وجود الأطباء المختصين في الولادة في مساعدة هؤلاء، خاصة أن الأمر يتعلق بمصلحة لا يؤذن لها في ممارسة عملها إلا بعد التوفر على الإمكانيات المادية و التقنية و البشرية.

و حيث إن المحكمة بعد تفحصها للحالة الصحية للضحية من خلال الشهادات الطبية و تقرير الخبرة تبين لها أنها أصيبت بأضرار بليغة و أن نسبة العجز الدائم بلغ 90%.

فلا يعفى إذن الطبيب الذي يطبق طريقة معينة في العلاج، في حين أن حالة المريض تتطلب طريقة أخرى، و يتعين دائماً أن يكون العلاج مطابقاً للقواعد المطبقة في العلوم الطبية الحديثة.

إن موقف القضاء المغربي يخضع للقواعد العامة للمسؤولية، بحيث ينص الفصل 80 من قانون الالتزامات و العقود على ما يلي: "مستخدمو الدولة و البلديات مسؤولون شخصياً عن الأضرار الناتجة عن تدليسهم أو عن الأخطاء الجسيمة الواقعة منهم في أداء وظائفهم".

فحسب هذا الفصل فالموظفون أو المستخدمون مسؤولون شخصياً عما ذكر بصفة أصلية و تبقى مع ذلك مسؤولية الدولة معلقة على سبيل الاحتياط في انتظار التأكد من يسر أو عسر الموظف المحكوم عليه بتعويض الضرر، فإذا ثبت عسره أصبحت الدولة مسؤولة بحكم القانون عن الخطأ الشخصي لموظفيها بحيث يتحول هذا الخطأ الشخصي عملياً في نهاية المطاف إلى خطأ مرفقي يحصل المتضرر على حقوقه سواء في نطاق الفصل 79 من ق.ل.ع بشقيه (أي المسؤولية بدون خطأ- و المسؤولية بناء على خطأ مرفقي) أو في نطاق الفصل 80 من نفس القانون بناء على الخطأ الشخصي للموظف.

و هذا ما أكدته محكمة النقض في عدة مناسبات منها حكم محكمة النقض¹ بتاريخ 21/10/2010 و الذي جاء فيه: "مسؤولية المرفق الصحي المشرف على الولادات تبدأ من وقت حدوث الحمل، إذ ابتداء من هذه الفترة و عند ولوج الحامل لمرفق الصحة يسأل هذا

¹ محكمة النقض، قرار عدد 761 المؤرخ في 21/10/2010، ملف إداري عدد 523-4-2009، نشره: عبد الكبير العلوي الصوصي: "العمل القضائي في قضايا المسؤولية الطبية"، المطبعة و النشر: دار القلم بالرباط، الطبعة الأولى 2014، ص: 23 إلى 25.

المرفق عن كل علاج لا يتناسب و حالة المرأة الحامل و من شأنه أن يتسبب لها في أي ضرر، و على هذا الأساس فإن المرفق الصحي يسأل عن جميع الأضرار التي تلحق المرأة الحامل نتيجة لتقصيره أو إهماله لأصول المهنة أو إهمال تقديم العلاجات و الإسعافات للمولود".

و كذلك ما تبنته أحكام المحاكم الإدارية في تبني معيار الخطأ الجسيم لتقرير مسؤولية المرفق العام الطبي، و منه حكم للمحكمة الإدارية بوجدة¹ بتاريخ 11/02/2003 إذ جاء في إحدى حيثياته "قد صرح الخبير أن هذه الولادة قد تمت بدون إشراف طبي، بمعنى أن الولادة قد تمت بدون حضور أي طبيب مختص في أمراض النساء و التوليد و هو ما يعتبر في حد ذاته خطأ مرفقيا جسيما إذ لا يعقل أن تتم ولادة عسيرة في مصحة سواء كانت عمومية أو خاصة دون أن يراقبها طبيب مختص"، و كذلك أيضا ما اتجهت إليه في تحميل مسؤولية المرفق العام الطبي بناء على حصول الضرر و ربطه بنشاط المرفق، لكن القضاء غالبا ما يسميها بالمسؤولية بدون خطأ، و من مبررات الداعية إلى الاعتماد على هذه المسؤولية، هو اقتصار المادة 8 من القانون رقم 41-90 المحدث بموجبه المحاكم الإدارية² على الضرر لمتابعة أعمال و نشاطات أشخاص القانون العام و هذا ما يتضح في التطبيقات القضائية. إذ نجد في قرار للمجلس الأعلى (محكمة نقض حاليا) تحت عدد 70 في الملف الإداري رقم 99/4/1087 بتاريخ 2001/01/18 أكد على حق التقاضي و طلب التعويض عند إثبات الضرر مرتكزا على التعليل الآتي "على أن كل نشاطات الدولة و الإدارات العمومية التي تسبب في الإضرار بمصالح الغير، ترتب الحق في إطار الفصل 8 من قانون 41-90 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف بتاريخ 1993/09/10 المتعلق بإحداث المحاكم الإدارية و ذلك سواء كان الأمر يتعلق بنشاط إيجابي أو سلبي، مادي أو قانوني، و أن عنصر حسن النية

¹ حكم رقم 03/15 في الملف عدد 00/105 ت منشور بمجلة الملف، العدد العاشر أبريل 2007، ص: 266.

² تنص الفقرة الأولى من المادة 8: تختص المحاكم الإدارية، مع مراعاة أحكام المادتين 9 و 11 من هذا القانون، بالبث ابتدائيا في طلبات إلغاء قرارات السلطات الإدارية بسبب تجاوز السلطة و في النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية و دعاوي التعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال و نشاطات أشخاص القانون العام، ما عدا الأضرار التي تسببها في الطريق العام مركبات أي كان نوعها يملكها شخص من أشخاص القانون العام.

على فرض ثبوته في النشاط الممارس لا يحول دون مقاضاة الإدارة في هذا الإطار، ما دام الأمر يتعلق بنشاط من نشاطات أشخاص القانون العام¹.

فالاتجاه القضائي هنا تبني مسألة تحول عبء الإثبات، و ذلك بإعفاء المريض من إثبات الخطأ المحدث للضرر أو المدعي من سلبات البحث عن الإثبات، فمسؤولية الإدارة هنا مفترضة، و عليه هي التي عليها إثبات عدم ارتكابها لأي خطأ.

و هذا ما أكدته صراحة الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط الذي اعتبر بأن وقوع الضرر عند تواجد الضحية بالمرفق كاف لإثبات العلاقة السببية و تقرير التعويض للمتضرر، حيث جاء فيه "و مما لا نزاع فيه أن الولادة كانت بمستشفى عام هو مستشفى الولادة بالرباط تحت عدد 8046 بتاريخ 1994، و حيث إن المريض الذي يقبل العلاج بالمستشفيات العامة يخضع في علاقته معها لقواعد القانون العام، و من بينها النظم الخاصة بتسيير المرافق العامة، و تطبق عليه القواعد العامة في المسؤولية عن الأضرار التي تصيبه من نشاط مرفق الطب"².

و عليه تجدر الإشارة إلى أن هذا التوجه القضائي قد لقي انتقادات عديدة، من ضمنها التكاليف المالية التي يجب على المؤسسات الاستشفائية تحملها و عدم الأخذ بعين الاعتبار صعوبات تسيير مرفق الصحة العمومية، مما جعل القضاء يغير موقفه بفرض شرط الخطأ لإقرار مسؤولية الإدارة، إلا أنه ما يمكن استنتاجه هنا هو غياب استقرار للاتجاه القضائي، فتارة يأخذ بفكرة المسؤولية على أساس المخاطر و تارة أخرى بفكرة الخطأ. و هذا الاختلاف في الاتجاه القضائي يرجع إلى أن القضاء له الصلاحية في تكييف كل قضية حسب ظروف و ملابسات أنشطة المرافق الصحية العامة، و عليه فقضية المرفق مسؤولية مبنية على شرط الخطأ، و قضية أخرى يسأل المرفق على أساس المخاطر، لكن الأساسي هنا هو احترام القاضي للتعليل الذي يمنحه لكل قضية، مادامت محكمة أعلى درجة تراقب الأسباب التي اعتمد عليها في إصدار الحكم لكل نازلة.

¹ قرار غير منشور، أشار إليه خالد علامي: "مسؤولية المرفق العام الطبي بالمغرب دراسة في النصوص القانونية و الاجتهادات القضائية و الفقهية"، دار الأفق المغربية للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى 2019، ص: 146.

² حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 565 الصادر بتاريخ 17-04-2006، في الملف رقم 04-07-251، أشار إليه خالد علامي: "مسؤولية المرفق العام الطبي بالمغرب - دراسة في النصوص القانونية و الاجتهادات القضائية و الفقهية"، مرجع سابق، ص: 98.

أما على مستوى القضاء الفرنسي فقد قضت محكمة الاستئناف باريس في 11 ماي 1995م، بتعويض للطفل نتيجة خطأ الطبيب، المتمثل في إهماله في طلب فحص للأجسام المضادة ومما ضيع على الطفل فرصة العلاج وفرصة التجنب على الأقل من الإعاقة، وعلى العكس رفض القضاء الإداري الحكم بالتعويض للطفل، كون سبب الإعاقة مرض وراثي¹. وهذا ما أيده مجلس الدولة الفرنسي "conseil d'Etat"، في 14 فبراير 1997، فبعد أن قضت محكمة استئناف ليون بالتعويض للطفل، رفض مجلس الدولة ذلك، تأسيساً على أن الإعاقة، إنما ترجع إلى الذمة الجينية للطفل، وليس إلى خطأ الطبيب مؤكداً أن الحياة في ذاتها ليست ضرراً².

ونرى أنه رغم رفض مجلس الدولة لدعوى تعويض الطفل، إلا أنه إذا قابلنا بين محكمة النقض و مجلس الدولة نجد أن النتيجة واحدة لأن مجلس الدولة، إنما قضى للوالدين بتعويض قدره 5000 فرنك شهرياً، مدى حياة الطفل، فقد يفهم منه أن مجلس الدولة قد قضى بتعويض للطفل ولكن بطريق غير مباشرة.

وفي حكم هام للمحكمة الإدارية "Nantes" بتاريخ 04/06/2010، قضت المحكمة بتعويض للوالدين والطفل ضد مركز طبي، لخطأ أثناء الولادة يتسبب في ولادة طفل معوق، ولم تشترط المحكمة أن يكون الخطأ جسيماً، ولكنها اكتفت بوجود الخطأ ولو كان بسيطاً، كما أنه ليس شرطاً أن يكون العمل الطبي، مصدراً للخطأ المسبب للضرر، ولكن قد يكون غياب هذا العمل الطبي في ذاته مكوناً لخطأ بسبب الضرر³.

وما ذهبت إليه المحكمة من الاكتفاء بالخطأ البسيط- يندرج تحت التوجه والمسلك المتطور الذي اعتنقه مجلس الدولة في عام 1992م⁴، كما أنه يتطابق مع التوجه الذي قرره

¹ Cour administrative d'appel de Paris, 3e chambre, du 11 mai 1995, vu internet : <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007430972>. 2019/05/19 15h36min.

² Conseil d'Etat, Section, du 14 février 1997, 133238. Vu internet : <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007967547/>. 2019/05/19 14h03min.

³ Cour Administrative d'Appel de Nantes, 4ème chambre, 04/06/2010, 09NT00673 vu internet : <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000022749399>. 2019/05/20 9h23min.

- و يلاحظ أن هذا الحكم قد صدر بعد صدور قانون مارس 2001م بشأن حقوق المرضى، مما يعني أن القضاء مازال مستمراً في هذا الاتجاه رغم القانون.

⁴ 10 avril 1992. Actualité juridique, droit administratif 1992. P: 355.

القانون الصادر في 4 مارس 2002م، والذي يقرر المسؤولية المدنية بناء على الخطأ البسيط.

و الخطأ الذي أسست عليه المحكمة حكمها، هو غياب المعلومات عن الأخطار التي قد يتعرض لها الطفل في حالة الولادة¹.

الطبيب إذا لم يحترم التزامه بإعطاء معلومات، مما جعل من الصعب على الأم منع الطفل، من المخاطر ترتبت على الولادة.

ونشير أخيرا إلى أن المحكمة قد قضت لكل واحد من الوالدين بمبلغ 12500 أورو، و 27000 أورو كراتب سنوي للطفل حتى سن 18 سنة، عن الآلام والاضطرابات في أساليب الحياة بسبب ميلاد طفل معوق.

الفقرة الثالثة: موقف الفقه

طبقا لقواعد المسؤولية، يجوز الحكم بتعويض للمضرور، إذا أثبت خطأ بسبب الضرر الذي أصابه، أي لا مسؤولية بدون توافر الخطأ والضرر.

ويتفق الفقه كما هو حال القضاء على أن الطبيب يسأل عن أخطائه متى كانت سببا مباشراً للإعاقة التي ولد بها الطفل، بمعنى آخر إذا ارتكب الطبيب خطأ أثناء تدخله العلاجي أو الجراحي على الجنين، فأصابه ذلك بعاهة أو بمرض خطير فإنه يسأل عن التعويض، لكن الفقه الفرنسي قد اختلف حول ما إذا كانت الإعاقة نتيجة مباشرة لمرض وراثي أو جيني انتقل إلى الطفل من أحد والديه ولم يكشف عنه الطبيب للأم أثناء الحمل حتى يمكنها اتخاذ القرار بالإجهاض من عدمه.

ويمكن حصر آراء الفقه وتعليقاته على حكم محكمة النقض المعروف بحكم "perruche" في وجهتي نظر، البعض يؤيد حق الطفل في التعويض و البعض الآخر يرفض.

و قبل أن نستعرض تعليقات وآراء الفقه الفرنسي، على حكم محكمة النقض الشهير، والمعروف بحكم "perruche" يجب أن نشير إلى أن محكمة النقض قد اعتمدت في

¹ وقد أصيب الطفل بشلل رباعي مع نقص في الأكسجين، " Atteint d'une tétraplégie avec anoxie ".

قضائها، على تقرير المستشار "p. sargos"¹ - مستشار بالمحكمة آنذاك- ولم تثبت وجهة نظر المحامي العام "sainte rose" رغم أهمية ما جاء فيها، هذا من ناحية. و من ناحية أخرى، فإن الفقه سواء أكان مؤيدا أم معارضا قد اعتمد بصفة أصلية، على ما جاء في التقريرين المقدمين من المستشار "p.sargos" والمحامي "sainte rose"، ولأهمية ما جاء بهما فضل التعرض بإيجاز لوجهتي النظر، ثم نستعرض بعد ذلك آراء الفقه الفرنسي معارضا كان أم مؤيدا.

1- وجهة نظر المستشار "p.sargos"² :

يشير المستشار p. sargos بعد أن استعرض الوقائع والإجراءات وأسباب الطعن وحالة القضاء السابقة إلى أن تعويض الوالدين وعدم تعويض الطفل، ليس مرضيا لبعض الفقه والذين نبهوا إلى ذلك. بعض هؤلاء رأى أن رفض تعويض الطفل غير مبرر، لأن تعويض الوالدين إنما يؤسس على نفس الخطأ الذي يتمسك به الابن فالخطأ واحد، وانتقد البعض الآخر حكم مجلس الدولة الشهير، الذي قضى بالتعويض للوالدين فقط، ومن بين ذلك 5000 فرنك شهريا مدى حياة الابن، فهم يرون أن مجلس الدولة إنما بذلك قد قضى بتعويض للطفل، ولكن بطريق التحايل و يسأل البعض الآخر عن تفسير لما يقال من أن ميلاد طفل معوق يسبب ضررا للوالدين ولا يسبب ضررا للطفل نفسه. ثم يضيف أنه من الصعب تبني فكرة أن هناك ضررا مرتدا للوالدين، إذا لم يكن هناك ضررا مباشرا بالنسبة للطفل.

وينبه إلى أن عدم قبول دعوى "wrongful life" في إنجلترا إنما يرجع إلى أن قانون 1976 "congenital disability" كان يمنع دعوى الطفل وكذلك الحال في الولايات المتحدة، وليس هذا هو موقف القضاء، فالقضاء الأعلى- الذي يماثل محكمة النقض

¹ Pierre Sargos: président de chambre à la cour de cassation et président du conseil d'administration du fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante.

² موقع محكمة النقض الفرنسية :

-<http://www.courdecassation.fr/agende/arrets/99-13701/rap.htm.j.c.p.> N 50. 13dec 2000. P: 2293 et 302-11- N 10438. Vu 2019/05/06, 13h08min.

الفرنسية- لم يقطع في المسألة لا بالرفض ولا بالقبول أما القضاء الأدنى،- خاصة في الولايات المتحدة - فقد قبل بعضها دعوى الطفل، وهذا هو موقف المحكمة الدستورية الفيدرالية بألمانيا، في حكم لها في 12 نونبر 1997.

ويضيف أن الجمعية العمومية لمحكمة النقض بين اختياريين إما أن ترفض على أساس مبدأ "احترام شخص الإنسان" كل تعويض للطفل، أو تقبل- وباسم المبدأ نفسه- تعويضه، ولكن فقط بالنسبة للأضرار الناتجة عن الإعاقة.

2- وجهة نظر المحامي "sainte rose"¹:

في تقديمه، يبدأ بوضع سؤال هل يستطيع طفل معوق- لسبب وراثي أو أجنبي- أن يتضرر من أنه ولد معوقاً بدلاً من أن لا يولد؟.

Un enfant atteint d'un handicap congénital ou d'ordre génétique peut il se plaider d'être né infirme au lieu de n'être pas né ?

- ويشير إلى أنه بسبب التقدم العلمي في مجال علم الوراثة والجينات، ترتب عليها وجود حالات للمسؤولية الطبية، وضعت القانونيين أمام اختيارات صعبة.

- و يتكلم بعد ذلك عن الفرق بين دعويين، دعوى الوالدين وتهدف إلى تعويض الأضرار التي أصابتهم، والتي تسمى في المصطلحات الأمريكية "wrongful birth" والثانية دعوى الطفل والتي ترفع باسمه ولحسابه، وتسمى بـ "wrongful life" و تهدف إلى تعويض الطفل عن الحياة المنتقصة "la vie diminuée".

- ثم تعرض للروابط القانونية بين الأطباء ومرضاهم، والتي تختلف حسب ما إذا كانت الولادة قد تمت في مستشفى عام أو عيادة خاصة، فالعلاقة تنظيمية في الأولى وعقدية في الثانية، والقضاء بنوعيه العادي والإداري يتمسك بالشروط التقليدية للمسؤولية.

- ثم استعرض الوقائع والإجراءات ثم أسباب الطعن، وحالة القضاء السابق والمتعرض، أمام دعوى الحياة الضارة "d'action de vie préjudiciable"، سواء أمام القضاء العادي أو الإداري.

¹ - sur internet : -<http://www.courdecassation.fr/agende/arrets/99-13701/rap.htm>..J.C.P. N 50. 13dec 2000. P: 2293 et 302-11- N 10438. Vu 2019/05/10, 16h33min.

- تعرض بعد ذلك لأركان المسؤولية، وهو يعترف بأن من حق الأم الحصول على المعلومات الكافية، عن حالتها وحالة الطفل الذي تحمله، إلا أنه يرى أن إخلال الطبيب بهذا الالتزام لم يضر غير الأم أو كلا الوالدين، ومن ثم فهو لا يصلح كأساس لدعوى الطفل.

Tout fois, le manquement du médecin à son devoir d'information ne lèse que la mère ou les parents qui ont été faussement rassurés quant à l'absence de risque de handicap, ce dont ils souffrent personnellement. Cette faute ne peut donc servir de fondement à l'action de l'enfant.

- ثم يؤكد على أنه لا توجد علاقة سببية بين الخطأ والإعاقة حتى لو أخذنا بالتعريف الواسع للعلاقة السببية، وهذا ما استندت إليه محكمة استئناف باريس عندما رفضت دعوى تعويض الطفل وكذلك مجلس الدولة، في حكمه الصادر في 14 فبراير 1997م، فالإعاقة تعزى إلى الطبيعة الجينية للطفل.

- و عن وجهة النظر التي تقول أن الخطأ يعتبر سببا للأضرار إذا كان بدونه يمكن تفاديها، فإن هذا معناه- حسب وجهة نظره- أنه بدون الخطأ ما أتى الطفل إلى الحياة، فكيف يمكن تجنب الضرر إلا بالقضاء على المريض؟

Comment éviter le dommage si ce n'est en supprimant le malade ?

- أيضا فإن هذا معناه فرض التزام بنتيجة على الطبيب، ومعناه أيضا ضمان الأطباء لطفل سليم "un enfant en bonne santé".

- ويضيف القول بأن الأم كانت ستجهض نفسها -لو علمت أن الجنين معوق- قول غير مؤكد، فحتى لو أعلنت عن رغبتها في الإجهاض، فإنها قد ترجع عن قرارها في آخر لحظة، كما أن محكمة النقض قد وقعت في خلط بين سبب الإعاقة "cause du handicap" وهو الحصبة الألمانية، وسبب الميلاد "la cause de la naissance" الذي ساهم فيه أخطاء الأطباء، حيث منعت هذه الأخطاء الأم من اتخاذ قرارها بالإجهاض، ومن

ثم فإن التعويض عن الإعاقة والتي لا ترتبط بعلاقة سببية مع الأخطاء الطبية ألا يكون -في الحقيقة- تعويضاً عن ميلاد الطفل وحياته؟

- ويخلص إلى أن الضرر الذي أصاب الطفل ما هو إلا ضرر الحياة "le fait d'être en vie" مما يعني عدم مشروعية المصلحة التي تؤسس عليها دعوى الطفل، فالحياة ولو كانت منقوصة "diminué" بسبب عاهة بدنية أو عقلية أفضل من عدم الحياة، لكن متى نحكم بأن الإعاقة تجعل الحياة بنيسة؟

- إن مسألة أن يعيش الطفل حياة سعيدة أو تعيسة ليست إلا مسألة شخصية، ولا يجب عنها إلا الطفل نفسه، كما أننا نقابل أطفالاً معوقين، سعداء بالحياة، بينما يوجد أشخاص كاملي الصحة يعانون من الحياة التعيسة.

- أما القول بأن ضرر الوالدين يفترض ضرر الطفل، فإنه إذا كان الوالدان قد أصيبا بضرر خاص بهما، ناتج عن أخطاء طبية تتمثل في حرمانهما من اتخاذ قرار بالإجهاض أو الاستمرار في الحمل، ومن ثم يعوضا عن الأضرار المعنوية والمادية، فإن طبيعة ضرر الطفل "نيكولا"، وكما خلصت إليه محكمة "أورليان orléans" - وإن كان تحليلها لم يلتفت إليه الطعن - وهو معه، أنه لم يكن من الممكن علاج الطفل في الرحم، وأنه لم يكن هناك من فرصة، إلا أن يولد الطفل معوقاً أو لا يولد، كما أن منع ولادته ومجيئه للحياة كان بين يدي والدته.

- الضرر إذا يتمثل في أن الطفل ولد، بدلاً من أن يموت "celui-ci est né ou lieu d'être mort" وباختصار الضرر هو "الحياة"، وغياب الضرر هو "الموت"، والموت أصبح له قيمة أفضل من قيمة الحياة، ألا يعد هذا تحريفاً لفكرة الضرر؟

Bref, le dommage c'est la vie et l'absence de dommage c'est la mort, la mort devient ainsi une valeur préférable à la vie, n'y a-t-il pas là une perversion du concept de dommage ?

أليست الحياة مهما كانت تعيسة، أفضل من العدم؟

La vie même malheureuse n'est-elle par toujours préférable au néant ?

ويقول أيضا أن الطفل قد وجد في حالة الضرر، و مع ذلك لم يكن ضحية فعل ضار يعزى أو ينسب إلى شخص معين، وليس فعل الطبيعة هو فعل الإنسان.

Si l'enfant se trouve dans un état dommageable, Il n'a pas été pour autant victime d'un acte dommageable, le fait de la nature n'est pas le fait de l'homme.

و ينتهي بالقول إلى أن الضرر غير قابل للتعويض قانوناً.

و بعد أن انتهينا مما سبق نستعرض آراء الفقه الفرنسي، سواء أكان معارضاً أم مؤيداً، لحكم محكمة النقض.

أولاً: معارضو الحق في التعويض

1- يذهب المعارضون إلى أن الثابت أن القضاء قد قضى بالتعويض للجنين، دون أن تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ الطبي والضرر –الإعاقة- مما يعني أن القضاء قد قضى بالتعويض عن ضرر الحياة في ذاتها، أي أن حياة الطفل المعوق في ذاتها، تعتبر ضرراً يستوجب التعويض، وهذا يجعل هناك حياة أفضل من حياة أخرى، رغم أن الحياة ولو كانت تعسة، فهي أفضل في كل الأحوال من الموت، فكيف تكون واقعة الحياة في ذاتها ضرراً قابلاً للتعويض قانوناً؟

2- إن كان القضاء قد حكم بالتعويض للطفل، رغم أن سبب الإعاقة هو المرض الوراثي –الحصبة الألمانية- وليس خطأ الطبيب المتمثل في عدم الوفاء بالالتزام بإعطاء معلومات للوالدين – يجعلهما يتخذا قراراً بإجهاض الطفل- فهو إذا يؤسس التعويض على خطأ وضرر، و أن يكون مباشراً، أي نتيجة مباشرة لخطأ الطبيب، المتمثل في عدم إعطاء المعلومات الكافية، ولكنها على العكس، نتيجة مباشرة لإصابة الأم بالحصبة الألمانية، فالمرض انتقل من الأم إلى الجنين، فكان ذلك هو سبب الإعاقة التي ولد بها الطفل –فإن الحكم بالتعويض على الطبيب، رغم أن الخطأ ليس سبباً للضرر، إنما يتعارض مع قواعد المسؤولية المدنية.

Le handicap n'est pas la conséquence de la faute médicale...
c'est la survie de l'enfant avec le handicap, préexistant à cette faute
qui constitue le dommage sur le quel on plaide.

- يضاف إلى ذلك، أن الطبيب والمعمل لم ينقلا الحصة إلى الأم، فهما لم يتدخلا
إلا بعد بداية الحمل... ولم يكن بمقدورهما منعه.

3- أن العقد الطبي، إنما هو اتفاق بين الطبيب والأم، وليس الجنين طرفاً فيه،
فكيف يقال أن الطبيب يتحمل بالتزام في مواجهة الجنين، بأن يسهل إجهاضه، وذلك بإعطاء
والدته المعلومات الضرورية والكافية عن حقيقة المرض الوراثي الذي انتقل إليه... ألا يبدو
ذلك غريباً؟

Il peut être grotesque de dire qu'un médecin est soumis à l'égard
du fœtus à une obligation de faciliter son avortement en procurant
l'information nécessaire à sa mère¹.

و الصحيح أن الطبيب ملتزم بذلك في مواجهة الوالدين، فإذا قصر فهو مرتكب لخطأ،
فإذا أصيب الوالدان بضرر، كان الضرر قابلاً للتعويض.

4- إن كانت محكمة النقض الفرنسية قد قضت بتعويض للطفل، فليس هذا هو
مسلك القضاء الأدنى - قضاء الموضوع- حيث يوجد محاكم كثيرة رفضت الحكم بالتعويض
للطفل، تأسيساً على عدم وجود رابطة سببية بين الخطأ الطبي والضرر، فضرر الطفل ما هو
إلا نتيجة للعدوى، وليس نتيجة لإهمال الطبيب².

5- من الصعب -كما يقول أنصار هذا الرأي- تقييم التعويض في هذه الحالة، وهو
في غالب الأحيان سيكون ضرباً من التخمين لا يقوم على أسس قانونية وقد يستمر إلى نهاية
الحياة³.

¹ Basil MARKESINIS : réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir l'arrêt perruche,
Revue trimestrielle de droit civil, 2001, p : 77 et s.

² راجع حكم محكمة استئناف باريس 1993، أريان 1999، مجلس الدولة 1997.

³ basil MARKESINIS : op.cit. P: 78.

La détermination du préjudice qui résulte de la naissance d'un enfant est un « exercice prophétique ».

ويرى البعض، أنه إذا كان خطأ الطبيب –الذي يؤسس عليه الحكم بالتعويض- سواء تمثل في أنه لم يطلب تحليلاً آخر للتأكد من وجود المرض من عدمه، أو أنه لم يقدّم بواجب العناية والرعاية التي تنتظرها الأم، أو أنه لم يوفّ بواجبه بإعطاء معلومات كافية، فإنه يمكن الرد على ذلك بما يأتي:

• فيما يتعلق بواجب الرعاية، فإن الإخلال بهذا الواجب يعتبر خطأ بكل تأكيد، ولكن في الحالة التي يكون بمقدور الطبيب –حسب قواعد الطب- إزالة الآثار الضارة المترتبة على الحصبة الألمانية، أما إذا كانت الوسائل العلاجية المتاحة، لا تجدي في مثل هذه الحالة، فلا ينسب إليه خطأ، ولا يقال أن الطبيب ضيع فرصة على الطفل، لأن الفرصة لم تكن موجودة أصلاً لكي يقال أنه فقدوها¹.

• فيما يتعلق بغياب المعلومات، فإن هذه المعلومات تتعلق بالدرجة الأولى بالإجهاض، وإذا كان الطبيب ينسب إليه خطأ في هذا المجال فإنه لا يكون مخطئاً، إلا إذا ترتب على ذلك اعتداء على حق الغير، كأن يترتب على إعطاء إحدى المعلومات الآتية:

أ- إمكانية علاج الجنين المريض.
ب- إمكانية معالجة الأم، إذا كان هذا ضرورياً وممكناً لتفادي المخاطر بالنسبة للجنين.

ت- القيام بعملية إجهاض للطفل المريض.
وإذا رجعنا إلى الواقعة التي نحن بصددّها، فإننا نجد أن الإخلال بالالتزام بإعطاء معلومات، لم يترتب عليه إلا حرمان الأم من إجراء الإجهاض للطفل المريض، فهل الأم صاحبة حق في الإجهاض؟

يذهب هذا الرأي، إلى أن الحديث عن حق الإجهاض ليس دقيقاً، لأن الإجهاض معناه إزالة كائن بشري، فهل يشجع المشرع على القتل؟ إنها مجرد رخصة، لأن قانون 1975 لم

¹ G. MEMETEAU : op.cit, P : 2275.

يتكلم عن حق الإجهاض ولكن تكلم عن أسباب أو وقائع تبرر الإجهاض فالإجهاض في ذاته ما زال في نظر المشرع محرماً، ولكن سمح و في هذه الحالات محددة¹.

إن نقص المعلومات قد ترتب عليه أن الأم عاشت على تأكيد صوري وغير حقيقي بخلوها من أمراض، مما جعلها لا تتخذ قراراً بالإجهاض، ونظراً لأن ميلاد طفل معوق، سترتب عليه أضرار، فإن الأم لها الحق في التعويض، وهي هنا صاحبة الحق، دون الطفل المعوق، ولا يجوز الخلط بين حق الطفل وحق الأم، أما القول بأن الوالدين قد أعلنوا عن إرادتهما بقبول الإجهاض في حالة الإصابة بالمرض، وأن غياب المعلومات قد حرّمها من ذلك، فليس شيئاً مؤكداً كما أن القول بذلك، يعني الخلط بين الإجهاض الإرادي للحالة النفسية للمرأة "IVG" والإجهاض الطبي "IMG²" لحماية الأم أو الطفل، ففي الحالة الأخيرة، لا تكفي إرادة المرأة للإجهاض، يضاف إلى ذلك، أنه حتى بغرض أن لإرادة الأم دوراً في الإجهاض، وبغرض أنه حق لها، إلا أنه لا يمكن القول بأن الإجهاض حق للطفل يمكن الاستناد إليه.

Il ne constitue pas pour lui un droit dont il puisse se prévaloir.

كما لا يمكن أن يقال أن الطبيب يتحمل بالتزام في مواجهة الجنين بأن يسهل إجهاضه —إذا كان مريضاً أو معوقاً— وذلك بإعطاء والدته المعلومات الضرورية عن حالته.

Qu'un médecin est soumis à l'égard du fœtus à une obligation de faciliter son avortement en procurant l'information nécessaire à sa mère.

فهذا الالتزام يتحمل به الطبيب في مواجهة الأم، لا في مواجهة الجنين، لأنه يعتبر من الغير، بالنسبة للعقد المبرم بين الطبيب والأم.

كما لا يمكن الاستناد إلى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير لأن الطفل لا حق له في التعويض في هذه الحالة، فالإعاقة ما هي إلا نتيجة لمرض الحصبة، الذي تحمله الأم منذ

¹ P. Jourdan : Les principes de la responsabilité civile, RTD, 1991. P: 754.

² IMG : interruption médicale de la grossesse.

الحمل، والذي لم يكتشف عنه الطبيب المعالج. صحيح أن الطبيب قد أدخل بالتزامه بإعطاء المعلومات الكافية للأم، لكن الطفل ليس دائماً للطبيب فهي تخص الأم فقط.

و إذا كانت الأخطاء التي حدثت، شاركت في وجود طفل معوق، لكنها لم تكن الأسباب المؤدية إلى هذه الإعاقة. والقول بغير ذلك، يعني الخلط بين سبب الميلاد وسبب الإعاقة، وهو ما فعلته محكمة النقض بحكمها الذي قضى بالتعويض للطفل¹.

كما لا يمكن الاستناد إلى ضياع الفرصة، لأنه ليس من فرصة أمام الطفل سوى أن يولد معوقاً أو يموت، أما علاجه فغير ممكن، مما يعني أن الطفل لم يفقد فرصة العلاج، فهو بذلك لم يخسر شيئاً.

إذا ليس أماننا إلا ميلاد الطفل، فهل ميلاد الطفل أو بمعنى آخر حياته، تعتبر في ذاتها ضرراً يستوجب التعويض²، وهل يمكن القول، بأن الطفل قد ضاعت عليه فرصة في أنه لم يجهض أي يموت؟ وهل سيقول الطفل للمحكمة، لقد ضاعت علي فرصة الموت بسبب خطأ الطبيب؟³

الضرر إذا هو في النهاية "حياة"، وغياب الضرر هو "الموت" فهل يعد منطقياً القول بأن الميلاد، الذي يعطي للطفل الشخصية القانونية، ويجعله صالحاً لاكتساب الحقوق، وتحمل الالتزامات، هو نفسه مصدر الضرر⁴. قبول هذا المنطق معناه أن الطفل يستطيع أن يقول، أن له الحق في حياة عادية وطبيعية لها صفة الحياة، ولأن حياته معوقة أي ليست طبيعية، فإن من حقه المطالبة بتعويض ممن تسبب في تركه يولّد⁵.

وفي واقعة تتلخص في فشل الجراح في إتمام عملية إجهاض، بناء على رغبة الأم، مما أدى استمرار الحمل، ووضعت الأم طفلاً، فطالبت بتعويض الضرر الذي أصابها، والمتمثل في النتائج المترتبة على وضع طفل غير مرغوب فيه والذي يرجع إلى خطأ الطبيب، والذي لم يتحقق من أن الجنين ما زال حياً.

¹ G , Memteau : op.cit, p : 2278.

² F. chabas : op.cit, p: 2294.

³ P. jourdan : op cit, p: 754.

⁴ P, jourdain : op.cit, P: 624.

⁵ Charlotte Saily : res.med, op.cit, p: 75.

رفضت محكمة استئناف De Riom في 2 يوليو 1989م دعوى الأم، لعدم ثبوت الضرر بنوعيه المادي والأدبي، فالأم لم يثبت أن ضرراً مادياً أصابها كما أنها تستطيع أن تتنازل قانوناً عن طفلها، كما أن ميلاد طفل لا يشكل عبئاً، بل العكس، يفترض أنه يعتبر حدثاً سعيداً للوالدين.

- وأيدت المحكمة العليا هذا المسلك، وأكدت أن وجود طفل لا يكفي بمفرده، للقول بالضرر القابل للتعويض بالنسبة للأم، حتى ولو جاء الطفل بعد تدخل جراحي فاشل، بقصد إنزاله، ولكن لا بد من وجود ضرر خاص، والذي يضاف إلى الأعباء العادية للأمومة. ويخلص هذا الرأي إلى أن قبول دعوى التعويض عن ضرر الحياة معناه أنه من الأفضل، ألا يولد الإنسان، بدلاً من أن يولد معوقاً.

لكن ماذا يقصد بدعوى ضرر الحياة أو دعوى الحياة الضارة؟
نشير أولاً، إلى أن هذه الدعوى، عرفها القضاء في أمريكا و إنجلترا، و تسمى بدعوى "wrongful life"، و تقابل بالفرنسية "L'action de vie préjudiciable".
و يرى البعض أن الإعاقة التي ولد بها الطفل، جعلت حياته في حد ذاتها ضرراً و من تم فإن غياب خطأ المدعى عليه كان سيمنع إنجابه.

وهذا معناه أن من حق الطفل، أن يكون له حياة طبيعية لها صفة الحياة "qualité de vie"، فإذا لم تكن الحياة كذلك -بسبب الإعاقة الجسيمة- فمن حقه رفع دعوى تعويض على من تسبب في تركه يولد.

بمعنى آخر فالطفل يؤسس دعواه هنا، على أن الأفضل أن لا يولد من أن يولد معوقاً إعاقة خطيرة، تجعل حياته تعسة وبائسة وذلك لأن الحياة لا تكون طبيعية إلا إذا استجمعت بعض الصفات، فمن زواية فردية، فإن ما يتمناه كل فرد منا، ليس مجرد الحياة، ولكن الحياة السعيدة ولا تكون الحياة كذلك، إلا إذا كان الإنسان متمتعاً بالصحة والحب والنجاح والراحة، وباختصار السعادة فإذا أفقدت الحياة هذه الصفات، فإنهما لن تكون حياة رحيمة، مما يبرر ألا تكون والذي يقرر ذلك هما الوالدين فإن علمت الأم من نتائج الفحوص، أن الجنين سوف يولد

معوقاً إعاقة جسيمة فإن من حقها وحق جنينها أن تقطع الحمل، فالأفضل ألا يولد الطفل بهذه الإعاقة الجسيمة¹.

ويرى معارضو التعويض على ذلك، بقولهم بأن دعوى ضرر الحياة أو الحياة الضارة التي ترفع باسم الطفل هي دعوى غير مقبولة من الناحية الأخلاقية، لأنه بسبب خطأ الطبيب، فالطفل حي، صحيح أنها حياة مصحوبة بالإعاقة، لكنها في كل الحالات حياة، ومما يتنافى مع الأخلاق، أن يطالب الطفل بتعويض عنها.

C'est vrai que c'est une vie handicapée, mais c'est une vie néanmoins, et c'est contre la morale que l'enfant en demande la réparation.

ولذلك فهي مرفوضة من المجلس الاستشاري الوطني للأخلاق "CCNE"، يقول أحد مفوضي مجلس الدولة²، نحن لا نعتقد أن طفل يطالب بتعويض ولو ولد مريضاً بمرض غير قابل للشفاء أو بعيب في الجينات، ما دامت المعطيات الطبية لم تصل إلى أي علاج لشفاءه، وهو في الرحم، والقول بعكس ذلك أي بالقضاء بالتعويض يعني أنه توجد حياة غير مرغوب فيها، أي يجب ألا تكون، وهذا يفرض على الأم التزاماً بأن تلجأ إلى الإجهاض".

الحياة إذاً، هي أغلى ما يملك الإنسان، فلا يتصور أن يطالب أحد بالتعويض عن الحياة في ذاتها.

و لا يمنع ذلك من القول أنه في حالة ثبوت أن الإعاقة هي النتيجة المباشرة للخطأ، وليس للطبيعة فإن ذلك يعطي الحق للطفل في المطالبة بالتعويض طبقاً لنص المادة 1382 مدني.

وإذا كانت محكمة النقض قد قبلت دعوى التعويض في حكمها بتاريخ 26 مارس 1996، فإنها بهذا، قد شرعت حقاً جديداً، هو الحق في أن لا يولد الإنسان " Droit de ne

¹ Florentin. (I) : le diagnostic préimplantatoire et le contrôle de la qualité des enfants à naître in le droit saisi par la biologie L.G.D.J. 1996, P: 109 Ets.

² N. valerie pecresse, par internet : <https://www.ccne-ethique.fr/fr/publications/fin-de-vie-autonomie-de-la-personne-volonte-de-mourir>. vu 2020/09/12, 12h36min.

"pas naitre" أو الحق في الموت المريح أو السهل قبل الميلاد "droit à l'euthanasie parentale"¹.

ويرى البعض الآخر، أن قبول محكمة النقض دعوى التعويض يعني قبول دعوى تعويض عن ضرر الحياة ذاتها وهذه الدعوى يقف أمامها صعوبتان:

- **الأولى:** عدم وجود معيار محدد، عنده يمكن القول بأن حياة ما تكون ضرراً من عدمه، لأن صفة الحياة أو الصحة، تختلف حسب الثقافة والعصر، فالأمراض وعلاجها ترتبط بقيم واحتياجات مجتمع معين، فمثلاً التأخر العقلي، قد لا يشكل مشكلة في مجتمع تقوم علاقات أفرادها على التعاون والتضامن، ولكن ليس كذلك في مجتمع فردي، تقوم علاقاته على الفردية والطموح.

- **الثانية:** صعوبة وجود إجابة عن السؤال الرئيسي في هذا الموضوع، وهو: هل تحب أن لا تولد بعاهة؟ فيجب أن يسأل الطفل وهو جنين، وهذا مستحيل، ليس أماناً إلا أن نسأله بعد ولادته، وقد يكون ذلك مستحيلاً أيضاً، بسبب العاهة التي يعاني منها، ومن ثم لن يبقى إلا الانتظار حتى نهاية حياته، لنقوم بعملية تقييم لمعرفة ما إذا كانت حياته ضرراً أم لا، وهذا أيضاً مستحيل².

ثانياً: مؤيدو الحق في التعويض

- تتعلق قضية "Perruche" بأخطاء طبية ومعملية، في تشخيص وتفسير الاختبار المتعلق بمرض الحصبة "la rubéole" مما يثير هنا، مسؤولية الطبيب والمعمل.

- وإذا كان الطبيب في مثل الحالة المعروضة، لا يضمن طفلاً كاملاً للوالدين فهو ليس ملتزماً بنتيجة، ولا يسأل إلا إذا ارتكب خطأ سبب ضرراً للجنين.

1- الخطأ الطبي:

- قد يكون خطأ فنياً و يرتكب غالباً أثناء ممارسة المهنة.
- وقد يكون بسبب مخالفة الالتزام بإعطاء معلومات –الالتزام بالإعلام.

¹ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 26 mars 1996, 94-11.791 94-14.158, Publié au bulletin. Disponible sur site: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007035163/>.

² Charlotte : op,cit, p :78; dekeuwer- defossez (f) réflexions sur les mythes fondations du droit contemporain de la famille, R.T.D,1995, p: 249 ets.

- والطبيب مطالب كقاعدة عامة، ببذل العناية الواجبة، وفقاً لأصول مهنته، فعليه أن يبذل كل ما في وسعه من أجل العناية بالمريض، فإذا قصر كان مسؤولاً، والمعيار هو الطبيب في نفس التخصص مع الأخذ في الاعتبار درجة المعرفة العلمية، ففي حالة الإجهاض، إذا ارتكب الطبيب خطأ مهنيًا عند إجراء العملية، كأن يستعمل وسيلة معروفة أن لها مخاطرها، أو لم يتخذ الضمانات العلمية، والتي من خلالها يمكن تفادي المخاطر، فإنه يكون في الحالتين مسؤولاً.

- أما إذا أدى الطبيب عمله، طبقاً لقواعد مهنته، لكنه قصر في إعطاء المعلومات الضرورية، لوضع المريض في حالة المعرفة بحالته، والمخاطر التي قد تحدث بسبب إجراء عملية الإجهاض، أو المعلومات التي تتعلق بالجنين، خاصة تلك التي تتعلق بالأمراض الوراثية، حتى يتمكن الوالدان من اتخاذ قرار الاستمرار في الحمل أو الإجهاض، فإن التزامه هنا التزام بنتيجة، ولا يعفى إلا في حالة الاستعجال، أو حيث لا تسمح حالة المريض بإعطائه المعلومات عن حالته، لما قد يترتب على ذلك من أضرار نفسية، ومع ذلك فالطبيب مطالب بأن يبرر في هذه الحالة قراره بالكتمان، فإذا أخل الطبيب بالتزامه بإعطاء المعلومات، فإنه يكون مسؤولاً، وعلى العكس، إذا لم يقصر الطبيب في واجبه بإعطاء المعلومات خاصة المتعلقة بالجنين، وعلم الوالدان من خلال الأرقام والنسب المعطاة لهم بحالة الجنين، ومدى جسامته الإعاقة، ومع ذلك قبلوا الاستمرار في الحمل فإن الطبيب لا يسأل.

ولا يسأل الطبيب أيضاً إذا أعطى المعلومات الضرورية دون أن يقول للمريض ما يجب أن يفعله، لو كان مكانه أو القرار الذي يجب أن يتخذه أو إقناعه باتخاذ قرار ما¹، لأن التزامه هنا لا يعتبر التزاماً بنصيحة "Consiel"، ولكنه بإعطاء معلومات².

وإذا كانت الأنشطة الطبية الجديدة — خاصة تلك المتعلقة بالجينات — تفتح مجالاً واسعاً للمسؤولية الطبية، إلا أن الحكم الصادر في قضية "Perruche" لا يضع على عاتق

¹ civ 1^{re}18 janv 2000 , J.C.P 2001 M-10473, note A, Dorsner- dolivet ou la cour de cas énonce qu' un médecin n'est pas tenu de réussir à convaincre son patient du danger de l'acte médicale qu'il demande.

² loi n° 2002-303 du 4mars 2002 relative aux droits des malades et à le qualité du système de sante, français, op.cit.

الطبيب مخاطر إضافية، وحتى ولو كان من الصعب عليه – كما في الحالة التي نحن بصدددها- أن يؤكد أن الجنين، الذي سيولد، يحمل أو لا يحمل مرضاً معيناً، وحتى لو كان ما ينقله- إذا لم تتوفر الوسائل الفنية والتقنية اللازمة لتشخيص الأمراض الوراثية- مجرد احتمالات، إلا أنها تبقى مسؤولية تقليدية، تقوم على الخطأ والضرر وعلاقة السببية، والخطأ الطبي، في هذه الحالة واجب الإثبات.

وإذا رجعنا إلى قضية perruche نجد أن الخطأ الطبي واضح، فالمعمل أخذ عينة، وأعطى نتيجة أولية سلبية "négatif"، ثم أخذ عينة ثانية، وأعطى نتيجة ايجابية "positif"، وكان الطبيب في مثل هذه الحالة، ألا يتجاهل الأمر أمام عدم دقة النتائج، وكان عليه أن يطلب من الأم عمل اختبارات أخرى، أكثر دقة للحصول على نتائج مؤكدة¹.

الخطأ الطبي إذا جعل الوالدين يعتقدان على غير الحقيقة، أن الأم ليست مصابة بالحصبة الألمانية، ومن ثم لا خطورة على الجنين، ولو أن الطبيب أعطى الوالدين المعلومات الصحيحة والكافية والضرورية، لكان بإمكان الوالدين اتخاذ قرار واضح بشأن الحمل، إما الاستمرار فيه رغم المخاطر التي يتعرض لها الجنين، ويتحملا المسؤولية، وإما قطع الحمل- الإجهاض- أما وأنه لم يفعل فيكون الطبيب مسؤولاً.

وإذا كان الطبيب ملتزماً بإعطاء معلومات للأُم لتتخذ قرارها بشأن الحمل، فإن هذه المعلومات تهم أيضاً الطفل، فإذا أخل بالالتزام لا يكون مسؤولاً فقط في مواجهة الأم، ولكنه يعد مسؤولاً كذلك في مواجهة الطفل².

2- علاقة السببية بين الخطأ والضرر:

أثارت مشكلة السببية –خاصة قضية perruche- جدلاً واسعاً وتضاربت بشأنها أحكام القضاء، واختلف بشأنها الفقه، فقد رفضت محكمة استئناف "باريس" عام 1993م، "أورليان" عام 1999 الحكم بالتعويض للطفل –نيكولا- على أساس أن خطأ الطبيب يعد أجنبياً عن الضرر الذي أصابه –الإعاقة- ولأن السبب المباشر للإعاقة، إنما يكمن في المرض الوراثي المنقول إليه من الأم، وهذا الذي ذهبت إليه محكمة الاستئناف ذهب إليه

¹ fabre-Magnan : avortement et Responsabilité Médicale, op.cit. P : 297.

² Markesinis : op.cit, p,80 et p :91 ; fabre- magnan : op.cit. p :299.

مجلس الدولة، في واقعة مماثلة في 14 فبراير 1997، حيث أكد على أن العاهة التي يعاني منها الطفل إنما تعزى وترتبط بذمته الجينية، ولا توجد علاقة سببية بينها وبين الخطأ الطبي¹. فالعلاقة السببية المزعومة إذا، ليست علاقة سببية بالمعنى القانوني بين الخطأ والضرر، ولكنها رابطة بيولوجية، فالعاهة ترتبط بالذمة الجينية لا بخطأ الطبيب.

وانتفاء علاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر –الإعاقاة التي يعاني منها الطفل- في قضية « perruche » هو الذي جعل محكمة استئناف باريس، ومحكمة استئناف "أورليان" يرفضان الحكم بالتعويض للطفل "نيكولا".

وفي قضية مماثلة تتلخص وقائعها في أن الطفل « Aurelie » قد ولد بعيوب لم تتمكن الطبيبة من اكتشافها بالفحص بالسونار، و عليه تم الحكم برفض التعويض للطفل تأسيساً على أن الأخطاء التي ارتكبتها الدكتورة X ليست هي سبب العيوب التي ولد بها الطفل، وحتى ولو تمكنت من معرفة هذه العيوب في وقت مبكر، فإنه لا توجد وسيلة طبية للتخفيف منها أو معالجتها، وانتهت المحكمة إلى عدم وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر².

و يرى أنصار التعويض أن محكمة النقض قد أعطت لرابطة السببية معنى واسعاً، فهو يشمل كل ما لا يمنع الإعاقاة من أن تحدث –القول إذا بوجود أو عدم وجود علاقة سببية، يتوقف على الإجابة على السؤال الآتي:

بدون خطأ الطبيب، هل كان من الممكن تفادي الضرر؟³

- وللإجابة -وفقاً لهذا الرأي- أنه في الحالات التي يصاب فيها الجنين بعاهة خطيرة، فإن الوالدين يلجآن إلى الإجهاض من أجل تفادي وجود طفل معوق، ومن ثم فإن رابطة السببية تقوم بين الخطأ الطبي وميلاد طفل معوق، فبدون هذه الأخطاء –خطأ الطبيب والمعمل- ما ولد الطفل ولا عانى من خطورة الإعاقاة، سواء أكانت بدنية أم عقلية.

¹ markesinis, op.cit, p 66 et s.

² T.G.I aix en Provence 27 Mai 1993 cite par combau LT (N). Gas. Pal. 16 juill 1996, p, 820 ; Charlotte sailly : Op.cit, p: 94.

³ Fabre- Magnan : op.cit, p: 309.

- توجد إذا علاقة سببية بين الخطأ والضرر المتمثل في الإعاقة التي وُلد الطفل بها، فصحيح أن خطأ الطبيب لم يؤدي مباشرة إلى الإعاقة -لأن الإعاقة وراثية- إلا أنه لا بد من الأخذ في الاعتبار طبيعة الأنشطة الطبية وخصوصياتها كما أننا أمام نظريتين في السببية، نظرية تعادل الأسباب ونظرية السبب المنتج، ولا يتطلب القانون الفرنسي أن يثبت الضرر، أن الخطأ الطبي هو السبب المنتج والفعال للضرر، بل يكفي أن يكون الخطأ الطبي واحدا من الأسباب التي جعلت من الممكن حصول الضرر أو عدم استبعاده فطلب التعويض إذاً يستند إلى نظرية تعادل الأسباب¹.

- و طبقا لحكم محكمة النقض فإن أخطاء الطبيب والمعمل هي التي منعت المرأة من ممارسة اختيارها في الإجهاض من أجل تفادي ميلاد طفل معوق، مما يجعل من حق هذا الأخير طلب التعويض. ويتطلب ذلك أن تثبت الأم أنه بدون خطأ الطبيب - أي في حالة علمها بحالتها على الوجه الصحيح - كانت ستلجأ إلى الإجهاض.

- ولا يكون ذلك إلا إذا ثبت أن الأم كانت ستجهض فعلا إذا اختارت ذلك، ويتطلب ذلك توافر الشروط اللازمة لمثل حالتها، وفي حالتها هذه لا بد من أن يثبت أن الطفل بحالة خطيرة لا يمكن علاجها في وقت التشخيص².

- إن المسألة تقديرية ومحل خلاف، فهل يشكل خطورة تبيح الإجهاض أن يولد الطفل بدون ذراع أو رجل أو يد فقط؟ خاصة وأن القانون قد أعطى للمرأة الحق في الإجهاض، إذا كانت الإعاقة التي من المحتمل أن تولد مع الطفل، تزيد عن حد معين من الخطورة³.

- ويستند البعض الآخر، إلى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير، للقول بوجود علاقة سببية، فالطبيب ملتزم بإعطاء المعلومات بمقتضى العقد الطبي، وعدم تنفيذه لهذا يجعله مسؤولا في مواجهة الأم، لأنه حرّمها من ممارسة حقها في الإجهاض.

¹ P. Jourdain : le préjudice résultat de la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, R.T.D, civ 1996, p : 624.

² Art : L, 2213-1. Code de la santé publique.

³ Fabre – Magnan : op.cit. p: 311 Et s.

- ونفس الشيء فالمسؤولية قائمة بالنسبة للطفل على اعتبار أن هذا الأخير دائن كأمه بالالتزام بإعطاء المعلومات التي تخص حالته، مما يجعل من حقه التمسك بالأخطاء التي ارتكبها الطبيب والمعمل.

- و يرى البعض أن رابطة السببية موجودة ومؤكدة بين الخطأ والضرر الذي أصاب الطفل لأنه لولا الأخطاء التي ارتكبها الطبيب لأمكن تفادي النتائج الضارة.

- ومع ذلك فإنه في حالة التشكيك في وجود رابطة السببية بين الخطأ الطبي والضرر الذي أصاب الطفل، أو في حالة عدم اليقين، فإنه يمكن الاستناد إلى فوات الفرصة، أي فوات فرصة الطفل في أن يتخذ والديه قراراً بالإجهاض، يمنع وجوده في هذه الحياة بالآلام التي يعانيتها.

A défaut de certitude il y'aurait d'ailleurs eu place pour l'indemnisation d'une perte de chance, pour l'enfant de voir ses parents décider d'une interruption de grossesse l'empêchant de venir au monde avec de tels handicap¹.

ويرى البعض، أنه يصعب الاستناد إلى فكرة تفويت الفرصة في مجال المسؤولية الطبية، لأن الفرصة حدث احتمالي يعتمد على الصدفة، ولا ينتج تحققه عن مسلك الضحية، ويتطلب الاستناد إليها دراسات إحصائية، وهذا ليس ممكناً في حالة الالتزام بإعطاء معلومات، حيث لا يمكن معرفة ما الذي سيفعله المريض بعد معرفته بهذه المعلومات².

ومع ذلك فقد استندت بعض الأحكام في قضية مشابهة لقضية "Perruche" إلى تفويت الفرصة، وربطت بينها وبين خطأ الطبيب، وهو خطأ سلبي يتمثل في إهمال طبي متعلق بإجراء اختبارات ال "Rubéole" الذي أدى إلى ميلاد طفل إعاقته خطرة. فقد

¹ P. Jourdain : le préjudice résultat de la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, op.cit, P : 623 et 624 ; civ^{re} 16juill – 1991 J.C.F 1993-11-21947, Note A. dorner , Dolivet, gaz, pal, 1992-1- somm. 152, obs, F, Chabas.

² CF.civ, 1^{re} 2oct, 1984, bull. civ- 1. N° 245, p 245, Rt, D,C, 1985, 117. J. huet, fabre-magnan, op.cit, p : 314.

استنتجت محكمة الاستئناف، أن هناك علاقة سببية بين الامتناع الخاطئ للطبيب، وتقويت فرصة الطفل في تجنب تحمل نتائج الـ "Rubéole" الذي أصيبت به الأم لحظة الحمل¹.

« attendu, d'une part, que la cour d'appel qui a pu estimer que le médecin qui n'avait pas demandé la sérologie de la rubéole lors de l'examen prénuptial avait commis une faute professionnelle, en a exactement déduit qu'il existait un lien de causalité entre l'abstention fautive de ce médecin et la perte d'une chance pour l'enfant d'éviter de supporter les conséquences de la rubéole contracté par sa mère en début de grossesse ».

ونعتقد أنه يمكن التعويض عن فوات الفرصة في المجال الطبي، فإذا غفل الطبيب بخطأ منه، وصف الدواء للمريض كفرصة للشفاء، فإنه يلتزم بتعويض فوات فرصة المريض في الشفاء، وهذا يمكن حسابه، لا بالاعتماد على معيار شخصي، ولكن وفقاً لمعيار موضوعي، يتمثل في مدى فاعلية الدواء².

لكن ما الفرق بين تفويت الفرصة والتعرض للخطر.

إذا قيل أن شخصاً ما، قد فاتت عليه فرصة بسبب خطأ الغير، فهذا معناه أنه كان لديه فرصة قبل حدوث الخطأ، وبسبب الخطأ ضاعت عليه. وحيث إن التشخيص الأم الحامل ما هو إلا ترجمة من جانب الطبيب للدلائل و الظواهر التي يشاهدها نتيجة الفحص الطبي الأولي أو النهائي و التي يشخص من خلاله النتائج المنطقية لتحديد المرض و نوعه و علاجه. و من الجدير بالذكر أن نشير إلى مسؤولية الطبيب تتوافر بشرط أن يكون إهماله في تلك المرحلة هو الذي تترتب عليه الإصابة أو وفاة المريض أو عدم احتياطه بلفت نظر المريض إلى إجراء فحص ما³.

¹ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 16 juillet 1991, sur internet : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007026872>. Vu 2020/05/07, 23h22min.

² Fabre- Magnan : op.cit, P : 315.

³ أمير فرج يوسف: المسؤولية الطبية للأطباء و الصيادلة و المستشفيات و المنشآت الطبية و المهن الطبية المعاونة لهم و المتعلقة بعملهم من الناحية المدنية و الجنائية، الناشر دار الكتب و الدراسات العربية -الإسكندرية، طبعة أكتوبر 2017، ص: 46.

أما الشخص الذي يعرض لخطر، بسبب خطأ الغير فليست لديه فرصة محددة للحصول على ربح، ولكن بسبب خطأ الغير، فهو من الآن معرض لتحمل ضرر لم يكن معرضاً له من قبل.

الخلاف بين الحالتين إذا يكمن في طريقة حساب التعويض عن الأضرار فمقدار التعويض الناتج عن فوات الفرصة، يختلف حسب ما إذا كانت الفرصة الضائعة كبيرة أم صغيرة، أما التعويض الناتج عن التعرض لخطر، فيجب أن يكون تعويضاً كاملاً للضرر الحادث، فقط في حالة تحقق الخطر فإذا لم يقع الخطر ويوجد الضرر فلا تعويض. وهناك فرق آخر يتمثل في لحظة تحقق الضرر ففي حالة فوات فرصة، يتحقق الضرر من لحظة وقوع الخطأ، بينما في حالة التعريض للخطر فإن الضرر لا يتحقق لحظة وقوع الخطأ الذي أدى إلى التعويض للخطر، ولكن لحظة تحقق الخطر وفقط عندما يتحقق الخطر¹.

وفي الحالة التي نحن بصددنا فحيث أن الخطر كان موجوداً قبل التدخل الخاطئ من الطبيب -لأن المرأة كانت تحمل هذا المرض "la rubéole" وأدى خطأه إلى منع المرأة من إمكانية التعرف على هذه الخطورة، لكي تتحمل بكل حرية ووضوح نتائج اختيارها، فإن قبلت الاستمرار في الحمل رغم علمها، ففي هذه الحالة لا يسأل الطبيب. وعلى العكس، لما كان الطبيب قد أغفل بخطئه أن يبين للمرأة الخطورة الموجودة فإنها تستطيع أن تطالب بالتعويض، بشرط أن يكون الضرر قد تحقق. و فيما يتعلق بالطفل فإنه يستطيع ذلك أيضاً باعتباره الدائن الأصلي والأوحد للمعلومات، فالطفل كأنه تعرض لخطر بسبب خطأ الطبيب والمعمل. ويكون للطفل عندما يولد، التمسك بهذا الخطأ الذي سبب ضرراً له، متمثلاً في الإعاقة ونتائجها الخطيرة، فخطأ الطبيب إذا في مواجهة الأم هو في نفس الوقت، خطأ في مواجهة الطفل.

ولا يقال بأن الحكم بالتعويض للطفل المعوق، يتعارض مع الكرامة الإنسانية والاحترام الواجب للكائن البشري، حيث قد يفهم أنه ما كان يجب أن يولد مثل هذا الطفل

¹ Fabre- magnan : op.cit, p : 315.

المعوق- ذلك لأن الضرر ليس هو الحياة ذاتها أو إنجاب طفل، ولكن يتمثل في النتائج الضارة المترتبة على الإعاقة، والتي سيتحملها الطفل طوال حياته بما فيها من آلام وأعباء خاصة، ضغوط نفسية وموانع وحرمان وتكاليف إضافية...¹.

كما أنه ليس من العدل أن نحكم بأن ميلاد طفل معوق يمثل ضرراً للوالدين ولا يمثل ضرراً بالنسبة للطفل نفسه.

ألا يتفق والكرامة الإنسانية، وقواعد العدالة، أن نحكم بتعويض للطفل عن الأضرار الشخصية، بدلاً من أن نحكم بتعويض مبالغ فيه للوالدين، آخذين في الاعتبار الضرر الذي أصاب الطفل نفسه، أليست هذه خدعة أو حيلة صورية لا داعي لها².

كيف أيضاً يكون مقبولاً من الناحية القانونية أن نحكم بتعويض للوالدين من ضرر مرتد ولا يحكم بتعويض للطفل، عن ضرر مباشر.

أليس لكل طفل الحق في أن يولد سليماً، ويحيا حياة طبيعية، الأمر إذا لا يتعلق بكونه أتى إلى العالم، ولكن لكونه ولد معوقاً والضرر هو الآثار الناتجة عن الإعاقة، ويهدف التعويض إلى إعادة الضحية -الطفل- إلى ممارسة الحياة العادية، بإعطائه مبلغاً من المال ليساعده على ذلك، ولا يفهم من هذا أن يكون هدف التعويض إعادة الطفل إلى الحالة السابقة، على الضرر الذي أصابه لأن ذلك يبدو مستحيلاً³.

والقضاء لم يقصدوا في حكمهم التعويض عن ضرر الحياة ذاتها فلم يظهر ذلك في حكم محكمة النقض، ولكنها قضت بالتعويض بسبب النتائج الضارة المترتبة على الإعاقة.

يخلص هذا الرأي إلى أن ركن الخطأ ثابت في حق الطبيب والمعمل فيكون من حق الطفل التمسك به في مواجهتهما، عندما يبلغ سن الرشد أو ترفع دعوى ممن يمثله قانوناً وباسم الطفل بمجرد ميلاده.

¹ F. chabas, note sur cass. (l'arrêt perruche), J.C.P 2000 . N° 10438 , p : 2302.

²-أنظر حكم مجلس الدولة، والذي قضى بتعويض الوالدين، ومن بين ما حكم به مبلغ مالي 5000 فرنك تؤدي شهرياً طوال حياة الطفل (أليس هذا تعويضاً للطفل).

- Conseil d'Etat 14 Fer 1997. J.C.P. 1997-1-4025. Obs. viny, voir isabelle Moine.

³ Coralie Ambroise-Castérot : recevabilité de l'action civile d'un enfant né d'un voil, actualité juridique. Pénale, Dalloz 2011, p : 27.

و في الأخير يمكننا القول إن خطأ الطبيب في تشخيص التشوهات الخلقية للجنين و إن كان يسيرا، يرتب مسؤولية الطبيب ما دام أنه نتج عن إهمال، و ما دام أنه لا يمكن أن يصدر عن طبيب يقظ، وُجد في نفس الظروف التي وجد فيها الطبيب المسؤول عن الخطأ.

خلاصة الباب الأول

تأخذ نظرية المخاطر مكانة مهمة في نظام المسؤولية عن التشوهات الخلقية على اعتبار أن المرافق الطبية تتعرض لعدة أخطار و هي تمارس نشاطاتها و أعمالها الطبية، و عليه فهذه النظرية تقوم على عنصر الخطر أو الضرر دون اشتراط الخطأ و يطلق عليها كذلك المسؤولية بدون خطأ، إذ يكفي فيها إثبات الضرر و العلاقة السببية بين الضرر و فعل أو نشاط المرفق.

كما أن اللجوء إلى تطبيقات المسؤولية بدون خطأ عن الأضرار التشوهات الخلقية الناتجة عن الأنشطة الطبية يتم بشكل استثنائي نظرا لمحدودية النص القانوني (الفصل 79 من ق إ ع) و غياب نموذج أو نمط يتبعه القضاء المغربي لتحديد أساس تعويض ضحايا الأخطار الطبية عن التشوهات الخلقية، لكن من إيجابيات تفعيل المسؤولية بدون خطأ في مجال مساءلة المرافق الطبية هو ضمان حقوق المرتفقين الطبيين عبر إعفائهم من إثبات الخطأ المرفقي و الاقتصار على تحديد و توضيح الضرر.

و أمام التطبيق الاستثنائي للمسؤولية بدون خطأ، أحدث القضاء نظرية تسمى بنظرية تفويت الفرصة، جاءت كنظام بديل لهذه المسؤولية المرتكزة على مبدأ المخاطر، حيث القصد منها تجاوز عيوب هذا المبدأ، إلا أن للقضاء دورا في توجيه و تحديد مسؤولية المرفق الطبي و تكييفه للقضايا المثارة أمامه إما حسب النصوص التي يعتمد عليها أو بالارتكاز على تراكم العمل القضائي الذي له توجهات قد تسعف في تنوير القضاة عند بتهم في المسؤولية الطبية عن التشوهات الخلقية.

الباب الثاني: الحماية القانونية من التشوهات الخلقية والتعويض عنها

تتصاعد وتيرة التقدم الطبي باطراد يفوق قدرة النصوص التشريعية و الحلول القضائية على مواكبتها، لذا تبدو النصوص و الأحكام في الأعم تعاني النقص في مواجهة المراكز و الروابط القانونية المستحدثة، و ما يفتأ واضعوها على ملئها كل حين بالحلول القانونية المناسبة، ثم يواجهوا تساؤلات و مراكز قانونية جديدة تستحدثها التطورات الطبية. و عالم الأجنة لا يبدو بأقل شأنًا من غيره من العوالم في مدى تأثيره بالتقنيات الطبية المستحدثة إن لم يكن أكثر منها، لذا كان من المفروغ منه أن يقوم المشرعون و رجال القضاء بتفهم تلك التقنيات الطبية لكي يواجهوا مشكلاتها و مسائلها الجديدة بحلول تناسبها من حيث التقدم العلمي و التأثير، و لا يغضوا الطرف عنها.

فحماية الجنين من التشوهات الخلقية لها معنى متقدم، يمكن تلمسه من بعض التوجهات التشريعية التي تضمنت ضمان العناية الصحية و الوقائية و العلاجية للحامل و تحسين بيئة النمو و التغذية الكافية و المتوازنة لمراحل النمو و أن منع الإعاقة أفضل من علاجها بعد حدوثها¹. فضلا عن إمكانية استنتاجه بسهولة من الاهتمام الدولي بإجراء الفحوص الوراثية و بخاصة لتحديد العوامل الوراثية المؤثرة على تكامل الإنسان ابتداءً من المرحلة الجنينية له².

إن الهدف الأساسي من دراسة المسؤولية القانونية عن التشوهات الخلقية هو تحليل أساس هذه المسؤولية مع تحديد للمعايير التي يجب اعتمادها لفهم مرتكزات المسؤولية عن التشوهات الخلقية، و التي من أهمها الإخلال في التشخيص و العلاج، و من تم الخروج بأسس قانونية تحمي الجنين المشوه من خلال تفسير النص القانوني و مناقشة آراء الفقه حوله، و كذلك التطرق إلى الأحكام و القرارات القضائية من أجل تبرير أساس التعويض للضرر الواقع له.

¹ أنظر مثلاً؛ المواد 9 و 16 و 20 من قانون تصديق ميثاق حقوق الطفل العربي رقم 72 لسنة 1986 بموجب التشريع رقم 72 في 04/08/1986.

² See: Art 2-1 and 1 of Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Genetic Testing For Health Purposes, Strasbourg, 27/11/2008.

و عليه سنحاول في هذا الباب تقسيمه إلى فصلين نعالج في **(الفصل الأول)** الحماية القانونية من التشوهات الخلقية، على أن نتطرق في **(الفصل الثاني)** للتعويض عن التشوهات الخلقية.

الفصل الأول: الحماية القانونية من التشوهات الخلقية

الأصل في الناس التساوي في السلامة، فكل شخص وهبه الله عدة ميزات تكمن في حياته والقدرات التي يمنحها له جسمه، كالقدرة على التفكير والقدرة على العمل والإبداع، وهذه الميزات هي التي تعد محلاً للسلامة الجسدية.

والضرر الذي يصيب الإنسان في جسمه هو ضرر واحد في جميع الأحوال، فهو لا يختلف من شخص إلى آخر، لأن كل شخص يحرص على سلامة جسمه حرصاً على أعلى شيء في حياته، فكل فرد له مصلحة في أن يظل جسمه سليماً معافاً يؤدي وظائفه العضوية وأن يحتفظ بتكامله، ولكي يتسنى له ذلك وجب حماية هذا الجسم ضد أي اعتداء¹.

كما أن الأضرار التي تصيب الجنين في جسمه ليست على درجة واحدة، فهي تتحدد وفقاً لدرجة جسامته الفعل الضار لذلك يمكن أن يؤدي الفعل الضار إلى إصابة عضو من أعضائه وقد يصل المساس إلى درجة من الخطورة بحيث يكلف المضرور حياته.

والضرر الجسماني أيما كان نوعه ومهما كانت درجته تتولد عنه أضرار أخرى للغير وهو ما يطلق عليه بالأضرار الشخصية أو الأضرار بطريق الارتداد.

وتتزايد أهمية الحماية الجسدية من التشوهات الخلقية في القانون المعاصر والتقليل من دور الخطأ كأساس لهذه الحماية ومن أهم الأسباب التي أدت إلى ذلك انتشار الآلة والتطور الذي شهدته البشرية في المجال الطبي والصناعي والاقتصادي وهذا ما أدى إلى انقلاب على المسؤولية المدنية في صورتها التقليدية.

والحماية القانونية من الأضرار الجسمانية لا يستقر فهمها إلا إذا تمكنا من معرفة هذه الأضرار وعناصرها وطبيعة الضرر الذي يصيب الجنين والأحكام الماسة بجسده. و عليه سنحاول تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، نخصص (المبحث الأول) منه لمعالجة المقاربة القانونية لحماية حق الجنين من التشوهات الخلقية جراء استخدام التقنيات الحديثة. و لأن الأضرار الجسمانية تمتاز بطبيعة خاصة تجعل منها تختلف عن الأضرار الاقتصادية أو الأضرار التي تصيب الأموال، فإنه يتطلب منا البحث التطرق إلى أساس الحماية القانونية في سلامة الجسم (المبحث الثاني).

¹ طه عبد المولى طه: التعويض عن الأضرار الجسدية، دار الكتب القانونية مصر، 2002، ص: 68.

المبحث الأول: المقاربة القانونية لحماية حق الجنين من التشوهات

الخلقية جراء استخدام التقنيات الحديثة

يعد الجنين ثمرة من ثمرات الاتصال الجنسي - المباشر أو غير المباشر - بين الرجل والمرأة، فهو منحة و هبة عظيمة من الله تعالى التي توجب على الوالدين و الغير و الدولة الرعاية و العناية و عدم الاعتداء عليه منذ تمام الإخصاب و حتى الولادة. فوضعية الجنين لم تعد بعد كما كانت عليه من ذي قبل، إذ يمكن فصله عن أمه مع بقاءه حيا كما يمكن تخليقه خارج الرحم و إجراء التجارب العلمية عليه¹.

و حيث قد يعاني بعض الناس في بعض الأحيان من الإصابة بالعقم أو عدم الإخصاب مع عدم إمكانية معالجة ذلك تقليديا مما يدعو إلى اللجوء لاستخدام التقنيات الطبية الحديثة المساعدة على الإنجاب الممتنع طبيعيا، تأسيسا على أن العقم مرض بالمفهوم الواسع للمرض و من ثم يجوز التداوي منه بما أمكن من الوسائل المباحة، و منها تقنية التلقيح الصناعي البشري و الذي يعد طريقا لمعالجة العقم عند النساء من خلال إدخال مني زوجها أو شخص أجنبي في عضوها التناسلي بغير الاتصال الجنسي².

كما أن الثورة البيو-طبية التي شهدتها العالم في مجالات العلوم الطبية و المكتشفات التقنية ومنها بنوك النطف و الأجنة المستخدمة في تخزين نتاج الجسم البشري من حيوانات منوية و بويضات أنثوية و أجنة بهدف استخدامها في سد احتياجات الأشخاص الذين يعانون انعدام هذه المخرجات أو ضعفها لتحقيق الإنجاب الممتنع طبيعيا. وعليه فإن هذه التقنية قد جاءت لحل المشاكل الناجمة عن التلقيح الصناعي البشري الخارجي على أثر بقاء لقائح فائضة سواء أحصل الحمل أم لم يحصل، و حيث يؤدي التحريض الطبي لمبيض المرأة إلى إفراز عدد من البويضات يتم مزجها مع السائل المنوي لزوجها لمضاعفة فرص التلقيح و الإخصاب، ليقوم بعدئذ الطبيب المختص بإعادة ثلاث بويضات ملقحة إلى داخل رحم الزوجة، أو بحسب قابليته على الاستيعاب، أما اللقائح المتبقية فتجمد و تخزن بواسطة هذه

¹ مسلم عبد الرحمان: الحماية القانونية للجنين في ظل التطورات الطبية و القوانين الوضعية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراة في العلوم تخصص حقوق فرع قانون طبي، جامعة الجبالي ليايس بسيدي بلعباس -الجزائر، السنة الجامعية 2018/2019، ص: 12.

² أميرة عدلي أمير عيسى خالد: الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية، 2008، ص: 65.

البنوك حتى تعاد محاولة الحمل مرة أخرى إذا فشلت المحاولة الأولى حيث من المعلوم أن نسبة نجاح عملية التلقيح الصناعي البشري الخارجي لازالت ضئيلة و أن تحريض المبايض و استخراج البويضات عملية مرهقة جسديا و نفسيا و مكلفة ماديا، لذلك أصبح اللجوء إلى مخرجات الجسم أو اللقائح المجمدة سواء أكان ذلك بالنسبة للطبيب أم المرأة أسهل و أضمن مما يسمح بتكرار العملية متى دعت الضرورة لذلك دون عناء¹.

و من خلال ما سبق فإن الحماية المقررة للجنين أو تلك المتعلقة بحقوقه المدنية أو الحفاظ على مركزه الجنائي في ظل التطور الطبي الحاصل و لعل الفيصل في إرساء معالم تلك الحماية التي لا تكون إلا بعد البحث و التأصيل بمختلف النقاط القانونية التي تجعل من الجنين محلا لجملة من الضوابط القانونية حتى يتسنى لنا معرفة مدلول و نطاق الحقوق التي تضفي أوجه الحماية، خاصة في ظل استخدام التقنيات الحديثة و ما يمكن أن تتجم عليه من أخطاء تسبب تشوهات خلقية و عاهات، فأصبح إرساء التقنين ضروريا من خلال النص على جملة من الضوابط التي تجعل الجنين مناطا بالحماية قبل ميلاده.

و عليه ستجري دراسة هذا الموضوع في مطلبين، نخصص (المطلب الأول) لبيان الحماية القانونية للجنين في تقنية التلقيح الصناعي، و نخصص (المطلب الثاني) لحماية الجنين في استخدام تقنية بنوك النطف و الأجنة.

المطلب الأول: الحماية القانونية للجنين في تقنية التلقيح الصناعي

عرف التلقيح بغير الجماع منذ القديم، غير أنه أجري بداية على الحيوانات عند العرب، إذ كانت بعض القبائل تلقح خيولها من نطف جنسية تحصل عليها من حصان أصيل له من الصفات الممتازة غير المتوفرة في الذكور الأخرى²، و حيث يعد التلقيح الصناعي البشري من أهم الإنجازات العلمية الطبية التي توصل إليها الإنسان بعد دراسات و بحوث متواصلة مكنته من تجاوز العقم أو عدم القدرة على الإخصاب في سبيل تحقيق حلم الأزواج المحرومة من حقها في الإنجاب الذي يرتكز على قاعدة بناء الأسرة و الحق في الحياة و

¹ غسان جعفر: طفل الأنبوب و التلقيح الصناعي بين الطب و الأديان، رشاد برس للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، لبنان، سنة 2009، ص: 222.

² زياد أحمد سلامة: أطفال الأنبوب بين العلم و الشريعة، الدار العربية للعلوم لبنان، الطبعة الثانية 1418هـ/1998م، ص: 54 و 55.

المكفول في لوائح الحقوق الدولية¹، و الدساتير الوطنية²، لاسيما أن الحد مما يمنع الإنجاب يعتبر ضرورة فردية و اجتماعية قدر المشرع أنها أجدر بتوفير الحماية لها بهدف سد ما يحدث من ثغرات تهدد بقاء و استمرار كيان الأسرة إذا ما تسرب اليأس إلى الزوجين، و للمحافظة على حق الإنسان في سلامة جسمه من أي فعل غير مشروع يرتكب عليه سواء أكان صادرًا من الشخص نفسه أم عن الغير أو نتيجة ما يصيب أحد أعضاء أجهزة الجسم من خلل أو مرض يمنعه من أداء وظيفته بصورة طبيعية، لذلك تعددت طرق و فروض استخدام تقنية التلقيح الصناعي البشري، فأصبح بالإمكان تحقق الإنجاب الممتنع عن طريق الاتصال الجنسي المباشر بين الزوجين بمجرد اللجوء إلى استخدام هذه التقنية داخليًا أو خارجيًا لتلقيح بويضة الزوجة، و تحقق الإنجاب بعد وفاة الزوج أو لمن أعرضت عن الزواج و تسعى في الوقت نفسه إلى ممارسة دورها في الأمومة فما عليها إلا التوجه إلى أحد المراكز الطبية المتخصصة و اختيار ما تشاء من الصفات التي ترغب بها لوليدها.

لقد كفل المشرع للحياة البشرية حماية جنائية فعالة عما يتوقع ارتكابه من أفعال غير مشروعة منذ تمام عملية تلقيح بويضة المرأة بالحيوان المنوي للرجل و حتى بداية عملية الولادة، لتسري بعدئذ عليها حماية جنائية تختلف عما سبقتها لمنع و تجريم كل الأفعال غير المشروعة التي تستهدف الاعتداء على حقوق الإنسان المتعددة كحقه في الحياة و في سلامة جسمه و في حريته أو شرفه و في عرضه... إلخ من الحقوق التي قدر المشرع أنها أجدر بتوفير الحماية الجنائية لها، لذلك فإن كل ما يشترطه القانون من حيث محل الجريمة أن يكون قصد الجاني الاعتداء على أي من هذه الحقوق كما في جريمة القتل بأن يكون قصده إنهاء حياة كائن بشري مولود من امرأة، و على ذلك جرم الإجهاض لأنه يؤدي إلى إنهاء حياة بشرية.

و من تم تبدو أهمية التلقيح الصناعي واضحة من خلال دور هذه التقنية في الحد من الاضطرابات النفسية للزوجين و تحقيق حلم الإنجاب و تخفيف حالات الطلاق، فضلا على

¹ المادة 1/16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المؤرخ في 10 كانون الأول 1948م، و كذلك المادة (1/23 و 2) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية المؤرخ في 16 كانون الأول 1966م.
² الفصل 20 من الدستور المغربي لسنة 2011، و الذي ينص فيه على: "الحق في الحياة هو أول الحقوق لكل إنسان. و يحمي القانون هذا الحق".

إمكانية تجنب الكثير من الأمراض الوراثية، بغية ذلك عمل المشرع المغربي من خلال القانون رقم 47.14 على وضع الإطار القانوني لهذه التقنية الحديثة الذي من شأنه إبراز حقيقة التلقيح الصناعي في المجتمع المغربي، و بيان موقفه و نظرتة بشكل واضح وواسع غير ضيق، أثناء استعمال تقنية الإنجاب الصناعي كبديل لعملية الإنجاب الطبيعي، و أيضا تحديد المسؤوليات الجنائية للمعنيين بهذه التقنية¹.

و عليه وزعت الدراسة في هذا المطلب إلى فرعين، يتناول (الفرع الأول) الإطار القانوني للتلقيح الصناعي، و يتولى (الفرع الثاني) بحث الحماية الجنائية للجنين في تقنية التلقيح الصناعي.

الفرع الأول: الإطار القانوني للتلقيح الصناعي

إن فكرة تكييف واقعة ما من الناحية القانونية فكرة قديمة عرفت في القانون الكنسي و القانونين الفرنسي القديم و الحديث، و عرفت قوانين العقوبات في البحث عما إذا كان الفعل المرتكب على الحق أو المصلحة التي قدر المشرع أنها أجدر بتوفير الحماية الجنائية لها ينطبق مع النص القانوني بعد أن توافرت جميع العناصر القانونية لاعتباره بعدئذ فعلاً غير مشروع يستحق مرتكبه العقاب²، و من هنا يتبين أن الغاية من وضع تكييف قانوني لتقنية التلقيح الصناعي البشري يستهدف بيان النظرة القانونية لاستخدام هذه التقنية من حيث كونها تعد عملاً طبياً أو غير ذلك لتحديد أساس إباحتها و شروط ممارستها، و بما أن الإنجاب يعد أهم الآثار الطبيعية المترتبة على الاتصال الجنسي المباشر بين الرجل و المرأة في إطار العلاقة الزوجية الهادفة إلى تكوين الأسرة وفقاً لما جاءت به الشرائع السماوية و ما وضعته التشريعات الوضعية، لذلك فإن الزواج هو المعيار الموضوعي للإنجاب من الناحية القانونية، و الذي يعطي الزوجين حق التخلص مما يحول دون حدوث هذا الأثر الطبيعي "من مرض أو عقم" عن طريق العلاج الطبي بغية الشفاء منه³.

¹ عصام منصور: قراءة في مضامين القانون 47.14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية، العدد 8، سنة 2021، ص: 06.

² جواد الرهيمي: التكييف القانوني للدعوى الجنائية، الناشر المكتبة القانونية – بغداد، الطبعة الثانية -2006، ص: 47.

³ علي هادي عطية الهلالي: المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية و التقنيات المساعدة في الإنجاب، منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت، الطبعة الثانية -2012، ص: 242.

أما إذا فشلت الطرق العلاجية التقليدية من شفاء ما تعرض له أحد الزوجين أو كلاهما من الإصابة بالعقم أو عدم القدرة على الإخصاب المانع من تحقق الإنجاب عن طريق الاتصال الجنسي المباشر بينهما، يتم عندئذ اللجوء إلى استخدام تقنية التلقيح الصناعي البشري سواء كان داخليا أو خارجيا للتخلص من ذلك، فهذه التقنية تقوم على أساس فكرة استبعاد الاتصال الجنسي المباشر بين الزوجين و إشراك كادر طبي متخصص للقيام بما كان يفترض على الزوج القيام به في الحالة الطبيعية لتحقيق الإنجاب، أو استبعاد أي دور للزوجة أو كلاهما معا عند اللجوء إلى أخذ بويضة أو استخدام رحم بديل لامرأة أخرى أو خلايا تناسلية يتم الحصول عليها من بنوك النطف و الأجنة أو من أشخاص متبرعين، و هنا ما يستبعد اعتبار الزواج معيارا موضوعيا للإنجاب من الناحية القانونية.

و تأسيسا على ما تقدم في هذا البحث نعالج هذا الفرع في فقرتين نخصص (الفقرة الأولى) لبيان مشروعية التلقيح الصناعي، و نفرد في (الفقرة الثانية) لشروط ممارسة التلقيح الصناعي.

الفقرة الأولى: مشروعية التلقيح الصناعي

أظهرت غالبية تشريعات الطب الإنجابي اهتماما بالغا و ملحوظا بمسألة ضبط و تأطير إمكانية الاستعانة بالمساعدة الطبية على الإنجاب، الأمر الذي تعكسه طائفة الضوابط و القيود المقررة، التي من شأنها أن تجعل قرار اللجوء إلى تقنية التلقيح الصناعي مبرراً و معللاً¹. كما أن موضوع التلقيح الصناعي يستمد أهميته الكبرى من ارتباطه بغريزة أساسية لنفس الإنسان ألا و هي غريزة الإنجاب، و قد قدرت منظمة الصحة العالمية عدد الأزواج المصابين بعدم الإخصاب بنسبة 10%².

و يعد التشريع هو المصدر الأساس للأحكام المنظمة للسلوك البشري، فهو الأداة أو الوسيلة التي يتم بموجبها تحديد الأفعال غير المشروعة المتوقع ارتكابها على الحقوق

¹ أحمد داود رقية: الحماية القانونية للجنين المخبري -دراسة مقارنة-، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراة في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية الجزائر، السنة الجامعية 2014/2015، ص: 90.
² إضافة إلى هذه النسبة فلو أضفنا إليها عدد النساء اللاتي حملن و لم ينجبن بسبب الإجهاض المتكرر أو الحمل خارج الرحم لتضاعف العدد مرات عدة مما يجعل لهذا الموضوع أهمية و مكانة في علاج مثل هذه الحالات و تقليل نسبتهم داخل المجتمعات؛ ينظر: بوقندول سعيدة: التلقيح الاصطناعي بين الشريعة و القانون، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 48 ديسمبر 2017، المجلد "أ"، ص: 28.

المحمية جنائيا جراء استخدام أي من التقنيات الحديثة التي توصل إليها التقدم العلمي في سبيل خدمة الوجود البشري و ضمانا لحقوقهم وواجباتهم المترتبة جراء ذلك، دون النظر إلى أيديولوجية مجتمع ما، فكم من مسائل كانت في أحد الأيام محط نقد وسخط بين أبناء المجتمع إلا أنها قد تحولت بعد حين من الزمن إلى مسألة لا نقد فيها، ليبقى التشريع في النهاية مرجعا للحكم على مستجدات التقدم التقني التي لا يوجد بشأنها قانون سابق ينظم استخدامها و يحدد الأفعال غير المشروعة المتوقع ارتكابها جراء ذلك، لأن وجود هذه التقنيات يسبق دائما ما يضعه المشرع لها من أحكام، فتقنية التلقيح الصناعي البشري كأحد منجزات التقدم العلمي في المجالات الطبية وجدت قبل أن يوضع تشريع لها يحدد أساس إباحتها ويبين القواعد و الشروط اللازمة لاستخدامها وما يعد من الأفعال غير المشروعة و المجرمة، لذلك فقد تباينت و تفاوتت مواقف تشريعات الدول حيال هذه التقنية فمنها من نص عليها بتشريع خاص، ومنها من اكتفى بتنظيم هذه التقنية بما طرح من اجتهادات فقهية أو ما صدر عن القضاء من أحكام وفقا للقواعد العامة في تشريعات تلك الدول¹.

لقد أجاز المشرع المغربي صراحة التلقيح الاصطناعي بنص المادة 3 من القانون المستحدث رقم 47.14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب²، حيث نص على أنه: "لا يمكن ممارسة المساعدة الطبية على الإنجاب إلا في إطار احترام كرامة الإنسان و المحافظة على حياته و سلامته الجسدية و النفسية و على خصوصيته...". كما نصت المادة 12 من نفس القانون على أنه: "لا يجوز القيام بالمساعدة الطبية على الإنجاب إلا لفائدة امرأة و رجل متزوجين و على قيد الحياة و بواسطة أمشاج متأتية منهما و أحدهما دون غيرهما".

إذ أنه وضع للتلقيح الصناعي إطار قانوني و ضوابط و شروط تتماشى مع الشريعة الإسلامية، كما ضمنه أحكام اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي و شروطه و نص فيه على عقوبات عند القيام بالممارسات الممنوعة بموجبه. و حيث بالتمتع في مواد هذا القانون نجدها قاصرة و تطرح عدة تساؤلات من بينها هل يمكن لجميع الأزواج اللجوء إلى هذه

¹ محمود عبد الرحيم مهران: الأحكام الشرعية و القانونية للتدخل في عوامل الوراثة و التكاثر، دار النهضة العربية - القاهرة، الطبعة الأولى - 2002، ص: 190.

² ظهير شريف رقم 1.19.50 صادر في رجب 1440 (11 مارس 2019) بتنفيذ القانون رقم 47.14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب. الجريدة الرسمية عدد 6766 - 28 رجب 1440 (4 أبريل 2019)، ص: 1771.

التقنية للإنجاب و ذلك دون إثبات الحالة المرضية و محاولة العلاج أم فقط الزوجين الذين يثبت لديهما عقم سواء لعبب بالرجل أم المرأة؟ كذلك التساؤل حول الإجراءات التي يتبعها الزوجين لإجراء هذه العملية كضرورة المرور على لجنة طبية مختصة؟

أما المشرع الانجليزي فقد سن قانون الخصوبة البشرية وعلم الأجنة " Human Fertilisation and Embryology " رقم 37 لسنة 1990م¹ الذي يضمن القواعد والشروط المنظمة للإنجاب عن طريق استخدام تقنية التلقيح الصناعي البشري الداخلي و الخارجي، وكيفية استخراج الحيوانات المنوية للرجل وبويضات المرأة وطرق فحصها للتأكد من سلامتها من الأمراض الوراثية ليتم بعدئذ حفظها وتجميدها أو تلقيحها لإعادة نقلها إلى داخل رحم المرأة بهدف زرعها فيه، بعد استحصال موافقة جهة رسمية حددها القانون قبل إجراء تلك العمليات، وحدد ما يترتب للزوجين من حقوق على الجنين المخلق باستخدام هذه التقنية، ونص على ضرورة إنشاء هيئة تعمل على مراقبة ما تقوم به مراكز التلقيح البشري المختصة من إجراءات للتأكد من تحقق أساس إباحة وشروط ممارسة تلك العمليات دون ارتكاب لأي فعل غير مشروع يتوقع ارتكابه خلافا لأحكام القانون، وما يترتب على هذه المراكز من الالتزام التام بسرية المعلومات المتعلقة بهذه العمليات وشروط إفشائها²، ونرى أن علة اشتراط المشرع لهذه القواعد مرده ضمان قيام مراكز التلقيح الصناعي البشري بالالتزام التام بتطبيق شروط استخدام هذه التقنية لمنع ارتكاب كل فعل غير مشروع على الأجنة البشرية المخلقة بواسطتها وللحيلولة دون استخدامها خارج إطار العلاقة الزوجية.

أما المشرع الاتحادي للولايات المتحدة الأمريكية فلم ينظم أو يقنن أساس إباحة وشروط استخدام تقنية التلقيح الصناعي البشري في قانون يمنع ويجرم ما يتوقع ارتكابه من أفعال غير مشروعة على الأجنة المخلقة بواسطة هذه التقنية تاركا مسألة تنظيمها من قبل تشريعات الولايات التي اكتفى البعض منها بما تضمنته من قواعد عامة، أو ما نصت عليه

¹ عبد الله ياسر محمد: الموقف القانوني من عملية التلقيح الصناعي و تأجير الأرحام، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية و السياسية و دار المنظومة، المجلد 5، العدد 17، سنة 2016، ص: 324.

² Derek Morgan- Robert G.Lee : "Human Fertilisation and Embryology Act. 1990", Great Briain, Blackstone Press limited 1991, p : 22.

قوانين آداب مهنة الطب من قواعد لتنظيم عمل التقنيات الطبية الحديثة¹، في حين اعتبر القضاء الأمريكي أن إجراء عمليات التلقيح الصناعي البشري مشروع ولا يخالف النظام العام أو الآداب العامة²، وهنا نعتقد أن المشرع الأمريكي اتخذ موقفا سلبيا ومخالفا لمبدأ الشرعية القانونية حينما يصدر عن القضاء هكذا تبريرات حتى وإن كانت صحيحة من غير أن تستند إلى نصوص القانون وكان من الأجدر به أن يبادر بتشريع قانون خاص لتنظيم عمليات التلقيح الصناعي البشري أسوة بالمشرع الانجليزي حفاظا على حقوق الجنين عما يتوقع ارتكابه من أفعال غير مشروعة عليه جراء استخدام هذه التقنية وحتى نقل الجنين بواسطة قسطرة نقل الأجنة إلى داخل رحم المرأة ليأخذ طريقا طبيعيا في الانغراس داخل بطنته.

وفي فرنسا فقد تباينت المواقف التشريعية والقضائية بخصوص أساس إباحة استخدام تقنية التلقيح الصناعي البشري، فقد جاء في المرسوم الصادر سنة 1988م أن يتم إجراء عمليات التلقيح الصناعي البشري في إطار العلاقة الزوجية وحال قيامها وبموافقة الزوجين الصريحة المكتوبة دون تدخل من أي طرف أجنبي على أن يتم وضع وتحديد شروط استخدام هذه التقنية بعد استحصال موافقة وزير الصحة³، وبعد صدور قانون احترام الجسم البشري سنة 1994م فقد نص المشرع على وجوب إجراء عمليات التلقيح الصناعي البشري سواء كان داخليا أم خارجيا في المؤسسات الطبية المرخصة من قبل وزير الصحة بممارسة إجراء هذه العمليات وأن يتم التبرع بالحيوانات المنوية والبويضات الأنثوية الخالية من الأمراض الوراثية دون أي مقابل مادي، مع ضرورة إخضاع الأجنة البشرية للفحوصات الطبية الدقيقة قبل زرعها في رحم المرأة للتأكد من سلامتها ومنع الاتجار فيها، ومنع إجراء عملية التلقيح لبويضة الزوجة بالسائل المنوي لزوجها بعد وفاته، وفرض العقوبات الجنائية

¹ Jean Louis Budouin : "Canada National Report", Revu Internationale Droit pénal, 1988, p : 757.

² Holman E.J : " Medicolegal aspects of sterilization, artificial insemination, and abortion", journal of the American medical Association , 1954, p: 106.

³ Rebert Saury : "L'éthique médical et sa formulation juridique, Published by SAURAMPS MEDICAL Montpellier, 1991, p : 106.

على كل فعل غير مشروع يتوقع ارتكابه خلافا لشروط استخدام هذه التقنية المنصوص عليها في القانون¹.

ولم يكن القضاء الفرنسي على رأي واحد فبعد أن كان يجيز تلقيح بويضة الزوجة بالحيوان المنوي لزوجها المتوفى عنها قبل صدور قانون احترام الجسم البشري سنة 1994م²، ذهب البعض من المحاكم الفرنسية لمنع اللجوء إلى استخدام تقنية التلقيح الصناعي البشري بسبب عدم تحقق الإنجاب عن طريق الاتصال الجنسي المباشر بين الرجل و المرأة كونه يعد منافيا للأخلاق ولا يتفق مع كرامة الزوج، وجاء ذلك في قرار محكمة بوردو (Bordeaux) عند نظرها لقضية تتلخص وقائعها أن طبيبا مختصا بإجراء عمليات التلقيح الصناعي البشري قام بإجراء هذه العملية داخل رحم المرأة عن طريق حقن السائل المنوي فيه إلا أنه لم يتم الحمل بسبب فشل العملية، فقام الزوجين برفع دعوى أمام القضاء للنظر فيها عما أصابهم من ضرر مادي ومعنوي نتيجة فشل العملية، ليصدر قرار المحكمة برفض الدعوى بسبب عدم مشروعية استخدام هذه التقنية لأنها تعد خطرا اجتماعيا يصيب الزوجين و المجتمع، كما اعتبرت محكمة ليون (Lyon) أن عجز الزوج عن إحداث الحمل من خلال الاتصال الجنسي المباشر لا يبرر اللجوء إلى تلقيح زوجته منه صناعيا لأن هذه العملية تعد مشينة ومهينة ومعيبة³.

وتأسيسا على ما تقدم للموقف الفرنسي، نعتقد أنه كان موفقا في جوانب ومنتقدا في جوانب أخرى، فمن جوانب التوفيق أنه نظم استخدام تقنية التلقيح الصناعي البشري في تشريع بين أساس إباحتها واشتمل على شروط مهمة وواجبة الإلتباع عند اللجوء إلى استخدام هذه التقنية، ومن جملة هذه الشروط حصر إجراء عمليات التلقيح الصناعي البشري داخل المؤسسات الصحية المرخصة من قبل وزير الصحة، ومنع حالات التبرع بالخلايا التناسلية

¹ سعد طاهر الهاشمي عبد الهاشمي: الآثار الجانبية للتلقيح الصناعي البشري، رسالة الماجستير كلية القانون – جامعة بغداد، سنة 1999، ص: 46.

² شوقي زكريا الصالحي: التلقيح الصناعي بين الشريعة و القوانين الوضعية – دراسة مقارنة، دار النهضة العربية – القاهرة، سنة 2001، ص: 26.

³ سميرة عايد ديات: عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون و الشرع، منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – لبنان، الطبعة الأولى -2004، ص: 179؛ و مع ذلك فقد اعتبر القضاء الأمريكي أن استخدام تقنية التلقيح الصناعي البشري لا يعد مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، للمزيد ينظر؛

- Holman E.J : " Medicolegal aspects of sterilization, artificial insemination, and abortion", op.cit, p: 648.

بمقابل مالي أو منفعة معينة، وإخضاع الخلايا التناسلية للزوجين للفحص الطبي الدقيق للتأكد من سلامتها وخلوها من الأمراض الوراثية، ومنع الاتجار بالخلايا الجنسية، واستبعاد فرضية تلقيح بويضة الزوجة بالحيوان المنوي لزوجها المتوفى عنها والذي كان جائزا القيام به قبل تشريع قانون احترام الجسم البشري سنة 1994م، ومن المفهوم المخالف لهذه الشروط، فقد نص التشريع على فرض عقوبات على كل فعل غير مشروع يتوقع ارتكابه خلافا لهذه الشروط أو خلافا لأحكام القانون، إلا أنه كان منتقدا بسبب موقف بعض المحاكم فيما صدر عنها من أحكام قضائية اعتبرت لجوء الزوجين للإنجاب باستخدام تقنية التلقيح الصناعي البشري يمثل خطرا اجتماعيا، وأن عملية تلقيح الزوجة بالحيوان المنوي لزوجها خارج عملية الاتصال الجنسي المباشر بينهما طبيعيا يعد عملا مشينا ومعيبا ومهينا للزوج، وهو ما يخالف الحقيقة التي يجمع عليها أغلب الفقه القانوني و الأطباء والمختصون وحتى المعارضين منهم على اعتبار العقم مرضا بأن تقنية التلقيح الصناعي البشري تعد علاجا للتخفيف من الآثار السلبية للإصابة بالعقم وعدم الإخصاب وفقا للمعنى الواسع لمدلول كلمة المرض الذي منح الأطباء ميزة العمل على أجسام المرضى في سبيل توجيه أعضاء أجهزة الجسم للقيام بأداء وظائفها على النحو الطبيعي أو بما يتلاءم وظروف حياته المهنية والعائلية وللحيلولة دون التفكك الأسري بسبب الحرمان من تحقق الإنجاب.

أما المشرع المصري وعلى الرغم من الانتشار الكبير والنجاح الباهر الذي حققته تقنية التلقيح الصناعي البشري سواء كان داخليا أو خارجيا، إلا أنه لم يتدخل في مسألة تقنين وتنظيم هذه التقنية لتحديد مشروعياتها وما يتطلب تحققه من شروط لإباحة ما يقوم به كوادرات الأطباء المختصون من أفعال تعد من حيث الأصل خاضعة لأحكام قانون العقوبات بحسب نوع كل جريمة، مكتفيا بما تتضمنه التشريعات القانونية من قواعد عامة تأسيسا على تكييفه لممارسة هذه التقنية بين الأزواج فقط - كتصرف طبي يدخل ضمن الأعمال الطبية والجراحية التقليدية وفقا للمفهوم المتطور للعمل الطبي¹.

إلا أن اكتفاء المشرع المصري بما تضمنته القواعد العامة من التشريعات القانونية لا يعني ترك هذه التقنية دون تنظيم أو رقابة، ومن ذلك ما تضمنته لائحة آداب مهنة الطب من

¹ محمود عبد الرحيم مهران: الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر، مرجع سابق، ص: 519.

ضوابط وشروط للقيام بعمليات التلقيح الصناعي البشري في المادتين (45-46) منها¹، وما صدر عن العديد من الندوات والمؤتمرات المنعقدة في مصر ومنها ندوة طفل الأنابيب المنعقدة من قبل الجمعية المصرية للطب والقانون في مستشفى الشاطبي الجامعي في الإسكندرية سنة 1985م، والمؤتمر الأول للجمعية المصرية للقانون الجنائي المنعقد في القاهرة سنة 1987م، و الندوة العلمية التي تم تنظيمها من قبل مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين المنعقدة في كلية الحقوق جامعة القاهرة للفترة من 23-24 تشرين الثاني لسنة 1993م وما صدر عنها جميعا من توصيات تضمنت شروطا وضوابط خاصة لإضفاء المشروعية وإباحة ما يقوم به الأطباء المختصون من أفعال تعد من حيث الأصل خاضعة لأحكام قانون العقوبات وكذلك فيما يدور حول الأساليب الطبية و القانون الجنائي².

الفقرة الثانية: شروط ممارسة التلقيح الصناعي

اتضح لنا مما سبق مشروعية بعض صور التلقيح الصناعي إلا أن هذه المشروعية محكومة بمجموعة من الضوابط أو الشروط المتطلبة لمباشرة هذه التقنية بحسب اختلاف التشريعات التي تبنت هذه الإمكانية في قوانينها، كما تختلف باختلاف مرجعيتها الدينية و الثقافية و الأخلاقية، ففيما تحصر الدول ذات المرجعية الإسلامية إنجاز هذه التقنية بين الأزواج الأحياء دون غيرهم، هناك من الدول من سمحت بإجرائها خارج مؤسسة الزواج و من طرف أشخاص غير أولئك الذين أخذت منهم الأمشاج و اللواحق التناسلية. لذا يثور التساؤل عن نتيجة الإخلال بهذه الشروط في إطار الحماية الجنائية للأجنة، و عليه نتطرق إلى شروط التلقيح الصناعي و ما توفره هذه الشروط من حماية فيما يلي:

¹ نصت "المادة 45" من لائحة مهنة الطب في مصر الصادرة بموجب قرار وزير الصحة و الإسكان المرقم 238 في 5 سبتمبر 2003م، على أنه (تخضع عملية الإخصاب المساعدة لبويضة الزوجة من نطفة الزوج داخل جسم الزوجة أو خارجها بتقنيات الإخصاب المعملية و الحقن المجهرية للضوابط الأخلاقية التي تستهدف المحافظة على النسل البشري و علاج العقم مع الحرص على بقاء الأنساب و على المعايير القانونية الصادرة من الجهات المختصة)، أما "المادة 46" من اللائحة فقد نصت على أنه (لا يجوز إجراء عمليات الإخصاب المساعدة داخل الرحم أو خارج جسم الزوجة إلا باستخدام نطفة زوجها حال قيام العلاقة الزوجية الشرعية، بينهما كما لا يجوز نقل بويضات مخصبة لزرعها في أرحام النساء غير الأمهات الشرعيات لهذه البويضات)، للمزيد ينظر؛ رنا عبد المنعم الصراف: مسؤولية الطبيب غير العمدية عن التلقيح الصناعي الخارجي، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 47، سنة 2011، ص: 519.

² سعد طاهر عبد الهاشمي: مرجع سابق، ص: 46.

أولاً: شرط وجود العلاقة الزوجية الشرعية

العلاقة الشرعية هي الزواج باعتباره "ميثاق تراض شرعي بين رجل و امرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان و العفاف و إنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين" (المادة 4 من مدونة الأسرة).

فالزواج هو الوسيلة الطبيعية للنسل، و هو من أسس النظام الاجتماعي، و إنجاب الأطفال خارج نطاق الزواج يهدد النظام الاجتماعي المستقر و هو الأسرة. فالطفل يحتاج إلى أب ليس بالمعنى البيولوجي و لكن بالمعنى الاجتماعي¹. و أي إنجاب يعتمد غير ماء الزوجين، و غير وعاء الحمل لدى الزوجة هو إنجاب يخالف فطرة الله التي فطر الناس عليها و سنته في الخلق، يحرم اعتماده طريقة للتكاثر، و اتخاذه مسلكاً دائماً للإنجاب يخالف المسلك الفطري و الطبيعي². لهذا يجب رفض عمليات التلقيح الصناعي خارج إطار العلاقة الزوجية لما له من مخاطر سيئة بالنسبة للطفل و المجتمع.

و يعني هذا الشرط أن تتم عملية التلقيح بين الرجل و امرأة تجمعهما رابطة زوجية مشروعة، فيتم تلقيح بويضة الزوجة بماء زوجها، لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى اختلاط الأنساب، و لقد نص المشرع المغربي على هذا الشرط صراحة في القانون رقم 47.14 حيث نص في المادة 12 منه على أنه: " لا يجوز القيام بالمساعدة الطبية على الإنجاب إلا لفائدة امرأة و رجل متزوجين و على قيد الحياة و بواسطة أمشاج متأنية منهما و أحدهما دون غيرهما"، و عليه فإن المشرع المغربي لم يحصر فقط إجراء المساعدة الطبية على الإنجاب بين الزوجين دون غيرهما، بل اشترط كذلك أن يكونا معا على قيد الحياة، و في ذلك تأكيد واضح من المشرع إلى استبعاد استخدام هذه التقنية بعد وفاة الزوج باستخدام نطفه المجمدة في ذلك.

و قد اشترط المشرع المغربي أيضاً للقيام بهذه العملية تقدم الزوجان معا بطلب كتابي للحصول على هذه المساعدة موقعا عليها من كليهما و مرفوقا بعقد الزواج مشهود و مصادق

¹ بوشتي يوسف: الحق في سلامة الجسم و أثر التطور الطبي على حمايته جنائياً -دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية، الطبعة الأولى -سنة 2015، ص: 273.

² شهر الدين قالة: الأحكام المتعلقة بالمولود بالتلقيح الصناعي، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عباس لغرور خنشلة بالجزائر، العدد 11، يناير 2019، ص: 32.

على مطابقته للأصل¹، فاللجوء إلى استعمال هذه التقنية يجب أن يكون أثناء حياة الزوجين، و في الحقيقة أن هذا الشرط وضع أساسا حتى لا يلجأ الناس إلى استعمال بنوك المني المجمدة، لأن السماح بغير ذلك يطرح إشكالات معقدة تمس بالقواعد القطعية و الثابتة في مواد النسب و الميراث، و لا شك أن تخلف أحد الشروط السابقة يؤدي إلى نفي النسب و القول بعدم مشروعيته.

و لذلك يشترط في التلقيح أن يكون ضمن رابطة صحيحة و الزواج الصحيح هو المكتمل الأركان و الشروط، و عليه لا يكون التلقيح الصناعي مشروعاً ضمن زواج غير صحيح.

ثانيا: شرط رضا الزوجين أثناء الحياة

لكي يكون التلقيح الصناعي أمراً مشروعاً لابد من الحصول على الرضا المتبادل من الزوجين، هذا الاتفاق المشترك هو الشرط الأساسي لمشروعية هذا الأسلوب الطبي. فكل زوج له أن يقدر تماماً ما إذا كان التلقيح الصناعي يتفق مع عقيدته الدينية و معتقده الفلسفية، و ما إذا كان يرغب حقيقة في إنجاب الأطفال عن هذه الطريقة. فالقرار الذي يصدر عنه في هذا الشأن هو قرار شخصي²، و عليه فإن هذه العملية تتطلب الرضا المتبادل للزوجين و إرادة حرة وسليمة من كل أنواع العيوب، إذ لا يكفي رضا أحدهما دون الآخر لأن الأبوة و الأمومة مسألة ليست إجبارية بل اختيارية.

في هذا الصدد نص المشرع المغربي في الفقرة الأولى من المادة 13 من القانون 47-14 على أنه: "تتوقف ممارسة أية تقنية من تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب على موافقة الزوجين الحرة والمستنيرة"، هذه الموافقة التي يجب لصحتها أن تصدر عن إرادة حرة من دون إجبار أو إكراه، ومستنيرة بعد أخذ العلم بكافة العناصر الطبية وغير الطبية المحيطة بها، كما يجب أن يتم التعبير عن موافقة الزوجين كتابة وفقاً للنموذج المحدد بنص تنظيمي بعد أن يقدم لهما الممارس باللغة التي يتكلمان بها، جميع المعلومات المتعلقة

¹ نصت الفقرة الثانية من المادة 12 من القانون رقم 47.14 على أنه: " لا يمكن اللجوء إلى المساعدة الطبية على الإنجاب إلا بناء على طلب مكتوب من الزوجين موقع عليه بصفة قانونية من طرفهما و مرفق بنسخة من عقد الزواج مصادق على مطابقته للأصل. يحدد نموذج الطلب المذكور بنص تنظيمي".

² بوشتي يوسف: مرجع سابق، ص: 276.

بالمخاطر على صحة الأم وتلك المحتملة على المولود القادم وباحتمالات النجاح في الحالات المماثلة وبتقدير كلفة العملية، وكذا بالإطار القانوني المنظم للمساعدة الطبية على الإنجاب".

ثالثاً: شرط الغرض العلاجي

إن الغرض من التلقيح الصناعي هدف نبيل هو الإنجاب، بحيث يتطلب هذا الشرط أن يكون الهدف الأساسي من التلقيح الصناعي تسهيل الإنجاب إذا لم يتحقق بالطرق العادية و الطبيعية، و هذا في حالة استحالة الإنجاب بالطريق الطبيعي بسبب إصابة الزوجين أو إحداهما بالعقم أو ضعف في الخصوبة و عجز الأطباء عن علاج العقم كي يتمكن الزوجان من الإنجاب في صورته الطبيعية، و لا يجد الزوجان أمامهما من سبيل إلا بطريق التلقيح الصناعي، بمعنى أن تكون هناك ضرورة قصوى للإخصاب فلا يباح إلا في أضيق الحدود و في الظروف الاستثنائية و بعد أن يستنفذ الزوجان جميع الطرق العلاجية العادية من تشخيص و تحليل و ذلك لأن الضرورات تبيح المحظورات و الضرورات تقدر بقدرها. إذ لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الصناعي لتحقيق أي غرض غير المساعدة على الإنجاب كهدف إثراء صفات الجنس البشري أو لتحديد جنس الجنين أو لانتفاء صفات مخصوصة فيه أو لغرض الاتجار أو لإجراء الدراسات و البحوث¹.

و لقد أكد المشرع المغربي على ضرورة تحقيق المساعدة الطبية على الإنجاب الأهداف الطبية و أن تحترم الشروط المفروضة في القانون، و لا يمكن قبول الطلب إلا إذا كان يهدف لتغطية الأغراض التالية:

1. علاج العقم الذي تأكد طابعه المرضي مما يؤدي لاستبعاد الأمومة المتأخرة كمبرر للمساعدة الطبية على الإنجاب، و الطبيب هو وحده الذي يبين إذا كان العقم طبيعياً أو مرضياً، و عليه نص المشرع المغربي في الفقرة الأولى من المادة 1 من القانون رقم 47.14 على أن "المساعدة الطبية على الإنجاب تهدف إلى تدارك العجز أو الضعف في الخصوبة ذي الطبيعة المرضية التي تم تشخيصها طبياً".

¹ زبيدة إقروفة: "الاكتشافات الطبية و البيولوجية و أثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري - التلقيح الاصطناعي و البصمة الوراثية نموذجاً"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية - جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2008/2009، ص: 122.

2. تجنب نقل مرض خطير إلى الطفل و قد فرض القانون مبدئيا أن يكون المرض المراد الوقاية منه غير قابل للعلاج. و يمكن أن تهدف أيضا إلى تجنب انتقال مرض خطير إلى الطفل الذي سيولد أو إلى أحد الزوجين يؤثر على إنجابهما¹.

رابعاً: استخدام تقنية معترف بها

اشترط المشرع المغربي للممارسة المساعدة الطبية على الإنجاب أن تكون باستخدام تقنية معترف بها من طرف السلطة الحكومية المختصة، حيث جاء في القانون رقم 14-47 أنه لصحة اللجوء إلى تقنية المساعدة الطبية على الإنجاب استخدام إحدى التقنيات المعترف بها من طرف السلطة الحكومية المختصة بذلك بعد استطلاع رأي اللجنة الاستشارية، والتي يتم تحديدها بنص تنظيمي، وفي هذا الإطار منع المشرع المغربي بموجب الباب الثاني من القانون رقم 14-47 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب كل تقنية قد يؤدي استعمالها إلى الإخلال بواجب احترام كرامة الإنسان والمحافظة على حياته وسلامته أو خصوصيته، وتلك التي من شأنها المساس بسلامة الجنس البشري كذلك الرامية إلى إجراء الاستنساخ التناسلي وانتقاء النسل، أو استغلال الأرحام لحساب غير الزوجين أو لأغراض تجارية أو صناعية أو لغايات غير تلك المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب².

خامساً: إنجاز عمليات التلقيح الصناعي في المراكز المعتمدة

يهدف هذا الشرط تنظيم عملية التلقيح الاصطناعي و لضمان سلامة إجراءاتها و حماية أطرافها و عدم العبث بالأمشاج و الأجنة، فضلا على أن هذه العملية تتطلب لنجاحها أجهزة و معدات خاصة، و قد شدد المشرع المغربي في القانون رقم 14.47 على عدم جواز مباشر تقنيات المساعدة على الإنجاب سوى في مراكز خاصة أو مؤسسات صحية عمومية أو خاصة معتمدة بصفة قانونية لهذا الغرض من قبل الإدارة المختصة³، كما أنه اشترط الحصول على الاعتماد القانوني لممارسة تقنيات المساعدة على الإنجاب يشمل كذلك الممارسين الذين يباشرون الأعمال السريرية و البيولوجية لهذه التقنية الطبية في نطاق

¹ الفقرة الأولى من المادة 1 من القانون رقم 14.47.

² المواد من 3 إلى 7 من القانون رقم 14.47 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب.

³ المادة 8 من القانون رقم 14.47 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب.

الاعتماد الممنوح لهم في هذا الإطار، و قد اعتبر القانون 47.14 ممارسا كل ممارس للمساعدة الطبية على الإنجاب له صفة طبيب متخصص في أمراض النساء و التوليد أو صفة طبيب إحيائي، مقيد بجدول الهيئة المعنية و معتمد للممارسة تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب¹.

و أخيرا يمكن القول أن المشرع المغربي من خلال النصوص المستحدثة حاول مواكبة التطور الحاصل في مجال الطب و إتاحة الفرصة للراغبين في الإنجاب من جهة و إحاطة هذه العمليات بشيء من المشروعية بعيدا عن الاجتهادات الفقهية، و من جهة أخرى رفع الحرج على الأطباء في هذا المجال و حثهم على احترام النصوص في حفظ الأنساب و تجنب محاذير هذه العمليات و ما يمكن أن تؤدي إليه إذا أسيء استخدامها من تشوهات و عاهات جينية للأجنة.

الفرع الثاني: الحماية الجنائية للجنين في تقنية التلقيح الصناعي

يجرم القانون كل فعل غير مشروع يرتكب عمدا للاعتداء على الجنين المستكن داخل رحم أمه منذ تمام عملية التلقيح وحتى بداية عملية الولادة²، ليبدأ بعدئذ سريان أحكام حماية جنائية تختلف عما سبقتها خلال فترة الحمل، وهنا يثور السؤال إذا كانت حياة الجنين محترمة خلال تلك الفترة، فهل يعد ما يتوقع ارتكابه من أفعال غير مشروعة على البويضة الملقحة داخل أنبوب الاختبار، وكذلك الجنين المنغرس في بطانة رحم المرأة الناتج عن عمليات التلقيح الصناعي جريمة إجهاض تنطبق عليها أحكام النصوص الجنائية النافذة ؟ أو لا تنطبق عليها مما يتطلب تدخل المشرع لإسباغ الحماية الجنائية؟

و عليه سوف نقسم هذا الفرع إلى فقرتين، نخصص (الفقرة الأولى) فيه إلى نطاق الحماية الجنائية للبويضة الملقحة، ونخصص (الفقرة الثانية) لبحث حظر إجهاض الجنين الناتج عن عملية التلقيح الصناعي.

¹ الفقرة الأخيرة من المادة 2 من القانون 47.14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب.

² أنظر المواد من (المادة 449) إلى (المادة 458) من القانون الجنائي المغربي.

الفقرة الأولى: نطاق الحماية الجنائية للبويضة الملقحة (الجنين)

إن نطاق الحماية الجنائية للجنين في الفقه القانوني لا يعتد بمكان وجوده وإنما العبرة تكون بلحظة بدء حياته بعد التلقيح¹، في حين تشترط أغلب التشريعات لسريان أحكام النصوص القانونية لجريمة الإجهاض ارتكاب فعل غير مشروع عمدا على امرأة حبلى بقصد إجهاض الجنين المستكن داخل رحمها، فالمصلحة محل الحماية في هذه الجريمة تتمثل بحق الجنين في الحياة منذ تمام عملية التلقيح والإخصاب وحتى بداية عملية الولادة ضمانا للسير الطبيعي لمراحل التكوين والنمو وصولا إلى قابليته للحياة بصورة مستقلة عن رحم أمه²، مما يترتب عليه عدم إسباغ الحماية الجنائية على البويضة الملقحة داخل أنبوب الاختبار وقبل زرعها في بطانة الرحم بسبب عدم إمكانية تكيف كل فعل غير مشروع يتوقع ارتكابه عليها لم يؤدي إلى إنهاء حياة الجنين داخل رحم أمه أو إخراجها منه قبل موعد ولادته الطبيعية³، وهذا ما يخالف إجماع من يرى من أهل الطب والفقه القانوني⁴، عند تعريف الجنين بأنه بويضة المرأة بعد تلقيحها بالحيوان المنوي، وتحديد لحظة بداية حياته بمجرد تمام عملية التلقيح والإخصاب، دون النظر إلى الطريقة التي تمت بها عملية التلقيح سواء أكانت من خلال الاتصال الجنسي المباشر بين الزوجين أم باستخدام تقنية التلقيح الصناعي البشري⁵، وما جاء بأحكام القضاء المصري الذي اعتبر كل فعل غير مشروع يرتكب على البويضة الملقحة يعد مكونا لجريمة الإجهاض حتى وإن ارتكب ذلك الفعل في الساعات الأولى لتلقيحها أو كان الجنين في بداية مراحل تكوينه وقبل أن تدب فيه الحركة⁶، لذلك يرى جانب من الفقه القانوني أن كل فعل غير مشروع يتوقع ارتكابه عمدا بقصد إتلاف البويضة الملقحة تقوم به جريمة الإجهاض إن توافرت لها باقي أركانها القانونية دون النظر إلى اتجاه

¹ محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مطبعة جامعة القاهرة - مصر، الطبعة الثامنة 1974، ص: 293.

² محمد عباس حمودي الزبيدي: المصلحة محل الحماية في جريمة الإجهاض، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 43، سنة 2010، ص: 253.

³ مصطفى عبد الفتاح أحمد لبنه: جريمة إجهاض الحوامل، دراسة في سياسة الشرائع المقارنة، أطروحة الدكتوراة، جامعة عين الشمس - كلية الحقوق، دس، ص: 58.

⁴ محمد علي البار: خلق الإنسان بين الطب والقرآن، المرجع سابق، ص: 511.

⁵ هدى حامد قشقوش: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية - القاهرة، سنة 2012، ص: 395.

⁶ طعن رقم 1127 جلسة 1970/12/27 س 12 ص 1250، ينظر إليه: أميرة عدلي أمير: مرجع سابق، ص: 235.

إرادة الجاني للاعتداء على الجنين إن كان مستكنا داخل رحم أمه أو خارجه كما هو الحال في الأجنة المخلقة باستخدام تقنية التلقيح الصناعي الخارجي والمعروف بطفل الأنبوبة¹. في حين يذهب من الفقه للقول بأن البويضة الملقحة لا تعد جنينا ولا تخرج عن كونها مادة بيولوجية لا تتمتع بأية حقوق قانونية وأن أي اعتداء يقع عليها قبل نقلها إلى داخل رحم المرأة و انغراسها في بطانتها لا ينطبق و أحكام جريمة الإجهاض وفقا لقانون العقوبات ولا يشكل أي جريمة أخرى وفقا لمبدأ الشرعية القانونية، لينتهي هذا الرأي بأن البويضة المخصبة باستخدام تقنية التلقيح الصناعي الخارجي لا تعد جنينا²، وهذا ما يعد قصورا واضحا في نطاق الحماية الجنائية للجنين عما يتوقع ارتكابه عليه من أفعال غير مشروعة جراء استخدام التقنيات الحديثة يجب تداركه طالما يوجد هناك من الآراء التي تعد البويضة الملقحة خارج الرحم ليست جنينا ولا مسؤولية على كل من يقوم بإتلافها.

الفقرة الثانية: حظر إجهاض الحمل الناتج عن التلقيح الصناعي

لابد لقيام جريمة الإجهاض من توجيه الجاني إرادته إلى ارتكاب فعل غير مشروع عمدا بهدف إنهاء حياة الجنين داخل رحم أمه أو طرده خارج الرحم قبل انتهاء فترة الحمل الطبيعية والتي تقدر بحدود مائة وثمانون يوما بعد التلقيح³، والحبل هي التي تحمل في أحشائها جنينا تكون من تلقيح البويضة و إخصابها بالحيوان المنوي للرجل، أما الحمل فيقصد به البويضة الأنثوية الملقحة بالحيوان المنوي للرجل عن طريق الاتصال الجنسي المباشر أو التلقيح الصناعي البشري لتبدأ بعدئذ حياة الجنين منذ تمام لحظة التلقيح و الإخصاب وحتى بداية عملية الولادة⁴.

أن المصلحة الأساس التي قدر المشرع أنها أجدر بتوفير الحماية الجنائية لها تتمثل في حق الجنين في الحياة والسير الطبيعي لمراحل التكوين والنمو دون أي عارض غير طبيعي يتوقع ارتكابه عليه منذ تمام التلقيح و الإخصاب وحتى بداية عملية الولادة، ليسري بعدئذ نطاق حماية جنائية أخرى تختلف عما سبقتها لحماية حقوق الإنسان البالغ الذي يتمتع

¹ محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية- القاهرة، 1988، ص: 425.

² - Henu - Hublet : Rapport national Belgique. Actes du colloque préparatoire fribourg, 21/23 Septembre, 1987, revue internationale de droit pénal, 1988, p : 713.

³ سليم إبراهيم حربة: القتل العمد و أوصافه المختلفة، مطبعة بابل -العراق، الطبعة الأولى - 1988، ص: 209.

⁴ هدى حامد قشقوش: مرجع سابق، ص: 395.

بقابلية الاستمرار على الحياة بدون حاجة إلى رحم أمه، دون النظر إلى طريقة التلقيح سواء أكانت عن طريق الاتصال الجنسي المباشر بين الزوجين أم عن طريق استخدام تقنية التلقيح الصناعي البشري¹، لذلك أسبغ المشرع الحماية الجنائية للجنين من كل فعل غير مشروع يتوقع ارتكابه عليه عمدا بقصد إنهاء حياته أو التدخل في السير الطبيعي لمراحل التكوين والنمو خلافا لأحكام القانون أو ما صرح به الطب إنقاذاً لحياة الأم، حتى وإن كان مصدر فعل الاعتداء المرأة الحبلى على الرغم من كونها ترتبط معه برابطة قوية جداً تتوقف عليها حياته إلا أنه لا يعد جزءاً منها فله كيان بشري مستقل وحياة خاصة، ومن أجل ضمان ذلك عاقبها المشرع متى قامت بارتكاب أي فعل يؤدي إلى إنهاء حياة الجنين أو الشروع في ذلك²، ولأن المرأة تتميز بالعاطفة الشديدة التي قد تدفعها للتخلص من الجنين إذا علمت بإصابته ببعض التشوهات الخلقية أو كان من نوع الجنس غير المرغوب فيه فلم يجعل لرضاها سبباً في تبرير فعل الإجهاض لأن الأم لا تملك حق التنازل عن حياة الجنين³.

وتأسيساً على ما تقدم، ندعو المشرع المغربي إلى تعديل النصوص القانونية لجريمة الإجهاض أو إضافة نصوص أخرى لها تبين الأفعال غير المشروعة المتوقعة ارتكابها للاعتداء على حقوق الجنين المخلق باستخدام تقنية التلقيح الصناعي البشري سواء أكان داخل أنبوب الاختبار وقبل نقله إلى رحم المرأة بواسطة قسطرة نقل الأجنة أم بعد نقله و انغراسه في بطانته وتحديد العقوبات القانونية المناسبة، وتشديد العقاب على المرأة الحبلى إذا أجهضت نفسها أو مكنت غيرها من ذلك برضاها بسبب ما قد يحصل من خلاف بعد تمام عملية التلقيح الصناعي كما لو تبين أن الجنين مصاب ببعض التشوهات الخلقية أو من نوع الجنس غير المطلوب أو طلبها تعديلاً على مبلغ استئجار رحمها، إلا في الأحوال التي يبيحها القانون والتي يقررها الطب إنقاذاً لحياة المرأة الحامل.

¹ محمود نجيب حسني: النظرية العامة للقصد الجنائي، دار النهضة العربية - القاهرة، الطبعة الثانية - 1974، ص: 10.

² حميد السعدي: شرح قانون العقوبات الجديد، جرائم الاعتداء على الأشخاص، مطبعة المعارف - بغداد، الجزء الثالث - سنة

1977، ص: 370.

³ جمال إبراهيم الحيدري: علم الإجرام المعاصر، مكتبة السنهوري - بغداد، دط - سنة 2012، ص: 175.

المطلب الثاني: حماية الجنين في ظل استخدام تقنية بنوك النطف و الأجنة

من مقاصد الشريعة الإسلامية السماح الحفاظ على النسل و النفس باعتبارهما إحدى الأسس المستمدة من القرآن و السنة و من المعلوم أن الإخصاب الطبيعي هو الأصل في استمرار التناسل و التكاثر و كل ذلك عملاً بما قرره الشريعة، إلا أنه في بعض الأحيان يصعب الإنجاب الطبيعي مما يؤدي إلى لجوء الأزواج إلى تقنيات مستحدثة كتقنية بنوك النطف و الأجنة¹.

و تقوم بنوك النطف و الأجنة بدور حيوي و هام بالنسبة للنطف التي تم تخصيصها صناعياً من قبل و حتى وقت حاجة إليه، و لذلك فمن أهم الوظائف التي تؤديها بنوك الأجنة ما يلي:

1. حفظ النطف الإنسانية بالتجميد.

2. إجراء التجارب و الأبحاث.

3. علاج الأمراض.

و يترتب على وجود بنوك الأجنة مشكلات كثيرة وضعها في الاعتبار يحتم وضع ضوابط تقنن مشروعية العمل بها، لتقليل مخاطرها و تجنب سلبياتها، و من بين هذه المشكلات احتمال زيادة التشوهات الخلقية، حيث تتعرض الحيوانات المنوية و البويضات و الأجنة المجمدة لتغيرات كثيرة حيث إنها تبقى فترة خارج بيئتها الطبيعية الفسيولوجية، فكثيراً ما يحصل الإسقاط أو التشوه الخلقي، لأنه دخلته صناعة الأدمي، فقد اكتشف الطب الحديث أن الطريق الطبيعي الشرعي للإنجاب وجود مقاومة للحيوانات المنوية المريضة و المصابة في صبغياتها و هذا ما يفقده التلقيح الصناعي، كما أن عملية التبريد و التجميد كلها عمليات غير فسيولوجية و لها تأثير على الخلايا².

¹ يرجع الفضل في ظهور ما يسمى بـ "بنوك الأجنة" إلى الإيطالي "Spallanani" و كان ذلك عام 1780، حيث قام بإجراء تجارب ناجحة على بعض الحيوانات، و كانت أهم هذه المحاولات تلك التي أجراها بواسطة نطف محفوظة في درجة حرارة تحت الصفر؛ ينظر، شوقي زكريا الصالحي: التلقيح الصناعي بين الشريعة و القوانين الوضعية – دراسة مقارنة-، م.س، ص: 134.

² الرحمن عبد الله العوضي: الإنجاب في ضوء الإسلام، ندوة منظمة من طرف المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، المنعقدة بتاريخ 11 شعبان 1403 هـ الموافق 24 مايو 1983م ص: 194.

و عليه سنحاول معالجة هذا المطلب من خلال تقسيمه إلى فرعين نخصص (الفرع الأول) منه لبيان الموقف الشرعي و القانوني من استخدام تقنية بنوك النطف و الأجنة، ونبحث في (الفرع الثاني) لموقف القانون الجنائي من استخدام بنوك النطف و الأجنة.

الفرع الأول: الموقف الشرعي و القانوني من استخدام تقنية بنوك النطف و الأجنة
اختلفت الأحكام الشرعية والقانونية للتقنيات الحديثة المساعدة في الإنجاب التي أعقبها التقدم العلمي لأسباب كثيرة منها الإجراءات الفنية والطبية الواجب القيام بها، و شخص القائم بممارستها وعلاقته بالزوجين، والنتائج المتحققة من استخدامها وما يتوقع من آثار جانبية، وبما أن الحكم على الشيء جزء من تصوراته. لذلك نقسم هذا الفرع إلى فقرتين، نخص في (الفقرة الأولى) للموقف الشرعي من بنوك النطف و الأجنة، و نبحت في (الفقرة الثانية) التكيف القانوني لتقنية بنوك النطف و الأجنة.

الفقرة الأولى: الموقف الشرعي من بنوك النطف و الأجنة

يعد إعلان المركز الطبي في ملبورن بأستراليا عام 1984م عما حققه من نجاح هو الأول في العالم تمثل بولادة طفلة الأنابيب (زوني)، والتي كانت عبارة عن جنين مجمد في بنوك الأجنة لمدة ستون يوما تقريبا بعد التلقيح، بداية لمرحلة جديدة أعقبت الثورة البيو-تكنولوجية حيث أصبح بالإمكان استخدام تقنية بنوك النطف و الأجنة لحفظ مخرجات الجسم البشري من الخلايا التناسلية منفردة ومندمجة، لذلك اختلف الفقه الشرعي الإسلامي في الرأي بين مؤيد لإتلاف البويضات الملقحة الفائضة عن الحاجة بعد نجاح الحمل وفقا لما يراه جمهور من الفقهاء من إباحة إجهاض الجنين قبل نفخ الروح فيه، وبين من يرى حرمة إتلاف هذه الأجنة لأنها تمثل أول وأهم أطوار وجود وبدء تكوين الكائن البشري، وفيما بين إتلافها أو استخدامها في مجالات البحث والتطوير العلمي أو تركها لشأنها حتى تموت بصورة طبيعية دون ارتكاب أي فعل غير مشروع عليها، فيبدوا أن الاختيار الأخير أخفها حرمة إذ ليس فيه ما يعد اعتداء على حق الجنين في الحياة¹، وقد جاء في توصيات مجلس مجمع الفقه

¹ محمد عبد الوهاب الخولي: المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في طب الجراحة، دار النهضة العربية - القاهرة، الطبعة الأولى - سنة 1998، ص: 137.

الإسلامي في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17-23 شعبان 1410 هـ الموافق 14-20 مارس 1990م بشأن البيضات الملقة الزائدة عن الحاجة (أولاً: في ضوء ما تحقق علمياً من إمكان حفظ البيضات غير الملقة للسحب منها، يجب عند تلقيح البيضات الاقتصار على العدد المطلوب للزرع في كل مرة تفادياً لوجود فائض من البيضات الملقة، ثانياً: إذا حصل فائض من البيضات الملقة بأي وجه من الوجوه تترك دون عناية طبية إلى أن تنتهي حياة ذلك الفائض على الوجه الطبيعي)¹.

وفي هذا الشأن صدرت فتوى شرعية تحرم إنشاء بنوك النطف و الأجنة لحفظ الخلايا التناسلية للرجل والمرأة ممن يتمتعون بصفات معينة معتبرة ذلك نذير سوء يهدد الحياة الأسرية²، التي وصفها الله سبحانه وتعالى في قوله (وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً...) ³، فإذا كان المقصود من استخدامات هذه التقنية تلقيح بويضة المرأة بأي حيوان منوي يتم الحصول عليه فمن باب سد الذرائع وحفاظاً على الروابط الأسرية وصونا للأنساب من الاختلاط فإن هذا الأمر لا يكيف وأحكام الشريعة الإسلامية وبالتالي يعد غير جائز شرعاً لأنه سيؤدي إلى إنجاب أطفال خارج نطاق العلاقة الزوجية⁴، لذلك فمن فقهاء الشريعة الإسلامية من يرى ضرورة تدخل المشرع لحظر إنشاء مثل هذه البنوك سواء أكانت لدى المؤسسات الحكومية أم لدى القطاع الخاص⁵.

وفي ضوء ما أعقبه التقدم العلمي من تقنيات حديثة في المجال الطبي والتي دعت إلى تبني بعض الهيئات والمؤسسات الدينية المطالبة على ضرورة قيام المراكز الصحية المختصة بتلقيح العدد المطلوب من البويضات الأنثوية وعدم الإسراف في تكوين الأجنة خشية الوقوع في المحذور، و أن يقتصر العدد الملحق منها على ما تحتاجه عملية الزرع في بطانة الرحم لكل محاولة في سبيل نجاح الحمل تفادياً لوجود الفائض منها، فإذا كان هناك أجنة فائضة عن الحاجة فالطريق الأسلم لتخفيف حدة الحرمة هو من خلال تركها دون عناية

¹ مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 6، الجزء 3، ص: 1791.

² فتوى دار الإفتاء المصرية الصادرة في 1980/03/23 والمنشورة بمجموعة الفتاوى الإسلامية، المجلد 9، ص: 3213؛ ينظر: شوقي زكريا الصالحي: التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية -دراسة مقارنة، دار النهضة العربية -القاهرة، سنة 2001، ص: 144.

³ سورة النحل، الآية: 72.

⁴ مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثامنة، المرجع السابق، ص: 166.

⁵ أميرة عدلي أمير: مرجع سابق، ص: 203.

حتى تنتهي حياتها طبيعياً¹، فمن غير المعقول القول بإمكانية استيعاب رحم المرأة كل بويضاتها المخصبة، وعلى فرض إمكانية تحقق ذلك فإنه قد يعرض حياتها إلى الخطر، لذلك ووفقاً لمبدأ ترجيح أقوى المصالح المتضاربة يكون من الضروري المحافظة على حياة الأم وترك الأجنة الزائدة لمواجهة شأنها الطبيعي حتى الموت².

مما سبق يتبين أن الراجح هو إباحة بنوك الأجنة في حدود قاعدة الضرورات تبيح المحظورات و ضوابطها للاستفادة من تطور العلمي الحديث في مجال الطب لاسيما و أنها قد تخفف من آلام بعض النساء اللاتي يعانين من العقم أو اللاتي يوجد عندهن مشكلات في الإنجاب، كما أنها تخفف تكاليف عمليات التلقيح الصناعي، و مع ذلك يجب أن تقيد تلك الإباحة بقيود، حتى لا تخرج عن إطار المشروعية.

الفقرة الثانية: التكيف القانوني لتقنية بنوك النطف و الأجنة

يقصد بالتكيف إعطاء مسألة ما الوصف الشرعي والقانوني الملائم لها بهدف تطبيق ما يتناسب معها من أحكام شرعية وقانونية، إلا أن ذلك يكون من الصعب عند محاولة تكيف - على ضوء تقنية التلقيح الصناعي البشري - تقنية بنوك النطف و الأجنة بسبب الاختلاف الفعلي بين هذه التقنية وغيرها من التقنيات المساعدة في الإنجاب في عدة نقاط أهمها طريقة الاستخدام، والغرض والغاية منها، والنتائج المتحققة، و الأحكام الشرعية، فمنها ما يكون الغرض من اللجوء إلى استخدامها طلب الشفاء من الإصابة بالعقم وعدم الإخصاب أو تجاوز أثاره السلبية سعياً لتحقيق الغاية الأساس في تقديم المساعدة إلى الأشخاص المحرومين من نعمة الإنجاب، ومن ثم فالطبيعة العلاجية هو المعيار الموضوعي الذي يحدد الإطار الضروري للإنجاب باستخدام التقنيات الحديثة، والذي لا وجود له في استخدام تقنية بنوك النطف و الأجنة، لأنها لا تسعى إلى علاج الشخص المصاب بالعقم وعدم الإخصاب أو تجاوز الآثار الجانبية السلبية لهذه الإصابة و إنما تهدف إلى حفظ الخلايا التناسلية أو الأجنة سواء أكانت إرادة أصحاب هذه الخلايا قد اتجهت إلى حفظها بهدف استخدامها للحمل

¹ مجلس مجمع الفقه الإسلامي، مجلة المجمع، العدد 6، الجزء 3، المرجع السابق، قرار رقم 55، ص: 1791.
² سميرة عايد ديات: عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين القانون و الشرع، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، لبنان، الطبعة الأولى - سنة 2004، ص: 182.

مستقبلاً أم كان الغرض من الحفظ للمحافظة على حياة هذه الخلايا أو الأجنة الزائدة عن الحاجة بعد نجاح الحمل لاستخدامها في وقت لاحق¹.

لذلك فقد ذهب جانب من الفقه القانوني ومن أهل الطب للبحث عن سند لمشروعية تقنية بنوك النطف و الأجنة إلى التماس ذلك في الغرض العلاجي منها عن طريق دراسة الفيروسات وبحوث الغدد الصماء وأمراض الدم النادرة وأمراض الشيخوخة والسرطان والعقم وعدم الخصوبة وحالات عدم تحقق العلق، والذي يتطلب إجراء البحوث والتجارب الطبية على الأعضاء والأنسجة البشرية الحية لا الميتة، وخصوصاً في عمليات زرع الأعضاء، على اعتبار أن هذه التقنية تساعد الأطباء على اكتشاف أمراض الأجنة في مراحل مبكرة بهدف إيجاد العلاج الملائم لها ولمساعدة الكثير من الأشخاص في التخلص من الأمراض الوراثية والمستعصية والتي قد تؤدي إلى إنهاء حياتهم أو تجلب لهم الانفعالات والاكتئاب النفسي الذي يهدد في كثير من الأحيان إلى تعرض العلاقات الأسرية للانفكاك جراء الإصابة بهذه الأمراض أو نتيجة لعدم تحقق الإنجاب²، في حين من الفقه القانوني من يذهب إلى تلمس أساس إباحة هذه التقنية في ظل ما أعقبه التقدم العلمي الكبير والثورة البيو-تكنولوجية من تقنيات طبية حديثة حتى وإن لم تجد العلاج الشافي للإصابة بالعقم أو عدم الإخصاب، إلا أنها ساعدت على تجاوز آثاره السلبية المانعة من تحقق الإنجاب عن طريق الاتصال الجنسي المباشر بين الرجل والمرأة من خلال اللجوء إلى استخدام تقنية التلقيح الصناعي البشري الداخلي أو الخارجي، إلا أن ما خلفه قيام الأطباء المختصون بأخذ عدد من بويضات المرأة وتلقيحها لغرض استخدامها لأكثر من محاولة في سبيل نجاح الحمل من أجنة فائضة عن الحاجة، الأمر الذي استوجب التفكير والبحث لإيجاد تقنيات مساعدة أو ملحقّة أو مكملّة لتقنية التلقيح الصناعي وللحيلولة دون إتلافها غير المبرر³.

وتأسيساً على ما تقدم، وبعد تكييف تقنية التلقيح الصناعي بأنها تعد علاجاً للتخفيف من الآثار الجانبية السلبية للإصابة بالعقم وعدم القدرة على الإخصاب وتجاوزها وفقاً للمعنى

¹ تنقسم مخرجات الجسم البشري إلى ما هو معد للخروج أصلاً من الجسم كالسائل المنوي للرجل، و منها ما ليس كذلك كالبيضة الأنثوية و الدم؛ ينظر: محمود عبد الرحيم مهران: مرجع سابق، ص: 83.

² شوقي زكريا الصالحي: مرجع سابق، ص: 137.

³ علي هادي عطية الهاللي: مرجع سابق، ص: 254.

الواسع لمدلول كلمة المرض، على أساس التطور المطرد لمفهوم العمل الطبي الذي لم يقتصر على الشفاء، بل أصبح يعرف بالعمل الذي يمنح الطبيب ميزة العمل على أعضاء و أجهزة جسم الإنسان لتوجيهها بما يتلاءم وظروف حياته الاجتماعية والوظيفية والعائلية، ومن ثم فإن ما شهدته التقدم العلمي والتقني في المجالات الطبية يؤثر كثيرا على التكيف القانوني للعمل الطبي من حيث الإباحة أو عدمها، فنعتقد رجحان الرأي الفقهي القانوني الذي يعد تقنية بنوك النطف و الأجنة من التقنيات الملحقة لتقنية التلقيح الصناعي البشري.

و عليه يجب التأكد من ألا تكون لعملية تجميد الأجنة آثار جانبية سلبية على الجنين و ذلك إعمالاً لضوابط قاعدة الضرورات تبيح المحظورات، لأن إباحة هذه البنوك ليست بصفة عامة، و إنما من أجل ضرورة العلاج للحالات التي تستدعي التعامل بها، و ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها، و لا يجوز أن يكون شرعاً عاماً.

الفرع الثاني: موقف القانون الجنائي من بنوك النطف و الأجنة

إن الثورة البيولوجية التي نشطت في السنوات الأخيرة ساعدت في إيجاد بنوك لتخزين الحيوانات المنوية و البويضات بغرض معالجة حالات العقم أو حفظها لأغراض أخرى في الدراسة و البحث العلمي، و قد صاحب ذلك ثورة علمية في الهندسة الوراثية أدت إلى اكتشاف التلاعب في نتاج الجسد البشري من حيوانات منوية أو بويضات و حفظها في بنوك خاصة انتشرت في دول أوروبا و أمريكا.

و عليه سننتطرق إلى موقف كل من التشريعات المقارنة من بنوك النطف و الأجنة (الفقرة الأولى) على أن نختتم بموقف التشريع الجنائي المغربي من بنوك النطف و الأجنة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: موقف القانون المقارن من بنوك النطف و الأجنة

اهتمت أغلب القوانين بتقنين وتنظيم عمل تقنية بنوك النطف و الأجنة من خلال إصدار التشريعات التي تتضمن الشروط الواجب توافرها في شخص المودع أو المتبرع بالخلايا الجنسية و الأجنة وكيفية إعادة صرفها لأصحابها البيولوجيين أو لغيرهم ممن يتقدم بالطلب إلى البنك للحصول عليها، وقد انتشرت هذه البنوك (Semen Banks) منذ عام 1985م في بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا، ففي بريطانيا يتم حفظ عينات من

الحيوانات المنوية في أوعية خاصة وتحت ظروف معينة حتى بيعها إلى النساء الراغبات بتلقيح بيضاتهن بإحدى هذه العينات، وتقيد الإحصاءات أن هناك أكثر من مليون طفل - حتى أوائل التسعينات من القرن المنصرم- ولدوا من حيوانات منوية وبويضات لأشخاص متبرعين أو بائعين لهذه الخلايا التناسلية¹، وقد نظم وقن المشرع البريطاني ذلك بإصداره قانون الإخصاب البشري وعلم الأجنة لسنة 1990م² الذي نص على إباحة معالجة إصابة أحد الزوجين أو كلاهما بالعقم عن طريق الحصول على الخلايا التناسلية للرجل أو المرأة من أشخاص خارج العلاقة الزوجية، وبين الإجراءات واجبة الإتباع عند اللجوء إلى استخدام تقنية التلقيح الصناعي البشري الداخلي والخارجي وكيفية المحافظة على النطف و الأجنة البشرية، ومن أجل ضمان تطبيق أحكام القانون فقد تضمن النص على تشكيل هيئة الإخصاب البشري و الأجنة (H.F.E.A)³، المؤلفة من أعضاء خارج نطاق العمل الطبي يتم تعيينهم من قبل كاتب الدولة ويشرف على رئاستها اختصاصي في القانون، ومن أبرز مهامها إضافة إلى الإشراف منح الموافقة على اللجوء إلى استخدام التقنيات الحديثة المساعدة في الإنجاب، ومتابعة عملية تخزين مخرجات الجسم البشري من النطف أو الأجنة، ومدد الاحتفاظ بها والتي حددها القانون لمدة عشر سنوات لتخزين الحيوانات المنوية والبويضات، وخمس سنوات للأجنة، على أن يتم إتلافها بعد مضي هذه المدد وفق محاضر أصولية وتحت إشراف الهيئة، وما يشترط القانون توافره من شروط خاصة للسماح باستخدام هذه المخرجات منفردة أو مدمجة في الأبحاث والدراسات العلمية، وعدم صرف أو إعطاء النطف أو الأجنة إلا بموافقة مكتوبة في سجل يعد لهذا الغرض صادرة عن إرادة مدركة مختارة من قبل الواهب والمتلقي، على أن يكون للواهب الرجوع عن موافقته متى شاء شريطة أن يكون ذلك قبل الاستخدام، وأن يخبر الواهب المتلقي بكافة المعلومات الخاصة

¹ محمد علي البار: طفل الأنابيب و التلقيح الصناعي -نظرة إلى الجذور-، الدار السعودية للطباعة و النشر، جدة سنة 1987،

ص: 22.

² British law : "The Human Fertilization and Embryology Act of 1990", Publisher London Hmso, disponible sur le site :

-https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/pdfs/ukpga_19900037_en.pdf. vu 2021/04/03 à 13h12min.

³ H.F.E.A : Human fertilization and embryology authority.

بالنطف أو الأجنة، ومن سيكون الأب أو الأم الحقيقية للطفل، وعلى وجه الخصوص إن كان من الأجانب وأن قانون بلده يتعارض مع القانون البريطاني¹.

و بكاليفورنيا في الولايات المتحدة الأمريكية قام الدكتور "روبرت جراهام" بإنشاء وتأسيس أول بنك في العالم سنة 1980م يمارس عملية شراء الحيوانات المنوية من العباقرة والعلماء الحاصلون على جائزة نوبل، دون ذكر أسمائهم منعا للمشاكل المتوقع حدوثها مستقبلا وهذا التزام قطعه البنك أمام السلطات الرسمية، إلا أن الحقيقة لدى البنك كتالوج يتضمن كافة المعلومات الشخصية وبيان قدراتهم وملكاتهم العقلية والذهنية وتفاصيل خاصة بنبوغهم وأية معلومات أخرى يمتاز بها أصحاب الحيوانات المنوية، ثم يتم بيع عينات منها لمن تريد أن تنجب طفلا ذكيا أو عبقريا، فما عليها إلا أن تختار مواصفات الطفل وترسل مبلغ قدره ألف دولار فقط، وقد أنجبت بهذه الطريقة أكثر من أربعين سيدة باختيار خلايا تناسلية لبعض العباقرة والنابعين من ذلك البنك²، و يُجرى على المتبرع العديد من اختبارات السلامة الصحية للتأكد من خلو خلاياه الجنسية من الأمراض الوراثية والمستعصية وفق سياق (بروتوكول) موافق عليه من قبل إدارة الأغذية والعقاقير (FDA) الأمريكية، وتشتمل هذه الاختبارات على إجراء فحوصات طبية بفترة لا تزيد عن ثلاثون يوما قبل وهب الحيوانات المنوية والبويضات الأنثوية أو تخزين الأجنة للكشف عن الأمراض التي يجب أن يكون المتبرع سليما من الإصابة بها مثل "السفلس" و "التهاب الكبد الفيروسي B و C" و "الكلاميديا" و "السيلان" و "التلاسيميا" و "فيروس نقص المناعة المكتسب" وغيرها³.

أما المشرع الفرنسي فقد نظم بنوك الحيوانات المنوية من خلال تشريع قانون احترام الجسد البشري رقم (653) لسنة 1954م المتضمن إجراءات الحفاظ على الخلايا الجنسية للرجل والمرأة وطريقة تخزينها بهدف استخدامها عند الطلب وبين عدم إمكانية الحصول على هذه المخرجات إلا بعد استحصال موافقة المتبرع التحريرية ولهذا الأخير الحق في

¹ أحمد حسام طه تمام: المسؤولية الجنائية للهندسة الوراثية في الجنس البشري -دراسة مقارنة-، الناشر الهيئة المصرية العامة للكتاب- مصر، 2007، ص: 260.

² عطا عبد العاطي السنباطي: بنوك النطف و الأجنة -دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، الطبعة الأولى -1421هـ/ 2001م، ص: 100 و 101.

³ BioGenetics Corporate, disponible sur le site :

- https://sperm1.com/biogenetics/about_us.html. vu 2021/03/25 à 17h12min.

العدول عن موافقته متى شاء قبل الاستخدام على أن لا يتم استخدام مخرجات المتبرع لأكثر من خمس حالات حمل، لذا نادى بعض علماء الطب إلى ضرورة إنشاء مراكز لدراسة وحفظ هذه المخرجات يطلق عليها تسمية السيكوس (C.E.C.O.S)¹. فمن المبادئ المقررة بمراكز السيكوس أن يستفيد من هذا النظام الرجل و المرأة الطبيعية جنسيا، و أنه لا تقبل إلا الحالات ذات الأسباب الطبيعية مثل حالات العقم الذكري و العوامل الوراثية، و أنه ليس للطرف المتلقي للتلقيح الصناعي أن يختار المعطي المانح إذ أن ذلك يتم بواسطة أخصائي المركز المختص. كما و أنه يشترط في الشخص المعطي أن يجتاز الحد الأدنى للحاجز الوراثي سواء من الناحية الشخصية أو العائلية و تم تحديد الحاجز الوراثي بأن يهدف إلى منع انتقال أكثر العيوب الوراثية شدة و أوسعها انتشارا و ليس منع كل العيوب و يتم استبعاد الملقح (المانح) الذي يعاني من هذه العيوب و قد تم رصد قائمة للعوامل الوراثية المستبعدة، و كذلك بالنسبة للمتلقيات يتعرضن لفحوص طبية لتجنب أي اضطرابات وراثية، و لذلك يمكن رفض طلب المتلقية إذا اتضح أنها تعاني بعامل من العوامل الوراثية المستبعدة أو أي أمراض أخرى تؤثر على عملية التلقيح².

كما يجب أن يتم تلقيح بويضة المرأة بالحيوان المنوي للرجل داخل هذه المراكز أو خارجها في العيادات المختصة بإجراء ذلك، وقد منع القانون مزاولة أي جهة نشاط تلقي أو معالجة أو حفظ أو إجراء التنازل عن الأجنة إلا في المؤسسات التي لا تهدف إلى الربح وأن تكون مرخصا لها من قبل السلطات الإدارية بممارسة هذا العمل³، و على أثر تلك المطالبات تم إنشاء أول بنك لحفظ ودراسة السائل المنوي للرجال بمستشفى "باستير" سنة 1973م وسط ضجة إعلامية معارضة، إلا أن ذلك لم يؤثر شيئا في الرأي العام داخل فرنسا بسبب

¹ ويقصد باتحاد السيكوس الفرنسي هي مراكز طبية تخصصية نادى على ضرورة إنشائها علماء الطب في فرنسا سنة 1973م لغرض القيام بدراسة وحفظ الحيوانات المنوية للرجال والبويات الأنثوية للنساء، وقد أطلقوا عليه تسمية سيكوس "Cintre étude et de conservation des œufs et du sperme humain" ومختصرها (C.E.C.O.S)، وكانت موافقة السلطات الفرنسية على إنشاء هذه المراكز استجابة لمبادئ الحرية المطلقة التي نادى بها الثورة الفرنسية، ومن أهم مبادئها أنه لا يقبل الأخذ من متبرع بالحيوان المنوي لا يقع عمره بين (18-55) سنة على أن يكون قد سبق له الإنجاب لمرة واحدة على الأقل، وأن لا تجري عمليات التلقيح الصناعي الخارجي إلا للأزواج الطبيعيين جنسيا إلا أنهم يعانون من الإصابة بالعقم أو عدم الإخصاب وسلامة المتبرع من الأمراض الوراثية بغية منع انتقال أشد الأمراض والتشوهات الخلقية عبر الأجيال، إلا أنه يؤخذ على هذه المراكز أنها ساعدت على إنشاء مراكز قانونية شاذة عملت على انتشار عمليات أطفال الأنابيب والتبرع بالنطف البشرية منفردة ومندمجة، وانتشار ظاهرة استخدام تقنية الرحم المستأجر.

² أميرة عدلي أمير عيسى خالد: مرجع سابق، ص: 92.

³ أميرة عدلي أمير عيسى خالد: الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، م.س، ص: 90.

الانتشار السريع لهذه المراكز حتى أصبح عددها أكثر من عشرون مركزا منتشرة على شكل شبكة داخل المستشفيات الجامعية، ترتبط معها مباشرة أو عن طريق اتفاق، وهي تتمتع بسلطة إدارة مستقلة عن هذه المستشفيات، وتتجمع هذه المراكز في شكل إتحاد فيدرالي يكفل التنسيق فيما بينها على المستوى القومي، ويسمح بوجود علاقة مع السلطة صاحبة الوصاية (وزير الصحة)، وتطبق جميع هذه المراكز نفس القواعد المعمول بها من قبل المركز الأم في العاصمة باريس¹.

ومن ثم صدر المرسوم الوزاري رقم (327/88) ورقم (328/88) بتاريخ 8 نيسان 1988م الخاص بتنظيم نشاط المؤسسات والمعامل التي تمارس عمليات التلقيح الصناعي البشري بنوعيه، حيث تناولت أحكام المرسوم الأول استخدام تقنية التلقيح الصناعي البشري، أما المرسوم الثاني فقد تناول تشكيل لجنة وطنية خاصة بطب وبيولوجيا الإنجاب²، وأوجبا على مجلس نقابة الأطباء الالتزام باحترام أجنة الأنابيب حتى وإن كانت محفوظة في بنوك النطف و الأجنة لسريان أحكام الحماية الجنائية عليها ومعاقبة كل من يقوم باتلافها أو بمعاملتها على أنها أشياء أو منتجات تجارية³، ليصدر بعدئذ المشرع القانون رقم (654) لسنة 1994م الذي نظم حالات التبرع واستغلال الأعضاء ومخرجات الجسد البشري وبين إجراءات التبرع بالأجنة، وأسبغ حماية خاصة بالجنين البشري من خلال فرض عقوبات جنائية ضد كل شخص يحصل على أجنة بشرية بمقابل أيا كانت صورته، ويسري ذلك على كل من يقوم بإجراء عملية التلقيح الصناعي البشري الخارجي لأهداف تجارية أو صناعية⁴.

الفقرة الثانية : موقف التشريع الجنائي المغربي من بنوك النطف و الأجنة

عالج المشرع المغربي عمليات تخزين وحفظ اللواقح و الأمشاج و الأنسجة التناسلية⁵ في الفرع الثاني من قانون رقم 47.14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب،

¹ عطا عبد العاطي السنباطي: مرجع سابق، ص: 101.

² شوقي زكريا الصالحي: مرجع سابق، ص: 142.

³ سعد طاهر عبد الهاشمي: الآثار الجنائية للتلقيح الصناعي البشري، رسالة الماجستير، كلية القانون – جامعة بغداد، 1999،

ص: 129.

⁴ محمد علي البار: طفل الأنابيب و التلقيح الصناعي - نظرة إلى الجذور -، م.س، ص: 530 و ما بعدها.

⁵ نميز في هذا الإطار بين بنوك المنى من جهة وبنوك الأجنة من جهة التي نحن بصدددها، فبنوك المنى التي تعتبر وسيلة تجميد المنى واستعماله في تقنيات الإنجاب الحديثة من أهم الوسائل المستخدمة للحصول على الأجنة يطلق عليها بنوك المنى وهي

حيث عمد إلى تنظيم استخدام هذه التقنية بالنظر إلى الانتشار الواسع لاستخدام تقنية التلقيح الصناعي، وهو ما تبلور على أرض الواقع، بحيث أنشأت وزارة الصحة المغربية مركزاً عمومياً¹ للمساعدة الطبية على الإنجاب -الأول من نوعه- و الذي مكن من مساعدة الأزواج من معالجة الإصابة بالعقم وعدم الإخصاب أو من يعانون بالنقص المتزايد للحيوانات المنوية أو المصابين بالسرطان أو بعض الأمراض الخطيرة التي تصيب الخصية.

و قد عاقب المشرع بموجب المادة 41 من القانون رقم 47.14 على إتيان أحد الأفعال أدناه بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات، و غرامة من 50.000 إلى 100.000 درهم:

1. حفظ اللواقح و الأنسجة و الأمشاج و الأنسجة التناسلية – تجميد الأجنة: وحيث

يقوم الأطباء بعملية أطفال الأنابيب من خلال دمج حيوان منوي واحد مع بويضة واحدة خارج الرحم، و في أنبوبة و يتم إدخالها داخل الرحم، و بالتالي يبقى الكثير من الحيوانات المنوية خارج العملية، و يستعين الأطباء ببعض الهرمونات بغرض استخراج عدد كبير من البويضات، و تبقى تلك الحيوانات والبويضات زائدة عن العملية، ولأن العملية قد تفشل فإن الأطباء يحتفظون ببعض البويضات ملقحة من حيوانات منوية خاصة بالزوجين جاهزة لأي عمليات أخرى، وهذا ما يعرف بتجميد الأجنة (La congélation)²، ويتم وضعها في بنوك للأجنة تعرف ببنوك الحيوانات المنوية أو حيوانات النطف (Semen Bank) وتقوم هذه البنوك إما بالاحتفاظ بالحيوانات أو النطف منفردة أو تلقيحها وحفظها كبويضات ملقحة، وذلك باستخدام طرق كيميائية³.

عبارة عن مخازن حفظ وتخزين الحيوانات المنوية عن طريق تبريدها وتجميدها وحفظها لمدة قد تطول لأكثر من ربع قرن؛ ينظر: عبد الحميد محمود طهماز: "الأنساب والأولاد"، دار القلم دمشق سوريا، الطبعة الأولى 1987، ص: 73.

¹ أول مركز عمومي بالمغرب و الذي أنشأ في 2016/05/20 بمدينة الرباط، من طرف وزارة الصحة المغربية، بحيث يهدف هذا المركز إلى تكوين اختصاصيين في ميدان التوليد و أمراض النساء نهيك عن تطوير البحث العلمي و الخبرات في المساعدة على الإنجاب، و من بين التقنيات التي يتوفر عليها المركز، التخصيب خارج الرحم -التلقيح الصناعي - التلقيح المجهرى..؛ ينظر موقع الانترنت:

- <http://www.churabat.ma/index.php/maternite-souissi>. vu 2022/01/03 à 12h33min.

² - بدأ التعرف على عملية تجميد الأجنة لأول مرة عام 1976م، وسمح بنك الأجنة بإجراء عملية تجميد مؤقتة للأنسجة والبويضات واللقاحات، وهي عبارة عن ثلاجة أو غرفة كيميائية صغيرة يستخدم فيها النيتروجين السائل بغرض التبريد، ويتم الحفظ بواسطة تجميد الأنسجة و الخلايا تماماً، وعندما تتجمد الأنسجة تقف كل التفاعلات الحيوية، وعندما يراد استخدام الأجنة يسمح الأطباء برفع درجة الحرارة تدريجياً فتعود التفاعلات الكيميائية مرة أخرى أي تعود الحياة للأجنة، و بذلك يجد الطبيب لديه في البنك أجنة جاهزة للاستخدام في أي وقت، فإذا جاء الطلب عليها أخرجها من بنوكها وسمح لها بالنمو؛ ينظر: محمد علي البار: طفل الأنابيب والتلقيح الصناعي، المجموعة الإسلامية، السعودية، الطبعة الخامسة 1990، ص: 81.

³ أميرة عدلي خالد: الحماية الجنائية للجنين، م.س، ص: 88.

والهدف من تجميد البويضات الملقحة هو مساعدة الأسر نفسيا وجسديا، ففي حالة فشل العملية ورغبة الزوجين في إعادتها يقوم الطبيب بتذويب بعض البويضات الملقحة وزراعتها في رحم المرأة دون الحاجة إلى إجراء عملية من جديد، وكذلك في حال نجاح العملية ورغبة الزوجين في إعادتها مرة أخرى بعد فترة من الزمن، فالأجنة المجمدة توفر الوقت والمشقة والتعب بالنسبة للمرأة حيث يغنيها عن الفحوصات وسحب البويضات ودخول المستشفيات.

و من خلال استقراء مقتضيات القانون 47.14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب نجد أنه لا يمكن حفظ اللواقح إلا بغرض مضاعفة حظوظ الحمل بواسطة نقلها داخل الرحم، ولهذه الغاية يقرر الزوجان بتشاور مع الممارس عدد اللواقح التي سيتم حفظها، ولا يمكن للزوجين الذين تم الاحتفاظ بلواقحهما الاستفادة محاولة جديدة للإخصاب الأنبوبي قبل نقل هذه اللواقح إلا إذا كانت هذه الأخيرة غير قابلة للنقل، ويمكن الاستمرار في حفظ اللواقح غير المستعملة، بناء على طلب مكتوب من الزوجين بغرض التمكن من الإنجاب لاحقا لمدة لا تتجاوز خمس سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة¹.

فالمشرع المغربي كأصل عام اشترط استعمال كامل الأمشاج المأخوذة من الزوجين في عملية الإخصاب إلا إذا كانت الغاية من ذلك مضاعفة حظوظ الحمل بواسطة نقلها داخل الرحم، أو إذا تعذر إجراء عملية أخذ أمشاج الزوجين بصفة متزامنة قصد إجراء عملية الإخصاب، جاز للممارس حفظ أمشاج أحد الزوجين في انتظار أمشاج الزوج الآخر على ألا تتجاوز مدة هذا الحفظ سنة قابلة للتجديد مرة واحدة.

كما يمكن لكل شخص يخضع لعلاج من شأنه أن يمس قدرته على الإنجاب أو يستعد للخضوع لهذا العلاج، أو يحتمل أن تتأثر خصوبته بشكل مبكر، أن يلجأ إلى حفظ أمشاجه أو أنسجته التناسلية قصد استعمالها لاحقا في إطار المساعدة الطبية على الإنجاب، ولا يمكن حفظ الأمشاج والأنسجة التناسلية إلا بناء على طلب مكتوب من الشخص المعني أو من نائبه الشرعي إذا تعلق الأمر بشخص قاصر أو بشخص خاضع لإجراء من إجراءات الحماية القانونية، وبعد أن يشهد طبيبه المعالج بناء على المعطيات العملية المتوفرة بأن العلاج

¹ المادة 22 من قانون رقم 47.14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب.

الموصوف لمريضه من شأنه أن يمس قدرته على الإنجاب¹، و ذلك لمدة أقصاها 5 سنوات قابلة للتجديد بناء على أسباب مشروعة تبرر هذا التجديد².

2 . القيام باستيراد و تصدير الأمشاج أو الأنسجة التناسلية: إذ يمنع تصدير اللواقح و الأمشاج و الأنسجة التناسلية إلى الخارج و كذا استيراد اللواقح نحو التراب الوطني، غير أنه يمكن استيراد هذه الأخيرة بناء على ترخيص خاص تسلمه الإدارة المختصة بعد استطلاع رأي اللجنة الاستشارية قصد الاستجابة لطلب أحد الأشخاص المشار إليهم في المادة 24 من القانون رقم 47.14 الرامي إلى مواصلة حفظ أمشاجه أو أنسجته التناسلية لأغراض المساعدة الطبية على الإنجاب، و لا يمكن الحصول على الترخيص باستيراد الأمشاج و الأنسجة التناسلية، إلا من طرف المراكز أو المؤسسات الصحية المعتمدة لممارسة أنشطة المساعدة الطبية على الإنجاب وحدها دون غيرها، و يسلم هذا الترخيص بالنسبة لكل عملية استيراد مرتقبة، و يجب أن يتم استيراد الأمشاج و الأنسجة التناسلية طبقا لقواعد حسن الإنجاز المنصوص عليها في المادة 15 من قانون أعلاه، و لاسيما التي تضمن جودة الأمشاج و الأنسجة التناسلية و تتبع مسارها³.

خلاصة ما تقدم أن المشرع المغربي قد تأثر بالتقنيات الحديثة و التطورات التكنولوجية في الميدان الطبي و استجاب أخيرا لذلك بمقتضى القانون 47.14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، بحيث أباح من خلاله اللجوء إلى التلقيح الصناعي و بين شروطه، كما تعرض إلى العقوبات التي قد تنتج عن مخالفة القيود و الشروط القانونية الواردة على عملية التلقيح الصناعي، لكن ما يلاحظ على هذا القانون أنه اقتصر على ذكر و عرض شروط المساعدة الطبية على الإنجاب و العقوبات الناجمة عن مخالفة هذه المقترضات، تاركا ورائه جملة من الإشكالات المبهمة و فاسحا المجال لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية عليها، بالإضافة إلى غياب التنصيص على التغطية الصحية، بمعنى أن يكون هناك نص قانوني يبين بوضوح أن مختلف الخدمات التي يحتاجها الأزواج أثناء المساعدة على الإنجاب أو معالجة الجنين من الأمراض و العاهات التي تصيبه، بدءا من التشخيص

¹ المادة 24 من قانون رقم 47.14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب.

² المادة 25 من قانون رقم 47.14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب.

³ المادة 30 من قانون رقم 47.14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب.

مرورا بالعلاج و الاستشفاء وصولا إلى الجراحة مشمولة بالتغطية الصحية، و ذلك راجع إلى كون كلفة العلاجات في هذا المجال مرتفعة جدا إذا قد تتراوح بين 30.000 درهم و قد تصل إلى 45.000 درهم.

وتأسيساً على ما سبق من مواقف شرعية وقانونية، ندعو المشرع المغربي الذي عالج تقنية بنوك النطف و الأجنة إلى ضرورة سن قانون ينظم إنشاء هذه البنوك من قبل المؤسسات الطبية العمومية حصرا و التي لا تهدف إلى الربح و حتى لا تنحرف عن الهدف المنشود منها، محددًا الشروط الواجب توفرها في قبول عملية تخزين وتجميد مخرجات الجسم البشري من الخلايا التناسلية منفردة ومندمجة وتحديد من يجيز لهم التخزين كالأشخاص المرتبطين بعلاقة الزواج القانونية الدائمة، أو من يعانون خطر تعرضهم للإصابة ببعض الأمراض المستعصية التي تنتقل إلى الأبناء شريطة صدور تقرير طبي يؤيد ذلك الخطر من لجنة مختصة تشكل لهذا الغرض تتألف من أطباء مختصين لا يقل عددهم عن ثلاثة وقانوني ورجل دين ومن ترى الجهات المختصة إضافته لعضوية اللجنة، أو من الأشخاص المصابين بالعقم وعدم القدرة على الإخصاب، أو ما تراه الجهات المختصة مشمولًا بالجوء إلى استخدام هذه التقنية لأسباب مرضية، مستبعدًا فرضية قبول الإيداع للأشخاص غير المرتبطين بعلاقة الزواج الشرعي، على أن يتم استخدام النطف أو الأجنة المجمدة حال حياة الزوجين بعد توقيعهما تعهدًا خطيًا يلتزمان بموجبه باستخدام هذه الخلايا المجمدة لغرض الحمل فقط وخلال فترة محددة، على أن لا يسمح مطلقًا بإخضاع الأجنة المجمدة للأبحاث والتجارب العلمية غير العلاجية دون النظر إلى موافقة الزوجين لأن الرضا لا يبيح ارتكاب الأفعال غير المشروعة كون الجنين يتمتع بحق الحياة التي يكفل حمايتها القانون و لا يبيح لأي شخص الاعتداء عليها، و أن يحظر القانون كل فعل غير مشروع يتوقع ارتكابه خلافا لهذه الشروط أو ما يتم وضعه من قبل أصحاب الاختصاص الطبي و القانوني و الشرعي.

المبحث الثاني: الحماية القانونية في سلامة الجسم

لكل مجتمع نظام قانوني يستند إلى قيم و تقاليد في صورة مجموعة من القواعد المستقرة الأمرة و عدد ثابت من المبادئ العامة من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها. و على اعتبار نسبية فكرة النظام العام تختلف هذه المبادئ و تلك القيم تبعاً لاختلاف الزمان و المكان و الأشخاص، و تتمايز في مقابل ذلك القواعد القانونية مستجيبة لسنة فُطرت عليها و هي خضوعها لسنة التطور الاجتماعي.

و من بين القيم و المصالح المرعية التي عنيت التشريعات أو النظم القانونية و الدينية بحمايتها الكيان المادي للإنسان أو الجسم البشري. ذلك أن الإنسان هو غاية التنظيم الاجتماعي و الاعتداء على سلامة الجسم يؤدي إلى اهتزاز الثقة بالنظام الأمني للدولة.

و لقد استقر المبدأ العام و صمد في وجه رياح التغيير زمناً طويلاً و هو مبدأ "حصانة جسم الإنسان" أو "مبدأ حظر التعامل القانوني في الجسد"... و استقر بذلك الحق في سلامة الجسم ضمن أولويات الحقوق التي لا يمكن التنازل عنها، إلا أن التطورات الطبية اختزلت بعض هذه القدسية خدمة لهذا المبدأ و رعاية له بإقرار مشروعية التدخل الطبي، كل ذلك دون تجاوز النظام الحمائي القانوني لحق الإنسان و الجنين في سلامة جسمه (المطلب الأول)، ثم التطرق للحماية القانونية لسلامة الجنين من التجارب الطبية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحماية القانونية لحق الإنسان و الجنين في سلامة الجسم

ليس هناك من يجادل في أن جسم الإنسان كله محل للحماية فهي تنبسط عن كل أعضائه، ظاهره وباطنه، و لا تنحصر عن أي منها على الإطلاق. و ذلك أن لكل عضو في حياة الإنسان وظيفة يؤديها، فليس ثمة عضو لا نفع له. و قد تتفاوت الأعضاء فيما بينها في أهمية الوظيفة التي يؤديها كل منها، و لكنها جميعاً تحظى من جانب المشرع بقدر واحد من الحماية القانونية، و لهذا يتساوى العدوان على كافة الأعضاء، و إذا كان القانون يغيّر في العقاب على الإيذاء في بعض الأحيان فليس في هذه المغايرة إقرار بسيادة عضو على غيره من الأعضاء، لأن مناط التشديد في هذه الأحوال هو جسامة العدوان لا قيمة العضو الذي كان محلاً لهذا العدوان.

و لدراسة الحماية القانونية لحق الإنسان و الجنين في سلامة الجسم يتعين أولاً أن نحدد مضمون الحق في سلامة جسم الإنسان (الفرع الأول)، ثم نعقب ذلك ببيان الحماية القانونية لسلامة جسم الجنين و تكامله في ضوء تطور العلوم الطبية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مضمون الحق في سلامة جسم الإنسان

إن موضوع حقوق الإنسان بشكل عام ظل شغل المجتمعات البشرية على اختلاف تشريعاتها و نظمها وسياساتها، وأن هذا الاهتمام بحقوق الإنسان كان نتاج الإحساس بالمسؤولية للأعضاء الآخرين في نفس الأسرة الإنسانية. و من أبرز موضوعات حقوق الإنسان حقه في سلامة جسده، ذلك الجسد الذي يحيا بروحه ومن حق هذا الإنسان أن يحفظه وهو من الحقوق اللصيقة به، هذا الحق الذي تعرض للانتهاك عبر مر العصور يجب أن توفر له الحماية الكافية لحفظه وصونه، بحيث قد تكون هذه الحماية في القوانين الداخلية وقد تكون في القوانين الدولية، فحق الإنسان في سلامة جسده يبقى من أقدس الحقوق اللصيقة بهذا الإنسان والذي يجب المحافظة عليه. ولأهمية هذا الحق أثّرنا أن نعالجه من خلال بيان مفهوم الحق في سلامة الجسم (الفقرة الأولى)، ثم نعقب ذلك بالأفعال الماسة بالحق في سلامة الجسم (الفقرة الثانية)، ثم نتطرق أخيراً لأساس إباحة بعض أفعال الاعتداء على الحق في سلامة الجسم (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: مفهوم الحق في سلامة الجسم

لقد عرف الفقه¹ الحق في سلامة الجسم بكونه مركزاً قانونياً يخوله شاغله في حدود القانون، الاستئثار بتكامله الجسدي و المستوى الصحي الذي يعيشه، وبسكينته البدنية و النفسية. و يعرف أيضاً بأنه مصلحة للفرد يحميها القانون في أن يظل جسمه مؤدياً كل وظائف الحياة على النحو الطبيعي الذي ترسمه و تحدده القوانين الطبيعية، و في أن يحتفظ بتكامله الجسدي، و أن يتحرر من الآلام البدنية².

و لقد نص الدستور المغربي لسنة 2011 في الفقرة الأولى من الفصل 22 على أنه: "لا يجوز المس بالسلامة الجسدية أو المعنوية لأي شخص، في أي ظرف، و من قبل أي

¹ عصام أحمد محمد: النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، مكتبة الكندي، سنة 1988، ص: 10.

² محمود نجيب حسني: الحق في سلامة الجسم و مدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات ، مجلة القانون و الاقتصاد س 29، العدد الثالث- سنة 1959، ص: 53.

جهة كانت، خاصة أو عامة". و تبعه في ذلك القانون الجديد المتعلق بمزاولة مهنة الطب. فبعد أن نص في الفقرة الثانية من المادة الثانية منه على أنه "يجب على كل طبيب، كيفما كان القطاع الذي ينتمي إليه و شكل ممارسته للمهنة، أن يحترم في ممارسته المهنية..... سلامة و كرامة و خصوصية المرضى الذين يعالجهم.." ثم أعاد التأكيد على "سلامة المرضى" في أكثر من مادة (المواد 43 و 58 و 71 و 72 و 79 و 90) كما نص عليه القانون المتعلق بالأبحاث البيوطبية و جعله من المبادئ الأساسية التي يتعين احترامها من لدن الباحثين و غيرهم من المشاركين في هذه الأعمال (المادة 3).

و عليه فإن حق الإنسان في السلامة الجسدية له عناصر ثلاثة:

أولاً: الحق في أن تظل عظام الجسم و أجهزته تؤدي وظائفها على نحو عادي و طبيعي. و من ثم فإن أي فعل من شأنه أن يؤدي إلى اختلال السير الطبيعي لهذه الأعضاء، سواء كان ذلك بطريق إحداث المرض، أو الزيادة في قدر مرض كان يعانيه الشخص -يعد من الأفعال الماسة بالحق في سلامة الجسم لإخلاله بعنصر المحافظة على المستوى الصحي- البدني أو العقلي أو النفسي -للمجني عليه- فالحق في سلامة الجسم يقتضي المحافظة على الحالة الصحية للشخص أو هيئتها.

و يتحقق الإخلال بالسير الطبيعي لأعضاء جسم الإنسان أو أجهزته في أبرز صورة بإحداث المرض لدى المجني عليه، و المراد هنا هو كل اعتلال بالصحة يضعف من مقاومة أجهزة الجسم أو من قوتها و مقدرتها على أداء وظائفها على النحو الطبيعي و المعتاد، فإذا أصيب الإنسان بالمرض فإن أي فعل من شأنه زيادة في مقدار المرض يعد مساساً بسلامة الجسم¹.

و يلاحظ أنه يستوي في هذا الشأن المرض الجسدي و المرض العقلي و المرض النفسي، و يقصد بالمرض الجسدي كل اختلال ينال من السير الطبيعي للوظائف العضوية للجسد، أما المرض العقلي فيتسع لكل حرمان أو انتقاص من الملكات الذهنية التي يتمتع بها

¹ عرفت محكمة الاستئناف بمصر المرض بأنه "اختلال الصحة و ضعف القوة التي لا يستطيع الإنسان معها أن يباشر أعماله الشخصية بدون أن يعرض نفسه للضرر.."، استئناف مصر 1897/10/19 مجلة الحقوق، س 12 ق 89، ص: 832. أشار إليه: حسن محمد ربيع: المسؤولية الجنائية في مهنة التوليد (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص: 13.

الفرد و لو كان لا يعد و الصدمة العصبية أو الاختلال النفسي أو الإغماء العارض الذي تتعطل فيه القدرة على الإدراك خلال فترة زمنية يسيرة.

ثانياً: الحق في الاحتفاظ بالتكامل الجسدي: و هو يعني احتفاظ الإنسان بكل جزئية من مادة جسده أياً كان قدرها و أهميتها في التركيب البنائي للجسم بحيث إذا فقد جزء من هذه الجزئيات، اعتبر ذلك إخلالاً بالتكامل الجسدي الذي يجب أن تكون عليه أجهزة و أعضاء الجسم، و عد هذا الانتقاص مساساً بسلامة الجسم و تكامله. و من أبرز الأمثلة على ذلك فصل أو بتر عضو أو طرف في جسم الإنسان. و يتحقق المساس أيضاً بالعبث بمادة الجسم و الإخلال بتكامل أجزائها إذا أحدث الفعل إخلالاً بتماسك خلايا الجسم أو أضعف تماسكها و تلاصقها و الأنسجة الموجودة حوله. كما يتحقق بتشويه مادة الجسم بإحداث تغيير في الوضع الخارجي المألوف لصورة الجسم. و يلاحظ أنه يستوي في كون الفصل ماساً بتكامل الجسم أن يترك أثراً بالجسم لفترة وجيزة أو لم يترك هذا الأثر.

ثالثاً: الحق في أن يتحرر الإنسان من الآلام البدنية و النفسية ، و يتحقق هذا الإيلام بما قد يلحق الشخص من أذى في شعوره بالارتياح و السكينة، فأى فعل من شأنه المساس بهدوء الجسم أو سكينته بإحداث ألم بدني أو نفسي، أو الزيادة من مقدار الألم الذي يعاني منه المجني عليه، يتحقق به المساس بسلامة الجسم حتى ولو لم يترتب على ذلك الهبوط بمستواه الصحي أو الانتقاص من أعضاء جسمه أو الإخلال بوظائف هذه الأعضاء. و لذلك يعد إجبار المجني عليه على تناول مادة ذات مذاق سيء تُخلف له إحساساً بالألم البدني، عدواناً على الحق في سلامة الجسم، لمساس الفعل بالسكينة البدنية بالرغم من عدم إضرار تناولها بصحة المجني عليه أو هبوطها، أو مساسها بالتكامل الجسدي¹.

و النظام العام الصحي بهذا المعنى يقتضي المحافظة على حياة الأفراد و سلامة أجسادهم، و لا يجوز المساس بهما حتى ولو كان ذلك برضا الفرد نفسه، لأن مصلحة المجتمع تتمثل في أن يتمتع أعضاؤه بالسلامة الجسدية، و أن تتدخل الدولة بإلزام الأفراد

¹ محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية – سنة 1988، ص: 431.

باتخاذ تدابير علاجية أو وقائية لهذه الغاية. بل و أيضا و بصفة عامة، حق كل فرد في الحماية من أي اعتداء على صحته و على سلامة جسده و على حقه في الحياة.¹ و عليه فإن الفقه و القضاء مستقرين على النظر في النظام العام الصحي من خلال زاوية واحدة فقط و هي سلامة جسم الإنسان، حيث يعتبره فقهاء القانون المدني و كذا التشريع الوطني خارجا عن دائرة التعامل، في الوقت الذي أكد فيه القانون الجنائي مبدأ الحق في سلامة الجسم.

الفقرة الثانية: أفعال المساس بالحق في سلامة الجسم

يعد التوليد فرع من فروع الطب الهامة، و تعتبر عملية التوليد بحد ذاتها من حيث ماهيتها من الممارسات المحفوفة بالكثير من المخاطر و المفاجآت و هذا يعني بدوره أن ما يتصرفه القائم على التوليد، لا يمكن لأي شخص الوقوف على حقيقة الأسباب التي دعت الشخص القائم بالتوليد إلى التصرف على النحو الذي جرى عليه، لذا فإن خطأ التوليد هو من بين الأخطاء الطبية الذي تستدعي قيام مسؤولية الطبيب المرتكب له.

و تبدأ مسؤولية الطبيب من ساعة حدوث الحمل، إذ يحظر على الطبيب أن يصف للمرأة الحامل العلاجات الغير مناسبة و التي من شأنها أن تلحق الأضرار بالجنين أو تؤدي إلى سقوطه، كإعطاء أدوية ذات طبيعة سمية أو تخديرية، كحبوب الفالسيوم و غيرها من الأدوية التي يمنع إعطائها للمرأة الحامل في المرحلة الأولى من الحمل، و كذلك يسأل طبيب التوليد عن الأخطاء التي يرتكبها أثناء الفحص السريري، سواء كان ذلك بالضغط على جدار الرحم، أو عند استخدام الآلات كالمجس الرحمي إذا ما أدى ذلك إلى الإجهاض، و على المحكمة أن تبحث فيما إذا كان الطبيب قد أعطى العلاج لضرورة علاجية أو أنه قام بإعطائه برعونة و عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة في كيفية استخدام الدواء، كما يسأل الطبيب المشرف الذي يراقب المرأة الحامل و يقوم بإجراء الفحوصات الدورية لها عن الأضرار الناتجة عن تقصيره في هذا المجال، لاسيما إذا لم يستخدم الآلات الحديثة كالأجهزة

¹ أحمد ادريوش: العقد الطبي، دراسة تحليلية و تأصيلية للمقتضيات القانونية المؤطرة للعلاقة بين الطبيب و زبونه، مرجع سابق، ص: 109.

التلفزيونية أو الأجهزة التي تستخدم لقياس ضربات قلب الجنين أو انتظام ذلك، و على الطبيب المشرف أن يوضح للمرأة الحامل جميع المسائل المتعلقة بحالتها.

و يمكن مساءلة الطبيب عن الإصابات التي تنتج عن جهل أو تقصير أو عدم إتباع أصول علمية ثابتة، كما في حالة تمزق الرحم و خرق بواسطة مجس الرحم أو ثقب الرأس أو بتر بعض أعضاء الوليد دون أي ضرورة أو كسر جمجمته أو فقء عينه و أيضا كما في حالة إجراء عملية قيصرية بطريقة مخالفة للأصول العلمية الطبية و دون أن يكون هناك ضرورة لذلك¹.

إن المساس بالحق في سلامة الجسم قد يكون بالفعل يُقدم عليه الجاني أو عن طريق تقديم مواد ضارة، و التي يقصد بها كل مادة تؤدي إلى الإضرار بصحة الإنسان سواء بقدر يسير أو جسيم و لكن العبرة بالتأثير النهائي لتلك المادة و هي كل مادة من شأنها الإضرار بالصحة بصفة عامة، و لو في قدر ضئيل منها²، فأى فعل يؤدي إلى الإضرار بأي وظيفة من وظائف الجسم سواء كان هذا الإضرار مؤقتاً أو مستديماً يتحقق معنى الإضرار بالصحة. و يلاحظ أن مفهوم الجسم لا يقتصر على مادته فقط بل يشمل أيضاً وظائف الجسم الذهنية و النفسية، و بالتالي فإن إعطاء أي مادة من شأنها أن تعرقل أو تخل بأحد وظائف الجسم الذهنية أو النفسية يعد إضراراً بالصحة.

و تحديد مفهوم المادة الضارة على هذا النحو من الأمور الموضوعية التي يستخلصها قاضي الموضوع حسب ظروف كل واقعة على حدة و بالاستعانة بأهل الخبرة في هذا المجال، فليس هناك مادة ضارة و أخرى نافعة بصفة مطلقة، و إنما الضرر و النفع من خصائص المواد جميعها، و يتوقف الحكم على المادة بأنها ضارة أو نافعة على ظروف اتصالها بالإنسان، و يدخل في ذلك مقدار المادة و طريقة تناولها و اختلاطها بغيرها من المواد و سن من قدمت إليه و حالته الصحية.

و يلاحظ أخيراً أنه لا يتطلب في المادة الضارة أن تكون على شكل معين، فقد تكون من المواد الصلبة أو الغازية أو السائلة، كما أنه لا عبرة بوسيلة الأعضاء سواء تمت عن

¹ عبد الصبور عبد القوي مصري: جرائم الأطباء و المسؤولية الجنائية و المدنية عن الأخطاء الطبية بين الشريعة و القانون، دار العلوم للنشر و التوزيع القاهرة، سنة 2011م، ص: 321 و 322.

² حسن محمد ربيع: مرجع سابق، ص: 16.

طريق الفم أو الحقن أو الاستنشاق، فمن يجعل المجني عليه يستنشق غازاً يحتوي على ميكروبات ضارة بالصحة يعد مرتكباً لفعل إعطاء المواد الضارة، و من يضع على جسم شخص مادة سامة فتتسرب خلال مسامه إلى داخل الجسم و تخل بالسير الطبيعي لأجهزة و وظائف الجسم يعد فعله إعطاء لمواد ضارة. كما يتوافر الفعل إذا حقن الجاني المجني عليه بالمادة الضارة كرها عنه بإيهامه بفائدتها¹.

و تجدر الإشارة إلى أن العبرة في تحديد تأثير المادة على الصحة هو بالأثر النهائي لتعاطي المادة الضارة لا بالأثر الوقتي الذي قد ينشأ عن تعاطيها، فلا تعتبر المادة ضارة و بالتالي لا تقع الجريمة إذا ترتب على إعطائها اضطراب عارض في وظائف الجسم للمجني عليه، ثم انتهى الأمر بتحسّن في حالته الصحية. و لذلك ينبغي عدم التسرع في الحكم بإضفاء الضرر على مادة معينة حتى تنتج هذه المادة كل تأثيرها على جسم المجني عليه ثم نقارن بعد ذلك بين سير وظائف الجسم قبل إعطاء المادة الضارة و سيرها بعد أن أنتجت المادة كل تأثيرها – أقل انتظاماً كان الأضرار بالصحة محققاً و العكس صحيح، إذ بغير تحقق الضرر الفعلي بالصحة لا يكون ثمة محل للقول بأن المساس بسلامة الجسم قد تحقق.

الفقرة الثالثة: أساس إبادة بعض أفعال الاعتداء على الحق في سلامة الجسم

الأصل وفقاً لمبدأ الشرعية الجنائية أن الأفعال جميعاً مباحة ما لم يخضع المشرع فعل منها لنص تجريم ينهي عنه و يقرر من أجله عقوبة بهدف حماية مصلحة جديرة بالحماية، فإذا وجد نص التجريم أصبح الفعل جريمة من أجل حماية حق الإنسان في سلامة جسمه و تكامله الجسدي.

غير أن هناك حالات قد يرتكب فيها الشخص أفعالاً تبدو من حيث الظاهر مستجمعة كل العناصر التي تلزم لاعتبارها جريمة، و لكنها مع ذلك لا تعد جريمة، لأن هذا الفعل قد ارتكب في ظروف لا يصح معها تطبيق نص التجريم، إذ أن هذا التطبيق لا يحقق في تلك الظروف الغرض المقصود منه، و هو حماية مصلحة معتبرة، أو لأن الجريمة تحقق مصلحة أولى بالرعاية، و هو ما نص عليه المشرع في القانون الجنائي المغربي في الفصل 3-453، و تتمثل في إبادة الإجهاض في حالة وجود تشوهات خلقية خطيرة و الأمراض الصعبة التي

¹ محمد ربيع: المسؤولية المدنية للدولة عن أضرار التلوث الإشعاعي- دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص: 16-17.

يصاب بها الجنين، حيث جاء فيه لا يعاقب على الإجهاض إذا قام به طبيب في مستشفى عمومي أو مصلحة معتمدة لذلك في حالة ثبوت إصابة الجنين بأمراض جينية حادة أو تشوهات خلقية خطيرة غير قابلة للعلاج وقت التشخيص بواسطة شهادة تسلمها لجنة طبية يعينها وزير الصحة لكل جهة من الجهات على أن يتم الإجهاض قبل مرور 120 يوماً من الحمل، و تحدد لائحة الأمراض الجينية و التشوهات الخلقية المشار إليها في الفقرة السابقة بقرار من السلطة الحكومية المكلفة بالصحة بعد استطلاع رأي هيئة الوطنية للطبيبات و الأطباء و يحدد هذا القرار أنواع الفحوصات الآنية و المخبرية التي يتعين إنجازها للتأكد من خطورة الأمراض و التشوهات. و بالتالي جعل من آثارها إباحة الفعل المجرم لتصبح من أسباب الإباحة و بمقتضاها يسقط وصف التجريم من الفعل فلا يعتبر جريمة.

و يتضح لنا من ذلك أن الجاني قد يرتكب على جسم المجني عليه أفعالاً تعد ماسة بسلامته الجسدية لإخلالها بالمستوى الصحي الذي يعايشه المجني عليه، أو لمساسها بالتكامل الجسدي لديه، أو لكونها تخلف آلاماً بدنية أو نفسية يكابدها، ووفقاً لنصوص التجريم كان لا بد من توقيع العقوبة المقررة قانوناً على الفاعل، بيد أنه و لتوافر أسباب معينة في فعله لا يعد الفعل جريمة، إذ تخرج هذه الأسباب هذا الفعل من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة.

و في مجال تأصيل الأساس القانوني الذي تقوم عليه أسباب الإباحة فإنه إذا كانت علة التجريم تنصرف إلى تأثيم مجموعة من الأفعال تعد اعتداء على حقوق و مصالح يحميها القانون ارتأى المشرع جدارتها بالحماية، فإن علة الإباحة تتوافر في الأحوال التي تتجرد منها هذه الحقوق و المصالح لظروف معينة من هذه الاعتبارات التي يسبغ فيها المشرع الجنائي حمايته عليها، و بذلك يسوغ القول بأنه علة الإباحة تتوافر في الحالات التي تنتفي فيها علة التجريم، بحيث يكون الفعل في هذه الحالة لا يشكل مساساً بحق أو مصلحة جديرة بالحماية و العقاب. و انتفاء علة التجريم يتحقق في حالتين: حالة مباشرة إذا ما ثبت أن الفعل الذي كان الأصل فيه أن يهدد حقاً قد أحاطت به وقت ارتكابه ظروف من شأنها دائماً أن تعقمه و تجرده تماماً من كل معنى من معاني العدوان، و تتحقق هذه الحالة في ممارسة الأطباء لأعمالهم الطبية، فقوام هذه الأعمال تنال من السلامة الجسدية لمرضاها، بيد أن مقارنتها بظروف قصد منها شفائهم و استناداً إلى ترخيص القانون و رضاء المريض يجعل

هذه الأعمال مباحة لتجردها من مفهوم المساس بسلامة الجسد. و الحالة الثانية تنتفي فيها علة التجريم بصورة غير مباشرة و ذلك إذا ما ثبت أن الفعل لا يزال ينتج الاعتداء و لكنه في الوقت نفسه يصون حقاً أجدر بالرعاية، و تتحقق هذه الصورة في أفعال التأديب التي يباشرها الوالد على صغيره، فرغم أن الفعل الماس بسلامة جسم الصغير، يعد في كل الأحوال منتجاً للاعتداء الماس بحق الصغير في سلامة جسمه، إلا أن هذا الفعل يصون حقاً أجدر بالرعاية و هو مصلحة الأسرة في تأديب و تهذيب الصغير ليكون نواة الرجل صالح في المجتمع، و من ثم تزول علة التجريم و تتعين الإباحة¹.

الفرع الثاني: الحماية القانونية لسلامة جسم الجنين و تكامله في ضوء تطور العلوم الطبية

من المتعارف عليه أن الحمل يبدأ بتخصيب البويضة بواسطة الحيوان المنوي للرجل و من ذلك يبدأ نمو الجنين داخل الرحم، ثم تتكون بعد ذلك المشيمة التي تتصل بالرحم و يتصل بها الجنين عن طريق الحبل السري، و هذه المشيمة هي التي تزود الجنين بكل متطلبات غذائه و حياته و تمكنه من التخلص من فضلاته حال بقائه حتى ميلاده، و تشخيص الحمل يتم عن طريق حساب الحيضي للأنتى أو عن طريق الفحوص السريرية و باستخدام الموجات فوق الصوتية التي أصبحت توفر كل ما يمكن أن يطلبه طبيب الولادة من معلومات عن الحمل و الجنين. بحيث قد يتمثل خطأ الطبيب في هذه المرحلة في خطئه في تشخيص الحالة المرضية للحامل، و ما إذا كانت حاملاً أم لا، و قد يتمثل الخطأ في وصف العلاج و الدواء المناسب، و قد يتمثل في الإجهاض الذي قد ينهي به الحمل أو لا، مما قد يعرض الجنين لتشوهات أو لاضطرابات خلقية خطيرة، و غير ذلك من الأخطاء الطبية التي تستدعي حماية قانونية لها اتجاه مرتكبيها. و عليه نجد المشرع المغربي قد اهتم بقضايا التوليد، فأخضع القائمين به -طبيبا أو قابلة- للقواعد العامة في القوانين الجنائية (الفقرة الأولى) أو المدنية (الفقرة الثانية) على السواء.

¹ حسن محمد ربيع: مرجع سابق، ص: 19-20.

الفقرة الأولى: الحماية الجنائية لسلامة جسم الجنين و تكامله في ضوء تطور

العلوم الطبية

يتمتع طبيب النساء و التوليد بميزة خاصة جدا، و هي أنه يتعامل مع روحين الأم الحامل و الجنين، و هي من المسائل التي تجعله محلا للمساءلة القانونية عن خطئه أكثر من أي طبيب آخر، لذا يتوجب عليه أن يتمتع بقدر كبير من الحيطة و الحذر و إتباع الأصول العلمية و القواعد المقررة في علم الطب و مسابره للحديث منها.

و طبيب النساء و التوليد ليس هو المسؤول عن توليد الحامل فقط وقت الولادة و إخراج الجنين، و إنما هو المتابع لحالة الحامل منذ بداية الحمل و قبله في حالات أخرى و حتى الولادة و النفاس و العناية بالمولود، و هو بصدد هذه المراحل قد يرتكب أي خطأ بسيط أم جسيم، مهني أو مادي¹. و عليه يمكن تحديد المسؤولية الجنائية للطبيب بالالتزام القانوني القاضي بتحمل الطبيب الجزاء نتيجة اقترافه فعل أو امتناع عن فعل، يشكل مخالفة للقواعد أو الأحكام التي قررتها التشريعات الجنائية أو الطبية، و من ثم تمتنع المسؤولية الجنائية للطبيب، إذا كان فعله يرتكز إلى أساس قانوني توافرت فيه الشروط التي استقر عليها الفقه و القضاء لمشروعية العمل الطبي².

فمن الممارسات الطبية و العلمية في هذه الآونة التي يشكل الجنين موضوعها الأول الهندسة الوراثية و ما يتفرع عنها من علوم أخرى كعلم انتخاب الأجناس و تحسين النسل و علم الاستنساخ و كذلك ما استحدث من ممارسات طبية في مجال علاج العقم و الإنجاب الصناعي و على رأسها المساعدة الطبية على الإنجاب، و إذا ما علمنا أن من شأن هذه الممارسات إحداث تغيير جوهري في البناء الفسيولوجي أو السيكولوجي للجنين و هو في مراحل تكوينه الأولى مما قد يستتبع خروجه إلى الحياة على غير الصورة الطبيعية التي أبدعها الخالق سبحانه و تعالى للإنسان، هنا يثار التساؤل عن حقيقة نطاق الحماية الجنائية الذي تكفله القواعد العامة لهذا الكيان البشري الذي من حقه الخروج إلى الحياة على صورته الطبيعية و ببناء جسدي متكامل و سوي. و قد يتخذ المساس بالجنين صورة التشويه في

¹ طه عثمان أبو بكر المغربي: "المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية في التوليد"، مطبعة دار الفكر و القانون، دكتوراه في الحقوق- جامعة المنصورة، الطبعة الأولى، سنة 2014، ص: 195.

² محمود القبلاوي: "المسؤولية الجنائية للطبيب"، دار الفكر الجامعي- الإسكندرية، سنة 2011، ص: 3.

الخلقة و ذلك إذا ما أوقف نمو أعضائه و اكتمالها أو تم استبدال أماكن نمو هذه الأعضاء بعضها ببعض و ما إلى ذلك مما قد يحدثه التدخل الوراثي في النمو من تشويه في ذلك الجسم الناشئ، ناهيك عما قد يصيب الجنين من أضرار مرجعها التجارب الطبية التي تمارس على الأجنة البشرية في مختلف مراحل تكوينها. و قد يتخذ المساس صورة إضافة صفات وراثية لم تكن موجودة أصلاً في المورثات الجينية للأب أو الأم مما يؤدي إلى خروج الجنين على صورة شاذة عن مألوف محيطه الأسري و العائلي، و ذلك بفعل التدخل الوراثي أو عن طريق المساعدة الطبية على الإنجاب.

و قد أحسن المشرع المغربي في سد الثغرة التشريعية التي سادت لمدة طويلة ممارسات المساعدة على الإنجاب، حيث نص في إطاره القانوني الجديد، قانون رقم 47.14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب¹ في بابه الأول على أنه " يشترط في المستفيدين من المساعدة الطبية رجلاً و امرأة متزوجين، على قيد الحياة، أن تكون الأمشاج متأنية منهما وحدهما دون غيرهما". فيما نص في بابه الثاني على " منع الاستنساخ التناسلي و انتقاء النسل، و التبرع بالأمشاج و اللواقح و الأنسجة التناسلية، و كذا الحمل من أجل الغير". و كل مخالف لهذه الممارسات عرضه المشرع لمجموعة من العقوبات الجنائية تمثلت في المواد من المادة 39 إلى المادة 46 من هذا القانون. حيث عمل على تشديد العقوبة في المادة 40 منه حيث جاء فيها: "يعاقب بالسجن من عشر سنوات إلى عشرين سنة و بغرامة من 500.000 إلى 1.000.000 درهم، القيام بأحد الممارسات الممنوعة بموجب المواد 4 و 5 و 7 من هذا القانون أو باستحداث لقيحة بشرية لأغراض تجارية أو صناعية أو لأغراض أخرى غير أغراض المساعدة الطبية على الإنجاب كما ينظمها هذا القانون".

أما على مستوى التشريعات المقارنة نجد التشريع الفرنسي ينص في المادة (2/152) من قانون الصحة العامة على اشتراط رضا عملية التلقيح الصناعي (زوجين أو صديقين) على إجرائها، إذ أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم 653 في 29 يوليو سنة 1994 و نظم فيه أحكام عملية التلقيح الصناعي بجميع وسائلها، و قرر في المادة أعلاه "إن المساعدة

¹ ظهير شريف رقم 1.19.50 صادر في 4 رجب 1440 (11 مارس 2019) بتنفيذ القانون رقم 47.14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب. الجريدة الرسمية عدد 6766، 28 رجب 1440 (4 أبريل 2019)، ص: 1771.

الطبية على الإنجاب يجب أن يكون موضوعها علاج العقم أو تجنب الأمراض الوراثية" و شرع عقوبة لمن يخالف ذلك بالحبس خمس سنوات و غرامة 500 فرنك فرنسي بموجب الفقرة الرابعة من المادة 152¹. أما التشريع الانجليزي فقد أشار في قانون الإخصاب لعام 1990 في المادة (6/13) على ضرورة رضا المرأة على سحب البويضات منها و كذلك لحفظها و أخيرا لزرعها و يجب أن يكون هذا الرضا خاليا من العيوب². و نجد في التشريع الاسباني القانون رقم 35 لسنة 1988 لتنظيم أحكام التلقيح الصناعي، حيث اشترط ألا يقل عمر الزوجة عن 18 سنة كاملة و برضاها بطريقة واعية و صريحة و أن يكون هناك إقرار مكتوب من السيدة و زوجها، علما أنه استثنى المطلقات أو المنفصلات من هذا الشرط. و الأرملة يجب إقرار زوجها قبل الوفاة أو في وصية لاستخدام منيه و ذلك خلال ستة أشهر من الوفاة، و يرى بعض الفقه³ أن الحد الأدنى للتلقيح قليل و لا يتناسب و الطبيعة الاستثنائية له، و التي أقرها القانون الاسباني نفسه، و كان يجب معه ترك أمر سن التلقيح لتقدير الطبيب نفسه تأسيسا بما فعله القانون الفرنسي في المادة (2/152) حيث أوجب أن يكون الرجل و المرأة في سن تسمح بالإنجاب.

و قد تتعدد الأخطاء الفنية لمراكز الإخصاب ذات الطبيعة المهنية لمخالفتها للأصول العلمية و العادات الطبية و المهنية المستقرة و المعاصرة، و تتمثل في خطأ المركز في فحص الزوجين لتحديد التقنية المساعدة على الإنجاب الملائمة لحالتهما، أو خطأ المركز في تشخيص الحالة المرضية للزوجين و مدى وجود أمراض وراثية من عدمه تؤثر على نجاح الحمل، أو خطأ المركز في وصف علاج يحث المبايض على التبويض و إنتاج العدد الكافي

¹ -Loi 99-653 du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain – journal officiel loi et décret. Disponible sur le site : - <http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/loi-n-94-653-du-29-juillet-1994-relative-au-respect-du-corps-humain/>. 2019/05/20, 15h33min.

² عبد الله ياسر محمد: الموقف القانوني من عملية التلقيح الصناعي و تأجير الأرحام، مجلة دار المنظومة، المجلد 5 – العدد 17 – السنة مايو 2016، ص: 324.

³ - Derek Morgan Ropt G. Lec : Human fertilization and Emory logy Act. 1990. Great Britain Blackstone press limited 1991.p : 22.

و اللازم لإجراء تقنية مساعدة على الإنجاب، كما توجد الكثير من الأخطاء الأخرى التي تتصف بالطبيعة المهنية¹.

و لم تكن ثمة مشكلة قانونية لتثور في نطاق القواعد العامة للمسؤولية الجنائية عن أفعال الاعتداء على الأجنة فيما لو كانت النتيجة التي تفضي إليها هذه الممارسات في كل مرة سوف تؤدي إلى وفاة الجنين أو انفصاله عن الرحم، إذ أننا سوف نطبق في هذه الحالة و دون أدنى صعوبة القواعد القانونية الخاصة بإجهاط الحوامل أو تلك التي تحكم جرائم القتل فيما لو كان الاعتداء على الجنين قد صاحب بداية عملية الولادة، إلا أن مكن الصعوبة الحقيقي يبرز حينما لا يؤدي الفعل إلى موت الجنين و إنما يلحق به أضراراً جسمانية تظهر للعيان بعد خروجه إلى الحياة و انفصاله التام عن الأم، ففي هذه الحالة لا يبدو المعيار الراجح في تحديد لحظة بدء الحياة ووجود الشخصية القانونية للجنين منتجا في تكييف المسؤولية الجنائية عن مثل هذه الممارسات خصوصاً إذا ما علمنا أن جانباً من القضاء الفرنسي تعرض بالفعل لهذه المسألة، فقرر أن فعل الاعتداء على الجنين أثناء الحمل و الذي ينشأ عنه وفاته بعد تمام عملية الولادة و الانفصال عن الرحم (تراخي وقوع النتيجة) ليس من شأنه ترتيب المسؤولية الجنائية على مرتكبه إلا في حدود جريمة الإجهاض و ذلك إعمالاً لمبدأ أن العبرة في تحديد المركز القانوني للفاعل إنما يتحدد بوقت ارتكابه للسلوك الإجرامي و ليس بوقت تحقق النتيجة المترتبة عليه².

لذلك فإن قصور معيار بداية عملية الولادة يظهر بشكل واضح إذا ما تصورنا ارتكاب أفعال من شأنها المساس بالجنين مكتمل النمو و قبل بداية عملية الوضع كما قام الطبيب أو الباحث بانتزاع بعض الخلايا و الأنسجة من الجنين و هو بصدد إجراء بعض التجارب الطبية و الأبحاث العلمية – و هو الفرض الأكثر شيوعاً – أو إذا ما استغل هذه الأنسجة و

¹ أنس محمد عبد الغفار سلامة: الضوابط القانونية للإخصاب خارج الرحم في ضوء القانون الاتحادي رقم (7) لسنة 2019 –دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة – الجزائر، المجلد السادس، العدد الأول –مارس 2021، ص: 266.

² القضاء الفرنسي في حكم قضت به محكمة الاستئناف باريس في العاشر من يناير 1959، بأن الإيذاء الذي يرتكب في مواجهة المجني عليها الحامل و الذي يفضي إلى موت الجنين بعد ولادته يعد مرتكباً مداناً بجريمة قتل خطأ، أشار إليه:

- Aude Bertrand-Mirkovic : LA NOTION DE PERSONNE -Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître, Éditeur : Presses universitaires d'Aix-Marseille, Collection : Hors collection, Lieu d'édition : Aix-en-Provence, Année d'édition : 2003, p : 221.

الخلايا في الصناعات الدوائية و مستحضرات التجميل، ففي هذه الحالة لا محل للحديث عن جريمة إجهاض، إذ أن مثل هذه الأفعال لم تؤدي إلى موت الجنين أو انفصاله عن الرحم، و من باب أولى فلا مجال لتطبيق القواعد الخاصة بجرائم الإيذاء (الضرب أو الجرح) إذ يشترط في هذه الجرائم أن تقع على جسم بشري بمعناه الدقيق و ليس على جنين و لو كان مكتمل النمو طالما لم تبدأ عملية ولادته.

و إزاء هذا القصور في النظام القانوني لحماية الحق في سلامة الجسد، و حق الجنين في أن يولد متكامل البنيان و على الصورة التي رسمها و أرادها له الخالق سبحانه و تعالى، فإنه كان لابد من تبني معيار آخر يُدخل الجنين المكتمل النمو في نطاق الحماية الجنائية المقرر للإنسان الحي بحيث يغدو المساس بكيانه المادي و هو داخل الرحم و قبل بدء عملية الولادة مرتباً ذات الآثار القانونية التي تنشأ عن أفعال الاعتداء على الحياة أو سلامة الجسد في القانون الجنائي. و الوقوف على لحظة اكتمال نمو الجنين و اكتساب كيانه المادي وصف لا يثير ثمة صعوبة من الناحية الفنية إذ أن مرجعه لأهل الخبرة من الأطباء و المتخصصين في علم الأجنة.

أما فيما يتعلق بحماية الجنين قبل اكتمال نموه و في مختلف مراحل تكوينه، فإنه يجب النظر فيه وفقاً للنتيجة الإجرامية التي يحدثها السلوك بحيث إذا ما ولد الجنين مصاباً بعاهة مستديمة مثلاً نتيجة المساس به في أي طور من أطوار تكوينه وجبت مساءلة الجاني عن جريمة إحداث عاهة مستديمة دون أن يقدح في ذلك تأخر ظهور النتيجة، وأن تراخي حدوث النتيجة لا يقطع رابطة السببية بين السلوك و الحدث المترتب عليه¹.

إن ما يحدث عملاً في حالتنا هذه هو تأخر في ظهور النتيجة للعيان و ليس تراخياً في حدوثها إذ أنها تكون قد تحققت بالفعل بمجرد إتيان السلوك الذي أحدث خللاً وراثياً نشأ عنه حدوث العاهة المستديمة أو أي صورة أخرى من صور نقص التكامل الجسماني للجنين، إلا أن ظهور ذلك على نحو ملموس قد لا يتأتى إلا بتمام عملية الولادة، فمتى أثبت الأطباء و

¹ مهند صلاح أحمد فتحى العزة: الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، مرجع سابق، ص: 28-

أهل الخبرة من المتخصصين أن فعل الجاني هو الذي تسبب في إحداث النتيجة فليس ثمة ما يمنع من مساءلته جنائياً عما أفضى إليه فعله.

و لئن كانت المساءلة الجزائية للعاملين في المجال الطبي تخضع للقواعد العامة المتعلقة بالمسؤولية الجنائية لجرائم إيذاء و القتل غير العمد¹، عندما يكون الفعل المنسوب إلى الممارس جريمة من الجرائم الخاضعة لتأثير القانون، بحيث يعزى سبب المسؤولية إلى الفعل المكون للجريمة، فإن اختصاص القضاء الجنائي بالبث في الدعوى المدنية التابعة يقتضي تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية، تبعاً لمقتضيات المادة 8 من قانون المسطرة الجنائية التي تخول المضرور إقامة الدعوى المدنية ضد الفاعلين الأصليين أو المساهمين أو المشاركين في ارتكاب الجريمة، و ضد ورثتهم أو الأشخاص المسؤولين مدنيا عنهم.

و عليه، فإن مناط تحقق المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في المجال الطبي، في حالة ارتكاب الممارس لخطأ جنائي، هو تحقق صفة المسؤول المدني في جانب الملزم بجبر الضرر و هو ما سنبحثه في الفقرة الموالية.

الفرقة الثانية: الحماية المدنية لسلامة جسم الجنين و تكامله في ضوء تطور العلوم

الطبية

يقصد بحق الجنين في سلامة جسده الحيلولة دون ميلاده وهو غير متكامل البنیان من خلال التحكم في الكيان الجسدي له في أية مرحلة من مراحل تطوره، أو كونه لا يزال بويضة ملقحة في أنبوب اختبار، وهذه الممارسات لم ينص عليها المشرع المغربي ولا يمكن أن تطبق بشأنها عقوبة الإجهاض إلا إذا أدت إلى موت الجنين، كما لا يمكن أن تنعكس عليها جرائم الإيذاء المنصوص عليها في القانون الجنائي لأنها تخص فقط الأشخاص المتمتعين بالشخصية القانونية. وقد لا تؤدي هذه الممارسات إلى موت الجنين وإنما تلحق به أضراراً جسمية لا يمكن ملاحظتها إلا بعد خروجه من بطن أمه، والمساس بجسد الجنين يكون في

¹ ينص الفصل 432 من قانون الجنائي المغربي على أن: "من ارتكب، بعدم تبصره أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاة النظم أو القوانين، قتلًا غير عمدي، أو تسبب فيه عن غير قصد، يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات و غرامة من مائتين و خمسين إلى ألف درهم" و كذلك الفصل 433 من نفس القانون بأن "من تسبب، بعدم تبصره أو احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته النظم أو القوانين، في جرح غير عمدي أو إصابة أو مرض، نتج عنه عجز عن الأشغال الشخصية تزيد مدته على ستة أيام، يعاقب بالحبس من شهر واحد إلى سنتين، و غرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط".

شكل التشويه في صورته أو توقيف نمو أعضائه أو الحيلولة دون اكتمالها أو استبدال أماكن تواجد هذه الأعضاء.

والأخطر في المساس بجسد الجنين وهو في مرحلة البويضة الملقحة، وما لا يمكن نكرانه أن بداية حياة الجنين تكون منذ لحظة التلقيح، وما دام أن مرحلة البويضة الملقحة هي من أهم مراحل تطور الجنين بل هي أساس وجوده فلها الحق في السلامة أيضا باعتبار أنها تحوي جميع مكونات الجنس البشري، فإذا كان الرأي الراجح لا يعتبر إتلاف البويضة الملقحة إجهاضا فإن المساس بسلامتها عن طريق التدخل في التركيب الجيني لها بالتلاعب في المورثات بالإضافة أو الإنقاص فيها، وإعادة زرعها في رحم المرأة، خاصة مع تطور الأساليب الطبية المساعدة على الإنجاب، يؤدي إلى ميلاد الجنين مصاب بتشوهات نشأت عن تلك التدخلات الطبية، لا بد من النص على تجريم أفعال المساس بسلامة الجنين في الرحم والبويضة الملقحة خارج الرحم¹.

وتأكيدا لذلك أقر القضاء الفرنسي للجنين الحق في التعويض إذا ولد به إعاقة وتشوهات نشأت عن تدخل طبي أو خلل جيني أو وراثي نتيجة تدخل الطبيب في مرحلة البويضة الملقحة².

ويعرف الضرر أنه الأذى الذي يصيب الإنسان أو هو صورة من صور الاعتداء على التكامل الجسماني، ذلك أن لكل شخص حق في السلامة البدنية، وأن يؤدي جسمه وظائفه بصورة طبيعية. ويشترط في الضرر أن يكون محقق الوقوع، ويظهر ذلك بارزا في التجارب الطبية، فيكون الضرر محقق الوقوع إذا نتج عن التجربة وفاة الخاضع لها، أو حدوث خلل في وظائف جسمه سواء تعلق الأمر بالإنسان المتكامل البنين أو الجنين. فيكون الضرر في التجارب على الجنين محتمل الوقوع في المستقبل، والأمثلة كثيرة ومتنوعة. فتعديل الصفات الوراثية في الكروموزومات يؤدي إلى أضرار على الجنين المتكون من البويضة الملقحة التي مورست عليها هذه التجارب بعد زرعها في بطن الأم، ليس هذا فحسب بل أن بعض التجارب على الإنسان في بعض الأحيان تظهر آثارها بعد مدة زمنية قد

¹ Philip Dédrot : Diagnostic prénatal et responsabilité -médicale, Economica, Paris, 1990, p: 117-118.

² Conseil d'état 27/09/89, gaz pal, 4/8/1990, p : 421.

تطول أو تقصر حسب طبيعة التجربة. و لكن الضرر المستقبلي قد لا يتحقق وقت الحكم بالتعويض، و بالتالي فلا يحكم به القاضي، ولكن بعد مدة معينة تظهر معالمه وتتفاقم، هنا يمكن للقاضي أن يحكم به وليس في ذلك مساس بحجية الشيء المقضي فيه¹.

وفي التزام الطبيب ببذل عناية مجرد الضرر لا يكفي لقيام المسؤولية الطبية، طالما أن الطبيب لم يقع منه خطأ أو تقصير في أداء التزامه ويظهر ذلك جليا في التجارب الطبية العلاجية، ولكن قد يكون الضرر قرينة على وجود الخطأ، وذلك في الحالات التي يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة، كما في التجارب غير العلاجية التي تقوم فيها مسؤولية القائم بالتجربة بدون خطأ ينسب له.

والأضرار الناجمة عن التجارب الطبية قد تكون مادية وقد تكون معنوية، فالمساس بسلامة جسم الجنين وما ينجم عنه من نفقات العلاج لدليل على ذلك، ناهيك عن الأضرار المعنوية المتمثلة في الآلام النفسية التي سوف يعاني منها أولياء الجنين إذا ولد هذا الأخير مصابا بتشوهات نتيجة إجراء التجارب الطبية عليه، ولا يكفي لتحقيق المسؤولية المدنية أن يقع ضرر للمريض وخطأ من جانب الطبيب، بل يجب أن يكون الضرر الذي أصاب المريض نتيجة لذلك الخطأ الذي وقع من الطبيب².

وتعتبر مسألة حق الجنين في سلامة جسده في مواجهة التطورات والاكتشافات العلمية الحديثة من أهم المسائل التي شغلت الرأي العام الدولي باعتبار أن الإنسان هو غاية التنظيم الاجتماعي، ومن ثم لا بد من إيجاد السبل الكفيلة بتحقيق حماية قصوى له لضمان استمرار المجتمع، وتهدف هذه الحماية إلى إقامة التوازن بين مصلحتين متعارضتين المصلحة العامة في تقدم العلوم بمختلف أنواعها من أجل خدمة المجتمع، ومصلحة الفرد التي قد تمس هذه التطورات بسلامة جسده³.

ولا يكفي مجرد اقتران الخطأ بالضرر، بل يجب أن يكون هذا الضرر لاحق للخطأ وناشئا عنه، بحيث لا يمكن تصور وقوع الضرر دون وقوع الخطأ. و علاقة السببية تنتفي

¹ عبد الرشيد مأمون: عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص: 184.
² رمضان جمال كامل: مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، (الطبعة الأولى) 2005، ص: 250-251.
³ ماروك نصر الدين: تطور مفهوم الحق في سلامة الجسم، الديوان الوطني التربوي، الجزائر، 2004، ص: 74.

بالسبب الأجنبي، وهو حدث مفاجئ أو قوة قاهرة، أو خطأ المريض أو الغير، وتقدير القوة القاهرة يخضع لسلطة قاضي الموضوع دون رقابة محكمة النقض عليه. والأمثلة على ذلك متعددة فوفاة الجنين أثناء التجربة بسبب إعطاء الأولياء له دواء منعه عنه الطبيب، أو بسبب رعد أو زلزال مفاجئ ينفي المسؤولية على القائم بالتجربة¹.

كما أن الطبيب و الجراح يعد مقصرا في عدم إجراء بعض الفحوصات التمهيدية اللازمة و الضرورية قبل مباشرة التدخل العلاجي و الجراحي، ذلك أن الأمور المسلم بها أن إغفال هذا الجراح أو ذلك الطبيب إجراء هذه الفحوصات يعد خطأ طبيا يستوجب الحكم عليه بالتعويض المدني متى ثبتت رابطة السببية المؤكدة بين الخطأ اقترفه الطبيب و الضرر الذي أصاب المريض، و لكن لم يساير القضاء الفرنسي هذا الأصل أو المنطق إلى منتهاه، و إنما أقر مسؤولية الطبيب أو الجراح الذي يهمل أو يقصر في إجراء الفحوص التمهيدية و ألزمه بالتعويض الجزئي عن الأضرار المترتبة، على الرغم من انعدام الرابطة السببية بين هذا الإهمال أو التقصير و الضرر الذي لحق المريض أو ذويه مستندا في ذلك على فكرة فوات فرصة الحياة أو الشفاء على المريض كقرينة على خطأ الطبيب².

أما على مستوى القضاء المغربي فقد قضت المحكمة الابتدائية بورزازات بتاريخ 15-03-2012 بمسؤولية الدولة مدنيا عن خطأ ممرضة بمستشفى عمومي، حيث جاء في الحكم "أن قيام الظنينة بتوليد زوجة المشتكي رغم أن ولادتها كانت مستعصية و دون الاستعانة بالطبيب المختص المداوم، و ما نتج عن ذلك من شلل عضو العلوي الأيسر للمولودة حسب الثابت من تقارير الخبرة، يجعلها مرتكبة للفعل الجرمي موضوع المتابعة لعدم احتياطها و عدم مراعاتها للضوابط و النظم التي تتطلبها مثل هذه الحالات .. و أنه طبقاً لمقتضيات الفصل 79 من ق ل ع "فإن الدولة مسؤولة عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها و عن الأخطاء المصلحية لمستخدميها" الأمر الذي يجعل الدول المغربية مسؤولة مدنياً عن الخطأ الذي اقترفته المتهمه و الذي تسبب بضرر لابنة المشتكي"³.

¹ Hannouz (M-M), Hakem (A-R) : Précis de droit médicale : à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, Office des publications universitaires, Algerie, 1992, p : 76.

² أسعد عبيد الجميلي: الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية- دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع - عمان، الطبعة الثانية 2011، ص: 404.

³ حكم المحكمة الابتدائية بورزازات عدد 632 بتاريخ 15-03-2012 ملف جنحي عادي رقم 104-2011، غير منشور.

المطلب الثاني: الحماية القانونية لسلامة الجنين من التجارب الطبية

تحتل التجارب الطبية الصدارة في نطاق الأعمال المستحدثة في الطب نظرا لأهميتها في الوصول إلى اكتشاف أدوية وطرق علاجية حديثة للقضاء على الكثير من الأمراض بعد أن تم تجريب كل الوسائل المعروفة، وثبت عدم نجاعتها وخاصة مع انتشار أمراض لم تكن معروفة من قبل.

فالطبيب مجبر في مثل هذه الحالات المستعصية على ممارسة بعض التجارب على جسم الإنسان المريض للاستقرار على الوسيلة الأكثر تناسبا مع حالته الصحية، وهذا العمل يستمد من مبدأ حرية الطبيب في اختيار الطرق الطبية التي تساعد في تحقيق الشفاء لمرضاه، ولكنه في حالات أخرى يلجأ إلى التجريب على أناس أصحاء إما بهدف الشهرة العلمية، أو بهدف اكتشاف الأمراض وسبل علاجها، فيستفيد من أبحاثه مرضى على المدى البعيد، ويستوي في ذلك أن يكون محل هذه التجارب الإنسان المتكامل البنيان أو الجنين باعتباره يتمتع بالحياة الإنسانية.

إن أهم حقوق الجنين أن يولد متكامل البنيان، ولكن التقدم العلمي في المجال الطبي عامة، وفي المجال الجيني بصفة خاصة أسفر عن هذه الممارسات الطبية التي تؤثر في التكوين الفزيولوجي أو السيكلولوجي للجنين منذ بداية تكوينه، وحتى ولادته، بل وهو لا يزال بويضة معلقة في جدار الرحم، أو كامنة في أنبوب اختبار خارج الرحم.

وهذه الممارسات قد يكون لها صدى إيجابي بحيث تسعى إلى ميلاد طفل معافى صحيا من الأمراض والتشوهات، وكما قد يكون لها صدى سلبي بحيث تؤدي إلى تشويه صورة الجنين أو إيقاف نمو أعضائه وكل ما يصيبه من أضرار من خلال تجريب كل الوسائل المبتدعة عليه.

ولقد تبين في الباب الأول من هذه الدراسة أن الجنين يتمتع بخصوصية تميزه عن الإنسان المتكامل البنيان من حيث مركزه القانوني، فهو لا يتمتع بالشخصية القانونية، ولكن هذا لا يمنع من حمايته ضد كل التصرفات التي قد تؤدي إلى تعريضه للخطر باعتباره كائنا بشريا يتمتع بكل المواصفات الإنسانية، أضف إلى ذلك تميزه بمراحل تطور وتواجهه داخل الرحم، وتواجد البويضة الملقحة خارج الرحم، انعكس على التجارب التي سوف يكون محل

لها، فهي تختلف عن التجارب التي يخضع لها الإنسان عامة، مما يؤدي بالضرورة إلى اختلاف الشروط التي تخضع لها.

كما أن هناك حماية خاصة محققة للجنين باعتباره شخصا لم يولد بعد، بإعطائه حقوقا يكتسبها بأثر رجعي كالحق في الميراث مثلا، وحمايته ضد كل الممارسات التي تؤدي إلى المساس بحقه في الحياة وبسلامته البدنية، وهي حماية ليست في نفس درجة الإنسان المتكامل البنيان لانعدام الشخصية القانونية للجنين، ولكن نظرا لطابعه الإنساني يحى حماية خاصة ذلك أن المركز القانوني للجنين هو المركز القانوني للإنسان¹. وهذا الاحترام يتطلب تفعيل الحماية القانونية ضد التجارب الطبية التي تمارس عليه بفرض مجموعة من الشروط على قائمها حتى يضمن فيها عدم انتهاك حرمة جسم الجنين، وهذا لا يكفي إلا بترتيب مسؤولية على القائمين بهذه التجارب دون مراعاة الشروط القانونية.

وبناء على ذلك أخصص (الفرع الأول) من هذا المطلب لشروط إجراء التجارب الطبية على الجنين، وأخصص (الفرع الثاني) للمسؤولية المترتبة على مخالفة شروط التجارب الطبية على الجنين.

الفرع الأول: شروط إجراء التجارب الطبية على الجنين

إن التجارب الطبية على الأجنة إذا مورست بصفة مطلقة دون قيود أو حدود فإنها سوف تضر بالفرد و المجتمع على حد سواء، لذا يجب أن تحاط بمجموعة من الضوابط حتى لا يتعسف القائمون بها ولا يحيدون عن الهدف المنشود من ممارستها، ألا وهو الوصول إلى علاج للأمراض المستعصية أو تفادي ميلاد أطفال مصابين بعاهاات جسمانية أو عقلية، فلحماية مبدأ معصومية البدن جانبان: جانب سلبي، وهو الامتناع عن أي عمل من شأنه المساس بجسم الإنسان، بحيث يعد عملا غير مشروع يترتب المسؤولية، وجانب إيجابي، يتمثل في تشجيع كل عمل من شأنه حماية جسد الإنسان من أي مرض يصيبه أو على الأقل وقايته منه.

¹ إضافة كذلك للمركز القانوني للنطف و البويضات و التي هي أشياء ممكن التصرف بها، تحت ضوابط معينة، أهمها أن يكون هدفها العلاج، كما أن إقرار أن النطف و البويضات على أنها أشياء لا يبيح حق التصرف بها للغير و ذلك لأن التصرف هذا ممكن أن يخالف النظام العام للآداب. راجع؛ فهم عبد الإله الشايع: التصرف بالنطف و البويضات و اللقائح البشرية في مجال الإخصاب الصناعي و إجراء التجارب وفقا لأحكام القانون المدني- دراسة في التشريع المصري و الأردني"، مجلة دراسات -علوم الشريعة و القانون- مصر، المجلد 45- عدد 4- 2018، ص: 146-147.

فإذا كان الإنسان ذلك البنیان المتكامل ماديا ومعنويا محميا قانونا، فمن باب أولى حماية الجنين باعتباره أساس الوجود الإنساني وبداية الحياة الإنسانية، وإذا كان الإجهاض قد تم تجريمه قانونا لأن من شأنه حرمان الجنين من حقه في الحياة، فإن الأفعال التي تؤدي إلى تشويه أو تهديد نموه واستمراره لا تقل عن الإجهاض خطرا، لأن آثارها سوف تمتد على المدى البعيد وتؤثر تأثيرا سلبيا على مستقبل البشرية ككل. و من أهم صور المساس بجسد الجنين إجراء تجارب طبية عليه سواء أثناء كونه بويضة ملقحة خارج الرحم، أو كونه حملا مستكنا داخل الرحم¹. لذلك لا بد من البحث عن وسائل خاصة لحماية الجنين من التجارب الطبية وتتمثل هذه الوسائل في مجموعة من المعايير والشروط لا يمكن قيام أية تجربة طبية دونها. فالتجارب الطبية على الجنين حتى وإن كانت بغرض العلاج لا تمارس دون قيود، فلا بد من إخضاعها لمجموعة من الشروط حتى لا يطلق العنان لممارستها في التلاعب بالذات الإنسانية متى شاءوا، وكما سبق بيانه فإنها تمارس على الإنسان المتكامل البنیان مثلما تمارس على الجنين البشري، ولعل إجراءاتها على هذا الأخير أخطر بكثير على تلك التي تجرى على الإنسان المتكامل البنیان، إذ من جهة أن الجنين ليست له إرادة لقبول أو رفض هذه التجارب، ومن جهة أخرى فإن هذه الأخيرة سوف تكون لها آثار على المدى البعيد، أي على الأجيال اللاحقة إذا مورست على البويضات الملقحة بغرض علمي بحت، لذا عملت أغلب التشريعات على إحاطتها بمجموعة من الشروط حتى تكتسي طابعا خاصا إذا قورنت بتلك المتطلبة في التجارب الطبية على الإنسان المتكامل البنیان.

ومما لا شك فيه أن هذه التجارب قد أثارت مشاكل قانونية وأخلاقية دقيقة، فلم تعد تلك القواعد التي تحمي الإنسان المتكامل البنیان كافية لحماية الجنين في مواجهة التجارب الطبية، إذ رغم تمتعه بالحياة الأدمية إلا أنه كائن متميز سواء من حيث الطبيعة الإنسانية له، أو من حيث خطورة التجارب التي يكون محلا لها، فهي تجعله يحتاج إلى قواعد قانونية أخرى خاصة تكفل حمايته ضد كل الأبحاث والتجارب التي تسبب له أضرارا كبيرة سواء على المستوى الفردي أو على المستوى الاجتماعي، ناهيك عن عدم تمتعه بالشخصية

¹ و هو ما يسمى بالتلقيح الصناعي بنوعيه الداخلي و الخارجي الذي يجرى بين الزوجين و بحسب الضوابط الشرعية التي شرعت لأجله مع الأخذ الاحتياط و التأكيد من أن العملية لن تحيد عن مساعدة الزوجين في الإنجاب الشرعي. أنظر؛ أبو عميد و على جمعة: الأحكام الشرعية لصور التلقيح الصناعي، مجلة دار المنظومة المحكمة - العدد 10 - السنة 2016، ص: 62.

القانونية، مما يجعل الطبيعة الإنسانية لديه الأساس الوحيد لهذه الحماية، ولكن الجنين ليست له إرادة تمكنه من أن يصدر رضا عنه يرتب آثاره، فكيف يمكن معاملته؟ وهل نعتد برضاء المرأة الحامل؟ وإذا استلزم الأمر خضوعه لهذه التجارب، فما هي الضوابط التي تحكمها؟ وكيف يمكن إحداث التوازن بين حق الجنين في سلامة جسده وحاجة البشرية إلى هذه الأبحاث والتجارب من أجل الوصول إلى طرق جديدة لعلاج الكثير من الأمراض؟

وإجابة على هذه التساؤلات أجزئ هذا الفرع إلى ثلاث فقرات، أخصص (الفقرة الأولى) لشرط الرضاء، و أتطرق في (الفقرة الثانية) لشرط الغرض العلاجي، أما (الفقرة الثالثة) فأخصصها لشرط الالتزام بضوابط الجدية العلمية.

الفقرة الأولى: شرط الرضاء

يقصد بالرضاء أن يسبق رضا الممثل الشرعي للجنين إعلاما كافيا بالتجربة المراد إجراؤها على الجنين. فيلتزم القائم بالتجربة قبل إجراؤها على الجنين بإعلام ممثله الشرعي بكل ما يتعلق بالتجربة من حيث طبيعتها، وأسبابها، وكيفية إجراؤها، والظروف المحيطة بها ونتائجها وغيرها من المعلومات التي تساعد على التعبير عن قبوله وهو على بينة من أمره، حتى يكون الرضاء الصادر عنه مستنيرا أو متبصرا بعواقب التجربة الطبية.

ولعل مسألة الإعلام من المسائل الطبية التي أثارت كثيرا من الجدل في كل الأعمال الطبية، وكل التدخلات الجراحية التي يقوم بها الطبيب بما فيها التجارب الطبية سواء على الإنسان المتكامل البنيان أو على الجنين، ولكن نطاق التبصير يختلف كلما كان التدخل الطبي أكثر خطورة على جسم الإنسان.

كما يعتبر الالتزام بالإعلام التزاما سابقا عن التعاقد بين الأشخاص يفرضه على المتعاقد إما القانون صراحة أو العقد أو المبادئ العامة في التعاقد كمبدأ حسن النية¹، وهو مقدمة الرضاء الذي يجعل هذا الأخير مستنيرا ومتبصرا بعواقب التجارب الطبية².

¹ مأمون عبد الكريم: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية -دراسة مقارنة-، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2006 ، ص: 113.

² خالد حمدي عبد الرحمن: التجارب الطبية- الالتزام بالتبصير- الضوابط القانونية، دار النهضة العربية، سنة 2000، ص: 51؛ جابر محجوب علي: دور الإرادة في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص: 311 وما يليها.
- F. Bouvier, Le consentement à l'acte thérapeutique réalité et perspectives, J.C.P, 1986, N°10.

وبالرجوع إلى قانون رقم 28.13 المتعلق بحماية الأشخاص المشاركين في الأبحاث البيوطبية، فإنه أوجب الإعلام في كافة الأعمال الطبية، حيث تنص المادة 4 من القانون المذكور: "يجب، قبل إجراء أي بحث بيوطبي على أي شخص و مهما كانت الغاية منه، الحصول على موافقته الحرة و المتنورة و الصريحة، بعد أن يقدم له الباحث أو الطبيب الذي يمثلته شفويا و بواسطة وثيقة مكتوبة باللغة التي يتواصل بها، الإيضاحات و المعلومات التي تهم على الخصوص:- غير أنه إذا كان الشخص المعني في وضعية سريرية تحول دون الحصول على موافقته المسبقة، وجب طلب الموافقة المكتوبة من أحد أفراد عائلته وفقا لنفس الشروط. و يعتبر حصرا من أفراد العائلة حسب مدلول هذا القانون: ... -النائب الشرعي للشخص المعني أو كافله...". كما تنص المادة 40 من مدونة أخلاقيات الطب على: " ما عدا حالات الاستعجال أو استحالة إخبار المريض، يجب على الطبيب أن يخبر المريض إخبارا صادقا ومناسبا يصيغه وفق لغة واضحة وملائمة لإمكانيات هذا الأخير المتعلقة بالفهم والاستيعاب". و تنص المادة 43 من نفس القانون: " عندما يستحيل على المريض التعبير عن إرادته، وجب على الطبيب العمل على الوصول إلى أقاربه وإخبارهم. وفي حال استحالة ذلك، أو في الحالات الاستعجالية القصوى، يتخذ الطبيب كل الإجراءات ذات الطابع الطبي التي تتطلبها قواعد مهنة الطب. عندما يتعلق الأمر بقاصر أو ببالغ محجور عليه، وجب الحصول على موافقة الأبوين أو النائب الشرعي. وفي الحالات المستعجلة أو الاستحالة، وجب على الطبيب تقديم العلاجات الضرورية"¹.

و الملاحظ من خلال هذه المواد أن المشرع المغربي قد جعل الإعلام واجبا على الطبيب في كافة الأعمال الطبية، ويشمل الإعلام مرحلة التشخيص، مرحلة العلاج والمرحلة اللاحقة على العلاج.

فالتشخيص مرحلة مهمة في العمل الطبي، يقوم فيها الطبيب بتحديد أعراض المرض، للوصول إلى تحديد طبيعة هذا الأخير ومراحل تطوره ودرجة خطورته للوصول إلى العلاج المناسب له². وتتطلب هذه المرحلة إعلاما يتناسب والحالة الصحية للمريض، هذه

¹ مرسوم رقم 2.21.225 صادر في 6 ذي القعدة 1442 (17 يونيو 2021) يتعلق بمدونة أخلاقيات مهنة الطب، الصادر في الجريدة الرسمية 7002، 27 ذو القعدة 1442 (8 يوليوز 2021)، عدد 5162.

² عبد الرشيد مأمون: عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص: 204.

الأخيرة التي يمكن أن يكشف عليها الطبيب من خلال استعمال طرق علمية ملائمة قد تنطوي على مخاطر، فالطبيب ملزم بإعلام المريض بالمخاطر التي قد تنجم عن استعمال الوسائل الحديثة للكشف عن المرض، وما على المريض إلا قبولها أو رفضها. و لا يكفي إعلام المريض بعملية التشخيص بل لا بد من استمرار الإعلام بعد هذه المرحلة بإطلاع المريض على طبيعة المرض الذي يعاني منه.

كما يلتزم الطبيب بإعلام مريضه بالعلاج الذي يقترحه لمعالجة مرضه من حيث طبيعته كونه دواء أو عملية جراحية، والآثار المتوقعة لهذا العلاج ونسب النجاح والفشل فيه، ولا يعفي الطبيب من هذا الواجب وجود النشرة الدوائية لدى المريض. و لا يقف واجب الإعلام عند هذا الحد، بل يتعداه إلى المرحلة اللاحقة على العلاج والهدف منه إعطاء نصائح للمريض من حيث السلوكات التي يلتزم بها والتي يتجنبها من أجل إتمام علاج المريض¹. ولكن درجة الإعلام تختلف ما إذا كنا أمام تجربة علاجية أو علمية:

ففي التجارب العلاجية، يكون الإعلام أقل درجة عنه في التجارب العلمية، لأن الهدف منها علاج المريض بالدرجة الأولى، ومن مصلحة المريض إجراءها لشفائه أو التخفيف من الآلام الناجمة عن مرضه، فيكفي المريض إعلامه فقط بضرورة إجراء هذه التجربة العلاجية ونتائجها. بينما التجارب العلمية أو غير العلاجية فإنها لا تحقق أية فائدة علاجية فردية لأن الهدف منها علمي محض، ونظرا لخطورتها ولمساسها المباشر بحق الإنسان في سلامة جسده، وحتى وإن تمت بناء على موافقة الخاضع لها، لا بد أن يكون الإعلام فيها شاملا وكاملا لكل المخاطر الناجمة عنها المتوقعة والنادرة...².

وقد أكد القضاء الفرنسي ذلك في عدة قرارات أهمها القرار الذي نادى بضرورة الإعلام بطبيعة وأهداف التجربة ومخاطرها المتوقعة إذا كانت التجربة علاجية³، وضرورة الإعلام بالمخاطر المحتملة والاستثنائية إذا كانت التجربة غير علاجية⁴.

¹ جابر محجوب علي: دور الإدارة في العمل الطبي، مرجع سابق، ص: 88 و ما يليها.

² مأمون عبد الكريم: مرجع سابق، ص: 80؛ جابر محجوب علي: المرجع السابق، ص: 314.

³ -Cass civ 25 sep 1987, Dalloz 1987.

⁴ -Cass civ 07 oct 1998, Gaz pal 1998.

-واشتهرت في القضاء الأنجلوساكسوني قضية "Halushka":

الذي خضع لتجربة علمية خاصة بمخدر جديد مقابل مبلغ مالي يتحصل عليه بعد خضوعه لهذه التجربة بعد إعلامه من قبل المجرم أن هذه التجربة لا تنطوي على مخاطر، ولكن كان العكس فقد تسبب هذا المخدر في توقف قلبه عن النبض و فقدانه للوعي

إن التشريعات والإعلانات الدولية لم تشر إلى الالتزام بالإعلام في التجارب الطبية على الأجنة، وفي هذا الصدد أشار فقط إعلان هيلنسكي إلى وجوب إعلام الممثل القانوني للشخص إذا كان غير قادر على إبداء الموافقة¹، وحذت حذوه تعليمات الجمعية الطبية الأمريكية التي أوصت بضرورة الحصول على موافقة الولي الشرعي في حالة التجريب على الأطفال أو القصر وبالتالي وجوب إعلامهم بهذه التجارب².

ومن خلال ما سبق يتضح أن التشريعات بما فيها المشرع المغربي لم تتعرض إلى شرط الإعلام في التجارب الطبية على الجنين، وإنما تعرضت إلى هذا الالتزام في حالة عدم القدرة على إبداء الموافقة، وذلك بإعلام أحد أفراد العائلة الممثل في الزوج أو الزوجة، و في حالة عدم وجودهما، الأب أو الأم أو النائب الشرعي للشخص المعني وتعلق الأمر لدى أغلب شراح القانون بالتجارب على القصر عديمي التمييز، وإذا كان إعلام الممثل الشرعي واجبا على القائم بالتجربة إذا تعلق الأمر بعديم الأهلية، فمن باب أولى أن يكون واجب عليه كذلك إذا تعلق الأمر بعديم الشخصية القانونية ألا وهو الجنين، ولعل الإعلام في التجارب على هذا الأخير يكون بكل تفاصيله باعتبار أن الأمر يتعلق بتهديد استمرارية الوجود البشري، وخاصة إذا تعلق الأمر بالتجارب العلمية وأخطرها تلك التي تجرى على البويضات الملقحة لو تم زرعها في رحم المرأة بعد أن كانت محل تجارب. إذ لا بد على القائم بالتجربة أن يعلم الممثل الشرعي للجنين عن طبيعة التجربة، إذ من خلال ذلك يمكنه رفضها إن كانت لا تحقق فائدة علاجية لجنينه، ويتمثل الممثل الشرعي غالبا في الوالدين، فينبغي على الطبيب أو القائم بالتجربة أن يقدم للوالدين معلومات صادقة وصحيحة عن التجربة المراد القيام بها والآثار الناجمة عنها، ولكنه في نفس الوقت بإمكانه تعمد إخفاء بعض المعلومات إذا كان من شأن الإفصاح عنها أن يزرع فيهما الرعب والخوف، أو حرصا منه على تفادي ردود فعل سلبية من قبله تحول دون تحقق الغرض من التجربة. والسبب في ذلك هو نفس السبب في الإعلام

لمدة أربعة أيام، وبعد شفائه رفع على القائم بالتجربة دعوى تعويض على أساس عدم إعلامه بمخاطر هذه التجربة الحقيقية وحكم له بالتعويض - للمزيد من التفصيل انظر: مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص: 801-802.

¹ إعلان هيلنسكي، أصدرته الجمعية الطبية، في اجتماعها الثامن عشر في هيلنسكي وأكده في اجتماعها التاسع والعشرون في طوكيو سنة 1975، متاح على الموقع: <http://www.crp.org/library/ethics.nuremberg>.

² مأمون عبد الكريم: مرجع سابق، ص: 804-805.

في التجارب على القصر وهو حرص الأولياء على مصالح أولادهم، بحيث إن ذلك يمنعهم من اتخاذ قرارات تتنافى ومصلحة الجنين الذي ينتظرون خروجه إلى الوجود معافى وسليماً¹.

وإني أرى أن التجربة العلاجية رغم الفوائد التي يمكن أن تنتج عنها على الجنين في تفادي الأمراض الوراثية والتشوهات الخلقية من خلال التشخيص المبكر للأمراض، إلا أن نطاق إعلام الممثل الشرعي للجنين يكون أوسع من نطاق الإعلام في التجارب على الإنسان المتكامل البنين، نظراً لدقة التجارب على الجنين سواء كان متواجداً في رحم الأم أو بويضة ملقحة في أنبوب اختبار والتي تتعدى آثارها الأجيال اللاحقة في البويضات الملقحة وقد تسبب في تشوهات الجنين في الرحم، لذا فإن إعلام الممثل الشرعي للجنين من قبل القائم بالتجربة يكون أوسع نطاقاً، إذ يشمل كل المعلومات الدقيقة المتعلقة بالتجربة وكل المخاطر المتوقعة وغير المتوقعة وحتى الاستثنائية منها. أما في التجارب العلمية فلا يعتبر إعلام الأولياء بها سبباً لإباحتها، فلا يمكن أن نتصور قبولهم أن يكون الجنين الذي سعوا لإنجابه عرضة لتجارب لا تحقق له أدنى فائدة، أضف إلى ذلك أن محل التجربة ليس الوالدين وإنما الجنين، كتجارب تغيير الصفات الوراثية. أما إذا كانت التجربة لا تحقق فائدة للجنين ولكنها تحقق ذلك لمرضى آخرين، فلا بد من إعلام الممثل الشرعي كذلك بطبيعة التجربة حتى يكون على بينة من أمره وحتى يكون رضائه متبصراً، وغالباً ما يقبل الأولياء التجارب على الأجنة المجهضة لفائدة مرضى آخرين لأن الأمر لا يضر الجنين باعتباره جثة هامة، أما التجارب على الخلايا الجذعية الجنينية فلا يجوز اللجوء إليها لأنها غير مشروعة. أما عن تجربة " الجنين الدواء " فإنه يمكن اللجوء إليها، لأنها تفيد المرضى في الاستفادة من الجنين الذي سيولد ويحمل في جسمه دماً مطابقاً أو تركيبة مطابقة للمريض.

وإذا كان الأمر يتعلق بالتجارب على البويضات الملقحة إذا كان الهدف منها علمياً كالبحث عن مسببات الأمراض الوراثية وسبل القضاء عليها، فالإعلام فيها يكون مفصلاً

¹ G.Memeteau : L'expérimentation sur le fœtus, Revue internationale de droit pénal, 1988, P: 104.

بالإضافة إلى ضرورة إخبار أصحاب هذه البويضات الملقحة بأنها لا تزرع في رحم المرأة بعد إجراء التجارب عليها.

والإعلام قد يكون شفويا لأنه عادة ما يكون عقد العلاج الطبي رضائيا وشفويا، ذلك أن كتابته غالبا ما لا تكون في مصلحة المريض لأن السند المكتوب لا يبرر أخطاء القائم بالتجربة ويبررها سبق الإعلام بكل المعلومات المتعلقة بالتجربة الطبية¹.

والملاحظ أن المشرع المغربي لم ينص على وجوب كتابة المعلومات التي يفرضي بها الطبيب لمريضه في كل الأعمال الطبية، مما يبين أن الإعلام قد يكون شفويا فقط، وينطبق نفس الأمر على الأبحاث البيوطبية كما جاء في المادة 4 فقرة 1، وإنني أرى وجوب النص صراحة على وجوب تقرير مبدأ الإعلام في شكل مكتوب إذا تعلق الأمر بالتجارب الطبية على الجنين ذلك لخطورة مثل هذه الممارسات من جهة، وحتى يكون الممثل الشرعي للجنين على بينة من أمره في الإقدام أو الإحجام عن التجربة الطبية.

فإذا كانت كتابة الإعلام فيها حماية للطبيب من المنازعات التي تثور ضده عند ادعاء الخاضع للتجربة بعدم إعلامه، لكنها في نفس الوقت ضمانا للخاضع للتجربة، وهي تذكير للقائم بها بخطورة عمله بتعداد كل المعلومات الخاصة بالتجربة، لأن الإعلام الشفوي غير كاف، كما أنه قد لا يلم بكل ظروف التجربة ونتائجها، فإذا كان المستوى الثقافي للممثل الشرعي للجنين، لا يسمح له بفهم كل المعلومات، يمكن أن تتولى أسرته قراءة وثيقة الإعلام بكل تفاصيلها حتى تكون موافقة على خضوع جنينه للتجربة الطبية على بينة. و أنه في نفس الوقت من المستحسن أن يستعمل القائم بالتجربة عبارات بسيطة حتى يستوعبها الممثل الشرعي للجنين، ويصدر عنه رضاء متبصرا، لأنه من الصعب عليه استيعاب المعلومات العلمية والتقنية.

الفقرة الثانية: شرط الغرض العلاجي

لا يكفي شرط الرضاء للقيام بأية تجربة طبية على الجنين، إذ لا بد أن يكون الغرض من التجربة الطبية علاجيا، والهدف من وضع هذا الشرط الحفاظ على صحة الخاضع لها وتقادي الأضرار التي قد تسببه له هذه التدخلات التجريبية. و يعتبر قصد العلاج سببا لإباحة

¹ خالد حمدي عبد الرحمن: المرجع السابق، ص: 60.

كل الأعمال الطبية بما فيها التجارب الطبية العلاجية، إذ أن الغاية من مزاولة العمل الطبي عامة هو علاج المريض وتحسين حالته الصحية بتحقيق شفاؤه أو التخفيف من معاناته، فيشترط لمشروعية العمل الطبي أن يكون تدخل الطبيب بقصد العلاج والشفاء، وأن يكون هدفه من عمله تحقيق مصلحة المريض لا الإضرار به، حماية للمرضى ومنعاً من انحراف الأطباء وتعسفهم في ممارسة مهنة الطب تحقيقاً لمصالحهم الخاصة كالشهرة العلمية.

وإذا نظرنا إلى التجارب التي يكون الغرض منها علاج الجنين ذاته فإنها تتمثل في التجارب من أجل التشخيص المبكر للأمراض الوراثية إذا كان محلها الجنين الذي اكتملت مراحل تطوره، أو التشخيص قبل الزرع إذا كان محلها البويضة الملقحة، وتجارب الهندسة الوراثية التي يكون محلها الجنين المكتمل النمو والبويضة الملقحة على حد سواء، ومما لا يغيب عن الأذهان أن معظم الدول ومنها المغرب الذي سمحت بالتلقيح الاصطناعي بنوعيه، تفرض على الطبيب أن يجري على البويضة الملقحة قبل زرعها، أو حتى على الجنين في بطن أمه في مختلف مراحل تطوره كافة الاختبارات اللازمة للتأكد من خلوه من الأمراض الوراثية أو إصابته ببعض التشوهات، ويتحدد معيار الخطأ هنا من مدى إمكانية تفادي هذه الأمراض أو هذه التشوهات، أو حصرها، أو علاج بعضها. فاتفقت معظم التشريعات على جواز إخضاع الحمل المستكن في الرحم في أية مرحلة من مراحل تطوره للتجارب العلاجية فقط، وينطبق الأمر على البويضات الملقحة خارج الرحم والفائضة عن عمليات التلقيح الخارجي¹، إذا كان من شأن هذه التجارب أن تحقق فائدة مباشرة للجنين محل التجربة أو فائدة عامة للمصابين بمرض معين تم الوصول إلى علاجه من خلال إخضاع هذه الأجنة للتجارب²، من خلال تعميم العلاج على مرضى آخرين، إذا نجح تجريبه على الجنين في القضاء على مرضه.

¹ - و اختلفت القوانين خاصة الغربية- عن القوانين التي تستمد نصوصها من الديانات السماوية في النظرة للبويضات المخصبة الزائدة خاصة بعد وفاة أصحابها أو أحدهما، فتلك القوانين قد تنظر إلى البويضات المخصبة الزائدة أو حتى الحيوانات المنوية المجمدة و المحفوظة في تلك البنوك على أنها ثروة جينية تماثل الثروة المالية فيجوز التصرف فيها بعد الوفاة. و قد يتسترون وراء إباحتها، بتعليل ذلك بأنه لأغراض إنسانية فيقومون بتلقيح زوجته بعد وفاته أو أجنبية بنطفتهما بعد وفاتهما، و غير ذلك من الفوضى التي حدثت في هذا المجال دون ضوابط دينية و أخلاقية. أنظر؛ عطا عبد العاطي السنباطي: بنوك النطف و الأجنة -دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي-، مرجع سابق، ص: 184.

² أحمد محمد لطفي أحمد: التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى -2006، ص: 183.

فالتجارب المقبولة في هذا الإطار هي فقط تلك التي تحقق فائدة علاجية على المدى القريب أو البعيد، أما التجارب التي لا تتوخى هذا الهدف فهي غير مقبولة كتلك المتعلقة باختيار جنس المولود أو تعديل الصفات الوراثية. ويلاحظ على التجارب العلاجية أنها تهدف إلى علاج الجنين من مختلف الأمراض والتشوهات التي تصيبه من خلال علم الهندسة الوراثية، حيث حقق هذا العلم نجاحا في هذا المجال، من خلال التدخل الطبي في تعديل سمات الفرد قبل ولادته من أجل التحكم في مورثاته، ولكن دون الخروج عن الإطار والهدف العلاجي كإضافة مورثات إلى الخلايا، الأمر الذي يكون مفيدا في شفاء بعض الأمراض التي تسببها المورثات التي يكون بها خلل، وما هو إيجابي هنا أن هذه التغييرات الجسدية لا تنتقل بالوراثة. و هو ما أشار إليه المشرع المغربي في المادة 19 من قانون رقم 47.14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب بحيث نص على أنه " لا يمكن أن يكون الهدف من التشخيص قبل الزرع إلا البحث عن الأمراض التي لا يرجى شفاؤها و المحددة لائحتها بنص تنظيمي، و ذلك قصد وقاية الطفل الذي سيولد من الإصابة بها، و لهذه الغاية لا يجوز نقل إلا اللواحق السليمة وحدها".

فالعلاج الوراثي يحقق فوائد كبيرة في القضاء على الكثير من الأمراض كأمراض القلب مثلا، والفائدة الكبرى له هي إمكانية علاج الجنين المصاب بعيب وراثي قبل الولادة و تمكين الوالدين من أن يتطلعا إلى ميلاد طفل معافى صحيا¹. و ما لا يمكن إغفاله، أنه حتى وإن كان الغرض من هذه التجارب علاجيا، إلا أنه لابد من إخبار المرأة الحامل بالتجربة، من حيث طبيعتها وهدفها وآثارها، مع مراعاة القواعد الفنية والأخلاقية. و قد أكد المشرع ذلك من خلال المادة 12 من القانون رقم 28.13 المتعلق بحماية الأشخاص المشاركين في الأبحاث البيوطبية فنص على أنه: "لا يمكن إجراء أي بحث بيوطبي على القاصرين أو الأشخاص البالغين سن الرشد الخاضعين لإجراء من إجراءات الحماية الشرعية، إلا إذا كان من المنتظر أن يعود البحث بمنفعة مباشرة على صحتهم و شريطة الحصول على الموافقة الحرة و المتنورة و الصريحة من النائب الشرعي للشخص المعني".

¹ رضا عبد الحليم عبد المجيد: الحماية القانونية للجنين البشري، الاستنساخ وتداعياته- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى-2001، ص: 52 .

فقصد العلاج إذن يعتبر شرطاً أساسياً لإباحة المساس بالجسم البشري عامة، ولإجراء التجارب الطبية على الجنين ذاته، فلا يمكن إضفاء الشرعية على التجارب العلمية حتى ولو تمت برضاء الممثل الشرعي للجنين، فرضاء هذا الأخير لا يضيفي المشروعية على فعل الطبيب، لأن هذا الرضاء لا يعتبر سبباً من أسباب الإباحة، ذلك أن سلامة جسم الإنسان تعتبر من النظام العام، ومصلحة المجتمع تقتضي حماية هذا الجسم.

الفقرة الثالثة: الالتزام بضوابط الجدية العلمية

لكي تحقق التجربة الغرض الحقيقي منها سواء علاجياً أو علمياً، وفي نفس الوقت تحافظ على سلامة جسم الشخص الخاضع لها، يجب أن تحاط بمجموعة من الضمانات. هذه الأخيرة تعمل على الالتزام بضوابط الجدية العلمية لأن ذلك سوف يتفق مع الأخلاق والآداب التي يجب مراعاتها أثناء إجراء هذه التجربة، فالالتزام الأخلاقي يفرض على الطبيب أن يولي جسم الإنسان عناية كبيرة فيرجح مصلحة هذا الأخير على المصلحة المنتظرة من بحثه، فيحيطه برعاية كبيرة ويعمل جاهداً على عدم تعريضه للمخاطر¹.

ولذلك لا بد أن تحاط التجربة بمجموعة من الظروف المادية تتناسب وتتفق مع مقتضيات الجدية العلمية ومع تحقيق مصلحة الخاضع لها². فالتجارب الطبية تقوم على البحث والكشف عن كل ما هو جديد من خلال الدراسات والأبحاث الطبية، وبالتالي يفترض في القائم بالتجربة أن يكون باحثاً في المجال الطبي وعلى دراية بآخر ما توصل إليه العلم في مجال التجارب وملماً بالأصول العلمية الحديثة في عمله³.

و أهم هذه الظروف احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية لدى القائمين بهذه التجارب، وضرورة الموازنة بين الفوائد والمخاطر المترتبة عن التجارب على الجنين. نظراً لأهمية التجارب الطبية على الأجنة لا بد أن تجرى في المؤسسات الصحية التابعة للدولة، أو في المؤسسات الصحية الخاصة أو في مواقع البحث التابعة للمراكز الاستشفائية و الجامعية و على أساس اتفاقية تحدد كفايات تسيير تلك المواقع⁴. وبعد الحصول على رخصة من الجهات

¹ Hennau Hublet : L'activité médicale et les atteintes à l'intégrité physique des personnes, Revue de droit pénal et de criminologie, 1988, P : 744.

² خالد حمدي عبد الرحمن: مرجع سابق، ص: 94-95.

³ خالد حمدي عبد الرحمن: نفس المرجع، ص: 91-92.

⁴ المادة 24 من قانون رقم 28.13 بحماية الأشخاص المشاركين في الأبحاث البيوطبية.

الإدارية المعنية، بالإضافة إلى وجوب إسنادها لأهل الاختصاص. بحيث لا يمكن الترخيص بإجراء أي بحث بيوطبي على أي شخص إلا إذا كان البحث حاصلًا على الموافقة اللجنة الجهوية المختصة وأن يكون مرتكزا على معارف علمية لها علاقة بموضوع التجربة، وأن يكون كذلك الخطر المتوقع فيه أقل بكثير من المنفعة المتوقعة وأن يهدف إلى توسيع المعرفة العلمية بالنسبة للكائن البشري والوسائل الكفيلة بتحسين وضعيته. ولا يمكن إجراء البحث إلا تحت إدارة ومراقبة باحث يتوفر على الخبرة اللازمة لقيادته كما تحدد بنص تنظيمي، وظروف مادية وتقنية تتناسب مع موضوعه وتتلاءم مع شروط الدقة العلمية وسلامة الأشخاص المشاركين فيه¹. وهذا يؤكد على ضرورة رقابة هيئات إدارية على مدى مراعاة هذه التجارب للقواعد القانونية والأخلاقية، وهو ما يتمثل في إحداث لجان جهوية تسمى "اللجنة الجهوية لحماية الأشخاص المشاركين في الأبحاث البيوطبية"². ولقد أحسن المشرع عندما نص على ضرورة الأخذ بعين الاعتبار عند تأليف اللجان الجهوية تعدد أعضائها وتنم تخصصاتهم في المجال الطبي والإحيائي والصيدلي والأخلاقي والاجتماعي والنفسي والديني والقانوني³. كل هذا من أجل تحقيق رقابة اجتماعية.

وعليه نخلص من خلال هذه المواد أن المشرع المغربي أكد على ضرورة استشارة اللجنة الجهوية وأخذ موافقتها عند القيام بكل التجارب الطبية سواء على الإنسان المتكامل البنين أو على الجنين، فرغم عمومية النص إلا أنه ممكن التطبيق على كليهما. غير أنه عند إجراء التجارب العلمية لا بد من موافقة هذا المجلس عليها. ويفهم كذلك من المواد المذكورة أعلاه أن المشرع المغربي قد أسند دور الرقابة على التجارب الطبية لهذا المجلس الذي يتأكد من مدى استجابة هذه التجارب للمبادئ الأخلاقية والعلمية التي يجب أن يراعيها الباحث في المجال الطبي.

ولعل اشتراط احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية يشمل التجارب الطبية التي تجرى على الإنسان المتكامل البنين والتجارب التي تجرى على الجنين، لكن الأمر يبدو أكثر خصوصية إذا تعلق الأمر بهذا الأخير، نظرا لعدم مقدرته على إبداء الرضا عن التجارب

¹ المادة 27 من قانون رقم 28.13 بحماية الأشخاص المشاركين في الأبحاث البيوطبية.

² المادة 17 من قانون رقم 28.13 بحماية الأشخاص المشاركين في الأبحاث البيوطبية.

³ المادة 18 من قانون رقم 28.13 بحماية الأشخاص المشاركين في الأبحاث البيوطبية.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الظروف التي سوف تحاط بالتجربة إذا كان محلها بويضات ملقحة تكون مختلفة عن تلك المتطلبة عند القيام بالتجربة على إنسان متكامل البنیان، حيث إن التجارب الطبية تعتبر إحدى الوظائف الهامة لبنوك الأجنة، وإجراء التجارب على البويضات الملقحة يشكل دعامة أساسية لتطور العلم والوصول إلى علاج الكثير من الأمراض، هذا إذا تعلق الأمر بالبويضات الزائدة عن الحاجة في عملية التلقيح الاصطناعي كما يسميها البعض بالأجنة الاحتياطية¹، أو تعلق الأمر بالأجنة المخصصة للأبحاث، وهذه الأخيرة هي تلك التي يتم التبرع بها لبنوك حفظ النطف أو البويضات الملقحة، حيث تقوم هذه البنوك بحفظها وتجميدها بغرض إجراء التجارب عليها لأغراض مختلفة.

بالإضافة إلى التجارب التي تجرى على البويضات المعلقة في جدار الرحم سواء نتيجة الاتصال الجنسي المباشر، أو التلقيح الاصطناعي الداخلي، وتأخذ حكم التجارب التي يكون محلها الحمل المستكن في أي مرحلة من مراحل تكوينه. ولعل هذه العمليات قد أثارت الكثير من المشاكل تكاد تكون هي نفس المشاكل التي تثيرها التجارب التي تجرى على أشخاص ليس لهم المقدرة على إبداء الموافقة من عدمها. فالأمر هنا يتنازع هـدفان: الحفاظ على كرامة الأجنة وعدم امتهـانها، وحاجة البحث العلمي إلى مثل هذه التجارب من أجل خدمة البشرية.

و في جانب آخر كذلك قد لا يكتب النجاح لعملية الزرع في الرحم ما يترك الأجنة المخصبة خارجياً عرضة لخطر الاصطياد من خلال جعلها محلاً لإجراء التجارب العلمية عليها، سواء أكان هذا الأمر بقبول أو موافقة الزوجين أم بدون علمهم أو رضاهم، و تنتقل إلى مراكز البحث العلمي لغرض إجراء التجارب العلمية عليها².

وتحقيقاً لحماية الجنين البشري من التجارب الطبية ذهب المجتمع الدولي إلى ضرورة توفير الإمكانيات المادية والفنية وفق احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية عند القيام بهذه

¹ أيمن مصطفى الجمل: مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراءات تجارب البحث العلمي، دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية، 2008، ص: 217.

² حيدر حسين كاظم الشمري: مشروعية التصرف بأجنة الإخصاب الصناعي دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة- العراق، المجلد 1، العدد الرابع 2021، ص: 61.

التجارب وذلك عن طريق الإعلان العالمي لحماية الجينوم البشري، والإعلان العالمي للمعطيات الجينية، ورسخ حماية الجنين من التجارب الطبية في الإعلان العالمي لأخلاقيات الطب وحقوق الإنسان.

أولاً: الإعلان العالمي لحماية الجينوم البشري¹

تبنته اللجنة الدولية للأخلاق الطبية المنبثقة عن اليونسكو في 11 نوفمبر 1997 وقد أكد هذا المشروع أنه لكل شخص أن يستفيد من التطورات في علم الوراثة و البيولوجيا والطب بشأن الجنين البشري، إذ أن حرية البحث أمر ضروري للنهوض بالمعرفة والسعي إلى التخفيف من المعاناة وتحسين صحة الأفراد والبشرية جمعاء. فلا يمكن القيام بالبحوث والتشخيص والعلاج التي تؤثر على الجينوم إلا بعد تقييم مسبق للفوائد والمخاطر المحتملة المرتبطة بها، ولكل فرد الحق بموجب القانون الدولي والقانون المحلي الحصول على تعويض عادل عن أي ضرر ينجم عن التجارب الطبية على الجينوم.

وما يلاحظ على هذا الإعلان أنه جعل مهمة حماية الجينوم البشري على عاتق الدول، فهي الوحيدة التي بإمكانها أن تحدد نطاق هذه التجارب بما لا يمس كرامة الإنسان باعتبار أن الجينوم البشري يشكل الحقيقة الوراثية للفرد، والمساس به هو مساس بمستقبل الأجيال اللاحقة.

ثانياً: الإعلان العالمي للمعطيات الجينية²

لقد تم اعتماد الإعلان العالمي للمعطيات الجينية البشرية في 16 أكتوبر 2003 حول تطور البحوث الطبية وعلاقتها بالقضايا الأخلاقية. ويعرف هذا الإعلان المعطيات الجينية بأنها عبارة عن بيانات مرتبطة بشخص محدد تحتوي على معلومات مثل الاسم والعنوان وتاريخ الميلاد، ويعرف كذلك الاختبارات الجينية أنه إجراء للكشف عن وجود أو غياب أو تعديل الجينات أو الكروموزومات بما فيها الاختبارات الواردة على هذه الجينات، والقيام بجمع هذه البيانات الوراثية البشرية لاستخدامها في أغراض التشخيص والرعاية الصحية،

¹-Déclaration universelle sur le génome humain. Disponible sur le site : www.unesco.org/human-genome. Vu 2021/05/04, 15h32min.

² - Déclaration universelle sur les données génétiques-www.unesco.org/shs/fr/bioethics. Vu 2021/05/25, 10h56min.

والأبحاث العلمية والطبية، بما في ذلك الدراسات المتعلقة بالأمراض وسبل القضاء عليها ويطلق عليها البحوث الطبية والعلمية والطب الشرعي والجنائي.

والملاحظ على هذا الإعلان أنه أكد على ضرورة استخدام البيانات الوراثية البشرية بما لا يتعارض مع حقوق الإنسان، حيث أكد ضرورة العمل على تطوير البحوث في هذا المجال من أجل الكشف عن الأمراض و سبل القضاء عليها.

ثالثاً: الإعلان العالمي لأخلاقيات الطب و حقوق الإنسان¹

اعتمد الإعلان العالمي لأخلاقيات الطب وحقوق الإنسان في 19 أكتوبر 2005 في اجتماع منظمة اليونسكو في باريس، وأكد على ضرورة وضع موازنة بين حرية البحث العلمي، وبين حقوق الإنسان وكرامته.

وقد أحاط هذا الإعلان التجارب على الجينات البشرية بمجموعة من الضوابط وهي:

- أن أي تدخل طبي حتى ولو كان لأغراض علاجية يجب أن يكون بناء على الموافقة المسبقة للشخص المعني بعد إعلامه بشكل واف ودقيق بكل ما يتعلق بطبيعة التدخل، أهميته، ومختلف النتائج المترتبة عنه. مع التأكيد على إمكانية سحب الموافقة في أي وقت.
- ضرورة حماية الأشخاص غير القادرين على إبداء الموافقة بحيث يجب أن تخدم مصالح هؤلاء الأشخاص مما يعرضهم لحد أدنى من المخاطر، شريطة القيام بها وفقاً للشروط المنصوص عليها في هذا الإعلان وحماية الحقوق الفردية، بحيث إذا رفض المسؤولون عن هؤلاء الأشخاص إخضاعهم للتجارب فلا بد من احترام إرادتهم من أجل الحفاظ على سلامتهم الجسدية.

- ضرورة احترام الخصوصية وسرية المعلومات المتحصل عليها أثناء مباشرة التجارب الطبية، فيمنع الكشف عن هذه المعلومات لأغراض أخرى غير المُسطرة في البحث.

¹ -voir :Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme : www.unesco.org/new/fr/social. Vu 2021/05/29, 23h22min.

• ضرورة عودة هذه الأبحاث بالفائدة على المجتمع ككل بتوخي التنمية المستدامة ومساعدة الأفراد والجماعات من خلال هذه البحوث، والحصول على الرعاية الصحية الجيدة، مع الوصول من خلال هذه التجارب إلى طرق علاجية جديدة للأمراض. ويؤكد هذا الإعلان على وجوب الحفاظ على الأجيال اللاحقة، وعلى الجنس البشري بصفة عامة، من هذه البحوث التي قد تؤثر على الصفات الوراثية للإنسان وقد تؤدي إلى تشويه صورته، وضرورة تأسيس لجان أخلاقية مستقلة وظيفتها تقييم البحوث التي يكون محلها البشر من النواحي القانونية العلمية الاجتماعية والأخلاقية، وتقييم التطورات وأخيرا ينبغي الإشارة إلى أن هذا الإعلان لم يهمل آثار هذه التجارب على الصعيدين الوطني والدولي، بحيث ينبغي على الدول أن تتخذ التدابير الملائمة لمكافحة الإرهاب البيولوجي، والاتجار غير المشروع في الأعضاء والأنسجة، وعينات الموارد والمواد الجينية، كما ينبغي أن تتخذ الدول جميع التدابير المناسبة تشريعية أو إدارية لإنفاذ المبادئ المنصوص عليها في هذا الإعلان وفقا للقانون الدولي لحقوق الإنسان، وذلك بتشجيع برامج التعليم ونشر المعرفة حول أخلاقيات العلوم الحيوية.

ومن خلال ما سبق أستنتج أن التجارب الطبية على الجنين البشري سواء كانت علاجية أو علمية يجب أن تستجيب لمقتضيات الجدية العلمية، وذلك عن طريق احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية، وأن تكون تحت رقابة صارمة ولا تكفي رقابة اللجان الجهوية، فلا بد من هيئة خاصة تتكون من أشخاص ينتمون إلى المهن الطبية المتخصصة في الأجنة وأشخاص من المجتمع المدني، كما يجب الموازنة بين الفوائد والمخاطر المترتبة عن هذه التجارب، بحيث يجب أن تكون فوائدها أكبر من مخاطرها، وأهم المخاطر في التجارب على الجنين هي مخاطر إتلافه، ومخاطر المساس بكرامة الأدمي.

الفرع الثاني: المسؤولية المترتبة عن الإخلال بشروط التجارب على الجنين

لقد أجازت مختلف التشريعات المعاصرة اللجوء إلى إجراء الأبحاث الطبية على الإنسان لغرض التوصل لعلاج الأمراض المستعصية التي عجز الأطباء عن إيجاد العلاج لها بواسطة العلاج بالتقنيات البسيطة، لكن بشروط من أهمها احترام كرامة الإنسان و ضمان حقه في التكامل بتمتعته بكامل أعضاء جسمه. و إذا كانت الأبحاث الطبية معترف بها

الإنسان بقيود المذكورة سابقا فما حكمها بالنسبة للجنين خاصة و أن هذه الأبحاث الطبية مرتبطة أساسا بالإجهاض و الإستنساخ البشري من خلال الخلايا الجذعية للجنين و تقنيات التلقيح الاصطناعي¹.

إن حق الإنسان في سلامة جسده في كل الأطوار التي يمر بها ابتداء من كونه بويضة ملقحة إلى حين اكتمال صورته البشرية وخروجه إلى الوجود وإلى آخر لحظات حياته، يعد من النظام العام وحمايته أمر تتطلبه مصلحة المجتمع، فإذا خرج القائم بالتجربة عن الهدف العلاجي للمريض فإنه يكون محلا للمسؤولية إذ يشكل فعله مساسا بجسم الإنسان ويدخل تحت نطاق التجريم، كما يسأل مسؤولية مدنية لأن المساس بجسم الإنسان يرتب ضررا يستوجب التعويض.

وفي تحديد هذه المسؤولية يمكن التسوية بين التجارب التي تجرى على الإنسان بصفة عامة وبين التجارب التي تجرى على الجنين بصفة خاصة، فلا مجال للفرقة بينهما من حيث ترتيب المسؤولية لأن الأمر لا يخلو من كونه مساسا بجسم الإنسان، ولكن يمكن معاملة الجنين بنوع من الخصوصية، ذلك أن استخدام الإنسان المتكامل البنيان في التجارب العلمية لا يكون إلا بعد الحصول على موافقة الحرة المتبصرة، و بالتالي فإن آثاره لا تتعداه سواء تعلق الأمر بالآثار الإيجابية لو كنا بصدد تجارب علاجية، أو تعلق الأمر بالآثار السلبية لو كنا بصدد التجارب غير العلاجية ولو استفاد منها مرضى آخرون.

أما استخدام الجنين في التجارب فتثور فيه مشكلة الحصول على موافقته، إذ تقوم موافقة والديه مقام موافقته، وربما ذلك لا يحدث إشكالا لو تعلق الأمر بتجارب علاجية، أما لو تعلق الأمر بتجارب غير علاجية للجنين ذاته، سواء كان محلها البويضات الملقحة الفائضة عن عمليات التلقيح الاصطناعي، أو كان محلها الجنين المستكن في رحم المرأة، فذلك قد ينتج عليه آثار وخيمة سواء على الجنين محل هذه التجارب أو على مستقبل الجنس البشري، وذلك بتغيير الصفات الوراثية، أو تهجين خلايا حيوانية بخلايا إنسانية، وغيرها...، بل وصل الأمر إلى استعمال هذا الجنين كأداة للوصول إلى علاج الأمراض.

¹ عيساني سعاد: الحماية الجنائية للجنين، أطح الدكتوراه في القانون، تخصص: قانون و صحة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجيلالي الياصب - سيدي بلعباس- جزائر، السنة الجامعية 2012/2013. ص: 42.

وتبعاً لذلك سوف أفرد لهذا البحث (فقرة أولى) أعالج فيها المسؤولية المدنية المترتبة عن الإخلال بشروط التجارب على الجنين، وأخصص (الفقرة الثانية) للمسؤولية الجنائية المترتبة عن الإخلال بشروط التجارب على الجنين.

الفقرة الأولى: المسؤولية المدنية المترتبة عن الإخلال بشروط التجارب على الجنين

إن التجارب الطبية عامة والتجارب على الأجنة البشرية خاصة قد وصلت إلى حلول كثيرة للمشاكل الصحية، ولكنها في ذات الوقت تسبب أضراراً كثيرة للخاضعين لها، والتي تثير جانباً مهماً وهو كيفية تعويضهم عنها سيما وأن هذه الأضرار تظل موجودة في بعض الأحيان حتى وإن احترمت القائم بالتجربة الشروط المطلوبة لإجرائها. فطبيعة مهنة الطب تفرض على الأطباء التزاماً يفوق معيار الرجل العادي، وباعتبار اشتراط الكفاءة في الطبيب الذي يضع المريض ثقته فيه، فيخضع جسمه وكل عضو له بهدف الشفاء، هذه الكفاءة التي كان مصدرها مختلف الدراسات الطبية والأبحاث العلمية، جعلت من التزامه يقوم على معيار الرجل المسؤول بما تفرضه عليه مهنته من دراية فنية وخبرة مهنية¹.

و عليه فإن القائم بالتجربة يكون مسؤولاً عن أي عمل يسبب من خلاله ضرراً للخاضع للتجربة سواء كان جنيناً أو إنساناً كاملاً وفقاً لقواعد المسؤولية المدنية. كما يمكن مساءلته عن الضرر الذي أصاب الخاضع لها من جراء هذه التجربة، دون احترام الشروط المطلوبة فيها بثبوت خطأ من جانبه وضرر وعلاقة سببية بينهما، وبتوافر هذه الأركان الثلاثة للمسؤولية المدنية يمكن للشخص المتضرر الحصول على تعويض.

كذلك يسأل الطبيب إذا كانت تجربته قائمة على أساس خاطئ، أو كان طبيباً مبتدئاً ليست له الخبرة الكافية للقيام بتجارب، أو كان الضرر الذي تعرض له الخاضع للتجربة كبيراً بالمقارنة مع فوائدها². في هذا الصدد قام العالم "كريس" بإعادة زرع خصيتين كانتا قد استؤصلتا في حادث عمل و احتفظ بهما في ثلاجة أثناء الليل، و في الصباح قام بعملية

¹ سمير عبد السميع الأودن: مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة 2004، ص: 05.

² مأمون عبد الكريم: مرجع سابق، ص: 776.

الزرع لنفس الشخص فكللت العملية بالنجاح و أفرزت الخصيتان هرمون الذكورة دون الحيوانات المنوية¹.

وقد أقر المشرع المغربي في قانون رقم 23.13 المتعلق بحماية الأشخاص المشاركين في الأبحاث البيوطبية المسؤولية المدنية في نص المادة 34 فقرة الثانية منه بنصها: " يجب أن يكتتب المتعهد تأميناً يضمن مسؤوليته المدنية بشأن البحث المعني و أن يعمل على تجديده. و يجب أن يشمل هذا التأمين أيضاً المسؤولية المدنية للباحثين و المتدخلين المعنيين بالبحث ". حيث تؤكد هذه المادة أنه إذا تمت التجارب الطبية بموافقة الخاضع لها مع أخذ رأي و موافقة اللجنة الجهوية المختصة ونجمت عنها أضرار لحقت بالخاضع لها، فإنه لا يمكن الاعتماد على هذه الموافقة لتبرير عمل الطبيب أو لاستبعاد مسؤوليته المدنية، فرغم صدور الموافقة للخضوع لها يبقى المبادر بالتجريب - المتعهد - مسؤولاً مدنياً عن الأضرار التي تنتج عن تدخله و تصيب المشارك أثناء البحث أو بعد توقفه أو انتهائه².

والملاحظ أن المشرع المغربي قد اكتفى بالنص العام لتقرير المسؤولية المدنية بالنسبة للتجارب على الإنسان بصفة عامة دون أن يدرج نصاً خاصاً للمسؤولية المدنية عن التجارب على الجنين، حيث سمح بإجراء الأبحاث البيوطبية على الجنين و أمه بصفة استثنائية³ و بقصد التجارب العلاجية إذا كانت المنفعة المتوقعة تبرر الخطر المتوقع التعرض له و تعذر إجراء البحث بطريقة أخرى. غير أنه لم يحدد أساس هذه المسؤولية، هل هي قائمة على أساس الخطأ المفترض أم هي مسؤولية بدون خطأ، ولم يحدد كذلك طبيعة الأضرار التي يتم التعويض عنها. وهذا نقص كبير في هذا القانون، فتقرير المسؤولية المدنية فقط دون تحديد قواعدها لا يكفي لحماية الخاضعين لهذه التجارب خاصة العلمية منها، وهذا قصور كبير وجب على المشرع المغربي تداركه خاصة مع الميدان الطبي الذي يفرض اللجوء إلى التجارب لتقدمه وتمكنه من الوصول إلى علاج بعض الأمراض المستعصية،

¹ ضيف نوال – لدلول الطاهر: أثر الوسائل الطبية الحديثة في عملية الإنجاب على نسب الولد، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، المجلد 05- العدد 01- السنة 2020، ص: 581.

² انظر الفقرة الأولى من المادة 34 من قانون 23.13 المتعلق بحماية الأشخاص المشاركين في الأبحاث البيوطبية.

³ انظر الفقرة الثانية من المادة 14 من قانون 23.13 المتعلق بحماية الأشخاص المشاركين في الأبحاث البيوطبية.

الذي يفرض ضمانات للخاضعين لهذه التجارب فقط، وصولاً إلى وضع قواعد للتعويض عن الأضرار التي تسببها التجارب الطبية على الجنين بصفة خاصة.

و عليه يلتزم كل متعهد أن يؤمن على مسؤوليته المدنية ومسؤولية من يشارك معه من الباحثين و المتدخلين في البحث، بغض النظر عن وضعيتهم القانونية أو طبيعة العلاقات التي تربطهم بالمتعهد في شأن البحث المعني. و هذا ما يتضح من خلال المادة 34 فقرة الثالثة من القانون أعلاه أن التأمين إجباري في الأعمال الطبية عامة و في التجارب خاصة سواء تمت على الإنسان المتكامل البنيان أو على الجنين، وكل اتفاق على مخالفة ذلك يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً، و عليه تقوم الإدارة بإيقاف أو سحب رخصة البحث البيوطبي الذي لم يكتب المتعهد تأميناً بشأنه أو لم يجدده¹، و عاقب عليه².

وللحديث عن المسؤولية المدنية لا بد من تحديد أركانها، و المتمثلة في الخطأ الموجب للمسؤولية المدنية في التجارب الطبية و للعلاقة السببية بين الخطأ و الضرر.

أولاً: الخطأ الموجب للمسؤولية المدنية

بحيث يعرف الخطأ في مفهومه العام هو التصرف الذي لا يتفق مع الحيطة والحذر، اللذين يتصف بهما الرجل العادي، أما الخطأ بمفهومه الخاص أي في مجال المهن الطبية هو عدم قيام الطبيب بالالتزامات المفروضة عليه بمقتضى مهنته، لأنه مجبر على الإلمام بالأصول العلمية التي تتصف بها العلوم الطبية³. أما الخطأ في مجال التجارب الطبية فهو إخلال القائم بالتجربة بالتزاماته التي تفرضها عليه مهنة الطب من جهة، ومن جهة أخرى عدم احترامه للشروط المتطلبة للقيام بالتجارب الطبية.

و عليه فالمقصود بالخطأ ذاك الذي يقع عن إهمال كان يمكن الاحتياط منه أو الحذر من نتائجه، لم يبذل فيه الطبيب الجهد الذي تفرضه عليه مهنة الطب، وضميره الأخلاقي، حيث ينتج عن هذا الإهمال ضرر أصاب جسم الإنسان، أو هو الخطأ الذي لا يقع فيه طبيب في نفس الظروف، و مع ذلك فإن الخطأ ينتفي تماماً إذا كان تدخل الطبيب من شأنه أن يحقق

¹ راجع الفقرة الثالثة من المادة 34 من قانون 23.13 المتعلق بحماية الأشخاص المشاركين في الأبحاث البيوطبية.
² عاقب المشرع المغربي على عدم اكتتاب التأمين في المادة 67 من قانون 23.13 المتعلق بحماية الأشخاص المشاركين في الأبحاث البيوطبية، حيث جاء فيه: "يعاقب المتعهد الذي لم يكتب التأمين لضمان مسؤوليته المدنية خلافاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة 34 أعلاه أو لم يتم بتجديده اكتتابه، بغرامة قدرها 500.000 درهم".
³ محمد سامي الشوا: مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، دار النهضة العربية - القاهرة، سنة 2003، ص: 09.

فائدة للغير ولو خالف في ذلك أصول مهنة الطب، وهذا ينطبق على التجارب الطبية العلاجية، فإذا جرب الطبيب طريقة علاجية جديدة أو دواء جديدا، وتوصل من خلالها إلى علاج المريض الخاضع للتجربة، فإنه لا يسأل عن عدم احترامه أصول المهنة الطبية، أما إذا نتج عن هذه المخالفة أضرار للمريض فإن الطبيب يكون مسؤولا عن تلك الأضرار.

هذا عن التجارب العلاجية، أما التجارب غير العلاجية، فإن القائم بها يسأل عن الضرر المترتب عن فعله لانتفاء شرط من شروط إباحة الأعمال الطبية وهو قصد العلاج¹. أضف إلى ذلك فإن إجراء التجارب على البويضات الملقحة إذا كان الهدف منها علاجها من الأمراض الوراثية أو مختلف التشوهات التي تصيبها، فإن أي خطأ يقع فيه الطبيب أثناء مباشرته لهذه التجارب سوف يعود بالضرر على الجنين الذي سوف يتكون من هذه البويضات الملقحة، بحيث إنها قد تؤدي إلى ميلاده مشوها، ناهيك عن الأضرار المعنوية التي يصاب بها الأولياء، كما تنتقل هذه التشوهات بالوراثة إلى الأجيال اللاحقة، ويمكن قياس ذلك على التجارب التي تجرى على الأجنة وهي متواجدة في الأرحام إذا كان الغرض منها علاجيا.

والأخطر في المساس بجسد الجنين وهو في مرحلة البويضة الملقحة، وما لا يمكن نكرانه أن بداية حياة الجنين تكون منذ لحظة التلقيح، وما دام أن مرحلة البويضة الملقحة هي من أهم مراحل تطور الجنين بل هي أساس وجوده فلها الحق في السلامة أيضا باعتبار أنها تحوي جميع مكونات الجنس البشري، فإذا كان الرأي الراجح لا يعتبر إتلاف البويضة الملقحة إجهاضا فإن المساس بسلامتها عن طريق التدخل في التركيب الجيني لها بالتلاعب في المورثات بالإضافة أو الإنقاص فيها، وإعادة زرعها في رحم المرأة، خاصة مع تطور الأساليب الطبية المساعدة على الإنجاب، يؤدي إلى ميلاد الجنين مصاب بتشوهات نشأت عن تلك التدخلات الطبية، لا بد من النص على تجريم أفعال المساس بسلامة الجنين في الرحم والبويضة الملقحة خارج الرحم². و عليه فقد نص المشرع المغربي في قانون رقم 47.14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب في المادة 42 على أنه: "يعاقب بالحبس من سنة إلى

¹ أحمد شرف الدين: مرجع سابق، ص: 53 وما يليها.

² -Philip Dédrot : Diagnostic prénatal et responsabilité médicale, op.cit, p : 117-118.

ثلاث سنوات و بغرامة من 20.000 إلى 50.000 أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط على:-
إنجاز التشخيص قبل الزرع خرقاً لأحكام المادة 21 من نفس القانون".

وتأكيداً لذلك أقر القضاء الفرنسي للجنين الحق في التعويض إذا ولد به إعاقة
وتشوهات نشأت عن تدخل طبي أو خلل جيني أو وراثي نتيجة تدخل الطبيب في مرحلة
البويضة الملقحة¹.

وفي الحقيقة لم أعتز في القضاء عامة على قضايا تتعلق بالأخطاء المرتكبة في
التجارب على الجنين، إلا ما يتعلق منها بالخطأ في التشخيص المبكر للأمراض الوراثية
السابق الإشارة إليها.

ثانياً: الضرر و العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر

إن الأضرار الناجمة عن التجارب الطبية قد تكون مادية وقد تكون معنوية، فالمساس
بسلامة جسم الجنين وما ينجم عنه من نفقات العلاج لدليل على ذلك، ناهيك عن الأضرار
المعنوية المتمثلة في الآلام النفسية التي سوف يعاني منها أولياء الجنين إذا ولد هذا الأخير
مصاباً بتشوهات نتيجة إجراء التجارب الطبية عليه، ولا يكفي لتحقيق المسؤولية المدنية أن
يقع ضرر للمريض وخطأ من جانب الطبيب، بل يجب أن يكون الضرر الذي أصاب
المريض نتيجة لذلك الخطأ الذي وقع من الطبيب².

وتعتبر مسألة حق الجنين في سلامة جسده في مواجهة التطورات والاكتشافات العلمية
الحديثة من أهم المسائل التي شغلت الرأي العام الدولي باعتبار أن الإنسان هو غاية التنظيم
الاجتماعي، ومن ثم لا بد من إيجاد السبل الكفيلة بتحقيق حماية قصوى له لضمان استمرار
المجتمع، وتهدف هذه الحماية إلى إقامة التوازن بين مصلحتين متعارضتين المصلحة العامة
في تقدم العلوم بمختلف أنواعها من أجل خدمة المجتمع، ومصلحة الفرد التي قد تمس هذه
التطورات بسلامة جسده³.

¹ - Conseil d'état 27/09/89, gaz. pal, 4/8/1990, p : 421.

² رمضان جمال كامل: مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مرجع سابق، ص: 250-251.

³ ماروك نصر الدين: تطور مفهوم الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، مرجع سابق، ص: 74.

ولا يكفي مجرد اقتران الخطأ بالضرر، بل يجب أن يكون هذا الضرر لاحقاً للخطأ وناشئاً عنه، بحيث لا يمكن تصور وقوع الضرر دون وقوع الخطأ، و علاقة السببية تنتفي بالسبب الأجنبي، وهو حدث مفاجئ أو قوة قاهرة، أو خطأ المريض أو الغير، وتقدير القوة القاهرة يخضع لسلطة قاضي الموضوع دون رقابة محكمة النقض عليه. والأمثلة على ذلك متعددة فوفاة الجنين أثناء التجربة بسبب إعطاء الأولياء له دواء منعه عنه الطبيب، أو بسبب رعد أو زلزال مفاجئ ينفي المسؤولية على القائم بالتجربة¹.

الفقرة الثانية: المسؤولية الجنائية المترتبة عن الإخلال بشروط التجارب على

الجنين

إن طبيعة النظام الاجتماعي تفرض أن يقوم كل فرد بوظيفته الاجتماعية، ولا يمكن للفرد تحقيق ذلك إلا إذا كان متمتعاً بالصحة والتكامل الجسماني، فالشخص الذي يشعر بشذوذ جسماني معين يحجم بطريقة أو بأخرى عن المشاركة الاجتماعية، وذلك لأن وظيفة الطبيب بالدرجة الأولى هي وظيفة اجتماعية الهدف منها وقاية الإنسان من الأوبئة وإيجاد السبل لعلاجها أو تهدئة الآلام المنجرة عنها، ومن ثم يكون عمل الطبيب مشروعاً طالما استهدف تحقيق المصلحة التي يقرها القانون، وذلك يفرض على القائم بالتجارب على الأجنة تحقيق المصلحة الاجتماعية في أن يظل أفراد مجتمع الغد محتفظين بتوازنهم الجسماني والنفساني.

فما غاية تدخل القانون الجنائي في الطب عموماً، إلا للموازنة بين متطلبات الثورة البيولوجية الحديثة في مجال الطب، و ضرورة توفير الحد الأدنى من الاحترام الواجب للكيان المادي للإنسان و كرامته، بحيث لا يغلب الجانب العلمي للمسألة على جانبها الديني و الأخلاقي و القانوني، أو العكس، فالطب يقدم الأمل، و القانون يجعله أملاً منظماً².

و عليه يجب أن تكون هذه التجارب متفقة مع النظام العام، أي لا تؤدي إلى الإضرار بالمجتمع ككل، كالتأثير على الصفات الوراثية التي تنتقل من جيل إلى آخر، حيث أثار التقدم

¹ - M.M.Hannouz .A.R.Hakem : op.cit, p : 76.

² عبد الله عبد السلام عريبي: التلقيح الصناعي بين الإباحة و التحريم في القانون الليبي، مجلة البحوث القانونية، السنة السادسة، العدد العاشر – يناير 2019، ص: 90.

الهائل في مجال وسائل الإخصاب بصفة عامة، وأطفال الأنابيب بصفة خاصة العديد من المسائل التي تتعلق بإمكانية التحكم في الكروموزومات، كالتجارب التي تهدف إلى تغيير الصفات الوراثية أو اختيار جنس المولود، بل وصلت إلى أكثر من ذلك في محاولتها تحقيق حمل كامل في أنبوب وغيرها من التجارب التي تؤدي إلى تشويه صورة الجنس البشري. وما يساعد هذه الممارسات الشاذة هو الإنجاب الاصطناعي، فهذه التقنية تثير إشكالات عديدة خاصة فيما يتعلق بمصير الأجنة الزائدة عن الحاجة¹ و أيضا تحديد جنس الجنين². لذا كان لزاما أن يبقى هذا الأخير مجرد وسيلة احتياطية لا يسمح باللجوء إليها إلا إذا استحال الإنجاب بالطريق الطبيعي، فهو وسيلة لمكافحة العقم ولا يمكن استخدامه لأغراض أخرى غير مشروعة، وفرض جزاء جنائي لضمان حماية حقوق الجنين في مواجهة التجارب الطبية.

و المتفق عليه هو إباحة العمل الطبي باعتباره يحقق مصلحة للمريض، وينطبق هذا على التجارب الطبية العلاجية لأنها لا تتعارض مع القواعد العامة المنظمة للأعمال الطبية، ذلك أن هدف القائم بالتجربة هو علاج مرض معين يشتكي منه الخاضع للتجربة، مع إمكانية تعميم هذا العلاج على مرضى آخرين لو ثبت نجاحه.

و تبعا لذلك أقسم هذا البحث إلى قسمين أخصص الأول لأسباب الإباحة في التجارب على الجنين، وأخصص الثاني لتطبيق القواعد للمساءلة الجنائية للقائم بالتجارب على الجنين.

أولا: أسباب الإباحة في التجارب على الجنين

المقصود بأسباب الإباحة تلك الظروف الموضوعية التي تلحق السلوك الإجرامي، فتتزع منه الصفة الإجرامية فتحوله إلى فعل مباح، باعتبار أن إباحته يحقق مصلحة أهم بالمقارنة مع المصلحة التي جرم فعل الاعتداء من أجل تحقيقها.

¹ الأجنة الزائدة أو الفائضة عن الحاجة تأتي نتيجة لعملية زرع الأجنة، أو أطفال الأنابيب، بحيث أن الطبيب حينما يريد القيام بعملية زرع الجنين، يقوم أولا بتنبيه المبيض، ثم يقوم بعملية جراحية لاستخراج عدد من البويضات قد تصل إلى 12 بويضة أو أكثر، و تلقح هذه البويضات خارج الرحم، ثم يقوم الطبيب بنقل ثلاثة من هذه اللقائح إلى الرحم بعد أن تبدأ في النمو، أما الفائض فيحتفظ به بعد تبريده و تجميده انتظارا لنتيجة الزرع مستعملا اللقائح المجمدة، و هكذا إلى أن يحدث الحمل، و بعد حدوث الحمل يمكن أن يبقى فائض من البويضات الملقحة التي نسميها اللقائح، و هي عبارة عن سلسلة من الخلايا عمرها أسبوع واحد أو أكثر قليلا، و هي في مرحلة التكون لم يصل النمو فيها إلى مرحلة تكوين الأعضاء كالقلب و الكلى أو الأطراف؛ للمزيد ينظر، عارف علي عارف القره داغي: قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية، الناشر الجامعة الدولية الإسلامية - ماليزيا، الطبعة الأولى - 2011م/1432هـ، ص: 214.

² بوكريريس خديجة: الإنجاب الاصطناعي بين الشريعة و القانون، مجلة دفاتر مخبر حقوق الطفل - المجلد الثامن - العدد الأول - 2017، ص: 229.

و بما أن التجارب الطبية تتطابق مع النموذج القانوني للجرائم الماسة بسلامة الجسم كإعطاء الأدوية لتجريبها، أو إجراء جراحة أو نزع أنسجة من جسم المريض...إلخ، فإن توافر أسباب الإباحة في هذا العمل هو الذي يضيف المشروعية على عمل المجرم. وبالرجوع إلى القانون المغربي فإنه نظم أسباب الإباحة في المادة 124 من قانون الجنائي المغربي حيث تنص المادة 124 على أنه: "لا جنائية و لا جنحة و لا مخالفة في الأحوال الآتية:

- 1-إذا كان الفعل قد أوجبه القانون و أمرت به السلطة الشرعية؛
 - 2- إذا اضطر الفاعل ماديا إلى ارتكاب الجريمة، أو كان في حالة استحال عليه معها، استحالة مادية، اجتنابها، و ذلك لسبب خارجي لم يستطع مقاومته؛
 - 3- إذا كانت الجريمة قد استلزمته ضرورة حالة للدفاع الشرعي عن نفس الفاعل أو غيره أو ماله أو مال غيره، بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع خطورة الاعتداء.
- والملاحظ على هذه المادة أنها لم تذكر كل أسباب الإباحة المتفق عليها في الفقه الجنائي، بل اقتصر على حالات أمر القانون، والضرورة وحالة الدفاع الشرعي، والجدير بالذكر أن أسباب إباحة العمل الطبي تنحصر في ثلاثة شروط : وهي انتفاء القصد الجنائي، رضاء المجني عليه، الترخيص القانوني بمزاولة مهنة الطب، وهذا ما سأتناوله تباعا كما يلي:

1-الترخيص القانوني بمزاولة مهنة الطب:

إن التجارب الطبية شأنها شأن الأعمال الطبية الأخرى لا يمكن أن يقوم بها إلا أشخاص لديهم خبرة ومتخصصون في مجال البحث الطبي، ويجب أن تتم تحت إشراف طبي متخصص، والقائم بالتجربة يجب أن تكون لديه خبرة بعلوم الطب وعلى دراية بالأمراض والأدوية المناسبة لها.

ولا يمكن أن تتحقق فيه هذه الشروط إلا إذا كان القائم بها متحصلا على ترخيص بمزاولة مهنة الطب¹، و أن يكون الممارس له صفة طبيب متخصص في أمراض النساء و

¹ حيث نصت المادة 4 من قانون رقم 131.13 المتعلق بمزاولة مهنة الطب على أنه: " لا يجوز لأي أحد أن يقوم بأي عمل من أعمال مهنة الطب بأي صفة من الصفات إلا إذا كان مقيدا بجدول الهيئة وفق أحكام هذا القانون وأحكام القانون رقم 08.12 المتعلق

التوليد أو صفة طبيب إحيائي أو صفة صيدلي إحيائي، مقيد بجدول الهيئة¹، لأنها أساس عمل الطبيب، حيث إن من لا يملك حق مزاولة الطب يعتبر معتديا على حق الإنسان في سلامة جسده.

و عليه فالتجريب على الجينات من أجل أغراض العلاج أو الوقاية من الأمراض له مزايا ومحاسن كثيرة في تجنب الأمراض الوراثية أو علاجها، إلا أن المشرع المغربي يمنع توسع في السماح بها لأن الأضرار الناجمة عنها قد تفوق مزاياها حتى ولو تمت من قبل أطباء متخصصين.

وقد اتجهت أغلب الآراء إلى المناداة بتحديد إطارها وعدم الانحراف عنها، فيمنع اللجوء إليها إذا كان من شأنها استخدام الهندسة الوراثية لأغراض أخرى غير العلاج كتعديل الصفات الوراثية، واختيار جنس الجنين، أو انتقاء الجنس البشري، أو غيرها من الممارسات الشاذة. لذا فإن شرط الترخيص بمزاولة مهنة الطب ينطبق فقط على التجارب التي ثبتت من خلال هذه الدراسة مشروعيته، أما التجارب غير المشروعة فلا يمكن أن يكون مراعاة هذا الشرط فيها سببا لإباحتها لأنها تخرج عن مقتضيات الشرع والأخلاق وتهدد الاستمرارية الطبيعية للكيان الإنساني.

2- انتفاء القصد الجنائي:

إن أساس إباحة الأعمال الطبية بصفة عامة، والتجارب الطبية بصفة خاصة انتفاء القصد الجنائي لدى القائم بالتجربة، ذلك أن إرادة الطبيب عامة وإرادة القائم بالتجريب خاصة لا تتجه إلى الإضرار بصحة المريض وإنما إلى شفائه من مرضه.

إن كان هذا الشرط ينطبق على التجارب على الجنين للأغراض العلاجية، التي تشبه التدخلات الطبية العادية، فلا ينطبق على التجارب العلمية التي لا يكون الهدف منها علاج الجنين، فالقصد الجنائي في جرائم الاعتداء على سلامة الجسم، يتوافر قانونا بمجرد انصراف إرادة الطبيب إلى عمله الطبي على جسم المريض²، إذا كانت التجربة لا تحقق

بالهيئة الوطنية للطببيات والأطباء، حسب القطاع الذي يعتزم المزاولة فيه، يتم هذا التقيد بحكم القانون لفائدة صاحب الطلب المتوفرة فيه الشروط التالية: -...."

¹ أنظر، الفقرة الأخيرة من المادة 2 من القانون المغربي رقم 47.14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب.

² محمود القبلاوي: المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي -الإسكندرية، سنة 2005، ص: 01؛

مصلحة مباشرة للشخص الخاضع لها باعتباره شخصا سليما لا يعاني من أي مرض، وإنما يستعمل هذا الأخير كمحل لتجريب أدوية أو طرق علاجية جديدة بهدف الوصول إلى علاج مرضى آخرين¹.

وانتفاء القصد الجنائي في التجارب الطبية يعني توافر قصد العلاج لديه، ذلك أن الهدف الذي أباح القانون لأجله العمل الطبي عامة هو السهر على حماية صحة الأشخاص والتخفيف من آلامهم، لأن مبدأ معصومية البدن من النظام العام، ولا يجوز الخروج عن هذا المبدأ إلا لضرورة علاجية ويتحقق ذلك في التجارب العلاجية، فانتهاء القصد الجنائي وتحقق الغرض العلاجي وجهان لعملة واحدة، فإذا انتفى قصد العلاج في هذه التجارب لدى القائم بها، فإن فعله يخرج من دائرة الإباحة ويدخل في دائرة التجريم، وهذا سوف يؤدي حتما إلى قيام المسؤولية الجنائية.

وانتفاء قصد العلاج يبدو واضحا في التجارب العلمية، باعتبار أن أي ضرر يصيب الشخص الخاضع لها، يجعل القائم بها مسؤولا جنائيا، لأن القائم بالتجربة لا يتوخى منها علاج الجنين من الأمراض والتشوهات التي تصيبه، ولا حتى علاج مرضى آخرين بالاستعانة بالجنين، وإنما يتوخى منها إرضاء رغبة علمية أو شخصية.

ولكن قصد العلاج وانتفاء القصد الجنائي لا يكفي لإضفاء المشروعية على التجارب العلاجية، إذ يمكن للطبيب القائم بالتجربة أن يعرض جسم الجنين للخطر من جراء تجريب دواء جديد يجهل مفعوله، إذ قد يقوم الطبيب بتجربة علاجية على الجنين من خلال تجريب دواء لم تثبت بعد نجاعته من عدمها، معتقدا أنه سوف ينفع الجنين في القضاء على مرضه، ولكن النتيجة تكون عكس ما توقعه، إذ تؤدي هذه التجربة إلى أضرار على الجنين، وبالتالي فإن القائم بالتجربة رغم توخيه غرض العلاج من تجربته إلا أنه يكون مسؤولا عن عدم حييطه وحذره.

- Garraud René :Traité théoriques pratique du droit pénal français, Paris, Sirey1985, p :324 - 325.

¹ محمود القبلاوي: مرجع سابق، ص: 29 .

هذا إن دل على شيء فإنه يدل أن التجارب العلمية ليست الوحيدة التي تمس السلامة البدنية للإنسان، فليس هناك ما يمنع إذن من إجراء التجارب التي لا ينتج عنها أضرار للخاضع لها، طالما أنها تفيد البشرية في الوصول إلى طرق علاجية جديدة¹.

3- رضاء الممثل الشرعي للجنين:

يشترط المشرع لكي يضيف صفة المشروعية على أعمال الطبيب الحصول على رضاء المريض، حيث أن لرضا أهمية خاصة في مجال التجارب الطبية سواء على الإنسان المتكامل البنين أو على الجنين، بسبب خطورة هذا النوع من التدخلات الطبية على الكيان الجسدي للإنسان.

فرضاء الممثل الشرعي للجنين يعتبر شرطا من شروط إباحة التجربة الطبية، وهذا منبعه احترام إرادة وحرية المريض²، ولكن لا بد من التأكيد أن رضاء المجني عليه لا ينفي الصفة الإجرامية عن الفعل، أي أن ارتكاب الفعل بنية أخرى غير العلاج ينفي عن الفعل صفة المشروعية³.

ولقد أبحاث التشريعات التجارب الطبية، فأجازت المساس بسلامة جسم الإنسان لاعتبارات مرتبطة بالمصلحة الفردية أو بالمصلحة العامة، لأن من شأنها الوصول إلى علاج مختلف الأمراض بطرق جديدة، ولكن بشرط الخضوع لمجموعة من الشروط حددتها التشريعات في قوانينها أهمها الحصول على رضاء الشخص الخاضع لها.

ولكن شرط الحصول على الرضاء المستتير لا يعتبر سببا من أسباب إباحة التجارب الطبية، وإنما هو شرط من شروط مباشرتها، فهو ليس مبررا للاعتداء على سلامة الجسم. فالتجارب حتى وإن تمت بناء على موافقة الشخص الخاضع لها وأدت إلى أضرار جسيمة خطيرة، أو أفضت إلى عاهة مستديمة أو ربما أدت إلى الموت، فإنها تشكل اعتداء واضحا على جسم الإنسان، إذا كان ذلك بسبب إهمال القائم بهذه التجارب ورعونته وعدم احترامه

¹ مأمون عبد الكريم: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية - دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص: 718.

² أسامة عبد الله قايد: المسؤولية الجنائية للأطباء - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، سنة 2003، ص: 317.

³ - Garraud , René : op.cit, p : 328.

للقوانين، ونفس الأمر ينطبق على تخلف شرط من شروط إجراء هذه التجارب بحيث تسلط على القائمين بها دون احترام هذه الشروط عقوبات جزائية¹.

وفي هذا الصدد يمكن التسوية بين التجارب التي تجرى على الجنين البشري والتجارب التي تجرى على الإنسان بعد خروجه من بطن أمه بمختلف مراحله مع إضفاء نوع من الخصوصية على التجارب التي تجرى على الأجنة، ذلك أن المشرع الفرنسي خص التجارب الطبية على الإنسان المتكامل البنيان بنصوص قانونية في قانون العقوبات، والتجارب على الأجنة بنصوص أخرى في نفس القانون.

وتطبيقاً لذلك لجأ المشرع الفرنسي، إلى تجريم الإخلال بكل الشروط المطلوبة لإجراء التجارب الطبية بصفة عامة، وفرض عقوبة جزائية على كل مخالفة للضوابط الرئيسية التي تحكم التجارب الطبية، ورصد لإجراء التجارب دون الحصول على موافقة الخاضع لها عقوبة الحبس لمدة ثلاث سنوات وغرامة مالية قدرها 45000 أورو².

كما لجأ إلى تجريم التجارب التي تجرى على الأجنة، فخصص القسم الثالث من قانون العقوبات لحماية الجنين البشري في المواد 511-18 و 511-19.

فتنص المادة 511-18 على معاقبة كل من يقوم بتلقيح بويضات باستعمال تقنية أطفال الأنابيب من أجل استخدامها في التجارب الطبية بسبع سنوات حبساً و بغرامة قدرها 100.000 أورو³.

كما تنص المادة 511-19، بأنه يعاقب بنفس العقوبة السالفة الذكر كل من يقوم بتجارب على الجنين دون أخذ موافقة وكالة الطب الحيوي.

¹ محمود محمود مصطفى: مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 18 -سنة 2020، ص:

115.

² - Art 223-8 du code pénal Français, (L' n° 94-653 de 29 juin 1994) « le fait de pratiquer ou de faire pratiquer sur une personne une recherche biomédicale sans avoir recueilli le consentement libre, éclairé et exprès de l'intéressé, des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur, ou d'autre personnes autorités ou organes désignés pour consentir a la recherche ou pour l'autoriser, dans les cas prévues par les dispositions du code de la sante publique est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euro d'amende... ».

³ -Art 511-18 du Code pénal français (L' n° 2004-800 du 06 août 2004, art 28-II). « Le fait de procéder à la conception in vitro ou à la constitution par clonage d'embryons humains à des fins de recherche est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100.000€ d'amende ».

كما عاقب كل من يصدر أو يستورد خلايا جذعية جنينية من أجل إجراء تجارب عليها بدون الحصول على ترخيص من وكالة الطب الحيوي المشار إليه في المادة 6-2151، من قانون الصحة الفرنسي، بعقوبة تصل إلى سنتين في المادة 3-19-511 من قانون العقوبات¹.

وما لاحظته على هذه المواد أن العقوبات التي رصدها المشرع الفرنسي على القائم بالتجارب الطبية على الجنين أشد من تلك التي رصدها على القائم بالتجارب على الإنسان المتكامل البنين، وهذا يدل على أن الجنين له خصوصية باعتباره نواة الجنس البشري، على أمل أن يقتدي به المشرع المغربي.

وبالرجوع إلى تشريعات الدول، تؤكد المادة الثالثة من القانون الإسباني رقم 35 الصادر سنة 1988 على حظر تخصيب البويضة لغاية غير الإنجاب. و قد نص القانون الألماني الصادر في 13 ديسمبر 1990 المتعلق بحماية البويضات، على حظر أي تخصيب لبويضة إنسانية لغير الإنجاب، الذي لا يكون إلا لصالح المرأة صاحبة البويضة، و يعاقب المخالف بالحبس 3 سنوات بحد أقصى أو بالغرامة.

وبالرجوع إلى الأنظمة الأنجلوسكسونية فإنها لم تشترط الإخلال بالرضاء في التجارب الطبية لقيام المسؤولية الجنائية للقائم بالتجربة، بل أسست هذه الأخيرة على نظرية الإهمال التي يقصد بها المسؤولية التقصيرية في الأنظمة اللاتينية².

خلاصة القول أن القائم بالتجربة الطبية قد يكون طبيبا أو باحثا في المجال الطبي، ولكن لا يمكنه إجراء أية تجربة على الجنين إلا بعد إعلام ممثله الشرعي بطبيعة وظروف التجربة ونتائجها، والحصول على رضاء الممثل الشرعي للجنين للقيام بالتجربة.

ثانيا: تطبيق القواعد للمساءلة الجنائية للقائم بالتجارب على الجنين

إن تطور الطب البيولوجي أدى إلى تطور طرق العلاج وكذلك العمليات الجراحية المعتمدة على التجارب الطبية، وقد انعكس ذلك على قانون العقوبات في التشريعات المختلفة

¹ - Art 511-19-3 (L'n° 2004-800 du 09 Août 2004 art 28 II) « Est muni de deux ans d'emprisonnement et de 30.000 € d'amende le fait d'importer ou exporter à des cellules embryonnaires ou fœtaux sans avoir obtenue l'autorisation mentionnées à l'article L2151-6 du Code de la santé publique ».- voir aussi art 2151-6 précité.

² مأمون عبد الكريم: المرجع السابق، ص: 820.

لمعالجة هذه التجاوزات التي نتجت عن هذه التقنية، وما ترتب عنها من أفعال مخالفة لأخلاقيات مهنة الطب، ونظرا لأن المشرع الجنائي دائما متطور ومواكب لما يدور من حوله من تقدم علمي، فقد كان لزاما عليه أن يحمي الإنسان من نفسه.

وتقوم المسؤولية الجنائية بصفة عامة، في حالة اقتراف شخص ما فعل يجرمه القانون، أو الامتناع عن فعل يفرض القانون القيام به، فالجزاء الجنائي ضرورة اجتماعية تضمن احترام القانون.

فالمجتمع في حاجة إلى قانون رادع يقرر جزاءات جنائية، يستجيب لمختلف التطورات الحاصلة فيه والتي ساعدت في تزايد المساس بسلامة الإنسان داخل هذا المجتمع¹.

ولعل مهنة الطب هي الحقل البارز لإعمال المسؤولية الجنائية، نظرا لتطور سبل العلاج التي تطورت معها الأساليب الطبية وازدادت تدخلات الأطباء التي تعدت في كثير من الأحيان الغرض العلاجي، إلى جعل جسم الإنسان محلا لممارسات لا تمت إلى الطب بصلة. ويعد مجال التجارب الطبية من أهم المجالات الطبية التي تثير مسؤولية الطبيب الجنائية باعتبارها تعتمد على أساليب فنية مستحدثة أفرزها التطور البيولوجي والطبي الذي يتصف بالسرعة والتغير، واختلاف النتائج الناجمة عنه، بالإضافة إلى أن هذه الأخيرة غير مضمونة النجاح.

إن هذه الأعمال المنبثقة من معطيات التكنولوجيا الحيوية تتطلب المساس بسلامة جسم الإنسان عن طريق العمليات الجراحية، أو بتجريب الأدوية وما يعقبها من تغيرات فيزيولوجية قد تكون خطيرة، فتقوم مسؤولية الطبيب الجنائية عند قيامه بهذه التجارب الطبية مخالفا الضوابط الطبية التي تحكمها، أو عند تخلف شرط من شروط إباحة الأعمال الطبية². كما تقوم مسؤولية الطبيب الجنائية على أساس الخطأ المهني، ويعرف هذا الأخير بالخطأ الفني الذي يتحدد بالرجوع إلى القواعد العلمية والفنية التي تحكم بعض المهن كالمهن الطبية، وقد يرجع هذا الخطأ إلى الجهل بهذه القواعد أو تطبيقها تطبيقا غير صحيح. و

¹ محمد عيد الغريب: التجارب الطبية والعلمية وحرمة الكيان الجسدي - دراسة مقارنة، مطبعة أبناء و هبة حسان - القاهرة، الطبعة الأولى -1989، ص: 43 وما يليها.

² رمضان جمال كامل: مرجع سابق، ص: 253 .

بالتالي فالخطأ المهني في مجال الطب هو خروج الطبيب على القواعد والأصول الطبية المتعارف عليها علميا وقت تنفيذه العمل الطبي، أو إخلاله بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون، وتسبب إهماله في أضرار جسيمة للمريض¹.

و بالرجوع إلى المشرع المغربي نجده ينص على الأثر المترتب على التجارب الطبية غير الخاضعة للشروط المنصوص عليها قانوناً، حيث نص على ضرورة الحصول على الموافقة الحرة و المتنورة و الصريحة على إجراء هذه التجارب، ويعاقب على عدم الحصول على هذه الموافقة بالحبس من ثلاث إلى خمس سنوات و بغرامة قدرها 500.000 درهم، كما يعاقب كل شخص يواصل التجربة دون الحصول على موافقة جديدة بنفس العقوبة².

و المشرع المغربي لم يفرد لممارس التجارب الطبية أي أحكام خاصة بشأن المسؤولية الجنائية للقائم بالتجارب على الجنين، فالمادتين 432 و 433 من القانون الجنائي المغربي المتعلقة بالقتل الخطأ و الجرح الخطأ هما اللتان ينبغي تطبيقهما على الجميع بدون استثناء بما في ذلك الأطباء في كل حالة يتسببون فيها في موت المريض أو إصابته بجروح أو مرض بسبب عدم تبصرهم أو عدم احتياطهم أو عدم انتباههم أو إهمالهم أو عدم مراعاتهم للنظم و القوانين.

و لقد جاء في المادة 432 من القانون الجنائي: " من ارتكب بعدم تبصره أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته النظم و القوانين قتلاً غير عمدي أو تسبب فيه عن غير قصد، يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات و غرامة من مائتين و خمسين إلى ألف درهم".

و جاء في المادة 433 من نفس القانون: " من تسبب بعدم تبصر أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته النظم و القوانين، في جرح غير عمدي أو إصابة أو مرض نتج عنه عجز عن الأشغال الشخصية تزيد مدته على ستة أيام، يعاقب بالحبس من شهر واحد إلى سنتين و غرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

¹ محمود القبلاوي: المرجع السابق، ص: 77-78.

² المادة 57 من قانون رقم 28.13 المتعلق بحماية الأشخاص المشاركين في الأبحاث البيوطبية.

و بالنظر إلى هذه المواد فإن كل من يتعرض لحياة الإنسان بصفة عامة أو الجنين بصفة خاصة أو يتسبب في وفاته يكون محلاً للمساءلة الجنائية. ويعتبر إجراء التجارب الطبية على الجنين إذا كان الغرض منها علاجياً دون موافقة ممثله الشرعي، أو عدم احترام الأصول العلمية الثابتة والجدية العلمية، خطأ مهنيًا يستوجب قيام المسؤولية الجنائية في حق القائم بها، كما أن إجراء التجارب العلمية دون فائدة فردية كأن تتم لمجرد البحث العلمي، فإن الحصول على رضا الممثل الشرعي للجنين لا يعفي من قيام المسؤولية الجنائية.

فإذا تسبب هذا الخطأ المهني في وفاة الجنين أو إجهاضه وهو بصدد إجراء تجارب طبية علاجية دون الحصول على رضا الممثل الشرعي للجنين، وهو لا يعلم أن هذه التجربة سوف تؤدي إلى وفاته، فإنه يتابع على أساس القتل الخطأ، طبقاً لنص المادة 432 من قانون الجنائي المشار إليه، و المادة 57 من قانون رقم 28.13، ولا يمكن الاحتجاج بالغرض العلاجي من هذه التجربة.

أما إذا تسبب القائم بالتجربة في وفاة الجنين وهو بصدد إجراء تجربة علمية دون فائدة علاجية سواء بموافقة الممثل الشرعي للجنين أو دون موافقته، فإنه يسأل عن جريمة القتل العمدى، ولا يمكنه الاحتجاج بالحصول على موافقة الممثل الشرعي للجنين. و في هذا الصدد نصت المادة 56 من قانون رقم 28.13 على: " يعاقب المتعهد و الباحث و المتدخل الذين يعرضون عمداً شخصاً لخطر فوري يؤدي إلى الموت أو إلى الجرح ينتج عنه بتر لعضو من أعضائه أو عجز دائم، بسبب عدم تقيدهم بقواعد الحذر و السلامة التي يفرضها هذا القانون، بالحبس من ثلاث إلى خمس سنوات و غرامة قدرها 500.000 درهم"، ولكن يجب على الممثل الشرعي للجنين هنا إثبات الخطأ لقيام مسؤولية القائم بالتجربة الجنائية.

و أنه في هذا الصدد أن المواد المشار إليها أعلاه، غير كافية لتحقيق الحماية الجنائية للأجنة الخاضعة للتجارب الطبية، وهو ما يتطلب تدخل المشرع المغربي لوضع نصوص خاصة بالجرائم الناتجة عن التجارب الطبية على الجنين بصفة خاصة.

فمن الحقوق الطبيعية للجنين أن يولد متكامل البنين ولكن ممارسة التجارب الطبية عليه من شأنها أن تمس بالكيان المادي للجنين منذ بداية تكوينه وحتى ولادته، وكان من شأن ذلك التحكم في تكوين الكيان الجسدي للجنين وهو لا يزال بويضة عالقة في جدار الرحم،

وهذه الممارسات لا يمكن أن تكون محلاً لجرائم الإجهاض إلا إذا أدت إلى وفاة الجنين. وقد يتخذ هذا المساس بصورة دقيقة إضافات وراثية لم تكن موجودة في المورثات الجينية للوالدين، أو قيام الطبيب بانتزاع بعض الخلايا والأنسجة من الجنين وهو بصدد الأبحاث، فإذا لا يمكن تطبيق جريمة الإجهاض على هذه الحالات لأن التدخل لم يؤد إلى وفاة الجنين، فلا يمكن أيضاً تطبيق قواعد جرائم الإيذاء والضرب والجرح، إذ يشترط في هذه الجرائم أن تقع على جسم بشري بمعناه الدقيق وليس على جنين ولو كان مكتمل النمو طالما لم يولد بعد. ولحماية حق الجنين في أن يولد متكامل البنیان يتعين تجريم المساس بالكيان المادي وحمايته حتى قبل اكتمال نموه وفي مختلف مراحل تكوينه، ويجب النظر في ذلك الأمر وفقاً للنتيجة الإجرامية التي يحدثها السلوك، بحيث إذا ولد الجنين مصاباً بعاهة مستديمة رغم تراخي حدوث النتيجة لا يقطع رابطة السببية بين السلوك والحدث المترتب عليه¹.

وما حدث هنا هو تأخر في ظهور النتيجة للعيان وليس تراخياً في حدوثها إذ أنها تكون قد تحققت فعلاً بمجرد إثبات السلوك الذي أحدث خللاً وراثياً نشأ عنه حدوث العاهة المستديمة أو أي صورة أخرى من صور نقص التكامل الجسماني للجنين، إلا أن ذلك لا يمكن أن يتحقق إلا بتمام عملية الولادة، فحتى يثبت لأطباء وأهل الخبرة أن فعل الجاني هو الذي تسبب في إحداث النتيجة فليس ثمة ما يمنع من مساءلته جنائياً عما أفضى إليه فعله. فمتى ثبتت علاقة السببية بين الفعل والنتيجة التي قد يتأخر ظهورها عادة للعيان إلى ما بعد تمام عملية الولادة، فإن ذلك كافياً لمساءلة الشخص عن جريمة إيذاء طالما كان ارتكاب السلوك أو كان التدخل في الحمل ومحاولة إنهاءه نجم عنه نقص في التكامل الجسماني للجنين، ومن ثم فللجنين الحق في التعويض متى ولد وبه إعاقة وتشوهات نشأت عن خطأ طبي، وقد قضى القضاء الفرنسي بالتعويض لطفل ولد مصاباً بعاهة وتشوه نتيجة للخلل الجيني والوراثي الذي أحدثه التدخل الخاطئ للطبيب².

خلاصة يمكن القول أن الحماية القانونية للجنين من التجارب الطبية تتجلى في معرفة الشروط المطلوبة للقيام بمثل هذه التجارب والمسؤولية المترتبة عند الإخلال بهذه الشروط،

¹ أميرة عدلي أمير: مرجع سابق، ص: 233.

² - Conseil d'Etat, 27/09/1989, Gazette de palais, n°4, Juillet, Aout, 1990, p: 421.

فرغم مساس هذه التجارب بمبدأ حق الإنسان في سلامة جسده إلا أنها مشروعة إذا مورست في إطار القواعد الأخلاقية التي تحكم مهنة الطب وتحقق فائدة للجنين الخاضع لها، وفق الضوابط التي يضعها القانون أهمها الحصول على الرضاء الحر والمستنير للخاضع لها، وكذا تحديد نطاقها الذي يشمل التجارب العلاجية واستثناءاً التجارب غير العلاجية، وتعيين وسائل حمايته وتتمثل في إخضاعها لمجموعة من القيود هي نفس القيود المشترطة في التجارب الطبية التي يكون محلها الإنسان بعد خروجه من بطن أمه واكتمال نموه، مع الاعتراف بخصوصية التجارب التي يكون محلها الجنين باعتباره البذرة الأولى للإنسان، والقيام بها دون حدود سوف يعيق نموه على شكل سليم ويهدد استمراريته، فهذه الشروط لها طبيعة خاصة نظراً لخصوصية الجنين من حيث مركزه القانوني من جهة، أو من حيث طبيعة التجارب التي تجرى عليه من جهة أخرى.

وتتمثل هذه الشروط في ضرورة إعلام الممثل الشرعي للجنين والحصول على موافقة الوالدين إذا كانت التجربة علاجية، وعدم الاعتداد بإرادة الزوجين للقول بمشروعيتها نظراً لخطورتها، إذا كانت التجربة غير علاجية، وكذلك كون هذه التجارب تحقق منافع أكبر من مخاطرها وأن تجرى تحت رقابة إدارية مشددة، ويجب عدم تعريض الجنين للخطر، كما لا يجوز السماح بممارسة بعض أنواع التجارب على الجنين التي من شأنها تهديد الوجود البشري ككل، باعتبارها مخالفة للنظام العام كالتجارب التي يتم فيها تعديل الصفات الوراثية للجنين أو العمل على إخصاب بويضات لأهداف علمية فقط من خلال الاستفادة منها في إجراء تجارب طبية في أي مرحلة من مراحل تطورها.

خلاصة الفصل الأول

إذا كان الخطأ الطبي في إحداث التشوهات الخلقية يخضع من حيث تحديد المكلف بعبء الإثبات، إلى القواعد العامة التي تقضي أن البيئة على من ادعى، و اليمين على من أنكر، إلا أن خصوصيات الخطأ في التشوهات الخلقية قد جعلت مهمة تحمل المريض لعبء إثبات الخطأ الطبي، كونه المدعي، مهمة شاقة، إن لم نقل مستحيلة في بعض الأحيان، لذا رأى القضاء الفرنسي ضرورة الخروج عن القواعد العامة، و ذلك بإعفاء

المريض من تحمل هذا العبء، و لو كان هو المدعي، و كان ذلك عن طريق تحمل الطبيب عبء إثبات الالتزام بالإعلام، و عن طريق التوسع في نطاق الالتزامات بتحقيق نتيجة، و الخطأ المفترض، و المسؤولية دون خطأ، فالفرق بين هذه الأخيرة و بين الخطأ المفترض، أنه في هذا الأخير يستطيع الطبيب أو المختبر أن ينفي وقوع الخطأ من جانبهم، و ذلك بإثبات أنه بذل العناية اللازمة في سبيل شفاء الجنين، و إن سببا أجنبيا حال بينه و بين تحقيق النتيجة، أما حالة المسؤولية دون خطأ فإن الطبيب يكون مسؤولا بمجرد وقوع الضرر بالجنين، و إن بذل العناية اللازمة لمريضه، و كل ذلك كان حولا من القضاء الفرنسي، لمواجهة صعوبة إثبات الأخطاء الطبية من طرف المريض، و بما أن الدول العربية لم تعرف هذه الوسائل أو الأدوات القانونية التي أوجدها القضاء (القضاء الفرنسي) لذا وجب علينا أن نحاول معرفة وسائل إثبات الأخطاء المحدثّة لتشوهات الجنين، و من ثم ما إذا كان يمكن تطبيق القواعد العامة عن طريق إثبات الخطأ الطبي في التشوهات الخلقية للجنين.

الفصل الثاني: التعويض عن التشوهات الخلقية

إن الممارسات الطبية التي يكون الجنين محلا لها، شأنها شأن أي عمل طبي، لا يخلو من الأخطاء و التجاوزات التي قد تؤدي في الغالب الأعم إلى المساس بالجنين، سواء أكان هذا المساس يؤدي إلى موته، أم يشكل خطورة على حياته بعد الميلاد، كحالات التشوه الناتجة عن استعمال وسائل التشخيص المبكر على الحمل. و حيث إن الأضرار الناتجة عن هذه الممارسات لا يقتصر أثرها على الجنين فحسب، فهناك إلى جانب الجنين الأبوين اللذين يعانيان الأضرار المادية و الأدبية، بل إن ضرر الأبوين قد يكون أشد وقعا و ألما، إذا ما تمثل الضرر في الاعتداء على حياة الجنين، أو خروجه إلى الحياة حيا لكن على غير الصورة التي يولد عليها الأسوياء.

و من ثم يثور التساؤل عمن هم أصحاب الحق في التعويض عن التشوهات الخلقية، هل هو الطفل الذي كان محلا للممارسات الطبية و هو جنين؟ أم الوالدان اللذان يعانيان المشكلات النفسية و الصحية، فضلا عن الأضرار المادية جراء ولادة طفلها على غير الصورة الطبيعية التي يولد عليها الأسوياء؟

و بناءا على ما تقدم و للوقوف على حق الطفل و الوالدان في التعويض عن الأضرار التي أصابته و هو جنين، فإنني أثرت تقسيم هذا الفصل على النحو التالي:

المبحث الأول: التعويض عن التشوهات الخلقية و الأنظمة الخاصة بها

المبحث الثاني: قصور قواعد المسؤولية و الحلول القضائية و التشريعية في التعويض

عن التشوهات الخلقية

المبحث الأول: التعويض عن التشوهات الخلقية و الأنظمة الخاصة بها

لا يمكن أن ننكر أهمية التعويض عن الأضرار الناجمة عن الممارسات الطبية، ذلك أنه من الجوهري و المهم إعادة الشخص إلى وضع يشعر فيه بالرضا و لو لم يكن رضاء تاماً عن الحالة التي آل إليها بعد الإصابة، لذلك أصدرت أغلب الدول ترسانة من التشريعات المختلفة بغرض جبر هذا الضرر، و أصبحت في الأخير وظيفة التعويض هي جبر الضرر.

و نظراً لما طرأ على المجتمع من تغيرات اجتماعية، اقتضت الوقوف بجانب الطرف الضعيف في دعاوى المسؤولية، فقد اتجهت بعض التشريعات إلى إصدار قوانين خاصة، من خلالها يتم تعويض ضحايا المخاطر العلاجية، حيث أنشأت صناديق خاصة لتعويض هؤلاء المضرورين، إذ ليس من العدالة أو المنطق أن يبقى المضرور دون تعويض، على الرغم من الأضرار الجسيمة التي لحقته، و لعل أهم نموذج لذلك القانون الفرنسي و القانون السويدي.

هذه الأنظمة الحديثة هي التي شجعت الكثير من الفقه للبحث عن إمكانية إيجاد نظم قانونية من شأنها أن تضمن حماية للمضرور من المخاطر العلاجية من جهة، و تحصن الطبيب من المسؤولية من جهة أخرى.

و التعويض المدني هو الجزاء المقرر للمسؤولية المدنية، و لكي يؤدي هذا الجزاء وظيفته و جب أن يكون كاملاً لكي يرضي المضرور على الأقل، و أن يقر به إلى الوضع الذي كان عليه قبل الإصابة، و هو ما يقودنا إلى التساؤل حول كيفية التعويض؟

و في ضوء ما تقدم نقسم هذا المبحث إلى قسمين، نخصص في (المطلب الأول) منه لبيان التعويض عن التشوهات التي تصيب الجنين، على أن نتطرق في (المطلب الثاني) للأنظمة الخاصة للتعويض عن التشوهات الخلقية و آلياتها.

المطلب الأول: التعويض عن التشوهات الخلقية التي تصيب الجنين

لقد تطورت فكرة التعويض من مرحلة ترضية المضرور إلى مرحلة إعادته إلى أشبه بما كان عليه قبل وقوع الاعتداء، على الرغم من أن هذا التصور يصعب فيما يخص الأضرار الناجمة عن المخاطر العلاجية، لأنها أضرار تلحق بأعلى ما يملكه الإنسان و هو جسمه. كما أضفت فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، و هو ما تجسد في القانون المدني الفرنسي في

المادتين 1382 و 1383 حيث كان المدعي مطالباً بإثبات خطأ المدعى عليه للحصول على التعويض¹.

يمكن القول بأنه قد أصبح من المسلم به الآن وجوب تعويض كافة عناصر الضرر، و أن يكون هذا التعويض كاملاً و سريعاً. فالمضرور لا يهتم في النهاية إلا حصوله على التعويض الجابر للضرر، ذلك أن طرق التعويض مختلفة و متنوعة، و من خلالها سوف نكشف عن الطريقة الأمثل للمضرور، ثم نبين مدى تقدير التعويض عن هذه الأضرار، و مدى سلطة القاضي في تقدير الضرر و التعويض عنه.

و تقدير التعويض قد تكتنفه صعوبات وظروف و عوامل تؤثر فيه، لا سيما فيما يخص الأضرار التي قد تتفاقم أو تتحسن تبعاً للظروف التي قد تلحق بالمسؤول أو المضرور. لذلك كان لا بد من تبسيط هذه الوسائل المرتبطة بتقدير التعويض.

و يقدر التعويض تبعاً للظروف التي يراها القاضي، و بحسب ما إذا كانت مناسبة للمضرور، و هو ما يدفعنا إلى البحث عن مفهوم التعويض في حق الجنين و تقديره (الفرع الأول) ثم نتعرض لدور المحكمة في تقدير التعويض (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم التعويض في حق الجنين و تقديره

تعددت التعريفات الفقهية بشأن التعويض عن الضرر و اختلفت بين موسع فيه و مضيق له، و امتدت لتشمل لدى البعض الآخر تفصيل شروطه.

و مهما قيل عن مفهوم أو ماهية التعويض لا بد و أن يكون مرتبطاً وجوداً و عدماً بما ترومه وظائفه التي خلق أو وجد من أجلها، و التي من شأنها التأثير في تقدير مقابله الكفيل بجبره أو على الأقل التخفيف من حدته، و مدى اتساع نطاق السلطة التقديرية للمحكمة في ذلك أو التضييق منها، و التي تختلف بحسب اختلاف القوانين و القواعد المنظمة لكل نوع من أنواع التعويضات، وحيثيات وظروف نشأة هذا القانون أو ذاك، و الدواعي المؤدية إليه.

و عليه سنعالج هذا الفرع من خلال تناول مفهوم التعويض في حق الجنين في (الفقرة الأولى) و تقديره في (الفقرة الثانية)، على أن نتطرق في (الفقرة الثالثة) للتعويض عن الضرر الممتد.

¹ آمال بكوش: مرجع سابق، ص: 68.

الفقرة الأولى: مفهوم التعويض في حق الجنين

يجب أن نتعرض بداية لتعريف التعويض لغة (أولاً)، و اصطلاحاً (ثانياً)، ثم للتعويض في حق الجنين (ثالثاً).

أولاً: التعويض لغة:

التعويض لغة مشتق من الفعل عوض. و قد جاء في لسان العرب لابن منظور الإفريقي أن عوض العوض هو البذل، و التعويض، و تعوض منه، و اعتاض منه: أخذ منه العوض (أي البذل)¹.

ثانياً: التعويض في الاصطلاح الفقهي:

عرف الأستاذ محمد فوزي فيض الله التعويض بأنه هو: "رد مثل الهالك، أو قيمته"². و عرفه الأستاذ محمد شلتوت بأنه هو: "المال الذي يحكم به على من أوقع ضرراً على غيره في نفس أو مال أو شرف"³. و قد عرفه أستاذنا الدكتور عبد الحميد أخريف أن التعويض هو ما يرمز إلى مبلغ من النقود أو أية ترضية مالية من جنس الضرر تعادل ما حل بالمضرور من خسارة في ماله أو في بدنه⁴.

و رغم دقة ما نبه إليه الأساتذة، إلا أن تعريف التعويض لا يستوعب في نظرنا إلا المقابل المادي الذي يعطى للمتضرر لتعويض الخسارة التي لحقت في ماله أو بدنه، كما أنه لم يأت على ذكر الخسارة التي تلحق الشخص في غير ماله أو بدنه، ولكن في شعوره أو عاطفته أي في جانب آخر من جوانب شخصيته.

و يعتبر التعويض أحد آثار المسؤولية، فمتى توافرت أركانها من خطأ و ضرر و علاقة سببية و تم إثباتها، أصبح مرتكب الفعل الضار ملزماً بتعويض المضرور عن ما أصابه من ضرر، فينشأ بذلك التزاماً بذمة المسؤول عن الضرر بحكم القانون⁵.

¹ أبو الفضل جمال الدين ابن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، "لسان العرب"، ج 7، دار صادر بيروت، لبنان، ط الأولى 1410هـ/1990م، ص: 192
² محمد فوزي فيض الله: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، مكتبة التراث الإسلامي، الكويت، الطبعة 1، 1983، ص: 160.

³ محمد شلتوت: "المسؤولية المدنية و الجنائية في الشريعة الإسلامية"، دار القلم، القاهرة، ص: 427.
⁴ عبد الحميد أخريف: نظرية الضمان: محاولة في تأصيل نظرية المسؤولية في الفقه الإسلامي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الحقوق فاس، السنة الدراسية 1993/1994، ص: 205.
⁵ عبد الرحمان فطناسي: إثبات الخطأ الطبي في العمليات الجراحية بالمؤسسات العمومية للصحة، الناشر المركز الأكاديمي للطباعة والنشر و التوزيع، سنة 2020، ص: 179.

ثالثاً: التعويض في حق الجنين:

التعويض في حق الجنين هو التعويض الجسدي و التعويض المالي عن خسارة و فقدان الممتلكات و الأموال و ما شابه و يعرف الضرر غير المتعلق بالذمة المالية بأنه الضرر الذي لا يمكن تقييمه بالنقود¹، و التعويض القانوني ينقسم إلى:

1- التعويض العيني: معناه إزالة الضرر الذي أصاب الجنين عيناً أي إعادة المتضرر عن هذا الطريق إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الفعل الضار و يفرق البعض بين التعويض العيني و بين التنفيذ العيني المعروف في المسؤولية العقدية و الذي يعني قيام المدين بتنفيذ ما التزم به عيناً ذلك أن التعويض العيني لا يعني سوى حصول المضرور على بديل عن عين حقه الذي انتهك بالفعل الضار في حين أن التنفيذ العيني يعني حصول الدائن على عين حقه و ليس على بديل عنه في حين لا يفرق البعض الآخر بين الاثنين بل يعتبر أن التنفيذ العيني و التعويض العيني مفهومان مترادفان فيقول البعض أن التعويض العيني أو التنفيذ العيني هو الوفاء بالالتزام عيناً و يقع هذا كثيراً في الالتزامات العقدية أما في المسؤولية التقصيرية يمكن كذلك في قليل من الفروض أن يجبر المدين على التنفيذ العيني². و عليه فالتعويض العيني يتصور كثيراً في إطار المسؤولية العقدية، أما في إطار المسؤولية التقصيرية فيكون محدوداً. ففي مجال الأعمال الطبية لا يمكن تصور التعويض العيني فيها إذ لا يمكن إعادة الحياة لمن مات بسبب الخطأ الطبي أو يستعيد المريض قدمه أو يده التي بترت نتيجة الخطأ في التشخيص، و لا يمكن تصور استعادة أو استبدال حيوانات منوية أخرى بدلاً عن تلك التي تضررت أو اختلطت بغيرها بسبب الإهمال أو التقصير من قبل الطبيب المعالج. و لذلك فإن التعويض بمقابل و بشكل خاص في صورته النقدية هو الذي يحكم في هذا المجال و الذي يمكن أن يكون بشكل مبلغ إجمالي أي يعطى دفعة واحدة إلى المدعي أو قد يدفع بشكل أقساط أو كإراد مرتب مدى الحياة³.

¹ محمد أحمد عابدين: التعويض بين الضرر المادي و الأدبي الموروث، طبعة دار الفكر الجامعي -1997، ص: 07.

² عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص: 966.

³ فاطمة خلف كاظم: الحماية المدنية لاستخدام تقنيات التنازل المساعدة -دراسة مقارنة-، الناشر المركز القومي للإصدارات القانونية -القاهرة، الطبعة الأولى 2020، ص: 437.

2- التعويض النقدي: في معظم حالات المسؤولية التقصيرية الذي يتعرض فيه الجنين للضرر يكون التعويض النقدي هو الملجأ الأخير و الوحيد لجبر الضرر خاصة عندما يتعذر الحكم بالتعويض العيني و هذه الصفة الغالبة للتعويض.¹

3- التعويض غير النقدي: قد يستعصي في بعض الحالات التعويض العيني و النقدي و لا يبقى إلا التعويض غير النقدي و يبرز ذلك في التعويض الأدبي، فالتضرر بإمكانه المطالبة بإصلاح ضرر الأدبي على سبيل المثال عن طريق نشر الحكم في إحدى الصحف أو المجالات، و قد تأمر المحكمة بنشر الحكم القاضي بإدانة المدعى عليه في الصحف و على نفقة الأخير أو إذاعته عن طريق وسائل الإعلان الأخرى كالمذياع و التلفاز أو بتعليق صورة منه في مكان بارز في محل العمل أو لوحة إعلانات مكان عام، و بهذا الخصوص ذهبت محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها إلى أن تعويض الضرر الأدبي بنشر الحكم في الصحف على نفقة المحكوم عليه من سلطة قاضي الدعوى التقديرية و المطلقة بما لا رقابة لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فيه و التعويض بهذه الصورة مقبول في حق الجنين خاصة في الأضرار الأدبية التي تصيبه.²

و استخلاصا لما سبق فالتعويض العيني -أي إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل الإصابة- يعد من الأمور الصعبة في مجال المسؤولية الطبية عن تشوه الأجنة، فإن الغالب هو أن يكون التعويض بمقابل، و بصفة خاصة في صورة نقدية، لأن كل ضرر حتى الضرر الأدبي يمكن تعويضه بالنقد.

فالتعويض الكامل المقرر من جانب القاضي، يكون على عكس نظام التعويض الجزافي المقرر من طرف المشرع، حيث أن هذا الأخير يقرر إبقاء جزء من الضرر على عاتق المضرور.³ و السبب في ذلك أن تدخل المشرع أصبح ضرورياً و لاسيما بالنظر للمخاطر المستفحلة، و هذا التدخل يقتصر على واجب المساعدة و التضامن الاجتماعي، و من ثمة يستبعد مبدأ التعويض الكامل.

¹ محمد حمدان عابدين: تعويض الأجنة عن الأضرار المدنية دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري و الشريعة الإسلامية، الناشر مجلة روح القوانين- كلية الحقوق- جامعة طنطا، المجلد 2، العدد 88-2019، ص: 11.

² محمد حمدان عابدين: مرجع سابق، ص: 12.

³ محمد عبد الغفور العماوي: "التعويض عن الأضرار الجسدية و الأضرار المجاورة لها"، دار الثقافة -عمان، الأردن، ط 1، 2012، ص: 33.

غير أن المشرع الفرنسي قد أخذ بمبدأ التعويض الكامل في بعض المخاطر العلاجية، كما هو الشأن في التعويض في مجال التطعيمات الإجبارية، و لم يحدد مبلغاً معيناً للتعويض يلتزم به القاضي، و إنما منحه سلطة تقديرية وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية.

و قد أقر المشرع الفرنسي من خلال القانون الصادر في 1991/12/31، مبدأ التعويض الكامل لصالح الضحايا المصابين بفيروس الإيدز بسبب نقل الدم الملوث¹.

و هذا التوجه إن دل على شيء، فإنما يدل على إدراك المشرع الفرنسي لجسامة الأضرار الناجمة عن المخاطر العلاجية، لذلك أقر لها حماية أفضل من تلك المقررة للمصابين بحوادث العمل و الأمراض المهنية، و قرر إزائها مبدأ التعويض الكامل.

إن الأصل في التعويض هو التعويض النقدي، و يلاحظ أن التعويض بصفة عامة la réparation و بمعناه الواسع يعني إما أن يكون تعويضاً عينياً و هذا هو التنفيذ العيني Exécution en nature أو التعويض بمقابل Réparation par équivalent. و هذا الأخير إما أن يكون نقدياً أو غير نقدي، و في جميع الأحوال يجب أن يغطي التعويض جميع الأضرار التي لحقت بالمضرور².

و إذا كان الأصل في التعويض النقدي أن يكون دفعة واحدة يدفع إلى المضرور أو إلى ورثته، غير أنه يمكن للقاضي في بعض الأحيان أن يخرج عن هذا الأصل و يخضع لبعض الظروف و يحدد طريقة التعويض على وجه آخر، و ذلك بأن يكون التعويض النقدي مبلغاً مقسماً بحيث يتحدد عدد هذه الأقساط و قيمتها، أو على شكل إيراد مرتب مدى الحياة. و الفرق بين الصورتين هو أن كلا منهما يقع دورياً في صورة دفعات محددة، إلا أن التعويض المقسط محدد العدد و الثاني غير محدد العدد لأنه مرتبط بحياة الشخص فلا يمكن معرفة تاريخ موته، إلى جانب التأمين الذي قد تقرر المحكمة في هذه الحالة لضمان استمرار دفع المدين للإيراد³.

¹ Décret n°92-183 du 26 février 1992 relatif au fonds d'indemnisation institué par l'article 47 de la loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social. Disponible sur site : <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000711674/>.

² مقدم سعيد: "نظرية التعويض عن الضرر المعنوي"، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة 1992، ص: 177.
³ منذر الفضل: التجربة الطبية على الجسم البشري، مجلة العلوم القانونية، مجلد 8، العدد 1، 1989، ص: 430؛ و طه عبد المولى طه، مرجع سابق، ص: 146.

و للقاضي الخيار في أن يلجأ إلى الأصل في طريقة التعويض أو أن يخرج عنها بحسب ما إذا كانت مناسبة للمضرور، فقد يصاب المضرور في جسمه مما يؤدي إلى إصابته بعجز يمنع من العمل مدة معينة من الزمن، فيحكم له القاضي بتعويض على أقساط حتى يبرأ و يعود إلى العمل. فإذا كان هذا العجز دائماً فإنه يحكم له بتعويض مرتب مدى الحياة، حيث يتمتع القاضي في هذا الشأن بسلطة تقديرية واسعة، فلو رجعنا إلى رغبة المضرور لوجدناه يفضل الحصول على مبلغ التعويض دفعة واحدة و ذلك بغرض استثماره. غير أن ذلك ليس في مصلحة المدين الذي يفضل أن يكون المبلغ على أقساط أو على شكل إيراد مرتب مدى الحياة، مما يسهل عليه الدفع من جهة، و ربما يتوفى المضرور عاجلاً و يربح المدة المتبقية¹.

غير أنه ثار خلاف فقهي حول إمكانية استقطاع جزء من المبلغ الإجمالي لمصلحة المسؤول، حيث ذهب البعض² إلى أن هناك أحكاماً قضائية تجيز مثل هذا الاقتطاع فضلاً عن أن العدالة تقتضي ذلك، و ما يبرر ذلك أن المتضرر الذي حصل على التعويض دفعة واحدة، إذا مات بعد مدة قصيرة من حادث جديد فإن المسؤول يتعرض إلى خسارة كبيرة، على عكس الحال إذا كان التعويض إيراداً مرتباً مدى الحياة، فإنه سيتوقف حتماً على موت المضرور و لذلك يقولون من العدل أخذ الاحتمال بعين الاعتبار، و تعويض المسؤول عن مثل هذا الخطر و ذلك بإعطائه الحق في اقتطاع جزء من مبلغ التعويض³.

غير أن هذه الحجة ليست قاطعة لأن الخطر ليس ببعيد عن المتضرر ذاته إذ من المحتمل أن تمتد حياته إلى أكثر مما قدر لها، و بهذا يكون المتضرر الذي قبض التعويض دفعة واحدة قد حصل على مبلغ أقل من مجموع الإيراد. أما إذا أدت الإصابة إلى عجز دائم فإن أفضل طريقة للحكم له بالتعويض هي أن يكون إيراداً مرتباً مدى الحياة، لأن الضرر الناشئ عن هذا العجز لا يظهر بهيئته الكاملة مباشرة بل يستمر إلى غاية وفاة المضرور، و كذلك الحال إذا فقد المضرور عائلته الوحيد الذي يكفله، لاسيما إذا كان قاصراً فينبغي أن يحكم له بإيراد مرتب مدى الحياة.

¹ عبد العزيز اللصاصمة: "المسؤولية المدنية التقصيرية للفعل الضار (أساسها و شروطها)"، دار الثقافة و الدار العلمية و الدولية - عمان، سنة 2002، ص: 194.

² عبد العزيز اللصاصمة، مرجع سابق، ص: 194 - 195.

³ بلحاج العربي: "النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 2، الواقعة القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2005، ص: 54.

و نظراً لأن الإيراد المرتب قد يستمر مدة طويلة مما قد يطرأ معها ارتفاعاً في الأسعار و انخفاضاً في قيمة النقود مما يؤدي إلى تدهور حالة المضرور و عدم كفاية هذا المبلغ لسد حاجاته، و من هذا المنطلق ثار تساؤل في الفقه و القضاء الفرنسيين حول ما إذا كان بإمكان المحاكم أن تجعل الإيراد مناسباً مع ارتفاع مستوى المعيشة¹.

و لقد واجهت فكرة ربط الإيراد بمستوى المعيشة حجج عديدة منها: أن التعويض يجب أن يقدر في يوم صدور الحكم دون أخذ في الاعتبار الظروف الاقتصادية المستقبلية. و قد رد على هذه الحجة بأنها غير مقنعة، فالقضاء قد أوجب تقدير التعويض بحسب قيمة الضرر في يوم وقوعه، فإنه إنما فعل ذلك لجعل التعويض كاملاً على اعتبار أنه يجب أن يكون معادلاً و مناسباً للضرر في اليوم الذي يحق للمضرور فيه قبض المبلغ.

و الحجة الثانية ضد ربط الإيراد بارتفاع تكاليف المعيشة فهي تقوم على مبدأ عدم تعويض الضرر غير المباشر، لأنه لا يوجد في نظر هؤلاء علاقة سببية بين خطأ المسؤول و بين الضرر الذي يلحق بالمصاب بسبب ارتفاع تكاليف المعيشة، و لهذا لا يمكن تحميل المسؤول تبعة التقلبات الاقتصادية و النقدية الخارجة عن إرادته².

إن تقدير التعويض عن الضرر يخضع لمعايير و ضوابط لا بد من مراعاتها، فإذا كنا قد عرفنا طرق التعويض عن الضرر الذي يصيب الجنين، فما هي معايير و ضوابط تقديره و هل للقاضي سلطة تقديرية أم يملك سلطة مطلقة في هذا المجال.

الفقرة الثانية: تقدير التعويض

للوصول إلى تقدير حقيقي للتعويض عن الضرر الذي أصاب المضرور، وجب البحث في المعايير التي تلتزم المحكمة في إتباعها أثناء هذا التقدير، والبحث عن الظروف التي يجب على القاضي مراعاتها أثناء تقدير هذا التعويض (أولاً). و تقدير التعويض يتوقف تماماً على عناصر الضرر، ولكي يؤدي التعويض غايته وهي إصلاح الضرر وجب أن يغطي هذا التعويض كافة هذه العناصر (ثانياً).

¹ عبد العزيز اللصاصمة: مرجع سابق، ص: 196.

² عبد العزيز اللصاصمة، نفس المرجع، ص: 197.

أولاً: سلطة المحكمة في تقدير التعويض

يخضع تقدير الضرر الطبي لسلطة قاضي الموضوع أن يقرر أن ما حدث للمريض من جراء التدخل الطبي هو من قبيل الضرر أم لا. فلا يعد من الضرر الموجب لمسؤولية الطبيب أن يخيب في علاج مريضه، سواء كان عدم الشفاء تاماً أو جزئياً، لأن الطبيب في عقد العلاج لا يتعهد بضمان شفاء المريض بل يلتزم ببذل العناية الواجبة¹. وحيث أن قاضي الموضوع يتمتع بسلطة واسعة في تقدير التعويض عن الأضرار التي تصيب الجنين سواء في المجال العقدي أو التصريحي على اعتبار أن مسألة التقدير تعتبر من مسائل الواقع التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض كقاعدة عامة.

و رغم عدم وجود نص عام يحدد مصاريف النقل و التطبيب و العلاج التي يحق للمصاب أو من يقوم مقامه أن يقوم باسترجاعها، إلا أن بعض النصوص الخاصة لم يفتها التنصيص على ذلك صراحة، فالمادة الثانية من ظهير 1984/10/2 المتعلق بالتعويض عن حوادث السير المغربي تنص على أنه: "يشمل التعويض مصاريف نقل المصاب و الشخص المرافق له إن اقتضى الحال، و كذا المصاريف الطبية و الجراحية و الصيدلانية و مصاريف الإقامة بالمستشفيات و النفقات التي يستلزمها استعمال أجهزة لتعويض أو تقويم أعضاء جسم المصاب و تدريبه على استرجاع حركاته العادية.

و تسترجع المصاريف و النفقات المشار إليها في الفقرة أعلاه بعد إثباتها، باعتبار أسعارها، إن كانت مسعرة، و إلا فبتطبيق الأثمان المعمول بها عادة".

و عليه يجب على القاضي أن يراعي في تقدير التعويض الظروف الملائمة، وهي الظروف التي تلبس المريض، فيقدر الضرر على أساس شخصي لا موضوعي، حيث تراعي فيها حالة المريض الصحية والجسدية وظروفه العائلية وحالته المالية.

ومتى يتبين للقاضي الطريقة المناسبة لإصلاح الأضرار اللاحقة بالمتضرر سعى لتقدير التعويض عنها وله في سبيل الوصول إلى هذا الهدف سلطة مطلقة وهو غير ملزم بنصاب معين أو بمبلغ ثابت لجبر هاته الأضرار، و إنما له كامل الصلاحية، فبالنظر إلى طبيعة الأضرار حيث أنه لا يمكن وضع قواعد ثابتة تحكمها، "إذ يختلف التعويض بالنسبة لكل حالة

¹ عشوش كريم: "العقد الطبي"، دار هومة، الجزائر، 2007، ص: 209.

ولظروفها، ولمدى الإصابة والتعطيل عن العمل، ولنوع العاهة المؤقتة أو الدائمة، أو للانتقال من قدرة الإنسان على الحركة والتفكير والأداء والفهم والتمتع بتمتع الحياة العادية¹.

إلا أن هذه السلطة أو الصلاحية تحكمها ضوابط معينة، لأنها لا تعتبر حالة نفسية يحكم من خلالها القاضي حسب أهوائه و ميولاته، فتقدير التعويض هو مسألة موضوعية وقانونية، تستوجب على القاضي عند الإطلاع بها استبعاد كل إحجاف فيلتزم فقط بالضرر الفعلي ويقدر التعويض بقدره².

كما ينبغي الإشارة إلى أن تقدير التعويض من قبل القاضي يكون وقت حكمه بالتعويض لطالبه حكما نهائيا، والعلة في ذلك أن مقدار التعويض قد يزيد عن تقديره وقت حدوثه، كما يجب على المحكمة أن تدخل في اعتبارها وهي تقوم بتقدير التعويض جسامه الخطأ الصادر عن المسؤول وتراعي ما إذا كان الضرر الذي أصاب المضرور قد نجم نتيجة خطأ عادي أم نتيجة تدليس من المسؤول، وهو الأمر الذي أكد عليه الفصل 98 من ق.ل.ع³.

وبشكل مختصر فإنه خارج الحالات التي يتدخل فيها المشرع لجعل التعويض محدد بشكل جزافي، أو الحالة التي يتفق فيها الأطراف على تقدير التعويض بشكل مسبق في إطار ما يعرف بالشرط الجزائي فان قضاة الموضوع يتمتعون بسلطة واسعة ومستقلة في هذا المجال لكن لا يعني أن سلطة قاضي الموضوع تتجاهل العناصر التي حددها المشرع المغربي على غرار غيره من تشريعات المقارنة، حيث تعتبر من قبيل التكييف القانوني الذي لا يستقل به قاضي الموضوع⁴.

و عموما يجمع الفقه القانوني على أن القاضي الموضوع يتمتع بسلطة واسعة في تقدير التعويض كقاعدة عامة، بل أن هذه السلطة ليست مجرد حق يتمتع به هؤلاء القضاة، بل تعتبر واجبا ملقى على عاتق محاكم الموضوع.

¹ مصطفى العوجي: القانون المدني ج2، (المسؤولية المدنية)، ط2 منشورات الحلبي الحقوقية، 2004، ص: 281.

² منير رياض جناح: مرجع سابق، ص: 611.

³ عبد الرحمان الشرقاوي: القانون المدني، دراسة حديثة للنظرية العامة الالتزام على ضوء تأثيرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي، الكتاب الأول مصادر الالتزام، الجزء الثاني، الواقعة القانونية، مطبعة المعارف الجديدة الرباط -2018، ص: 412.

⁴ عبد الرحمان الشرقاوي: نفس المرجع، ص: 413.

ثانيا: عناصر الضرر

لقد وضع المشرع مجموعة من العناصر والمعايير و أوجب على القاضي الاعتماد عليها للوصول إلى تقدير التعويض بما يتناسب والضرر فلا يجوز له أن يستبعد عنصرا منها أو يضيف لها عناصر جديدة وهو ما قد يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض وتتمثل هاته العناصر في وجوب مراعاة ما يلي:

- الضرر المباشر المحقق،

- ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب،

-تغير عناصر الضرر في جسم المضرور،

- الظروف الملابسة ومدى توفر حسن النية،

وسنكتفي هنا بالتطرق إلى العنصرين المهمين الآتين:

الضرر المباشر المحقق: فقد أشار المشرع المغربي إلى عنصر المباشرة في الفصل

264 ق.ل.ع. عبر عنها بالصيغة التالية: " الضرر هو ما لحق الدائن من خسارة حقيقية وما فاتته عن كسب متى كان ناتجاً مباشرة عن عدم الوفاء بالالتزام.." وفي معرض الحديث عن المسؤولية التقصيرية نجد أيضاً إشارة لعنصر المباشرة " وكذلك ما حرم من نفع في دائرة الحدود العادية للنتائج هذا الفعل".

وقاعدة قصر التعويض على الضرر المباشر نص عليها كذلك المشرع المصري في المادة 221 من القانون المدني، جاء فيها ما يلي: " بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به" ثم أكد على هذه القاعدة أيضاً في مجال المسؤولية التقصيرية وذلك في المادة 170 من القانون المدني المصري، وتطبيقاً لذلك جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية ما يلي: " لما كان الأصل أن التعويض يقدر بمقدار الضرر المباشر الذي أحدث خطأ يستوي في ذلك، الضرر المادي والضرر الأدبي وكانت المصروفات التي أنفقتها والدّة المجني عليها لا تدخل ضمن الضرر الناشئ مباشرة عن خطأ المدعي عليه، فإن الحكم إذ اعتبر هذه المصروفات من بين الأضرار المادية التي أصابت

الورثة بسبب خطأ المدعي عليه وألزمته بالتعويض عنها يكون فقط أخطأ في تطبيق القانون"¹.

تغير عناصر الضرر في جسم المضرور: لا يستقر الضرر الذي أصاب الجنين أثناء نموه بطبيعته على نفس المستوى، حيث يمكن أن يتفاقم ويشتد إلى غاية صدور الحكم كما يمكن أن يخف ويتحسن، وخاصة وأن التعويض يتحدد وفقا لمقدار الحكم، ويغلب أن تتدخل ظروف فتؤدي إلى زيادة الإصابة الجسمية أو تفاقم الضرر بسبب غير راجع للمسؤول:

أ - زيادة جسامه الإصابة الجسمية

و نشير هنا إلى أنه يجب التمييز بين الضرر وقت الإصابة وبين الضرر الجديد، وتغير القيمة المالية للضرر. فإذا كان التعويض في شكل دفعة واحدة، فإن مراجعتها تصطدم بمبدأ حجية الشيء المقضي فيه. أما إذا كان التعويض عبارة عن إيراد مرتب فإن دليل الربح التعويضي يسمح بتعويض الضرر تبعا لتطور قيمته المالية.² وقد تزداد الإصابة وتتفاقم بسبب خطأ المسؤول وعلى العكس من ذلك فقد تتفاقم بسبب لا يد للمسؤول فيه.

فقد يتفاقم الضرر بسبب خطأ المسؤول، وذلك إما بزيادة نسبة عجز المضرور أو موته أو تعرضه لأضرار مرتبطة بإصابته.

ففي حالة زيادة نسبة عجز المضرور، يتعين على القاضي حين الفصل في النزاع وتقدير التعويض أن ينظر إلى زيادة العجز الذي أصاب المضرور نتيجة خطأ المسؤول، بحيث يحق أن يطالب بهذه الزيادة دون حاجة إلى دفع دعوى جديدة.³ ويتحدد التعويض بناء على العجز في الفترة التالية لزيادته، وعلى ذلك فإن زيادة نسبة العجز وقت صدور الحكم القضائي

¹ نقض 15 مارس 1976، 27، ص: 650، أشار إليه: عدلي أمير خالد: الإرشادات العلمية في الدعاوي المدنية، منشأة المعارف الإسكندرية، ص: 407.

² - pour bien situer le problème, il convient de distinguer l'aggravation de préjudice assimilée a un préjudice nouveau et la variation de la valeur monétaire du préjudice.

- la variation de la valeur monétaire de préjudice est une conséquence classique des fortes inflations , en cas d'indemnisation en capital, il appartenait à la victime de la placer juridiquement et l'autorité de la chose jugée s'oppose a une révision vu que l'indexation des rentes indemnitaires permet d'adapter la réparation du dommage a l'évolution de l'expression monétaire ... ; - LAMBERT-FAIVER : Droit du dommage corporel, Système d'indemnisation, 4ème édition, Dalloz, 2000. p : 140.

³ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان: مدى التعويض عن تغيير الضرر في جسم المضرور وماله في المسؤولية المدنية العقدية التقصيرية، منشأة المعارف الإسكندرية 2000، ص: 142.

لا يجوز احتساب التعويض بناء على ما وصلت إليه هذه الزيادة في العجز وقت الإصابة بل يجب احتساب التعويض عن كل فترة زمنية تقدر مدة العجز الذي لحق المضرور.

وفي الحالة التي تؤدي إلى موت المضرور في الفترة اللاحقة لرفع الدعوى القضائية بالتعويض، فإن الحق في التعويض ينتقل إلى الورثة باعتبارهم خلفاء عاماء، "وانتقال حق التعويض عن الضرر الذي لحق الموروث، إنما يرجع إلى أن حق المضرور في التعويض ينشأ من وقت صدور الفعل الضار، ويدخل في ذمته منذ هذا الوقت، بحيث ينتقل إلى ورثته بعد موته"¹ وعليه، الحكم يبقى كاشفاً للحق لا منشأ له.

هذا، ويتضح أهمية الحكم من حيث تحديد مدى الضرر المؤدي للتعويض، إذ يجب الاعتداد بعناصره وقت صدور الحكم القضائي. وإذا مات المضرور قبل صدور الحكم فإنه وجب الاعتداد بعناصر الضرر كلها مع الاعتداد بالوفاة في حد ذاتها. ويدخل في هذا الآلام الجسمانية التي تكبدها الموروث قبل موته، والضرر الأدبي الناجم عن الحادث كالألام النفسية عن الضرر الجمالي، والتعويض عن نفقات العلاج والتمتع بمباهج الحياة².

ب - تفاقم الضرر بسبب لا يرجع إلى المسؤول

لكي يكون التعويض عن الضرر الجسمي عادلاً يجب على القاضي أن يدرس الحالة الصحية للمتضرر قبل وقوع الحادث وبعده حسب المعيار الذاتي، وليس وفقاً للتقديرات الموضوعية، ويمكن الوقوف على عوامل متعددة تساعد القاضي في ذلك كالعمر والعضو المصاب ونوع الإصابة³، إلخ...

في حين، إذا تفاقم الضرر نتيجة خطأ المضرور، كما لو أهمل العلاج أو امتنع عنه، فلا يسأل المدعي عليه في هذه الحالة عن تعويض ما نتج من تفاقم، ومن قبيل ذلك رفض المدعي إجراء عملية جراحية، كما لو أن حادثاً يصيب المضرور من الغير ويؤدي إلى تفاقم الضرر.

¹ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان: مرجع سابق، ص: 144.

² زكي زكي حسين زيدان: حق المجني عليه في التعويض عن ضرر النفس في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2005، ص: 151.

³ محمد علي البار: المسؤولية الطبية وأخلاقيات الطبيب "دار المناورة، جدة، ط 1995 ص: 104.

الفقرة الثالثة: التعويض عن الضرر الممتد

من قبيل الأضرار التي تعطي لصاحبها حقا مشروعاً في طلب التعويض، الأضرار المعنوية الناجمة عن الآلام الجسدية و النفسية للضحية. كذلك الأضرار التي تصيب شخصا بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخصا آخر، يكون للمضرور حق قبل المصاب، و هو ما يطلق عليه بالضرر المرتد أو الممتد، كالقتل يعتبر ضرراً أصاب الميت في حياته و ترتب عليه إصابة أبنائه بضرر يتمثل في الإنفاق عليهم و إعالتهم.

أما إذا كان الشخص يطالب بالتعويض عن أمور تتنافى مع أخلاقيات و آداب المجتمع، أو لا يمكن اعتبارها من قبيل الحقوق، بل تعد من قبيل الرخص، التي لا تكسب الشخص حقاً، فلا تعد من قبيل المخاطر العلاجية. و قد ثارت هذه المسألة بصدد الفحوصات التي تجرى للمضخة أو الجنين في رحم السيدة الحامل، و ما يشوبها من احتمالات و عدم يقين الأمر، الذي يمنع الوالدين من اللجوء إلى الإنهاء المبستر للحمل، و ينتهي بولادة طفل معاق أو مصاب بمرض لا يرجى شفاؤه¹، فنتساءل عن مدى مسؤولية الطبيب و مختبر التحاليل الطبية، و مدى أحقية الوالدين أو الطفل في الحصول على التعويض؟

لقد سطر المشرع المغربي القواعد العامة للتعويض عن الضرر الناجم عن فعل غير المشروع في قانون الالتزامات و العقود²، بيد أن وجود هذه القواعد لم يمنع المشرع من تنظيم حق التعويض عن الضرر الناشئ عن الجريمة في ظل قانون المسطرة الجنائية. و ترجع هذه الازدواجية في التنظيم إلى طبيعة الدعوى التي يمكن أن يختارها الشخص المتضرر للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق به.

و بناءً على نهج المشرع، يبدو أنه من المفيد أن نتناول إلى جانب مرجعية الأسرة في التعويض عن الضرر الممتد بسبب تشوه خلقي على ضوء قانون الالتزامات و العقود (أولاً)، مرجعية حق الأسرة في التعويض عن الضرر الممتد بسبب تشوه خلقي في ظل قانون المسطرة الجنائية (ثانياً).

¹ بحماوي الشريف: "التعويض عن الأخطاء الطبية العلاجية – دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص: 90.

² الفصول (77 إلى 106) من قانون الالتزامات و العقود المغربي.

أولاً: مرجعية حق الأسرة في التعويض عن الضرر الممتد بسبب تشوه خلقي على ضوء قانون الالتزامات والعقود

نظم المشرع المغربي حق التعويض عن الفعل غير المشروع في الفصلين 77 و78 من قانون الالتزامات والعقود، فالفصل 77 ينص على أنه: "كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة و اختيار، و من غير أن يسمح به القانون، فأحدث ضرراً مادياً أو معنوياً للغير ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر". أما الفصل 78 فينص على أنه: "كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا بفعله فقط و لكن بخطئه أيضاً، و ذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر.

و كل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر.

والخطأ هو ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، و ذلك من غير قصد لإحداث الضرر".

ويمكن من خلال تحليل بعض قواعد المسؤولية المدنية في ضوء النصوص القانونية السابقة أن نستنتج ما يلي:

- 1- إن الحق في التعويض عن الضرر الممتد إما أن ينتج عن الفعل الضار و هو ما يسمى بالجرم، و إما أن ينتج عن الخطأ و هو ما يسمى بشبه الجرم¹.
فالجرم: "هو كل واقعة إيجابية (فعل) أو سلبية (ترك) تحصل عن قصد (عمد) من صاحبها لأجل إلحاق ضرر بالغير أو بماله.
أما شبه الجرم فهو كل واقعة إيجابية (فعل) أو سلبية (ترك) تحصل من غير قصد من صاحبها و تلحق ضرراً بالغير أو بماله"².
و هكذا، يظهر أن ما يميز الجرم (الفعل) عن شبه الجرم (الخطأ) في الميدان المدني هو قصد الإضرار.

¹ محمد جلال السعيد: "مدخل لدراسة القانون"، مكتبة دار الأمان، الرباط، 1993، ص: 290.
² محمد شيلح: "القانون المدني: خلاصة المحاضرات الخاصة بالمدخل العام للنظرية العامة للالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي"، السنة الجامعية 2003/2004، ص: 109.

2- إن الحق في التعويض يشمل الضرر بجميع أنواعه رغم أن المشرع المغربي لم ينص في قانون الالتزامات و العقود إلا على نوعين من الضرر فقط هما الضرر المادي و الضرر المعنوي، و لم ينص على الضرر الجسماني الذي يصيب المتضرر و كذا الألم النفسي و العاطفي الذي يحس به المتضرر.

3- إن المشرع لم يحدد طبيعة الأضرار التي ينجز عنها الحق في التعويض، و اكتفى بالنص على ضرورة وجود الفعل المرتب للضرر و العلاقة السببية بين الفعل الضار، و هذا يفتح المجال للمطالبة بالتعويض عن الضرر الممتد في ضوء القواعد القانونية السابقة.

4- إن الحق في التعويض عن الضرر الممتد حق يخوله القانون لكل شخص مسه الضرر نتيجة الفعل أو الخطأ المرتب للضرر.

و إذا كان المشرع المغربي لم يقم بتحديد لائحة الأشخاص الذين يحق لهم المطالبة بالتعويض عن الضرر الناجم عن الفعل غير المشروع على وجه الحصر في ظل قانون الالتزامات و العقود سواء كان الضرر المطلوب التعويض عنه ماديا أو جسمانيا أو معنويا، فإن الملاحظ من خلال الآراء الفقهية و التطبيقات القضائية أن الأسرة و خاصة الأبوين – أبوين المشوه خلقيا- تعد بغير جدال من أول من يحق لهم المطالبة بالتعويض عن الضرر الممتد لهم.

ثانيا: مرجعية حق الأسرة في التعويض عن الضرر الممتد بسبب التشوه الخلقي في

ظل قواعد المسطرة الجنائية

يستند حق الأسرة في التعويض عن الضرر الممتد الناجم عن الفعل غير المشروع (الجريمة) في إطار الدعوى المدنية التابعة إلى المادة 2 من قانون المسطرة الجنائية التي تنص على أنه: "يترتب عن كل جريمة الحق في إقامة دعوى عمومية لتطبيق العقوبات و الحق في إقامة دعوى مدنية للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي تسببت في الجريمة".

و يتبين من هذه المواد أن الجريمة تتولد عنها دعويين، دعوى عمومية موضوعها هو تطبيق العقوبات أو التدابير الوقائية على المجرم قصد ترميم الخلل الاجتماعي الذي أحدثه الفعل الإجرامي المرتكب خلافا لمقتضيات القانون الجنائي. و دعوى مدنية هدفها هو تمكين الأشخاص المصابين بأضرار خاصة نابعة مباشرة من الجريمة من المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بهم. و قد أوضحت المادة 7 من قانون المسطرة الجنائية ذلك بقولها: "يرجع

الحق في إقامة الدعوى المدنية للتعويض عن الضرر الناتج عن جناية أو جنحة أو مخالفة، لكل من تعرض شخصيا لضرر جسماني أو مادي أو معنوي تسببت فيه الجريمة مباشرة".
و يفهم من قراءة هذه المواد القانونية السابقة مايلي:

1- إن الشخص المتضرر -خاصة الأبوين- من الجريمة يحق له أن ينتصب أمام المحكمة الجزرية في إطار الدعوى المدنية التابعة للمطالبة بالتعويض عن الضرر الممتد المادي أو المعنوي الذي أصابه من جراء الجريمة بغض النظر عما إذا كانت هذه الجريمة جنائية أو جنحة أو مخالفة.

2- إن الدعوى المدنية التابعة حق للشخص المتضرر وحده و لا يجوز لغيره إقامة هذه الدعوى أو التنازل عنها.

3- يجب على الشخص المتضرر (المطالب بالحق المدني) لقبول دعواه أن يطلب تعويض الضرر الناتج عن الجريمة المعروضة على المحكمة، بأن تكون وقائع الجريمة كما حددها القانون هي السبب للضرر المطلوب عنه التعويض¹.

4- يتعين على المدعي (المتضرر) أن يحدد في مذكرة مطالبه المدنية مبلغ التعويض الذي يطالب به لجبر الضرر الذي لحق به، أما إذا أغفل طلب التعويض أو تعيين مبلغه، فإن مصير طلبه يكون هو عدم القبول².

و خلاصة القول أن الواقع العملي يؤكد أن الأسرة -الأبوين- تقع في مقدمة من يسمح لهم القانون و القضاء بممارسة الدعوى المدنية التابعة للمطالبة بالتعويض عن الضرر المنجر عن الجريمة، و يرجع ذلك إلى ما يترتب عن القرابة الأسرية بين الأبوين و الطفل المشوه مما يؤدي بالتبعية إلى انتقال الضرر إليهما.

الفرع الثاني: دور المحكمة في تقدير التعويض

إن لسلامة جسم الإنسان و حياته قيمة لا تعادلها قيمة لذا فإن المسؤولية تنهض كلما وقع مساس بهما أو اعتداء عليهما، و أن للطبيب اتصالا وثيقا بسلامة الإنسان في جسمه و حياته ما دام هو من يباشر معالجة ما يهدد هذه السلامة و الحياة من آفات و أمراض أو ما يتصل بهما من

¹ أحمد الخليلشي: "شرح قانون المسطرة الجنائية"، الجزء الأول، مكتبة المعارف الجديدة للنشر و التوزيع، الرباط، الطبعة الثانية، سنة 1994، ص: 140.

² المادة 349 من قانون المسطرة الجنائية المغربية.

آلام أو تشوهات، فعمل الطبيب هو عمل إنساني يقوم في الأصل على تقديم خدمة إنسانية جلية هي تخليص الناس من الآلام و تأمين سلامتهم الجسدية و النفسية و إنقاذ حياتهم. فالخطأ قد يقع منه في ممارسة عمله الطبي أو بمناسبة هذا العمل و إذا أفضى هذا الخطأ إلى إلحاق ضرر ما بالمريض نهضت مسؤولية الطبيب و بالتالي التعويض عنها.

و تماشياً معه سنبين في هذا الفرع دور القاضي في تقدير الوقائع لاستخلاص التعويض (الفقرة الأولى)، على أن نتطرق لوقت تقدير هذا التعويض (الفقرة الثانية)، ثم لضرورة الأخذ بنظام خاص للمسؤولية (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: دور القاضي في تقدير الوقائع لاستخلاص التعويض

إعمالاً للقواعد العامة فإنه متى كان التزام الطبيب ببذل العناية و قدم المريض باعتباره مدعياً دليلاً على إهمال أو تهاون الطبيب في بذل هذه العناية أو أنه قد خالف القواعد الفنية المستقرة كان لقاضي الموضوع أن يقدر هذا الدليل دون رقابة من محكمة النقض كي يتحقق من حصول الفعل أو ترك أو عدم حصوله لأن هذه من مسائل الواقع.

غير أن تحديد القاضي للوصف القانوني لسلوك المدعي عليه (الطبيب) و اعتباره خطأ لانحرافه المألوف عن سلوك الطبيب الوسط من نفس مستواه المهني هو ما يتصل بمسائل القانون، أي أنه يتعلق بالتكييف القانوني للفعل، و لذلك فإنه يخضع لرقابة محكمة النقض إذ أن لهذه الأخيرة أن تراقب محكمة الموضوع في وصفها للفعل أو الترك بأنه خطأ مما يتوجب قيام المسؤولية المدنية¹.

و إذا كان في غالب الأحيان أن يقدم المتضرر-أبوين المشوه- المدعي لبرهنة مجموعة من القرائن الدالة على قيام خطأ الطبيب، فيجب لاعتماد القاضي هذه القرائن أن تكون واضحة الدلالة على الأمر الذي يراد إثباته، و هو هنا خطأ الطبيب و رابطة السببية بينه و بين الضرر، كما يجب في هذه القرائن و هي مجرد وقائع ألا تستند فقط إلى مجرد الاستنتاج بمفهوم المخالفة و تعد هذه إحدى المسائل التي تظهر فيها الفائدة الحقيقية للتمييز بين الخطأ العادي للطبيب و خطئه الفني أو المهني.

¹ محسن عبد الحميد البيه: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، الناشر دار النهضة العربية -1998، ص: 169.

فبالنسبة للخطأ العادي و هو الذي يتمثل في التقصير في بذل العناية اللازمة للمريض، و الإخلال بواجب الحيطة و الحذر المفروض على كل شخص، فإن القاضي يستطيع أن يستخلص بنفسه هذا الخطأ الذي يقع في مجال الأعمال العادية و الواجبات الإنسانية للطبيب كعدم الحصول على رضى المريض مثلاً¹.

أما بالنسبة للخطأ الفني أو المهني و الذي يتمثل في الانحراف عن السلوك الفني المؤلف لطبيب في نفس المستوى محاطا بنفس الظروف الخارجية. والذي من مقتضاه أن يبذل الطبيب في تنفيذ التزامه العناية الفنية التي تتطلبها الأصول الفنية و العلمية المعاصرة. كما إذا أخطأ الطبيب في عدم تبصير المريض و عدم الحصول منه على رضاء حر مستنير، أو ارتكب خطأ في عدم الدقة في إجراء زرع البويضة و تلقيحها، أو تعمد خلط البذور الذكرية للأنثى أو الأم، أو قام باستبدالها لزرعها في رحم أم أخرى، فهنا تتعقد مسؤولية الطبيب سواء كان عاملاً في مركز متخصص أو طبيب خاص، و يحق للمريض المطالبة بالتعويض الجابر لهذه الأضرار². و لهذا فإنه يتعين على القاضي عند تقديره الخطأ الفني للطبيب أن يكون في غاية الحكمة و الحذر فلا يقرر وجود هذا الخطأ إلا إذا ثبت له ثبوتاً قاطعاً أن الطبيب قد خالف عن جهل أو تهاون الأصول الفنية الثابتة و القواعد العلمية الأساسية التي لا تدع مجالاً للشك أو النقاش و التي يفترض في كل طبيب من مستواه أن يعرفها. أما إذا كان الفعل الذي ينسب إلى الطبيب يتصل بمسائل علمية محل خلاف و لا يزال يدور حوله النقاش و الجدل فليس للقاضي أن يقحم نفسه في هذا النقاش العلمي للترجيح بين وجهات النظر و اتخاذ موقف معين فيها، كما يجب عليه أن يعتبر الطبيب غير مخطئ و غير مسؤول، فمن المهم إذن أن يثبت بصورة أكيدة وواضحة أن الطبيب قد خالف في سلوكه أصول الفن الطبي و قواعده الأساسية التي ليست مجالاً للجدل أو الخلاف³.

و من ناحية ثانية لا يستطيع القاضي بسبب عدم توافر المعرفة الكافية لديه بالمسائل الطبية أن يتصدى مباشرة لمناقشة هذه المسائل و أن يقدر بنفسه خطأ الطبيب في هذا المجال، و

¹ إبراهيم علي حمادي الحبلوسي: "الخطأ المهني و الخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية دراسة قانونية مقارنة"، مرجع سابق، ص: 26.

² سعيد سعد عبد السلام: فكرة العقود المدنية الناشئة عن الإنجاب الصناعي، الناشر دار النهضة، طبعة الأولى -1998م، ص: 147.

³ محسن عبد الحميد البيه: مرجع سابق، ص: 170.

لذلك فإن على القاضي أن يتوجه إلى المتخصصين من الخبراء من أهل الطب من أجل استيضاح الأمر الذي على أساسه يمكن مقارنة سلوك الطبيب الوسيط الحريص في مهنته أي أن أهل الخبرة هم الذين سيقدمون وجهة نظرهم حول مسألة السلوك الحذر و التيقظ الذي كان يجب أن يقدمه الطبيب¹.

و إذا كان الضرر هو مناط تقدير التعويض، فلا بد أن يتناسب هذا التعويض مع الضرر ويقدره، ولا يتأتى ذلك، إلا بعد تحديد العناصر والشروط الواجب توفرها في الضرر حتى يكون مستحقا للتعويض. وإذا كان التثبت وقوع الضرر ومداه مسألة واقعية يستقل بها قضاة الموضوع، فإن وجوب تعيين هذا الضرر في الحكم وذكر العناصر المكونة له قانونا والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض، يعتبر من المسائل القانونية التي تهيمن عليها محكمة النقض، حيث جاء في إحدى قراراتها² أنه: "لكن طبقا للفصل 98 من ق.ل.ع فإن الضرر في الجرائم و شبه الجرائم هو الخسارة التي لحقت المدعي فعلا و المصروفات و كذلك ما حرم من نفع في دائرة الحدود العادية لنتائج هذا الفعل و المحكمة مصدرة القرار لما أمرت بإنجاز خبرة و ثبت لها منها الضرر اللاحق بالضحية المتمثل في شلل لكل اليد العليا اليسرى و تشوه على مستوى الكتف مع وجود اضطرابات عصبية و مغذية مع تضمر عضلي لعضده و ساعده و يده و تصلب مهم لكتفه اليسرى و أن عملية إبعاد و رفع عضله محدودة جدا و تصلب مهم لمعصم يده و خصوصا عند عملية الابتهاال و على كل لا يقوى على استعمال كل يده فأيدت الحكم الابتدائي تكون قد تبنت تعليلاته التي جاء فيها (و حيث أن المحكمة بما لها من سلطة في تحديد هذا النوع من التعويض و اعتبارا لجسامة الضرر المحدد في تقرير الخبير و اعتبارا لسن المصاب و مدى تأثير هذا الضرر على حياة المصاب و قيامه بأعباء الحياة الضرورية ارتأت حصر التعويض في مبلغ 300.000 درهما) و بذلك تكون قد أبرزت العناصر التي اعتمدتها في تقدير التعويض الذي يخضع لسلطتها التقديرية فجاء قرارها معللا تعليلا كافيا". و عليه فهذا التعيين هو من قبيل التكييف القانوني للواقع³.

¹ ضياء علي احمد نعمان: "إثبات الخطأ الطبي بين الواقع و القانون"، مرجع سابق، ص: 113.

² محكمة النقض، قرار عدد 3632 المؤرخ في 14/10/2009، ملف مدني عدد 2007/3/1/1296، نشره: عبد الكبير العلوي الصوسي: "العمل القضائي في قضايا المسؤولية الطبية"، المطبعة و النشر دار القلم بالرباط، الطبعة الأولى 2014، ص: من 26 إلى 31.

³ سليمان مرقص: مرجع سابق، ص: 184.

و خلاصة القول إن لقاضي الموضوع كامل السلطة التقديرية في مسائل الواقع كتكيف جسامته الضرر من يسره، دون رقابة عليه من محكمة النقض. و لكن كيفية تحديد هذه الجسامة أو اليسر، بمعنى كيفية تطبيق القانون على الواقع هو الذي يكون محل رقابة محكمة النقض، وتنصب هذه الرقابة على مدى احترام القاضي للعناصر والمعايير التي وضعها المشرع أمام القاضي للوصول إلى تقدير التعويض بما يتناسب والضرر. فإذا كان القاضي بصدد تطبيق معيار الخسارة اللاحقة والكسب الفائت فعليه أن يتبنى الواقعة الموضحة في الدعوى المثبتة، التي تصدق عليها وصف الخسارة أو الكسب.

الفقرة الثانية: وقت تقدير التعويض

تعتبر قيمة الضرر هي العامل الأساسي في تحديد قيمة التعويض، فقد يتغير الضرر الذي أصاب الجنين من تاريخ تحققه بالزيادة أو النقصان، وقد لا يتغير الضرر ذاته، بل تتغير قيمته بتغير الأسعار، فإلى أي وقت يستند في ذلك تقدير التعويض، خصوصاً إذا علمنا أن أغلب التشنوهات تزداد حدة مع مرور الوقت؟

وبعبارة أخرى ما هو الوقت الذي ينشأ فيه حق المضرور في التعويض، هل هو وقت وقوع الضرر أم صدور الحكم؟

فمن زاوية الفقه هناك من يقول بنشوء الحق في التعويض من تاريخ صدور الحكم ومن أنصاره الفقهاء "مازوا"، حيث يرون أن الحكم بالتعويض منشأ للحق وليس كاشفاً له، لأن الحق في التعويض يظل حقا غير محدد المقدار، إلى غاية صدور الحكم الذي يحدد مقداره، ولذلك وجب الاعتداد بعناصر الضرر وقت صدور الحكم¹.

وخلافاً للرأي السابق، يذهب أغلب الشراح² إلى أنه يجب الاعتداد وقت وقوع الضرر كتاريخ لنشوء الحق في التعويض، إذ يعتبر الوقت الذي تكتمل فيه أركان المسؤولية، وأنه قبل وقوع الضرر لا يتصور نشوء الحق والحكم ليس إلا كاشفاً للحق لا منشأً له، أي أنه ينشأ منذ اللحظة التي يتحقق فيها الخطأ في المسؤولية الخطئية ومنذ وقوع الضرر بالنسبة للمسؤولية في تقرير أو عدم تقرير الحق موضوع الصراع بين الخصمين أحدهما يدعيه والآخر ينكره عليه³.

¹ مقدم سعيد: نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، مرجع سابق، ص: 209.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص: 961؛ و حسن عامر وعبد الرحيم عامر: مرجع سابق، ص: 520.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري: مرجع سابق، ص: 961.

إن الأحكام التي تعتبر مقررة للحقوق "jugements déclaratifs" تقول عنها محكمة النقض الفرنسية أنها تلك الحقوق الموجودة مسبقاً، وذلك تمييزاً لها عن الأحكام المنشئة للحقوق "jugements constitutifs : attributifs" التي تخلق حقاً أو تعدله.

أما من زاوية القضاء فلم تستقر أحكام القضاء الفرنسي على حكم واحد، فذهب بعضها إلى أن حق المضرور في التعويض ينشأ من يوم صدور الحكم. وفي ما تقوله محكمة النقض في هذا الشأن:

- « le créance indemnitaire, de la victime d'un débit ou d'un quasi n'existe qu'à dater du jugement ou de l'arrêt qui la consacre ».¹

- ولكن ذهبت محكمة النقض الفرنسية في الكثير من قراراتها إلى أن حكم التعويض إنما يعتبر مقرراً وكاشفاً للحق الذي كان موجوداً منذ وقوع الضرر.²

- والموقف الذي ينشأ فيه الحق في التعويض ذو أهمية عملية تتمثل خاصة في إذا كان الحكم منشأ للحق فإنه:

1 - ليس للمضرور قبل الحكم اتخاذ أي إجراءات تحفظية.

2 - لا يصح للمضرور التصرف في هذا الحق إلا بعد صدور الحكم المنشئ لهذا الحق.

3 - العبرة بحساب التعويض وتقديره من يوم صدور الحكم.

4 - يسري التقادم من يوم صدور الحكم.

ونلاحظ أن شروط تحقق الضرر أمر لا بد منه في كلتا الحالتين، ومهما يكن فيجب التمييز بين حق المتضرر في التعويض وتقدير التعويض، فالأول ينشأ منذ وقوع الضرر، أما الثاني فإنه يقدر بقيمة الضرر وقت الحكم.

وندق الصعوبة في حالة ما إذا كان الضرر الجسماني متغيراً، حيث أن أغلبية الأضرار الجسمانية متغيرة نظراً لطبيعة الجسم الفيزيولوجية، فمثلاً الشخص الذي صدمته سيارة وأصيب بكسر في ساقه أو ذراعه، عندما طالب بالتعويض كان الكسر قد تطور فأصبح أشد خطورة مما

¹ Léon Mazeaud: « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits », Revue trimestrielle de droit civil, tome 28, 1929, p: 41.

² - cass, 02/12/1947. la décision du juge ne fait que liquider la créance de la victime. mais que cette créance est née le jour de l'acte délictueux.

كان عليه، وأثناء صدور الحكم كانت خطورته قد اشتدت وانقلب إلى عاهة مستديمة، ولاشك أن القاضي يدخل في اعتباره تطور هذه الإصابة أثناء الحكم، فيقدر الضرر على اعتبار أنه انقلب إلى عاهة مستديمة¹.

فالعبرة في تقدير التعويض يوم صدور الحكم اشتد الضرر أم خف، أما من زاوية تغير سعر النقد أو أسعار السوق، فالعبرة بالسعر يوم صدور الحكم. ولكن بالنظر إلى النقود التي تندهور بصفة مستمرة، فإن مقتضيات العدالة إزاء تلك التطورات الاقتصادية تقتضي الاعتداد بزيادة الأسعار اللاحقة لصدور الحكم في تقدير التعويض عن الأضرار الجسمانية المستمرة، بحيث يزداد التعويض بمقدار الزيادة في الأسعار اللازمة لجبر الضرر كإجراء علاج أو جراحة أخرى أو شراء أدوية في المستقبل.

وعلى ذلك فقد تقتضي حالة المريض لإصلاح إجراء علاج أو جراحة أخرى، أو شراء أدوية بالمستقبل، وتلك الأمور نفقاتها من وقت لآخر، فالقاضي يقدر التعويض على ضوء التكاليف وقت النطق بالحكم.²

ولكن بالنظر إلى دعوى التعويض والتي غالبا ما تطول إجراءاتها، وبالتالي صدور حكم نهائي فيها³، ونظرا أيضا إلى أن الأضرار الجسمانية في حاجة ملحة وماسة إلى جبرها، فهل على القاضي أن يحكم للمضرور بنفقة أو تعويض مؤقت إلى غاية الفصل الكامل في دعوى التعويض؟

للإجابة على هذا السؤال، يمكن القول بأنه يجوز للقاضي أثناء نظر دعوى المسؤولية أن يقدر أن المضرور في حاجة قصوى إلى نفقة مؤقتة يحكم له بها، يدفعها المسؤول من حساب التعويض الذي سيقضي له به في النهاية، ويشترط في هذه الحالة ما يلي:

1 - أن يكون مبدأ المسؤولية قد تقرر ولم يبق إلا تقدير التعويض، أي أن أركان المسؤولية اكتملت.

2 - أن يكون المبلغ الذي يقدره القاضي للنفقة المؤقتة أقل من مبلغ التعويض النهائي.

3 - أن يكون المضرور في حاجة ملحة إلى هذه النفقة.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري: مرجع سابق، ص: 975.

² منير رياض حنا: مرجع سابق، ص: 618.

³ أمجد محمد منصور: النظرية العامة للالتزامات (مصدر الالتزام)، عمان - الأردن، طبعة الأولى سنة 2003، ص: 254.

4 – أن تكون عناصر تقدير التعويض لا تزال لإعدادها في حاجة إلى مدة طويلة.¹

و عليه فقد يكون التعويض على شكل إيراد مرتب مدى الحياة عندما يفضي الضرر إلى عجز جزئي دائم، فإن أفضل طريقة لتعويض المصاب هو الحصول على إيراد مرتب مدى الحياة، ذلك أن الضرر الناشئ عن هذا العجز لا يظهر بهيئته الكاملة مباشرة بل يستمر حتى نهاية حياة المصاب. كذلك في الحالة التي يكون فيها المضرور فقد معيله الوحيد ولاسيما إذا كان قاصرا ففي هذه الحالة يمكن أن يصرف له تعويض على شكل إيراد مرتب.²

أما عن إعادة النظر في تقدير التعويض، فقد يصدر القاضي قراره بالحكم في تعويض المضرور جسمانيا، إلا أن هذه الإصابة قد تتفاقم وتؤدي إلى الوفاة فما هو الحكم في هذه الحالة؟ للإجابة عن هذا السؤال يمكن القول أن إعادة النظر في الحكم يتعارض مع مبدأ حجية الشيء المقضي فيه، وأن قواعد العدالة توجب إعادة النظر في تقدير التعويض حتى ولو أدت الإصابة إلى وفاة المصاب، حيث يحق للورثة طلب التعويض عن الوفاة كما يمكن للمصاب شخصا المطالبة بإعادة تقدير التعويض في حالة عدم الوفاة، وعلى القاضي أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطلب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في تقرير التعويض.

وفي هذا ذهب القضاء المصري حيث قررت المحكمة العليا أنه "من المقرر قانونا أن الحكم الذي لم يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في تقدير التعويض لا يحق له بالرجوع أمام القضاء من خلال إعادة التقدير، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون. ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن قضاة الاستئناف بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي على الطاعن بدفعه للمطعون ضده تعويضا عن الضرر الذي لحقه دون أن يحتفظوا في قضائهم السابق الصادر في سنة 1979 بالحق في تقدير التعويضات من جديد، يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.³

¹ علي سليمان: دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري (المسؤولية عن فعل الغير – المسؤولية عن فعل الأشياء – التعويض)، ط3 الجزائر 1994، ص: 260؛ وانظر عبد الرزاق أحمد السنهوري: مرجع سابق، ص: 976.

² عبد العزيز اللصاصمة: "المسؤولية المدنية التقصيرية الفعل الضار – أساسها و شروطه -"، مرجع سابق، ص: 196.

³ قرار المجلس الأعلى غ م مؤرخ في 1987/06/17 ملف 5090 المجلة القضائية 1990، العدد الرابع، ص: 11.

وجدير بالذكر أن القاضي يعتمد في إصدار حكمه على الخبرة الطبية، لأنه يصعب على القاضي في بعض الأحيان الإلمام بعناصر الضرر وبالتالي يستعين بالمختص حيث يستشير باستشارته على الرغم من أن رأي الخبير غير ملزم.

وبناء على ذلك فإن القاضي قد يقرر تأجيل النظر في إصدار الحكم بالتعويض حتى يستقر الوضع الصحي للضحية أو بحكم النفقة المؤقتة وقد استقر القضاء الفرنسي على أنه " إذا استطاع المضرور إقامة الدليل على أن الضرر الذي لحق به يختلف تماما عن الضرر الذي سبق التعويض عنه فحينئذ لا يوجد ما يحول دون قبول دعواه¹.

يمكن القول بأنه أصبح من المسلم به وجوب تعويض كافة عناصر الضرر الجسماني، وأن يكون هذا التعويض كاملا وذلك بأن يغطي كافة عناصر الضرر الجسدي الذي يصيب الجنين و هو في بطن أمه و ما بعد ولادته، وعلى القاضي أن يراعي جميع الظروف المالية المحيطة بالمضرور والتي يمكن أن تؤثر في تقديره التعويض وأن يكون هذا التعويض سريعا، لكي يحقق هدفه.

الفقرة الثالثة: ضرورة الأخذ بنظام خاص للمسؤولية

يبدو أنه لا غنى للمشرعين عن الأخذ بأنظمة خاصة لتعويض التشوهات الخلقية الناتجة عن الحوادث الطبية التي يصاب بها الجنين، وذلك إما على أساس التأمينات الاجتماعية، أو إنشاء صناديق خاصة، لحماية أرواح المرضى وسلامتهم الجسدية، مع الأخذ بعين الاعتبار أن اعتناق هذه الأنظمة لن يكون بديلا عن الأحكام التي تنظم المسؤولية الطبية، بل سيوجد إلى جانبه، دون مزاحمة أو تداخل². وسيكون معيار تطبيق كل منهما هو التفرقة بين الحادث الطبي، وعدم نجاح العلاج، فهذا النظام سيقصر مجاله على الخطر العلاجي المحيط بالجنين، وهو الضرر الجسيم المتمثل في إحداث تشوهات للجنين و التي تحدث أثناء ممارسة العمل الطبي، لا صلة له بحالة المريض -الأم أو الجنين- السابقة، فلا يعتبر من مضاعفاتها، أو نتيجة لاستعداده المرضي.

¹ منذر الفضل: مرجع سابق، ص: 447.

² أمال بكوش: مرجع سابق، ص: 359.

أما في حالة فشل العلاج الذي يدخل في نطاق بذل العناية اللازمة فإن مسؤولية الطبيب لا تتعدى إلا إذا كان نجاح العلاج راجع إلى خطأ الطبيب أو تقصيره فمن الضروري التفرقة بين التزام الطبيب بالعلاج والالتزامات الناجمة عن عقد العلاج، ومن ثم الابتعاد عن الفكرة التقليدية التي اعتبرت التزامات الطبيب ذات طبيعة واحدة حتى بالنسبة للأضرار التي لا صلة لها بالعلاج.

إن تعويض المخاطر العلاجية التي قد يصاب بها الجنين وفقاً لأنظمة خاصة لا غنى عنه، نظراً للمخاطر التي تحيط بالأعمال الطبية، وخاصة من ناحية القائم بالرعاية، فليس من العدل إذن ترك هذه الأضرار دون تعويض، فالتطور العلمي الذي يشهده فن الطب، يصاحبه ازدياد في نسبة المخاطر، وذلك بسبب اللجوء إلى استخدام تقنيات طبية حديثة. لم تختبر بعد، لكن لا يمكن الاستغناء عنها.

فليس من العدل ترك المضرورين من هذه المخاطر دون تعويض والذين كانوا لسوء حظهم أوائل من يخضع للتقنيات الحديثة، بحجة عدم وجود خطأ أو تقصير من جانب الطبيب الذي باشر العمل الطبي¹. ولكن هل هذا يعتبر سبب كاف ليتحمل الطبيب تعويض الأضرار الناجمة عن هذه المخاطر؟

والواقع أن موقف كل من طرفي العقد متشابه، فالطبيب يمارس المهنة ويعلم مخاطرها، والمريض يقبل العلاج وهو على بينة من احتمالاته، فيمكن القول أنه قد قبل مخاطره، دون الجزم بقبول المخاطر الاستثنائية جداً، على الرغم من أن القضاء الحديث يلزم الطبيب بإعلام المريض بكل المخاطر التي تحيط بالعمل الطبي، حتى الاستثنائية منها، وعلى ذلك يسأل الطبيب إذا قصر في هذا الالتزام.

أما إذا نفذ الطبيب التزاماته التعاقدية فمن الصعب مساءلته دون صدور أي خطأ أو تقصير من جانبه، ومن هنا كانت دعوة الفقه² إلى ضرورة تدخل تشريعي يقيم التوازن بين

¹ ثروت عبد الحميد: تعويض الحوادث الطبية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2007، ص: 158.

² إن فكرة وضع نظام خاص لتعويض الأضرار الناشئة عن الحوادث الطبية، قد طرحت للمرة الأولى سنة 1966، من قبل الأستاذ "أندريه تانك" أمام المؤتمر الدولي لأداب مهنة الطب، وطرحت في سنة 1974 من طرف الأستاذ "جان بينو" في رسالته للدكتوراه حول الخطأ والغلط في مجال المسؤولية الطبية. ينظر؛ ثروت عبد الحميد: مرجع سابق، ص: 159.

المصالح المتعارضة للطبيب والمريض، وينقل التعويض في مجال المسؤولية إلى مجال التضامن الاجتماعي.

ولكي يتأتى ذلك، لابد من فرض نظام التأمين الإجباري من المسؤولية عن المخاطر العلاجية، وإنشاء صندوق وطني لتعويض هذه الفئة كما فعل المشرع الفرنسي، حيث يلجأ الأشخاص إلى إبرام تأمين ضد الحوادث الطبية، ويتحمل عبء الأقساط، مقابل الاستفادة من الضمان الذي يتيح التأمين.

لكن الأخذ بنظام التأمين الشخصي من الحوادث الطبية يثير الكثير من الصعوبات، فبدون وجود عقد التأمين، فإن الأضرار الناجمة عن المخاطر العلاجية التي تصيب الجنين لن يتم التعويض عنها بأي صورة، وبالتالي يجب التأكد قبل إجراء العمل الطبي من وجود عقد تأمين، فهل يجب الانتظار حتى يصبح الشخص مريضاً حتى يعقد على اعتبار عدم وجود فائدة له قبل ذلك؟ هذا الحل قد يبدو مستحيلاً في الحالات الاستعجالية، إذ لا يمكن الانتظار حتى يبرم الشخص التأمين. إذن لم يبق إلا حلاً واحداً مفاده أن نفرض على كل امرأة حامل إبرام عقد تأمين حتى ولو لم تكن مريضة، وهو حل مستبعد وشبه مستحيل لذلك نرى أن الحل الأمثل هو أن تتدخل الدولة بصناديق وطنية خاصة للتعويض عن التشوهات الخلقية الناتجة عن الممارسات الطبية، حيث يتولى عدد كبير من أفراد المجتمع المساهمة في تعويض الأضرار الناشئة عن المخاطر التي يؤمن الصندوق تعويضها، كما أنه لا يلزم الضحايا المحتملين للخطر بإبرام تأمين من الأضرار، هو أمر شبه مستحيل كما سلف.

وإزاء غياب أي نص تشريعي، من خلاله يمكن تعويض المضرورين من المخاطر العلاجية، فقد اتجه بعض الفقهاء¹ إلى اقتراح حلول على أسس أكثر موضوعية، مثل إقامة المسؤولية على أساس المادة 1384/1 من التقنين المدني الفرنسي، أو إقامتها على أساس الالتزام بسلامة المريض، الذي محله تحقيق نتيجة.

¹ - ثروت عبد الحميد: مرجع سابق، ص: 165.

المطلب الثاني: الأنظمة الخاصة للتعويض عن التشوهات الخلقية و آلياتها

إذا كان أغلب الناس مقتنعين بأن التقدم الطبي الذي شهده هذا العصر، قد عاد بفوائد جمة على الصحة العامة و المجتمع، فإنه لا يمكن لأحد أن ينكر أو يتجاهل ما للتكنولوجيا الطبية الحديثة من مخاطر تهدد حياة و سلامة الأشخاص، و أن العمليات الجراحية الأكثر صعوبة هي الأكثر خطورة على المرضى، و أن الأجهزة التشخيصية و العلاجات الأكثر فعالية هي التي يصعب على الطبيب السيطرة على احتمالية تسببها بمضاعفات على صحة المرضى و حياتهم. و نتيجة لزيادة المخاطر العلاجية التي قد تصيب الجنين، و للضغط المتزايد الذي تفرضه القوانين الحديثة على الأطباء، و للتغيير الجذري في تفكير و تصرفات الحوامل أثناء فترة الحمل و ما أدى إلى زعزعة ثقتهم بالأطباء، حيث ازدادت نسبة الشكاوى القضائية ضد الأطباء، و أصبح الحديث عن الأخطاء الطبية في الصحافة و الجلسات العامة جزءاً من أمور الحياة العادية للناس.

و إزاء الصعوبات التي تواجه المصابين بتشوهات خلقية في الحصول على حقهم في التعويض، ينادي الكثير بضرورة إيجاد أنظمة خاصة و مستقلة عن القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية، تكون كفيلة لتعويض ضحايا هذه المخاطر و التي تتجاوز الخطأ و المقترنة أساساً بالاحتمالات الطبية القليلة و المحدثة للضرر.

و تقدير التعويض قد تكتنفه صعوبات و ظروف و عوامل تؤثر فيه، لاسيما فيما يخص الأضرار الناجمة عن المخاطر الطبية، التي قد تتفاقم أو تتحسن تبعاً للظروف التي قد تلحق بالمسؤول أو المضرور. و عليه سنحاول بحث الأنظمة الخاصة للتعويض عن التشوهات الخلقية في (الفرع الأول) على أن نعالج آليات تغطية المخاطر العلاجية من التشوهات الخلقية في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأنظمة الخاصة للتعويض عن التشوهات الخلقية

من بين أهم الأهداف الأساسية التي جعلت بعض التشريعات تصدر أنظمة خاصة في مجال المخاطر العلاجية، الرغبة في تلبية طلبات المضرورين من الحوادث الطبية المطابقة للقانون، الذين لم يكن يحق لهم الحصول على التعويض عن طريق المسؤولية الطبية، نظراً لانعدام الخطأ.

و نظراً لكثرة و جسامة الأضرار التي يتعرض لها المنتفعون من المرافق العلاجية، التي تقدم خدمات طبية، سواء كانت وقائية أو تشخيصية، أو علاجية، فقد ارتأت بعض التشريعات سن قوانين من شأنها إسعاف هذا النوع من المضرورين، و سنتطرق إلى تعويض هذه الأضرار العلاجية في كل من القانون الفرنسي (الفقرة الأولى)، و القانون السويدي (الفقرة الثانية) اللذين حققا دوراً ريادياً في مجال التعويض عن الحوادث الطبية.

الفقرة الأولى: تعويض الأضرار العلاجية في القانون الفرنسي

الواقع أن إصلاح نظام التعويض في الحوادث الطبية، لم يكن بالأمر الجديد في فرنسا، فقد بدأ المندادة به منذ مؤتمر الأخلاق الطبية، المنعقد في باريس عام 1966¹، و إلى غاية 2002 حيث توجت هذه الاقتراحات بصدور قانون حقوق المرضى و جودة النظام الصحي، بتاريخ 2002/03/04².

حيث مثل هذا القانون مرحلة هامة في تاريخ المسؤولية الطبية في فرنسا، و قد صدر هذا القانون متضمناً لأربعة أبواب، الأول يتعلق بالتضامن اتجاه الأشخاص المعاقين "solidarité envers les personnes handicapées"، و الثاني خاص بالديمقراطية الصحية "la démocratie sanitaire"، و الثالث يتعلق بجودة النظام الصحي "qualité du système de santé"، أما الرابع فهو الذي يعيننا في بحثنا هذا، يتعلق بتعويض نتائج المخاطر الصحية "Réparation des conséquences des risques sanitaires".

و من بين الأسباب التي عجلت بصدور هذا القانون قرار بيروش (arrêt Perruche)³، الذي تلخص وقائعه في حصول الطفل "Nicolas Perruche" ووالديه على تعويض بسبب ازدياد هذا الأخير و هو مصاب بمرض "syndrome de Gregg" سببه داء الحميراء الذي

¹ محمد حسن قاسم: "نظرة في تطور المسؤولية الطبية" أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق لجامعة بيروت العربية بمناسبة: مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2014، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2005، ص: 278.

² la loi n°: 2002-303 du 4 mars 2002, Relative aux droit des malades et à la qualité des système de santé, Journal Officiel français du 5 mars 2002.

- صدر هذا القانون بتاريخ 04 مارس 2002 تحت عنوان "قانون حقوق المرضى و جودة النظام الصحي" و المعروف الآن باسم قانون Kouchner نسبة إلى الوزير الذي تبناه و دافع عن توجهاته الأساسية إلى حين صدوره، و يمثل هذا القانون مرحلة هامة من مراحل تطور المسؤولية الطبية في القانون الفرنسي بما تضمنه من أحكام في هذا المجال. و قد صدر متضمناً أربعة أبواب.

³ Cass.ass.Plén, 17 novembre 2000, n 099- 13701.J.C.P.G 2000, 2,10438 " vu les articles 1165 et 1382 du code civil ; Attendu qu'un arrêt rendu le 17/12/1993 par la cour d'appel de paris a jugé, de ... casse et annule, en son entier, l'arrêt rendu le 5 février 1999, entre les parties, par la cour d'appel de paris, autrement composée que lors de l'audience du 17 décembre 1993".

كانت مصابة به الأم و هي حامل، و قد استندت السيدة "Perruche" في دعواها على خطأ الطبيب و مختبر التحاليل اللذين عجزا عن اكتشاف الداء في الوقت المناسب لتمكينها من إجهاض الجنين¹.

و لم تكن هذه هي المرة الأولى التي أنشأ فيها المشرع الفرنسي صندوقاً خاصاً لتعويض المضرورين، بل أنشأ صندوق لتعويض ضحايا مرض الإيدز، و نظراً لأهمية الأحكام الواردة في هذه القوانين، لأنها كانت تتويج لمسيرة من كفاح الفقه و القضاء و في إطار الدراسة المقارنة، يقتضي أن نبحت في البحثين التاليين بيان الأحكام المتعلقة بتعويض المضرورين من المخاطر العلاجية.

أولاً: تأكيد الخطأ أساساً للمسؤولية الطبية

يبقى دائما الالتزام الأصلي الملقى على عاتق الطبيب هو بذل العناية الفائقة و اليقظة عند تعامله مع جسم المريض و الالتزام المتفرع عنه هو تحقيق نتيجة في بعض صور الأعمال الطبية. غير أن القضاء المغربي مازال بعيداً كل البعد عن هذه التطبيقات التي سارت فيها المحاكم الفرنسية في تحليل المشاكل الطبية القانونية و درس نقط القوة و الضعف في الممارسة المعاصرة للطبيب الجراح². و يبقى على مشرعنا البحث عن جواب لسؤال واحد هو: كيف السبيل لضمان حماية أكبر من التشوهات الخلقية؟ و ما هي الخطوات الإيجابية التي على القضاء أن يقوم بها لتمكين الضحايا من التعويض خارج الإطار التقليدي للالتزام ببذل عناية الذي يصون الطبيب الجراح من المسؤولية عن أخطائه التي لن تكشفها إلا الخبرة الطبية التي قد تتعرض للمحاباة باسم الزمالة، أكثر من صونه للمريض الضحية.

وبالرجوع إلى التشريع الفرنسي فقد أحدث القانون رقم 303-2002 المتعلق بحقوق المرضى و جودة النظام الصحي، نظاماً خاصاً بتعويض الأضرار الطبية الطارئة، و التي شغلت بال الكثير من الفقه و القضاء في فرنسا، حيث قرر أقصى درجات الحماية في الحصول على تعويض عما أصابهم من ضرر، سواء كان الضرر بسبب الخطأ أم بسبب المخاطر الملازمة لطرق العلاج و التشخيص.

¹ مأمون عبد الكريم: رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص: 299.
² أسماء أحييد: مسؤولية الطبيب الجراح من خلال اجتهادات محكمة النقض دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص: 213-214.

و كان هدف المشرع من وراء هذا القانون، كفالة السرعة و تبسيط الإجراءات لحصول ضحايا النظام الصحي على حقوقهم، أضف إلى ذلك توحيد نظام المسؤولية و حلولها في قطاعي الطب العام و الخاص¹.

و لقد أضاف قانون 303-2002 مواد جديدة إلى قانون الصحة العامة في فرنسا، و من هذه المواد المادة L.1142-1 و التي تنص على أنه لا يسأل محترفو الصحة، و هم الأطباء و الصيادلة و الممرضون، و كذلك كل مؤسسة يتم فيها إنجاز الأعمال الفردية المتعلقة بالوقاية أو بالتشخيص أو بالعلاج، عن النتائج الضارة لتلك الأعمال إلا في حالة الخطأ، و ذلك باستثناء الحالة التي تقوم فيها مسؤوليتهم على عيب في مادة أو منتج صحي، و تلتزم المؤسسات و الأقسام و الهيئات المنصوص في الفقرة الأولى بتعويض الأضرار الناجمة عن إلتانات المشافي، باستثناء إذا أثبتت أنها ناجمة عن سبب أجنبي لا يد لها فيه².

و أضاف القانون رقم 806/2004 الصادر بتاريخ 2004/08/09 المتعلق بسياسة الصحة العامة في فرنسا و المعدل للنظام القانوني للبحوث الطبية الحيوية، فقرة ثانية إلى هذه المادة، و تنص هذه الفقرة على أنه، عندما لا تقوم مسؤولية مهني أو قسم أو إحدى الهيئات المشار إليها في الفقرة الأولى، أو صانع منتجات صحية، فإن أي حادث طبي أو إصابة أو التهاب يعطي الحق للمضرور، أو لورثته بعد وفاته، في التعويض باسم التضامن الوطني، عندما تكون هذه الأمراض ناجمة مباشرة عن أعمال متعلقة بالوقاية أو التشخيص أو العلاج، و تكون قد أدت بالنسبة للمريض إلى نتائج استثنائية بالنظر إلى حالته الصحية و كذلك التطور المتوقع لها، و أن تبرز هذه النتائج طابعاً جسيماً يحدده مرسوم يصدر بذلك، و يقدر طابع الجسامة بالنظر إلى فقدان القدرة الوظيفية، و نتائجها على الحياة الخاصة و المهنية، هذه النتائج التي تقدر بعد الأخذ بالحسبان بصورة خاصة نسبة العجز الدائم أو مدة العجز المؤقت عن العمل

¹ كان من نتائج التطور القضائي للمسؤولية الطبية، ظهور مساواة بين مرضى القطاع العام و مرضى القطاع الخاص، فمن يتلقى العلاج في إطار المرفق الطبي العام يستفيد من التعويض، أما إذا كان يتلقى العلاج خارج هذا النطاق، أي في نطاق القطاع الخاص، فلا مجال له للمطالبة. انظر، محمد حسن قاسم، نظرة في تطور المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص: 278.

² C F, Art : L.1142-1 « Hors le cas ou leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention. De diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute. Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère »

و يعطي الحق في التعويض باسم التضامن الوطني نسبة عجز دائم هي أكثر من النسبة المحددة في جدول خاص يصدر بمرسوم، هذه النسبة التي يجب أن تكون على الأكثر مساوية ل 25% و محددة بموجب ذلك المرسوم¹.

فمن خلال هذا النص يتضح أن المشرع الفرنسي و لأول مرة في المجال الطبي، قد كرس الخطأ أساساً للمسؤولية الطبية، حيث جاء بأن مهني الصحة، و كذلك كل مؤسسة خدمة أو هيئة، يتم في نطاقها أعمال فردية للوقاية أو التشخيص أو العلاج، لا تقوم مسؤوليتها إلا في حالة الخطأ². و قد استثنت كذلك هذه المادة من نطاق المسؤولية القائمة على الخطأ، بحيث قررت إمكانية تعويض الضرر بمجرد حصول نتائج استثنائية بالنظر للحالة الصحية.

و لم يحدد النص السابق الخطأ المقصود، و يترتب على ذلك أن الحلول السابقة التي توصل إليها الاجتهاد القضائي، قبل دخول القانون الجديد حيز التنفيذ، تبقى مطبقة، و يترتب على ذلك، أنه لا يشترط في الخطأ الذي يرتكبه الطبيب أن يكون جسيماً.

و هذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة L.1142 من خلال نصها على أن مسؤولية المؤسسات و المراكز الصحية عن العدوى التي تنتقل إلى المريض أثناء تواجده بالمستشفى لا ترتفع عنها، إلا بإثبات السبب الأجنبي، مما يعني أن الخطأ في هذه الحالة أصبح مفترضا افتراضا لا يقبل إثبات العكس³.

و يبقى القانون المغربي بعيداً كل البعد عن مثل هذه الخطوات التشريعية و القضائية باحتفاظه بتطبيق القواعد العامة المستمدة من القانون المدني و الجنائي على السواء لندرة طرح

¹ C F, Art : L.1142-2 « lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au 1 ou d'un producteur de produits n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient, et en cas de décès, de ses ayants droit ou titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évocation prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'incapacité permanente ou de la durée de l'incapacité temporaire de travail. Ouvre droit à réparation des préjudices au titre de la solidarité nationale un taux d'incapacité permanents supérieur à un pourcentage, au permanente supérieur à un pourcentage d'un barème spécifique fixé par décret, au plus égale à 25%, est déterminé par ledit décret. »

² فواز صالح: "المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة في القانون السوري و الفرنسي"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية العدد 1، 2006، ص: 139.

³ محمد حسن قاسم: مرجع سابق، ص: 282.

مشاكل المسؤولية الطبية على المحاكم، لعدم وجود دراسات معمقة في مجال القانون الطبي في القضايا الحديثة التي تشغل الفقه و القضاء المقارنين.

ثانياً: استحداث نظام التعويض عن المخاطر العلاجية

نظراً لدعوات المضرورين من الحوادث الطبية المطابقة للقانون، و الذين لم يُسعفهم الحق في الحصول على التعويض عن طريق المسؤولية الطبية، و ذلك لانعدام الخطأ، فقد قرر المشرع الفرنسي استحداث نظام للتعويض، يستند إلى التضامن الوطني، وفقاً لما طالبت به جمعيات الحوادث الطبية منذ سنين عدة¹.

و عليه فإن تأكيد المشرع الفرنسي على مبدأ الخطأ كأساس للمسؤولية الطبية، لم يمنعه من تضمين القانون الجديد ما يخرج عن هذا المبدأ، حيث استحدث القانون السابق، نظاماً جديداً لتعويض المخاطر العلاجية، فهو يتميز بأنه نظام مستقل عن أي بحث في المسؤولية وفق مفهومها التقليدي، كما أنه نظام تعويض جماعي.

فالتعويض المقصود يتم من خلال صناديق وطنية، تتحمل الدول تبعاته، فهو لا يؤسس على أساس الخطأ، بل على أساس التضامن القومي.

و قد استثنت المادة من نطاق مسؤولية الطبيب القائمة على الخطأ، مقررّة بأنه إذا لم تتحقق مسؤولية القائم بالعمل الطبي، يمكن تعويض الحادث الطبي، و الأضرار التي تحدث نتيجة تعاطي العلاج المقرر، أو تلك الناتجة عن الإصابة بالعدوى².

و في ما يلي سنتناول، نطاق التعويض عن المخاطر العلاجية، ثم إلى شروطه و آليات التعويض عنه.

1- نطاق تعويض المخاطر العلاجية

من خلال نص المادة السابقة L.1142-1 يتبين، أن نطاق تعويض المخاطر العلاجية يتحدد بثلاث طوائف، و هي:

أ. **الحوادث الطبية:** و يقصد بها الحادثة غير المتوقعة، المسببة لضرر طارئ، و الناشئة عن الأعمال الطبية، و التي لم يثبت أن تحققها يرجع للخطأ.

¹ C F , l'adresse : www.sos-net.eu.org, vu 04/05/2019, 15h26min.

² فواز صالح: مرجع سابق، ص: 146؛ محمد قاسم، مرجع سابق، ص: 285.

ب. الأضرار التي تحدث نتيجة تعاطي الأدوية المقررة: و تشمل جميع الأدوية بمفهومها التقليدي أو غيرها من وسائل الرعاية و العلاج.

ت. العدوى التي تصيب المضرور أثناء تواجده بالمستشفى: بشرط ألا يكون مصاب قبل دخوله لها.

هذه المخاطر الثلاثة هي التي يتم التعويض عنها على أساس التضامن القومي، حيث تنتسج الأعمال المذكورة لتشمل كافة صور العمل الطبي، بشرط أن تكون ناتجة مباشرة عن أعمال الوقاية أو التشخيص أو العلاج.

هذا و قد اشترط القانون في المخاطر التي يشملها التعويض، أن ترتب أضراراً لها مواصفات معينة.

2- شروط التعويض

يستفيد من التعويض باسم التضامن الاجتماعي ضحايا الحوادث الطبية و الإصابات الخارجية أو إنتانات المشافي¹، عندما لا تتوافر أركان المسؤولية بالنسبة للقائم بالعمل الطبي.

وحتى تعطي هذه المخاطر الحق في التعويض يجب توافر الشروط التالية:

أ. يجب أن تكون الأضرار التي لحقت بالمريض أضراراً غير عادية، و ذلك بالنظر إلى حالته الصحية و تطورها المتوقع، و يهدف هذا الشرط إلى التمييز بين ما ينتج من إخفاق العلاج و تطور الحالة المرضية للمريض، و بين ما ينجم عن الحادث الطبي.

ب. يجب أن تكون هذه الأضرار على قدر من الجسامة من حيث آثارها على المريض، و بالنسبة للأضرار التي لا يتوافر فيها هذا الشرط، لا يمكن للمضرور المطالبة بالتعويض عنها. و قد حدد القانون نسبة العجز الدائم الذي يسمح بالتعويض عنه بأكثر أو يساوي 25%².

¹ تجنب المشرع هنا استخدام مصطلح الضرر أو الاحتمال العلاجي "l'aléa thérapeutique" لأن الفقه لم يتفق حول تعريف له.

² انتقد الفقه الفرنسي بشدة هذا الشرط، ذلك أنه يرى فيه نوعاً من التمييز بين ضحايا الحوادث الطبية، كما أن هذه النسبة 25 في المائة هي نسبة يرون أنها عالية، و من شأنها أن تؤدي إلى حرمان الكثير من المضرورين- من الذين لم يصل العجز لديهم هذه النسبة - من نظام التعويض باسم التضامن الوطني.

3- إجراءات الحصول على التعويض

لقد بينا سابقاً أن قانون حقوق المرضى وجودة النظام الصحي الفرنسي، جاء ليقرر تغطية جميع الأضرار الناشئة عن المخاطر العلاجية، حيث حرص على بيان الكيفية التي يمكن من خلالها الحصول على التعويض، فوضع لذلك طريقاً للتسوية الودية، حيث فرقت المادة L.1142 بين تعويض الأضرار على أساس الخطأ المهني في حالة ثبوته، و بين تعويضها على أساس التضامن الوطني في حالة انعدامه.

أ- التعويض في حالة ثبوت الخطأ المهني

من أجل تسريع حل النزاع و دفع التعويض للمضرورين¹، وضع القانون إجراءات لحل النزاعات ودياً، تقوم بها لجان إقليمية، تسمى اللجنة الإقليمية للمصالحة و التعويض، فقد نظمت ذلك المادة L.1142 إجراءات التعويض في حالة ثبوت الخطأ المهني، عن طريق التسوية الودية.

تشكل هذه اللجنة² من قاض رئيساً، و ممثلين عن المرضى، و ممثلين آخرين عن أصحاب المهن الصحية و المسؤولين عن المستشفيات و الجهات التي تقدم خدمات صحية، و ممثل عن المكتب الوطني للتعويض عن العدوى، و ممثل عن شركات التأمين، و يمكن لكل مضرور لحقه ضرر ناجم عن عمل وقائي أو تشخيصي أو علاجي، أو لورثته في حال وفاته طبقاً للمادة³ L.1142-7، رفع النزاع إلى اللجنة، و يجب أن يكون الطلب مرفقاً بالأدلة، و بخاصة تقرير طبي يبين فيه بدقة، الأضرار التي لحقته.

¹ أنظر، فواز صالح: مرجع سابق، ص: 150. و في الحقيقة أن قبل صدور قانون حقوق المرضى لعام 2002، كان ضحايا الحوادث الطبية يشكون من طول دعاوى المسؤولية و إجراءات المطالبة بالتعويض، و تعقيداتها، و النفقات الباهظة التي تتطلبها، و تحت ضغط مطالب جمعيات ضحايا الحوادث الطبية، أصدر المشرع الفرنسي هذا القانون، من أجل إسعاف المضرورين من المخاطر العلاجية.

² C F, l'article L.1142-6 dispose que « les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et aux infections nosocomiales, sont présidées par un magistrat de l'ordre administratif ou un magistrat de l'ordre judiciaire, en activité ou honoraire, elle comprennent notamment des représentants des personnes malades et des usagers du système de santé, des professionnels de santé et de responsables d'établissements et des services de santé, ainsi que des membres représentant l'office institué à l'article L.1142-22 et les entreprises d'assurances. »

³ C F, l'article L.1142-7 dispose que « la commission régionale peut être saisie par toute personne s'estime victime d'un dommage imputable à une activité de prévention, de diagnostique ou de soins, ou les cas échéant, par son représentant légal. Elle peut également être saisie par les ayants droit d'une personne décédée à la suite d'un acte de prévention, de diagnostique ou de soins ».

و ينعقد اختصاص اللجان الجهوية للتسوية بالنظر في طلبات التوفيق، في المنازعات المتعلقة بالأضرار التي لم تبلغ درجة معينة من الجسامة، و ذلك بالنسبة لكافة الحالات التي تتعلق بعدم كفاية الرعاية الطبية.

حيث تفتتح إجراءات المصالحة أمام اللجنة الإقليمية التي يقع في دائرة اختصاصها مقر نشاط المهني أو المتسبب في الضرر، و ذلك عن طريق خطاب مسجل مع إشعار بالتوصل، يتضمن بيانات الطالب و خصمه، و طلبات الصلح، مرفقاً بالوثائق الثبوتية، و تقوم اللجنة بعدها بإخطار المهنيين المعنيين، و تحدد لهم جلسة للسماع و المصالحة، و تسجل نتيجة الجلسة بوثيقة توقع من طرف الطرفين، تسلم نسخة لمقدم الطلب.

و قد أوكل القانون إلى اللجنة المذكورة التوصل إلى تسوية ودية، فيما بين المضررين و شركات التأمين الملزمة بأداء قيمة التعويض، في حالة ثبوت مقدم الرعاية الصحية، حيث تقوم بإبداء الرأي في حول ما إذا كان الضرر يرجع إلى الخطأ المهني أم إلى المخاطر الملازمة للعلاج و التشخيص¹.

فإذا قررت اللجنة أن الضرر يرجع إلى الخطأ المهني، تكون شركة التأمين ملزمة بدفع التعويض للمضرور أو ذوي حقوقه، في حدود السقف الأعلى الذي تنص عليه عقود التأمين، و ذلك خلال أربعة أشهر من إخطارها برأي اللجنة².

و يمكن لشركة التأمين رفض التكيف في الأحوال التي ترى فيها أن الضرر يعزى للمخاطر العلاجية، أو لا يعزى لمقدم الرعاية، إقامة دعوى حلول للمطالبة بقيمة ما دفعته ضد المكتب الوطني للتعويض، أو ضد الغير المسؤول الحقيقي عن الضرر.

¹ أمال بكوش: المسؤولية الموضوعية عن التبعات الطبية، مرجع سابق، ص: 299.

² CF, l'article L.1142-14 dispose que « lorsque la commission régionale de conciliation et d'indemnisation, des affections iatrogènes et aux infection nosocomiales, estime qu'un dommage relève du premier aliéna de l'article L.1142-8 engage la responsabilité d'un professionnel de santé d'un établissement de santé, d'un service de santé ou d'un organisme mentionné à l'article L.1142-1, ou d'un producteur d'un produit de santé mentionné à l'article L.1142-1, l'assureur qui garantit la responsabilité civile de personne considérée comme la responsable par la commission adresse à la victime ou à ces ayant-----droit, dans un délai de quatre mois suivant la réception de l'avis, une offre d'indemnisation visant à la réparation intégrale des préjudices subie dans la limite des plafonds des garantie des contrat d'assurance».

ب- التعويض في حالة المخاطر الطبية

في الحالة التي يلحق فيها المريض ضرراً لا يعزى للخطأ المهني، و إنما يعزى إلى المخاطر التي قد تصاحب التشخيص و العلاج، و رغبة من المشرع الفرنسي في تعويض هؤلاء من المضرورين، فقد استحدث بموجب القانون 303-2002، آلية لضمان تعويضهم، خاصة أنه لا يمكن نسبة الخطأ إلى مسؤول محدد.

و لتمكين المريض المضرور من الحصول على التعويض المناسب، و كذا حماية ممارسي المهنة الطبية، ألزم قانون 2002/03/04 الأطباء و جميع المؤسسات الصحية بالتأمين الإجباري من المسؤولية المدنية و الإدارية، و قد عاقب على عدم الالتزام بذلك بغرامة 45000 أورو¹.

و قد دخلت هذه القاعدة حيز التنفيذ بموجب القانون رقم 1577-2002 الصادر بتاريخ 2002 و المتعلق بالتأمين من المسؤولية المدنية الطبية، و بناء عليه يستفيد المريض في فرنسا من نظام مزدوج للتعويض عن الأخطاء الطبية، التعويض عن طريق المسؤولية المدنية في حالة ثبوت خطأ الطبيب، و التعويض عن الحوادث التي لا يمكن نسبتها إلى خطأ الطبيب على أساس التضامن الوطني².

و يعد هذا النظام خير نموذج و أنجع حل لتعويض المضرورين من أعمال العلاج و التشخيص، الذين يعوزهم نسبة الخطأ إلى مسؤول معين، و بالتالي نرى أن هذا القانون يمثل تقدماً ملحوظاً في مجال المسؤولية الطبية، و ذلك بتكريسه تشريعاً للتعويض القومي.

و الواقع أن المكتب الوطني (ONIAM)، و بمجرد أن تقدر اللجنة الإقليمية للتوفيق أن الضرر الذي لحق بالمضرور قابل للتعويض وفقاً لأحكام هذا القانون، يلتزم في خلال أربعة أشهر من تاريخ إخطاره برأي اللجنة، أن يقدم عرضاً بالتعويض الكامل للمضرور أو لخلفه، و يتخذ هذا العرض شكل عرض مؤقت إلى أن يتسلم المكتب إخطاراً بمقدار الضرر النهائي الذي استقر عليه وضع المضرور، حيث يلتزم بمجرد تلقيه ذلك الإخطار، بتقديم عرض نهائي خلال

¹ C F, l'art.1142-2 du Code de la santé publique de France.

² انظر مأمون عبد الكريم: "رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية، دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص: 303.

مدة لا تتجاوز الشهرين للمضرور، و يلتزم بدفع قيمة التعويض خلال شهر من تاريخ استلامه رد هذا الأخير بالموافقة على العرض المقدم له¹.

و بعد تلقي الطلب المقدم من طرف المضرور أو ورثته في حالة وفاته، تقوم بالتحقق من شرط جسامه الضرر بالاستعانة بخبير، فإما أن تنتهي اللجنة إلى وجود خطأ، مما يستوجب مسؤولية القائم بالعمل الطبي، و على اللجنة في هذه الحالة إخطار المضرور بذلك، مع إعلامه بإمكانية اللجوء إلى التسوية الودية، أي دعوة المؤمن الضامن للمسؤول عن الضرر، أما إذا رأت اللجنة أن الضرر ينتمي إلى نطاق الأضرار الناجمة عن المخاطر العلاجية، المنصوص على تعويضها بعنوان التضامن الوطني، فعلى اللجنة رفع الضرر إلى الهيئة المكلفة بذلك، و المتمثلة في المكتب الوطني لتعويض الحوادث الطبية.

الفقرة الثانية: تعويض الأخطار العلاجية في القانون السويدي

في إطار السعي لتحقيق حماية أفضل للمضرورين ضحايا الأنشطة الطبية العلاجية، فقد تبنت دولة السويد نظاماً متميزاً لتعويضهم، حيث أبرم الاتفاق الوطني سنة 1975 بين اتحاد أربع شركات للتأمين و إدارة المستشفيات العامة، التنظيمات النيابية للأطباء، الدولة أو البلديات لأجل إعطاء العلاجات في المدارس و المراكز الطبية، حيث توج هذا الاتفاق باستفادة المرضى بالتعويض التلقائي عن الخطر العلاجي المرتبط بالأنشطة العلاجية، حيث وضع هذا الاتفاق عدة مبادئ للتعويض منها:

- ضرورة إثبات رابطة السببية بين العمل الطبي و الأضرار الجسيمة الناتجة عنه.
 - يشمل التعويض العجز المؤقت لمدة تتجاوز 4 أيام و التعويض عن الآلام الجسمانية، العجز الدائم، العلاجات و النفقات و تكاليف الجراحة.
- و قرر الاتفاق أن التعويض عن مختلف الأضرار يكون جزافياً، و صدر الاتفاق الثاني في سنة 1978 لأجل التعويض عن الخطر العلاجي المرتبط باستخدامات الأدوية، و تكاد تكون

¹ Le paiement doit intervenir dans un délai d'un mois à compter de la réception par l'office de l'acceptation de son offre par la victime, que cette offre ait un caractère provisionnel ou définitif. Arti. L.1142-14 Dispose dans son 4 em aliéna : " l'offre à un caractère provisionnel si l'assureur n'a pas été informé de la consolidation de l'état de la victime, l'offre définitive doit être fait dans un délai d'un mois à compté de la date à laquelle l'assureur a été informé de cette consolidation.."

قواعد التعويض المقررة مشابهة للقواعد المنصوص عليها في الاتفاق الأول. و عليه نبحت هذا التدخل التشريعي (أولاً)، ثم نبحت مقتضيات هذا النظام (ثانياً).

أولاً: التدخل التشريعي السويدي لتعويض المخاطر العلاجية

تدخل المشرع السويدي لتكريس نظام لتعويض المضرورين ضحايا المخاطر العلاجية، و ذلك بمقتضى القانون رقم 799 لسنة 1996 المتعلق بتعويض المرضى¹، و الذي يعتبر مستقلاً عن منظومة الضمان الاجتماعي القائم على فكرة التأمينات الاجتماعية، فهو يقع في مرتبة وسطى بين نظامي المسؤولية الفردية و المسؤولية الجماعية².

و الواقع أن هذا النظام و إن كان قائماً على فكرة التأمين، فإنه يتجه نحو أعمال المسؤولية دون خطأ في المجال الطبي، و هو ما جعله يوصف بأنه تأمين لا خطئي، و هو أيضاً ما يميزه عن التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء.

و تتجلى أهمية التفرقة بينهما في أن غاية نظام التأمين المباشر هو ضمان حق المرضى في حصولهم على تعويض عادل، عما لحقهم من أضرار، بينما التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء – و إن كان إلزامياً- فهو لا يهدف إلى هذه الغاية، ذلك أنه يهدف إلى ضمان المؤمن للآثار المالية التي يطالب بها المهني نتيجة لتحقيق مسؤوليته، التي لا تقوم وفقاً للقواعد العامة، إلا في حالة وجود خطأ من جانبه، فهو تأمين مما فرضته الضرورات إزاء احتمالات المخاطر التي باتت تلازم العمل الطبي³.

و يقوم نظام التأمين المباشر للمرضى في السويد على ثلاث مرتكزات أساسية نتناولها في الفقرة الموالية.

¹ -Loi suédoise no 1996 :799, 19 Juin 1996, relative à l'indemnisation des patients.

² في عام 1975، وضعت السويد بروتوكولاً للتعويض عن الحوادث العلاجية، والذي ينص على تعويض بعض المرضى بعيداً عن أي سوء ممارسة طبية. تم استبداله في عام 1996 بنص تشريعي، ثم دخل بعد ذلك حيز التنفيذ في 1 يناير 1997. ينظر:

- Jacques Hureau, Philippe Hubinois: responsabilité médicale. Etude comparée de l'indemnisation des préjudices corporels en Europe, communication scientifique. Séance du 24 mai 2005. Vu internet : -<https://www.academie-medecine.fr/responsabilite-medecale-etude-comparee-de-lindemnisation-des-prejudices-corporels-en-europe/>. Vu 2021/07/12 à 23h25min.

³ عبد الرشيد مامون: " التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص: 64؛ محمود الكيلاني: "الموسوعة التجارية و المصرفية"، المجلد 6، عقود التأمين من الناحية القانونية، دار الثقافة عمان، 2008، ص: 17.

ثانياً: مقتضيات النظام السويدي

لقد كرس المشرع السويدي حماية للمضرورين من المخاطر العلاجية، من خلال إصداره للقانون رقم 799 بتاريخ 1996، المتعلق بحقوق المرضى، حيث أقر ضمان للمضرور مفاده اقتضاء تعويض مناسب عن كافة الأضرار التي تصيبه في المجال الطبي، بغض النظر عن توافر خطأ القائم بالعمل الطبي.

و قد حدد المشرع السويدي مجال تطبيق هذا القانون من خلال المادة 6 منه، حيث نص على أن أحكام هذا القانون تغطي تعويض الأضرار الجسدية التي تحيق بالمريض شريطة وجود احتمال قوي لكونها ناتجة عن خضوعه لإجراء طبي¹.

و نرى أن المشرع هنا قد خفف شروط قيام المسؤولية لصالح المضرور، حيث لم يتطلب توافر الخطأ لقيام مسؤولية القائم بالعمل الطبي، بل تطلب وجود ضرر لحق بالمريض، بل ذهب إلى أكثر من ذلك بنصه على كفالة الحق في التعويض متى كانت قرائن الأمور و دلالاتها ترجع أن التعويض ناجم عن عمل طبي ضار.

و يشمل هذا النظام مجموعة من الأضرار الناتجة عن تلقي الرعاية الطبية² هي:

1- كافة الاختبارات و الفحوص الطبية، و أعمال الرعاية الصحية، و الإجراءات العلاجية، و كل الإجراءات المماثلة بشرط أن يكون من الممكن تجنب الضرر إما بتطبيق الإجراء الذي سبب الضرر بطريقة تختلف عن الطريقة المطبقة، و إما باللجوء للإجراءات الأخرى المتاحة و التي من شأنها أن تحقق أقل خطورة على المضرور.

2- الأضرار الناتجة عن عيوب في الأجهزة التقنية أو المواد الطبية المستخدمة في إجراء الفحوص الطبية أو في العلاج أو أي إجراءات موازية، و الأضرار التي تعود إلى الاستعمال غير السليم لهذه الأجهزة.

3- الأضرار الناشئة عن التشخيص غير الدقيق أو الخاطئ، حيث يتم التعويض عنها حتى لو تدخلت في هذه المرحلة منتجات طبية.

¹ L'article 6 la Loi suédoise no 1996 :799, 19 Juin 1996, relative à l'indemnisation des patients.

² Jacques Hureau, Philippe Hubinois : op.cit.

4- نقل الجراثيم التي تتسبب في انتقال العدوى في إطار فحص طبي أو رعاية أو علاج أو أي إجراء آخر.

5- الأضرار الناجمة عن الحوادث الطارئة، في إطار إجراءات الفحص الطبي، أو العلاج، أو الرعاية، و ذلك أثناء نقل المريض أو في حالة الحرائق، و جميع الأضرار الأخرى التي قد تطرأ أثناء استخدام المعدات الطبية أو في أماكن العلاج.

6- الأضرار الناتجة عن وصف أو تقديم أدوية تخالف الوصفات أو التوجيهات الطبية.

و عليه يتضح من خلال هذا السرد للأضرار التي يحق للمريض التعويض عنها أن المشرع السعودي قد توسع في نطاق التعويض، ليشمل جميع الأضرار التي تحدث أثناء تلقي الرعاية الصحية، و ذلك دون تفرقة بين القطاع العام و الخاص، و المسؤولية الخطئية و غير الخطئية.

بعد دراسة هذه الأنظمة، نبحث الآليات القانونية التي اقترحها الفقه لأجل تغطية الأضرار الناجمة عن المخاطر العلاجية، في ظل قصور قواعد المسؤولية، و غياب النصوص الخاصة، خاصة و أن المشرع المغربي لم يذهب بعيداً في هذا المجال.

الفرع الثاني: آليات تغطية المخاطر العلاجية من التشوهات الخلقية

نتيجة لزيادة المخاطر العلاجية أثناء الممارسات الطبية، و التي نجم عنها الكثير من المشكلات خاصة منها التشوهات المحدثة، لكون الخطر لا ينبئ بنفسه قبل قدومه، و لأن التعويض المادي في قضية من القضايا قد لا يمكن للطبيب تغطيته في بعض الأحيان، و رغبة من الفقه في تحقيق المعادلة التي من شأنها التوفيق بين مصلحة المريض في التعويض، و رغبة الطبيب في توقي قيام مسؤوليته، فكر في إيجاد نظم و آليات تكفل الحماية للطرفين، فتضمن تعويض المضرور من جهة، و تحصن الطبيب ضد أخطائه من جهة أخرى.

و مما زاد الأمر تعقيداً ظهور الاكتشافات العلمية و التقدم التكنولوجي في مجال العلوم الطبية، و ازدياد آمال المرضى بالشفاء معها، و نظراً لتأثير وسائل الإعلام على المرضى للمطالبة بحقوقهم تارة، و مهاجمة الأطباء تارة أخرى، ما أدى إلى إثقال كاهل الأطباء بازدياد

عدد الدعاوى المعروضة أمام القضاء، و هو ما أدى إلى ظهور العديد من النظم القانونية هدفها تعويض ضرر المرضى عامة و الضرر المتمثل في حدوث التشوه خاصة، حيث تمثلت هذه النظم في كل من الأنظمة الجماعية في التعويض (الفقرة الأولى)، و التأمين الإلزامي في المجال الطبي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الأنظمة الجماعية في التعويض

نظرا للصعوبات التي تواجه المرضى في سبيل الحصول على التعويض الجابر للضرر، فقد نادى الكثير من الفقهاء¹ إلى ضرورة توفير حماية فعالة لهؤلاء المرضى، نتيجة للمخاطر المستحدثة المصاحبة للعمل الطبي، وقد استجاب القضاء لهذا النداء من خلال تكريسه لقرارات متميزة تعبر عن اجتماعية المسؤولية و التعويض.

و المسؤولية الجماعية لا تعدو أن تكون التزاما بالتعويض يقوم استقلالاً عن فكرة الخطأ، و لكنها تستند كما رأينا إلى مفاهيم أخرى كفكرة تحمل التبعة، أو الحراسة أو الضمان أو التضامن الاجتماعي، و تجلت هذه الأنظمة في عدة صور أهمها تأمين الأضرار و المسؤولية، التأمينات الاجتماعية، و الصناديق القومية للضمان².

فلم تعد المسؤولية التقليدية القائمة على الخطأ كافية لحماية المضرورين، فظهرت أسس عديدة للالتزام بالتعويض، و كان ذلك بمثابة ترجمة تشريعية للإحساس العام بالعدالة الذي يتجه إلى ضرورة تعويض ضحايا المخاطر العلاجية، و تحويله إلى واقع قانوني مناوئ لروح القواعد التقليدية للمسؤولية الفردية المتلائمة مع المعطيات المعاصرة لمرحلة إرساء المسؤولية في القانون المدني الفرنسي³.

و لغرض تحقيق أفضل حماية للمضرورين من المخاطر العلاجية، خاصة و أن هذه الأضرار من قبيل الأضرار الجسمانية، التي تقتضي حماية خاصة، فقد نادى الفقه⁴ بضرورة وجود التزام جماعي بالتعويض لا يقوم على الخطأ، و إنما على أساس التضامن الاجتماعي،

¹ Savatier. René : les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, 1^{er} série, 3 éd , Revue internationale de droit comparé - 1964, p : 333.

² أمال بكوش: مرجع سابق، ص: 312.

³ Hubert. F : Socialisation des risques et responsabilité individuelle, thèse, Paris, 1947, P : 10.

⁴ طه عبد المولى طه : "التعويض عن الأضرار الجسدية في ضوء الفقه و قضاء النقض الحديث، مرجع سابق، ص: 22.

من خلال التزام الكيان الاجتماعي بتعويض الأضرار التي تصيب أفرادها، و التي من شأنها الإخلال باستقراره، و ذلك من خلال الأنظمة الجماعية للتعويض.

و الواقع أن هذا التوجه هو السائد في الوقت الراهن نحو حماية المضرور الضعيف، و الأخذ بيده لتمكينه من جبر ضرره و الحصول على التعويض بأيسر الطرق، و ذلك نتيجة لزيادة المخاطر و تعاظم الأضرار التي باتت تهدد الأفراد في عصر الآلة. و هو ما استدعى التوسع في الأخذ بالمسؤولية الموضوعية في شتى الصور، سواء من خلال تكريس تشريعات خاصة، أو من خلال الدور الرائد للقضاء¹.

و لقد بات تدخل الدولة للتعويض أمر لا غنى عنه، باعتبارها المدين الأكبر و الأقدر على تعويض المضرورين، حيث أنه في كل مرة لا يجد فيها المضرور مديناً موسراً غير قادر على سداد، أو عند عدم وجود الخطأ، أو عدم إمكانية نسبته لشخص معين، تجد الدولة حينها ملزمة بالتدخل باعتبارها المدين النهائي بالتعويض².

و قد أصل الفقيه "R.Savatier" لفكرة الأنظمة الجماعية للتعويض، و ذلك بمناسبة رصده للنتائج التي أسفر عنها الاتجاه نحو المسؤولية الموضوعية، حيث ظهرت المسؤولية القائمة على أساس تحمل التبعة، و بروز فكرة التأمين، مشيراً إلى قيام الأنظمة الجماعية للتعويض و التزامها إلى جانب المسؤول، و أن ذلك إعلام ببداية عصر اجتماعية المسؤولية و التبعات الفردية، بعد أن عجزت المسؤولية الفردية عن توفير الحماية للمضرور في عصر الآلة و المشروعات الصناعية الكبيرة³.

و في الحقيقة اعتبر الفقيه "R.Savatier" أن ظهور الذمة الجماعية التي تمثل التزام المجتمع بالتعويض، ما هي إلا دليل على إفلاس الأفكار التقليدية، التي تقوم على إسناد المسؤولية لشخص واحد، و لتحقيق اجتماعية المسؤولية و جب توافر نوعين من الوسائل و الآليات، منها آليات مباشرة و آليات غير مباشرة.

¹ Hubert -F : op.cit. p :11.

² محمد نصر الدين منصور: "ضمان تعويض المضرورين بين قواعد المسؤولية الفردية و اعتبارات التضامن الاجتماعي"، ص: 175. نقلاً عن أمال بكوش: مرجع سابق، ص: 315. من غير العدل أن يلقي على عاتق المتسبب في الضرر بعبء غير متناسب مع جسامة التقصير المنسوب إليه، فذلك و إن كان أفضل من ترك هذا العبء يقع على عاتق المضرور الذي يخلو مسلكه من أي عيب، إلا أنه من شأنه أن يولد إحساساً مثبطاً للعزيمة و قاتلاً لروح المبادرة الفردية، لاستحالة تلافي كل المخاطر، و لهذا بات من الضروري أن تنهض هذه الجماعة بهذا العبء عن طريق توزيعه على عد كبير من الذمم المالية.

³ Savatier-René : personnalité et dé personnalité de la responsabilité. Mélanges de droit, d'histoire et d'économie offerts à Marcel Laborde-Lacoste. Paris, 1963, p: 32.

أولاً: الآليات غير المباشرة

تتمثل في نظام التأمين من المسؤولية الطبية، حيث يمكن للمضرور الحصول على التعويض الجابر للضرر الذي لحقه، و ذلك بالرجوع مباشرة على المؤمن، و هو ما سأتناوله بالتفصيل في الفقرة الثانية الموالية.

ثانياً: آليات مباشرة

و تشمل هذه الوسائل صناديق التعويض، كصناديق تعويض مرضى الإيدز و الحوادث الطبية، فمن خلالها يتم تعويض المضرورين في الحالات التي يتعذر فيها تعويضهم عن طريق المسؤولية الفردية.

و الواقع أن أنصار اجتماعية المسؤولية¹ لم يروا مانعاً من بقاء المسؤولية الفردية، من خلال تقنية تمنحها استقلالية في أداء الوظيفة الرادعة للأخطاء المسببة للأضرار و هو ما من شأنه تحقيق التعايش بين النظامين المتكاملين، نظام المسؤولية الفردية و اجتماعية التعويض. غير أنهم تساءلوا عن مآل المسؤولية المدنية في ظل هذا التحول من الفردية إلى الاجتماعية، و ما إذا كان ازدياد أعباء الاجتماعية العامة للأخطار من شأنه أن يؤدي إلى إضعاف النظم الجديدة، نتيجة العقوبات الناجمة عن نظم غير ثابتة تتداخل فيها العلاقات بين المضرورين و المؤمنين و المسؤولين.

و من المؤكد أن الحل المثالي لهذه العقوبات يكمن في جعل الفرد مسؤولاً عن الأضرار التي ألحقها بالغير، متى نشأت عن خطأ منه، حيث لا يمكن استبعاد الخطأ، إذ من غير العدالة أن يتحمل المجتمع تبعه الضرر الناتج عن خطأ الشخص، خاصة إذا كان جسيماً، و القول بذلك من شأنه زعزعة نظام المسؤولية برمته. لذلك فإن نظام المسؤولية الفردية يبقى راسخاً، غير أنه يجب تعويض المضرورين الذين لا يمكن لهم نسبة الخطأ إلى شخص معين، أو الذين لحقتهم أضرار جراء التبعات الطبية². و من بينهم الأطفال الذين جاءوا إلى هذه الحياة بعاهات و تشوهات خلقية لم يسند الخطأ فيها إلى أي شخص أو جهة معينة.

¹ أمال بكوش: مرجع سابق، ص: 318.

² savatier -René: op.cit, p : 36.

الفقرة الثانية: التأمينات الإلزامية

لقد أصبح للتأمين من المسؤولية الطبية دور بارز و أهمية قصوى في العصر الحديث، بعد أن أصبحت ممارسات الأطباء تحفها الأخطار من كل جهة، بسبب تطور مهنة الطب و شيوع الآلة و انتشار استعمال الأجهزة الطبية الحديثة، نتيجة تقدم العلوم و التكنولوجيا. كل هذا التطور العلمي و التكنولوجي، و كل هذه العوامل ضاعفت من الحالات المرضية المستعصية و الخطيرة المحدثة لتشوهات و عاهات، حيث في ظل هذه المعضلة، كان لا بد من التفكير في آلية فعالة من شأنها أن تبعث الطمأنينة لدى المرضى و الأطباء على السواء، و هو ما جعل الناس يلتمسون في التأمين حلاً يقيهم شر هذه الأخطار. الأمر الذي يدفعنا إلى البحث حول مفهوم التأمين (أولاً)، و مدى فاعليته في المجال الطبي (ثانياً)، ثم علاقة التأمين بالمسؤولية المدنية (ثالثاً).

أولاً: مفهوم التأمين

يعرف عقد التأمين بأنه "عقد بموجبه يؤمن المؤمن له، من الأضرار التي تلحقه من جراء رجوع الغير عليه"¹، أو هو عقد يضمن بموجبه المؤمن الأضرار التي تعود على المؤمن له، من دعاوى الغير عليه بالمسؤولية.² و حيث يقوم التأمين على إعفاء المؤمن له من العبء المالي الناتج عن تحقق الخطر، و توزيع المخاطر على عدد كبير من الأضرار، فهو يهدف إذن إلى تغطية الزيادة التي قد تصيب العنصر السلبي للذمة المالية للمؤمن له.³

و قد نادى الفقه منذ 1930 بضرورة تأمين المرضى على أنفسهم، عن مخاطر العمليات الجراحية، على اعتبار أنه سيجعل المرضى آمنين ضد المخاطر التي قد تحيق بهم من جهة، و يجعل الأطباء كذلك آمنين من ناحية دعاوى المسؤولية المهددين بها. و قد ظهر التأمين من المخاطر العلاجية لأول مرة على يد الفقيه "Brisard" الذي أسس لفكرة تأمين المريض المقدم

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوي: الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص: 1241.

² C'est ainsi que les médecins du secteur privé, contractent une assurance en responsabilité civile, en prévision des dommages qu'ils sont susceptibles de créer et dont ils ont l'obligation de réparer. M.M. Hannouz, A.R.Hakim : op.cit, p :19.

³ و في هذا النوع من التأمين من الأضرار يكون الضرر الذي يصيب الذمة المالية للمؤمن له غير مباشر، بمعنى أنه يجب أن يكون هناك أولاً ضرراً يصيب شخصاً من الغير، سواء في جسده أو في ماله، و هذا الضرر هو الذي يتحمل المؤمن له، بطريقة غير مباشرة نتائجها المالية حيث يلزم بتعويض هذا الغير.

على عمل جراحي علاجي أو تجميلي، ضد الخطر الناجم عن ضعف مقاومة جسمه لظروف غير معروفة¹.

و عليه ظهرت كذلك فكرة التأمين التكميلي "Assurance complémentaire" التي تقوم على تعويض المضرور من الحوادث غير المتوقعة، التي قد تلحق بالمضرور أثناء التدخل الجراحي، دون تحريك لمسؤولية الطبيب الجراح، و بذلك يكتسب صفة التأمين التكميلي لتغطية الأضرار التي تخرج عن نطاق التزامات الطبيب ببذل العناية اللازمة، بالنسبة للأضرار الطارئة و غير المتوقعة، و التي لا يمكن نسبتها إلى شخص معين².

و عليه بات من الضروري الاستغناء عن النظام التقليدي في المسؤولية الطبية و التخلي عن نظامها المبني على أساس الخطأ، و إقامة أساس آخر للتعويض، يتم تمويله من التأمين الطبي التعويضي الذي يغطي كل النتائج غير العادية للعلاج و التدخل الجراحي، و يقوم على الأقساط التي يدفعها الأطباء.

و تبدو أهمية التأمين جلية في مدى الازدهار الذي شهدته المسؤولية المدنية، حيث اتسع نطاقها بظهوره، معزراً لوظيفتها التعويضية، و هو ما من شأنه تحصين الفرد من المسؤولية، أي ينأى به عن المساءلة عن الأضرار التي تلحق بالجنين و الطفل المشوه مهما كانت درجة خطئه.

و قد ظهر التأمين الإلزامي من المسؤولية الطبية، الذي قرر المشرعون أحكامه بفرض العديد من النصوص الأمرة، مشكلاً دوراً بارزاً في حماية المسؤول مقدم الرعاية الصحية، و ضماناً مهما للمضرور، مشكلاً لدعامة قوية لنظام المسؤولية المهدد بالانهيار بسبب الإفلاس شبه المطلق لنظام المسؤولية، خاصة في مجال الأضرار الجسيمة، حيث يكون مقدار التعويض غير متكافئ مع ذمم الأفراد³.

و قد أخذ المشرع المغربي بالإلزامية التأمين، على غرار التشريعات الأخرى، و تجسد ذلك في المادة 43 فقرة الثانية من القانون رقم 131.13 المتعلق بمزاولة مهنة الطب⁴.

¹ آمال بكوش: مرجع سابق، ص: 326.

² سعيد مقدم: "التأمين و المسؤولية المدنية"، كليك للنشر، الجزائر، ط 1، 2008، ص: 28 و ما بعدها.

³ فاطمة الزهراء منار: "مسؤولية طبيب التخدير المدنية- دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص: 360.

⁴ ظهير شريف رقم 1.15.26 صادر في 29 من ربيع الآخر 1436 (19 فبراير 2015) بتنفيذ القانون رقم 131.13 المتعلق بمزاولة مهنة الطب. عدد 6342- 21 جمادى الأولى 1436 (12 مارس 2015)، ص: 1607.

كما ساهم التأمين في اتساع دائرة المسؤولية الموضوعية، حيث عزز فكرة تحمل التبعة كأساس لتعويض المضرورين، و قد تزامن ذلك مع اتساع مسؤولية الفرد لتتجاوز النطاق الشخصي، حيث بات مسؤولاً عن أمور تتجاوز سيطرته، لتتعداها إلى أفعال التابعين و الأشياء. فالتأمين ضد مخاطر المهنة يتطلب ثلاثة شروط¹:

1- حصول المريض على حقوقه الكاملة و التعويض المادي عن الضرر الذي لحق به من جراء عمل طبي أو إهمال أثبت القضاء بأن مسؤوليته تقع على الطبيب.
2- توفير الحماية الكاملة للطبيب، من خلال تحمل شركة التأمين دفع التعويض الذي تسبب فيه.

3- ضمان استمرار شركة التأمين في التعاطي مع الأطباء بالتزام تام بتطبيق جميع بنود عقد التأمين المبرم بينهما.

و خلاصة القول أن التأمين في نطاق المسؤولية الطبية سواء كان اختيارياً أو إجبارياً، فإنه يوفر حماية للمضرور، من خلال التعويض الذي يوفره عن الأخطار العلاجية غير المحتملة، و التي لا يمكن نسبتها إلى خطأ الطبيب، كما يوفر حماية أيضاً للطبيب إزاء الدعاوى المهدد بها، بمناسبة أخطائه، التشخيصية أثناء الحمل أو العلاجية له، لينتهي بنا القول إلى أن نظام التأمين من الأنظمة التي يجب التفكير فيها قصد إعادة البحث فيها عن الآليات التي من شأنها تجسيد الحماية للمضرورين من المخاطر المؤدية إلى تشوهات و عاهات عن الممارسات الطبية.

ثانياً: مدى فعالية التأمين في المجال الطبي

يتمثل محل عقد التأمين من المسؤولية الطبية في ضمان المؤمن للآثار المالية الناجمة عن دعوى المسؤولية المدنية ضد المؤمن له²، فهو يغطي إذن المسؤولية المدنية للطبيب نتيجة

¹ سهيل يوسف الصويص: "مسؤولية الطبيب بين حقوق المريض و متطلبات القانون الحديث"، دار أزمنة للنشر، عمان، الأردن، الطبعة الأولى - 2004، ص: 218.

² لقد فرق الفقيه السنهوري بين التأمين من المسؤولية و التأمين من الإصابات، فهما يتشابهان في كون كل منهما يضمن الإصابات الجسدية، إلا أن الإصابات التي يضمنها التأمين من المسؤولية تقع على الغير بفعل المؤمن له، بينما الإصابات التي يضمنها التأمين من الإصابات تقع على المؤمن له بفعل الغير؛ انظر. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص: 1642. و انظر أمال بكوش: مرجع سابق، ص: 334.

الضرر الذي وقع على الجنين و هو في بطن أمه أو بسبب أخطاء في التشخيص أو العلاج، و بصفة أعم عن كل الأعمال الطبية الصادرة منه.

و يشمل التأمين من مسؤولية الطبيب المدنية، الحوادث الناجمة التي تسببها المنقولات المستخدمة في علاج المريض، و ما يصدر من أعمال طبية من مساعدي الطبيب¹، ما دام الطبيب قد استعان به أثناء القيام بالعمل الطبي.

أما بالنسبة للمخاطر الطبية، و عدوى المستشفيات التي رتبت مخاطر كبيرة على المتضررين المرضى قد أثارت ضجة كبيرة في الدول المتقدمة في المجال الطبي، و تعد فرنسا من بين البلدان التي تسببت فيه المخاطر المذكورة في أزمة حقيقية بين شركات التأمين و الأطباء الخواص حول الضمان و المسؤولية عنها، فقد هددت المؤسسات الضامنة بفسخ عقود التأمين عن المسؤولية المدنية للأطباء، و انسحابها من السوق الفرنسية، لأن تلك المخاطر يغلب عليها الاحتمال تارة، و التطور العلمي و التكنولوجي المعقد تارة أخرى²، فاستحال إخضاع هذا النوع من الأضرار للشروط التقليدية للتأمين، هذا إن دل على شيء فإنه يعبر عن مظهر من مظاهر مخاطر التقدم الذي أضحي يتنامى بشكل سريع³.

و هذا و قد لقي التأمين كآلية لتغطية المخاطر العلاجية عدة انتقادات، حيث رفضه البعض، على أساس أن هذا النظام يؤدي إلى عدم العدالة، ذلك أن الطبيب الممتاز و الناجح في

¹ و قد استبعد الفقه من الضمان عدة أمور منها، الآثار الناجمة عن أي تصرف طبي محظور من جانب المشرع، و الأضرار الناجمة عن الانفجار و الحريق، و الأضرار الناجمة عن الحوادث الكهربائية، أو جريان الماء و الأضرار التي تقع على الأشياء و الحيوانات عندما يكون المؤمن له مستأجراً أو منتقلاً بها.

² Lydia Morel : Introduction aux effets biologique des ondes électromagnétique artificielles et interprétation et compréhension du syndrome d'électro-chimico-hypersensibilité (EHS-MCS), disponible sur le lien suivant : <http://www.lescitoyenseclaires.org/pdf/2018Lydia-Morel-1.pdf>, p : 7. Vu 2021/05/26, 22h03min.

³ تقوم بعض الدول ككندا، أستراليا، الصين، اليابان، كوريا الجنوبية، البرتغال و روسيا، في منح الحق لشركات التأمين بمطالبة المؤمن عليهم بإجراء الاختبارات الجينية، بخلاف الأمر بالنسبة لدول أخرى كفرنسا و بلجيكا و النمسا و إيطاليا و النرويج،--- التي تحضر على شركة التأمين من أخذ الاختبارات الجينية في الاعتبار، ففي التشريع الفرنسي مثلاً تنص م 225-3 من قانون العقوبات على حظر الأخذ في الاعتبار الاختبارات الجينية التي تعترض على مرض لم يتم الإعلان عنه بعد، أو استعداد جيني لمرض ما، إن هذا الحظر المطلق على استخدام الاختبارات الجينية، يبرره خطر التمييز، و في الواقع فإن خطر التمييز كبير بالنسبة لحاملي الوثائق الذين تكشف اختباراتهم الجينية عن خطر الإصابة بالأمراض، و من ثم يتمتع المؤمن لهم في السياسة الفرنسية بالحماية من الانتهاكات المحتملة المرتبطة بالتقدم في مجال البحوث الوراثية، و يؤدي هذا المقتضى التشريعي إلى تجنب خطر التعسف في استخدام الاختبارات الجينية، للاطلاع أكثر انظر في ذلك:

-David BARDEY et Philippe DE DONDER : "Quelles assurances face aux nouveaux risques ?", Rev Esprit, juillet 2014, p.45 et s.

عمله، يجد نفسه مساهماً في تعويض الخطأ الذي يقع من غيره المهمل، كما أن هذا النظام قد يؤدي إلى الاتكال و عدم الرعاية و الإهمال¹.

كما أن فكرة التأمين في المجال الطبي قد أثارت صعوبات، في مجال كيفية تحديد الضرر الذي يغطيه التأمين، حيث اقترح بعض الفقهاء وجوب التفرقة بين الضرر المألوف و غير المألوف، و الضرر العادي و غير العادي، و أن التأمين يقتصر فقط على الضرر غير المألوف و غير العادي. و هو ما انتقده الفقيه "سافاتييه" معتبراً القول بأن الضرر الطبي في أغلب صورته يكون ضرراً عادياً، يمكن للمريض تحمله، قول غير مقبول، لأن ذلك أمراً احتمالياً، مما أدى إلى اعتبار التأمين ساري على كل الأضرار و المخاطر الطبية دون تمييز².

و لقد أثارت فكرة التأمين في المجال الطبي صعوبات أخرى، من بينها كيفية تحديد مبلغ التعويض، خاصة إذا كان شاملاً لكل الأضرار و المخاطر، حيث ذهب الفقيه "تانك" إلى أن جميع الأضرار يمكن تعويضها نقداً و أن تقديرها يكون مماثلاً لتقدير التعويض في حوادث السيارات. و هذا و قد ظهرت صعوبات أخرى فيما يتعلق بكيفية تحديد القسط الواجب دفعه مقابل الالتزام بالتأمين، حيث اعتبر الفقيه "سافاتييه" أن الزيادة في قيمة القسط الخاص بالتأمين هي بمثابة القيد على هذا النوع من التأمين و الخاص بالتأمين من جميع المخاطر الطبية.

غير أن هذه الصعوبة قد رد عليها، على أن هذا النوع سيكون قاصراً على بعض المخاطر في حدود المعقول، خاصة في مجال العلاج الجراحي. و حيث أنه عند تحديد القسط المقابل للالتزام بالتأمين، ينبغي الأخذ في الاعتبار عمر الطبيب، و خبرته السابقة، و مدى تخصصه، و النسبة المئوية لوقوع المخاطر الطبية و مدى جسامتها، حتى يتسنى تحديد أقساط عادلة بين الأطباء³.

ثالثاً: علاقة التأمين بالمسؤولية المدنية

نتطرق في ما يلي إلى علاقة التأمين بالمسؤولية المدنية، و ذلك من حيث التأثير المتبادل بين التأمين و المسؤولية، و من حيث إمكانية حلول التأمين محل المسؤولية.

¹ حروزي عز الدين: المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة -دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر -2008، ص: 223؛
و انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري: مرجع سابق، ص: 1643.

² عبد الرشيد مأمون: مرجع سابق، ص: 64.

³ عبد الرشيد مأمون: مرجع سابق، ص: 67.

1- التأثير المتبادل بين التأمين و المسؤولية

لا شك أن التأمين يحقق كثيراً من الطمأنينة للمضرور الذي أصبح بإمكانه أن يجد مسؤولاً موسراً يقتضي منه مبلغ التعويض، بل إنه أصبح يحصل على التعويض من المؤمن بطريقة شبه آلية. غير أن التأمين أدى إلى إفراغ المسؤولية من معناها الحقيقي حيث أن المتسبب في الضرر أصبح محصناً مدنياً من دين التعويض، فلم يعد هو الذي يدفع ثمن سلوكه المعيب، و لكن المؤمن هو الذي يدفع، أي أن المؤمن قد حل محل المسؤول في دفع دين التعويض و بذلك توقفت المسؤولية المدنية عن أن تكون جزءاً ملائماً للخطأ و فقدت خاصية الردع و التدارك و أوشكت على الدخول في آلية حسابية جماعية و تلقائية¹.

و عليه فإن التأمين يختلف عن المسؤولية من حيث منظومة التعويض، حيث أن التأمين يسمح بتمكين كل من المسؤول و المضرور من الاستفادة منه، إلا أنه من الناحية الواقعية فالتأمين يؤثر على أساس المسؤولية المدنية، إذ يرمي إلى تعديل توزيع الأخطار خلافاً لما هو معمول به في التقنيات المدنية التقليدية. كما كان لتطور التأمين الأثر الواضح في توسيع المسؤولية المدنية و تطورها الحديث، حيث يصلح كحافز لتوسيع المسؤولية المدنية، و بالتالي المساهمة في توسع دائم لحق المريض في التعويض².

لذلك يذهب البعض³ إلى أن التأمين من المسؤولية من شأنه أن يحدث تغييراً عميقاً في مبادئ المسؤولية المدنية، حيث أن المسؤولية القائمة على الخطأ لم تعد بوسعها الاستجابة لمقتضيات الأمان التي ينشدها المجتمع المعاصر في مواجهة الأضرار المتصاعدة.

هذا، و أن أولوية فكرة الخطأ على فكرة الخطر في تقلص مستمر في نظر القضاء، الأمر الذي ساعد كثيراً على انتشار فكرة المسؤولية على أساس الخطر، و هو ما يرجح الأخذ بنظرية الخطر، و هجر نظرية الخطأ، و تطبيق المادة 1384 بدلاً من المادة 1382⁴. فالتأمين

¹ أيمن إبراهيم العشماوي: تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية"، الناشر دار النهضة العربية-القاهرة، سنة 1998، ص: 246.

² سعيد مقدم: "التأمين و المسؤولية المدنية"، مرجع سابق، ص: 141.

³ Savatier. R : comment repenser la conception française actuelle de la responsabilité civile. Recueil Dalloz Sirey, 1996. P : 32.

- سعيد مقدم، نفس المرجع، ص: 141.

⁴ C F, Art. 1384 et 1382 du code civil français.

تأثير على المسؤولية المدنية، من خلال إدخاله تقنيات جديدة منها، إضفاء طابع الاجتماعية على المسؤولية المدنية "Socialisation de la responsabilité civile".

و بناء على ما سبق يمكن القول أنه يمكن للتأمين أن يدخل تغييراً على مبادئ المسؤولية المدنية، إذ البحث عن الخطأ من الناحية العملية يفقد أهميته بمجرد العمل بالتأمين في مجال المسؤولية الشخصية.

2- مدى إمكانية حلول التأمين محل المسؤولية

إن أمنية أي مجتمع ألا يشتكي أو يتضرر أحد من أي عمل يقوم به الغير، أو على الأقل يتم تعويضه في حال لحقته أضرار تعويضاً كاملاً و فورياً، و انطلاقاً من هذا الهدف استحدثت منظومة التأمين، و التي بسطت مشكلة المسؤولية المدنية. بحيث عرف التأمين تطوراً كبيراً في مجال المسؤولية خصوصاً في مجال الأخطار الشخصية، حيث جعل عبء الاعتداء على الهيئات الاجتماعية، و هو ما يعرف بالتوزيع الاجتماعي للمخاطر " la socialisation des risques"¹.

و الواقع أن التأمين لا يغطي جميع الأضرار، وذلك لأن الأفراد لا يلجؤون في الغالب إليه بصفة منتظمة، و هو ما يؤدي بنا إلى القول بأنه على الرغم من إيجابيات التأمين إلا أنه لم يعالج مشكلة المسؤولية بصورة كاملة.

إذا كان المشرع الفرنسي و المشرع السويدي قد كرسا حماية خاصة للمضرورين من المخاطر العلاجية، و ذلك من خلال أنظمة خاصة تكفل التعويض لهم، تجلت في وجود صناديق خاصة تضمنها الدولة على أساس التضامن الوطني، غير أن المشرع المغربي لم يصل بعد إلى تكريس هذا النوع من الحماية، و لذلك فعلى المضرورين من المخاطر العلاجية خاصة الأضرار الناتجة عن الممارسات الطبية المحدثة لتشوهات و عاهات للأجنة أن يتبعوا القواعد العامة للمسؤولية في سبيل الحصول على حقهم في التعويض.

و نظراً إلى أن مبدأ التعويض الكامل عن الضرر هو من المبادئ الأساسية في المسؤولية المدنية، خاصة عندما يتعلق الأمر بالتعويض عن الضرر الجسدي، فقد استطرد الفقه

¹ سعيد المقدم: مرجع سابق، ص: 144.

الحديث في البحث عن مختلف عناصر و أنواع هذا الضرر، و على كيفية تقدير القاضي لهذه الأضرار، و مدى سلطته في ذلك ؟

و لقد أدى تنوع الأضرار التي تلحق بالمرضى إلى الاختلاف بشأن طبيعتها، و هو ما أدى إلى الاختلاف بشأن وجوب تعويضها من عدمه¹، و في مرحلة لاحقة تعزز ذلك الخلاف بسبب عدم الاتفاق على كيفية تقدير التعويض عن تلك الأضرار.

خلاصة هذا المبحث انتهت فيها، إلى أن للجنين الحق في التعويض عن الأضرار التي تصيبه بسبب التدخل الطبي أثناء الحمل، فالحق في التعويض من بين الحقوق المالية التي لا تحتاج إلى قبول المضرور، لأن مصدر الحق في التعويض واقعة قانونية لا تصرفاً قانونياً، فالآثار القانونية تترتب بمجرد حدوث الفعل الضار، دون الاعتداد بإرادة المسؤول أو بإرادة المضرور. بحيث يتضح جلياً مدى الأهمية لقواعد مسؤولية حديثة تعتمد أساساً للقول باستحقاق التعويض، لحق الضرر بالمتضرر و ثبوته، دون التشدد و البحث في عناصر الخطأ و الضرر و العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر، وفق ما هو مقرر في نطاق المسؤولية المدنية التقليدية، و إلا نتج عن ذلك حرمان العديد من المتضررين من التعويضات التي يكون أحوج إليها من غيرهم.

و إذا توقفنا عند القواعد التقليدية في القانون المدني، فإننا نجد قاصرة عن تحقيق حماية كافية للجنين، بسبب ما تترتب على التقدم العلمي من اكتشاف للأمراض الجينية، و نجاح الأطباء في التدخل على الجنين، و من ثم يجب أن تتطور قواعده بما يكفل حماية كافية للجنين، و يقضي ذلك الاعتراف بالشخصية القانونية للجنين منذ الحمل، و بحقه في التعويض عن الأضرار التي تصيبه أثناء الحمل، و بحقه في الحياة و سلامة الجسد، و بحقه في أن يولد، و في الرعاية الكاملة طوال مدة الحمل.

¹ محمد عبد الغفور العماوي: "التعويض عن الأضرار الجسدية و الأضرار المجاورة لها"، مرجع سابق، ص: 21.

المبحث الثاني: قصور قواعد المسؤولية والحلول القضائية والتشريعية في التعويض عن التشوهات الخلقية

لقد ظلت النظم والتشريعات القانونية لحقبة طويلة من الزمن تقيم المسؤولية على أركان ثلاثة هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية. وقد كان ذلك أمرا مقبولا لبساطة الحياة وندرة الحوادث، على الرغم من صعوبة ثبات الخطأ في مواجهة المسؤول.

غير أن الوضع لم يعد مقبولا في ظل ظهور الآلة والتطور العلمي في مجال الوسائل الطبية، وما ينجم عنها من مخاطر جمة قد تؤدي بحياة المضرورين، حيث بات المضرور عاجزا عن إثبات الضرر الذي لحقه، و عليه فإنه أمام هذا التقدم التقني الرهيب، وأمام تعقد التكنولوجيا وعدم الإلمام بها، إضافة إلى جسامه الأضرار المترتبة عنها، التي باتت تتخذ شكل كوارث جماعية، بحيث أضحي طرفا ضعيفا يتساوى مع الطرف المدعن في عقود الإذعان.¹

والواقع يثبت أن الوالدين و الطفل المضرورين تكتنفهم صعوبات وعقبات قد تؤدي إلى حرمان من التعويض الجابر للضرر الذي لحقهم. هذه المشكلات التي ينبغي مواجهتها بكل من الحلول من أجل بسط الإجراءات على المضرور للحصول على حقه في التعويض. هذه الحلول كان لها الفضل في تطور المسؤولية المدنية، حيث أصبحت هذه الأخيرة تقوم على أساس اعتبارات التضامن الاجتماعي، كما كان لها الفضل في ظهور مسؤوليات قانونية.

وقد كان للفقهاء والقضاء دورا بارزا في معالجة هذه المشكلات، و إيجاد الحلول القانونية والضمانات الفعالة لصيانة هذا الحق. ولم تكن هذه الضمانات على درجة واحدة من الفعالية ولكي تتضح الأمور وجب عرض هذه المشكلات ومناقشتها، وإبراز الحلول القضائية والتشريعية لها.

و عليه يجب أن يكون التعويض جابرا للضرر المحدث بالجنين المشوه، وأن يكون عادلا وسريعا من أجل تحقيق هذه الغاية، وأن يكون القاضي على دراية بجميع الظروف الملابسة لوقوع الحادث والتي من شأنها أن تؤثر في تقدير التعويض. إلا أن الواقع لا يعكس

¹ - أمال بكوش: مرجع سابق، ص: 153.

هذه الصورة، بحيث أن الوالدين أو الطفل المصاب جراء المخاطر العلاجية الطبية التي تصيبه وهو جنين، قد تواجههم صعوبات وعقبات، تؤدي في كثير من الأحيان إلى هدر هذا الحق، وذلك إما راجع إلى صعوبة في القانون ذاته أو في إجراءاته.

أو قد يكون التعويض الذي يحكم به قضاة الموضوع وفقا لسلطتهم التقديرية للطفل المصاب بالتشوه، غير كاف وجابر للضرر، أو أن الوصول إلى التعويض قد تتعثر إجراءاته وتطول مما يدفع بالمتضرر إلى السماح في حقه والتنازل عنه.

ولقد واجه الفقه والقضاء والتشريعات المختلفة هذه الصعوبات والعقبات بالحلول والضمانات المناسبة والتي من شأنها أن تعزز وتكرس وتضمن هذا الحق لاسيما في زمن كثرت فيه وانتشرت الأضرار الطبية الماسة بالجنين، ولأن الهدف من هذه الدراسة هو ضمان استقاء المضرور من التشوه الواقع له جسمانيا لحقه الكامل في التعويض وحماية هذا الحق، وكذلك العمل ما أمكن بمحاولة إعادة المضرور قدر الإمكان إلى الحالة التي يجب أن يكون عليها الأسوياء وإصلاح ما يمكن إصلاحه من التشوهات المحدثّة. وتحقيقا لهذه الغاية استقر الفقهاء¹ على إلقاء الضوء على أهم هذه الصعوبات التي تعترض سبيل المضرور وتحول دون الحصول على حقه في التعويض.

و بناء على ما تقدم سوف نتعرف على الصعوبات التي تواجه تعويض المضرور – الوالدين و الطفل- في مجال الممارسات الطبية الماسة بالجنين (المطلب الأول) ثم محاولة بيان الحلول القضائية والتشريعية لمشكلات التعويض و المسؤولية عن التشوهات الخلقية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الصعوبات المرتبطة بتعويض المضرور في مجال الممارسات الطبية

الماسة بالجنين

يعتبر المريض الطرف الضعيف في العقد الطبي، فهدفه الوحيد هو سلامة حياته، وشفائه وعدم زيادة علة إلى علة، وتعتبر حياته وسلامة جسمه من أعز وأثمن ما يملكه، لذلك نجده شديد الحرص عليهما، ومن ثمة اعتبرهما الشارع من النظام العام. فسلامة الجسم

¹ - طه عبد المولى: مرجع سابق، ص: 218.

و الحق في الحياة هي من الحقوق الأساسية التي كرستها اتفاقية حقوق الإنسان والحريات الأساسية لسنة 04 نونبر 1950¹. وبالتالي وجب ألا يضيع حق هذا الإنسان في التعويض إذا ما لحق هذا الجسم أي اعتداء، والواقع أن هناك صعوبات تواجه هذا المضرور وتقف ندا أمام الحصول على حقه في التعويض، وللوقوف عليها ارتأينا أن نقسمها إلى صعوبات تتعلق بإسناد المسؤولية المدنية (الفرع الأول)، وصعوبات تتعلق بالتعويض في حد ذاته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الصعوبات المتعلقة بإسناد المسؤولية المدنية

إن أهم الصعوبات المتعلقة بإسناد المسؤولية المدنية، والتي من شأنها أن تؤدي إلى حرمان المضرور –والوالدين و الطفل المشوه- من حقه في التعويض، وكذا تعذر إثبات الخطأ في جانب المسؤول، وذلك في حالات التي تقوم فيها المسؤولية الخطئية، أو حتى في الحالات التي يكون فيها الخطأ مفترضا. ففي هاتين الصورتين قد يعجز قانون المسؤولية المدنية عن حماية المضرور من هذه الممارسات، ويضيع بالتالي حقه في التعويض، ولكي يتحقق الغرض نتناول صعوبة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير معلوم من حيث تعدد الأخطاء و صعوبة الإسناد (الفقرة الأولى)، ثم إلى صعوبة إثبات الخطأ الموجب للمسؤولية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعدد الأخطاء وصعوبة الإسناد

قد تتعدد الروابط بين الفعل الضار وبين الظروف المتزامنة في إحداثه²، فقد تساهم في الفعل الضار عدة الظروف، فتثار الصعوبة عندما تتسبب تلك الظروف جميعها في إحداث الضرر، فنكون حينئذ بصدد ضرر طارئ أو ما يطلق عليه بالضرر العرضي، أو الذي يرجع بصفة أساسية إلى أوجه الضعف في الطبيعة البشرية. فقد أصبحت هذه الأضرار في الوقت الراهن، بسبب التطور العلمي الرهيب في مجال العلاج، تحتل الصدارة من حيث

¹ - le droit à l'intégrité physique est le premier des droits de la personnalité, il conditionne tous les autres, le droit à la vie est un droit fondamental affirmé notamment par la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950. » le droit de tout personne à la vie est protégé par la loi (art. 1/2). Et par la déclaration universelle des droits de l'homme (art.3) ».

- Yvonne Lambert Faivre : op. cit. p : 32.

² أمال بكوش: مرجع سابق، ص: 154.

حجمها وجسامتها، فبالإضافة إلى كون الأخطاء المسببة لهذه الأضرار مجهولة، بسبب تشعب في الخطأ، كما قد يصاب أحد المرضى بعدوى بفيروس الإيدز، فتثور المشكلة حول معرفة المسؤول، هل هو الطبيب أم بنك الدم أم...¹.

فيظل المشكل قائماً وهو أنه يوجد مضرور، لا يجد أمامه من يمكن الرجوع عليه بالتعويض، وتتنعدم فرصة رجوع المضرور، على من هو مسؤول عنه كالمبترع أو متولي الرقابة أو حارس الأشياء، كما تتنعدم فرصته في الرجوع على هؤلاء جميعاً هو ثبوت مسؤولية التابع أو الخاضع للرقابة، ومن هنا لا يمكن الرجوع على هؤلاء بالتعويض بسبب استحالة إثبات مسؤولياتهم عن الحادث².

وهنا يثور المشكل والذي مفاده على من يرجع المضرور في طلبه عن التعويض عما لحقه من أضرار، وما نتج عن ذلك من أضرار مادية ومعنوية و نفسية يعيش بها الطفل المشوه؟ وإذا كانت قواعد المسؤولية تحول دون تحقيق ذلك، فهل من العدل أن يضيع حق هذا المضرور؟ ثم ما هو أساس التفرقة بين مضرور أمكن معرفة محدث ضرره حيث يحصل على كامل تعويضه، وبين مضرور آخر تعذر معرفة مرتكب ضرره؟

فاستعانة الطبيب بمجموعة من الأطباء المساعدين له، الذي يصعب من تحديد دائرة الخطأ نتيجة العمل الجماعي، والقضاء لا يلجأ إلى مسؤولية الفريق الطبي إلا إذا كان مرتكب الخطأ مجهولاً، ومع ذلك فإن القول بمسؤولية الفريق الطبي الذي يتشكل من عدة أطباء، الذي قد لا يعرف على وجه الدقة من ارتكب الخطأ على وجه التحديد³.

فإذا وقع خطأ من الطبيب واشترك في إحداث الضرر مع هذا الخطأ فعل الغير خطأ، على أن يكون لهذا الخطأ دور في إحداث الضرر، فإذا لم يكن فعل الغير خطأ، فلا يكون له أثر في مسؤولية الطبيب.

ويجب التمييز بين الغير الذي لا يكون الطبيب مسؤولاً عنه، وبين ممن هم تحت مسؤولية ورقابته، ولهذا فإن خطأ مساعد الطبيب أثناء التدخل الجراحي لا يعد خطأ صادراً

¹ أيمن أبو العيال: المسؤولية التقصيرية عن نقل العامل المسبب لمرض نقص المناعة المكتسبة - دراسة النظام الأنجلوأمريكي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 21 العدد الأول، 2005، ص: 30.

² طه عبد المولى: مرجع سابق، ص: 222.

³ رايس محمد: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص: 194.

من الغير بالنسبة للجراح المسؤول عن العلاج، وكذلك رئيس الفريق بالنسبة للفريق الطبي. وليس من الضروري أن يكون الغير معروفاً، فقد يقوم الدليل على أن الحادث كان من بين أسبابه خطأ صدر من شخص ثالث، ويبقى مع ذلك خطأ هذا الغير مؤثراً في مسؤولية الطبيب¹.

يتبين مما سبق أنه إذا استغرق خطأ الطبيب خطأ الغير، كان الطبيب مسؤولاً، أما إذا استغرق خطأ الغير خطأ الطبيب، فتنتفي مسؤولية الطبيب. وعلى ذلك فإذا فرض أن المضرور في حادث، كان لديه استعداد للمرض الذي أصابه بسبب هذا الحادث، فيكفي أن يكون الحادث هو السبب الذي حرك هذا الاستعداد، بتعويض الضرر².

أما في الحالة التي لا يستغرق فيها أحد الخطأ من الآخر، فيبقى قائمين ومن ثمة يعتبر كل منهما سبباً في إحداث الضرر، وعليه أصبح المسؤول عن الضرر أكثر من شخص³.

ويرى جانب كبير من الفقه⁴ أن أهم مانع يحول بين المضرور وبين حقه في التعويض من خلال الحماية التي يقرها قواعد المسؤولية المدنية هو عقبة إثبات علاقة سببية بين الضرر الذي يطالب بتعويضه وبين خطأ الغير الذي يدعيه. وفضلاً عن هذا المانع فإن الأحكام يجب أن تجزم على اليقين من أن الشخص المطالب بالتعويض هو الذي ارتكب العمل غير المشروع ومن أجل ذلك عادة ما يتشدد القضاء في الدول المختلفة في دعاوى التعويض عن الأضرار الجسمانية.

وبناء على هذا نادى الفقه⁵ بضرورة الأخذ بفكرة الخطأ الاحتمالي، بحيث يستنتج خطأ الطبيب من مجرد وقوع الضرر، وذلك خلافاً للقاعدة العامة، التي تقتضي بإثبات الخطأ من طرف المدعي، فأساس الفكرة هو أن الضرر لم يكن ليقع لولا وقوع الخطأ.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري: مرجع سابق، ص: 1254.

² منير رياض حنا: مرجع سابق، ص: 528.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري: مرجع سابق، ص: 1254.

⁴ محمد شكري سرور: مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد من بين مجموعة محددة من الأشخاص، دار

الفكر العربي 1983، ص: 17.

⁵ علي عصام غصن: الخطأ الطبي " منشورات زين الحقوقية بيروت، لبنان، طبعة الأولى - 2006، ص: 123.

وفكرة الخطأ الاحتمالي على الرغم من عدم وجود أي سند لها في القانون فقد طبقها القضاء، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على عدم كفاية القواعد التقليدية، لتوفير الحماية الكافية للمرض في ظل التطورات العلمية المعاصرة. وأن أهمية هذه الفكرة تكمن في الآثار المترتبة عليها، فيما يتعلق بعبء الإثبات، عند عدم إمكانية التوصل إلى تحديد الخطأ الذي يمكن نسبته إلى الطبيب أو المستشفى، ويصبح مستحيلاً على الطبيب إثباته.

أما في القضاء الفرنسي فهناك الكثير من الأحكام التي أسندت على هذا المانع¹، فالمشكلة التي تثور في فرنسا بالتحديد هي كيفية تعويض المضرور جسمانياً بسبب شخص مجهول من بين مجموعة من الأشخاص².

ولقد انقسم الفقه بين مؤيد ومعارض لحق المضرور في التعويض، غير أن الراجح فقهاً وقضاءً هو ضرورة تعويض هذا المضرور، على أن الاتجاه الرافض لتعويضه في حرصه على احترام حرفية النصوص القانونية وما استقرت عليه قواعد المسؤولية المدنية التقليدية، إنما ينتهي إلى نتيجة غير عادلة تتجاهل حق المضرور، حيث لا يكفي لتبرير هذا الاتجاه القول بضرورة إعفاء جميع الأشخاص من المسؤولية بحجة. وأن القول بهذا من شأنه أن يسهل نفي مسؤولية الفاعل، وذلك بتحصيله خلف جماعة موجودة على مسرح الحادث، مما يستحيل معه على المضرور أن يحدد بدقة من سبب له الضرر³.

لذلك كان لابد من ظهور هذا الاتجاه من الفقه والقضاء بغرض التغلب على هذه العقبات التي تعيق سبيل المضرور في الحصول على حقه في التعويض، حيث يتأسس هذا الاتجاه على فكرة مؤداها الاعتراف لهذه المجموعة من الأشخاص بقدر من الشخصية

¹ محمد شكري سرور: مرجع سابق، ص: 18.

² والصورة الشائعة التي حدثت فيها هذه المشكلة هي إصابة بعض الأشخاص بسبب الأعيرة النارية التي يطلقها الصيادون أثناء رحلاتهم ويثور التساؤل في هذه الحالة عن مدى إمكانية تعويض المضرور جسمانياً، ومن المسؤول عن هذه الجماعة؟
³ يرى الاتجاه الرافض لتعويض المضرور في هذه الحالة أن اعتبارات الضمير وقواعد العدالة لا تقبل إدانة جميع أفراد الجماعة لمجرد وجود خطأ في جانب واحد منهم ما يستلزم إدانة أبرياء، ولعل أهم ما يبررون به موقفهم هو مانع السببية الذي رأينا بالإضافة إلى فكرة الحراسة، وحيث يرون أنه باستخدام مجموعة من الأشخاص لشيء من الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة، وإذا كان المضرور سوف يعفى من إثبات الخطأ إلا أن ثبوت حقه في التعويض يتوقف على إثبات حراسة هذا الشيء لكل أفراد الجماعة. ويرون أن هذا التصور تحول دون طبيعة الحراسة في حد ذاتها، فالحراسة إن جاز أن تتبادل إلا أنها لا يتصور أن تتعدد، لذلك يتساءلون في خصوص حوادث الصيد عن كيفية كلام عن حراسة جماعية لمجموع البنادق المستعملة؛ ينظر في التفاصيل، محمد شكري سرور: "مرجع سابق" ص: 23 وما بعدها.

الاعتبارية، بحيث لا تقرر في جميع الأحوال وإلا لهدرت الحرية الفردية، وإنما فقط بالنسبة للجماعات مقصودة التكوين، والتي تهدف على تحقيق غاية مشتركة¹.

وقد عالج المشرع المغربي هذه المشكلة، أي مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه أكثر من شخص في الفصل 99 من قانون الالتزامات والعقود والذي نص على أنه: "إذا وقع الضرر من أشخاص متعددين عملوا متواطئين، كان كل منهم مسؤولاً بالتضامن عن النتائج، دون تمييز بين من كان منهم محرراً أو شريكاً أو فاعلاً أصلياً"، و أضاف الفصل 100 من نفس القانون على أنه: "يطبق الحكم المقرر في الفصل 99، إذا تعدد المسؤولون عن الضرر و تعذر تحديد فاعله الأصلي، من بينهم، أو تعذر تحديد النسبة التي ساهموا بها في الضرر".

من خلال الفصلين يتضح أنه إذا تعدد المسؤولون عن ضرر كانوا متضامنين في التزامهم، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض. فتعدد المسؤولين يجعل كل منهم مدعى عليه، ويجعلهم جميعاً متضامنين في المسؤولية. وما داموا كذلك فإن المدعي له الحرية في أن يقيم دعواه على أحدهم فقط دون البقية ويطالبه بكل التعويض أو أن يطالبهم جميعاً بالتعويض.

وجدير بالإشارة إليه أن التضامن يرتب آثاره من حيث وحدة المحل وتعدد الروابط و مبدأ انقسام الدين، بحيث إذا وفي أحد المدينين بالتعويض فإن لهذا المدين أن يرجع على بقية المدينين كل بقدر حصته في الدين². ويشترط في التضامن ما يلي:

أ – أن يكون كل واحد منهم قد ارتكب خطأ، فلا يكون الورثة متضامنين إلا باعتبار أن التركة هي المسؤولة لأن أحدا منهم لم يرتكب خطأ، بل الموروث هو الذي ارتكب الخطأ.

ب – أن يكون الخطأ الذي ارتكبه كل منهم سبباً في الحادث.

ج – أن يكون الضرر الذي أحدثه كل منهم بخطئه هو ذات الضرر الذي أحدثه الآخرون، بمعنى أن يكون الضرر الذي وقع ضرراً واحداً³.

إن الحل الأمثل لهذه المشكلة هو ضرورة تدخل الدولة لتعويض المضرورين في حالة عدم الوصول إلى الفاعل على أن ترجع الدولة عليه في حالة معرفته، أما إذا كان الفاعل

¹ طه عبد المولى طه: مرجع سابق، ص: 226.

² عماد الشربيني: القانون التجاري الجديد، المجلة الكبرى، مصر، 2002، ص: 313.

³ عبد الرزاق أحمد السنهاوي: مرجع سابق فقرة 620، ص: 925، وما بعدها.

من بين مجموعة محددة ومعروفة من الأشخاص فإن حماية المضرور تتجسد بافتراض الخطأ في هذه المجموعة¹

وانطلاقاً من هذا وذلك فإن المنطق يقتضي أن تشتمل جميع الأضرار الجسمانية للجنين المشوه بغض النظر عن مصدرها و فاعلها، وبما فيها الأضرار الناجمة عن المخاطر الطبية العلاجية التي يصاب بها أثناء الحمل، بشرط فقط أن ينعدم المسؤول عن هذا الضرر ولم تكن للمتضرر يد فيه.

لذلك ذهب بعض الفقهاء في العصر الحديث إلى ضرورة تدخل الدولة لتعويض المضرور جسمانياً، وذلك في حالة انعدام المسؤول عن الضرر الجسماني، بل وحتى في حالة ما إذا كان المسؤول معسراً².

الفقرة الثانية: صعوبة إثبات الخطأ الموجب للمسؤولية

تعد المسؤولية الطبية صور من صور المسؤولية المدنية بوجه عام، أخضعها المشرع المغربي للأحكام العامة للقانون المدني، و قد استقر الفقه³ و القضاء⁴ على اعتبار مسؤولية الطبيب الخاص مسؤولية تعاقدية، تستند أساساً على العقد الذي يربط الطبيب بالمريض، يركز على التزام ببذل عناية في حدود ما توصل إليه العلم الطبي⁵، و تتطلب هذه العناية بذل

¹ صدر في فرنسا قانون المشكلة وهو القانون الصادر في 11 يوليو 1966 الذي حمل صندوق ضمان السيارات عبء تعويض حوادث الصيد التي تسبب فيها مجهولون أو غير مستأمنين أو معسرون، ينظر: طه عبد المولى طه: "مرجع سابق" ص: 223 وما بعدها.

² علي سليمان: ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص: 122 وما بعدها.
³ أخضع المشرع المغربي العقد الطبي لمقتضيات إجارة الصنعة الواردة في الفصل 723 و ما يليه من ق.ل.ع، و قد اختلف الفقه و القضاء حول تكييفه، فاعتبره البعض بأنه عقد مقاوله مسمى (أحمد ادريوش: "مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب محاولة في تأصيل فقه القضاء و اجتهاد الفقه"، سلسلة الرسائل و الأطروحات الجامعية، منشورات جمعية تنمية البحوث و الدراسات القضائية، مطبعة الأمنية، الرباط، 1989، ص: 135)، بينما اعتبره البعض الآخر أنه عقد غير مسمى (محمد الإدريسي: "المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص -دراسة في موقف التشريع المغربي معلقاً عليه بأحكام القضاء المغربي و المقارن"، مجلة الملحق القضائي، ع 43، 2010، ص: 96).

⁴ ينظر ق الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1936/05/20 و المشهور بقرار مرسبه، جاء فيه أن العلاقة بين الطبيب و المريض هي علاقة عقدية ناجمة عن عقد العلاج، و لا يلتزم الطبيب بموجب هذا العقد بشفاء المريض، و إنما يلتزم بإعطائه العلاج الملائم و اللازم و المطابق لمكتسبات العلم الحالية، و أن يحيطه بالعناية الصادقة و الحريصة مع مراعاة الظروف الاستثنائية، و أن مخالفة الطبيب لالتزامه العقدي يؤدي إلى مساءلته طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية حتى ولو كانت هذه المخالفة عمدية، حيث وضع هذا القرار الإطار العام للمسؤولية العقدية للطبيب، منشور على الرابط الإلكتروني التالي:---

--- <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/cour-decassation-civ-20-mai-1936-mercier/>

⁵ أحمد نهيد: فكرة عن تطور القضاء في بناء المسؤولية الطبية، مجلة التواصل القضائي، ع مزدوج 2-3، دجنبر 2013-فبراير 2014، ص: 31.

جهود الطبيب اليقظ الموافق للحقائق العلمية المكتسبة و المطابقة لأصول المهنة المستقر عليها في علم الطب و التي تقتضيها الحالة الصحية للمريض¹.

و تقام المسؤولية المدنية للطبيب تقليديا -سواء كانت عقدية أم تقصيرية- على أساس الخطأ الشخصي الواجب الإثبات، حيث يلزم المريض أو أحد ورثته في حالة وفاته بإقامة الدليل على الخطأ الصادر عن الطبيب في الالتزام بعناية، و تقديم البيئة على وجود علاقة سببية بينهما²، و هو الأمر الذي كثيرا ما لا يتحقق بسبب ما يكتنف العمل الطبي من تعقيد علمي و فني دقيق، بخلاف الأمر بالنسبة للالتزام بتحقيق نتيجة³.

إن المريض أثناء محاولته لإثبات الخطأ الطبي، قد تواجهه صعوبات، حيث تتنوع هذه الأخيرة بين ما يتعلق منها بظروف الممارسة الطبية، و أخرى تتعلق بأنواع الخطأ الطبي نفسه، فضلا عن أن المريض سيتحمل تبعه الإثبات.

و لا يزال الطب يوما بعد يوم يفاجئنا بالجديد، حتى كاد ينحدر عن مسعاه الحقيق، المتمثل في الوقاية والعلاج، ليسعى لتحقيق رغبات الإنسان التي تتجاوز حاجاته العلاجية، كما هو الشأن بخصوص الإنجاب الصناعي، وعمليات تغيير الجنس، وجراحات التجميل وغيرها، وهو ما أدى في نفس الوقت على وجود مخاطر كبيرة⁴. كل هذا أدى إلى بروز مخاطر في الممارسات الطبية و بالتالي صعوبة إثباتها (أولا) و على من يقع عبء إثبات الالتزام بالإعلام فيها (ثانيا).

أولا: مخاطر الإثبات

فالعلاقة بين الطبيب والمريض علاقة غير متكافئة، أحد طرفيها يعاني من علة، ويضع ثقته في الطبيب لكي يعينه على تجاوز المرض، الأمر الذي يخلق استحالة معنوية تمنع المريض من طلب دليل يمكنه من الاستعانة به لإثبات خطأ الطبيب، ويضعاف من

¹ ق صادر عن المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض حاليا)، عدد 3844، المؤرخ في 20-12-2006، ملف مدني ع 1-3418-3-2005، غ م.

² أحمد ادريوش: تطور اتجاه القضاء المغربي في موضوع المسؤولية الطبية، سلسلة المعرفة القانونية، عدد 1، مطبعة الأمنية -الرباط، 1995-1996، ص: 56.

³ الالتزام بتحقيق نتيجة هو استثناء على الأصل الذي هو التزام بوسيلة، إلا أن الإثبات في الالتزام بنتيجة يقع على المدين به و هو خطأ مفترض غير قابل لإثبات عكسه إلا إذا قدم هذا الأخير الدليل على أنه قام بتنفيذه؛ للتوسع أكثر ينظر في هذا الشأن: محمادين بوبكري: خصوصية الخطأ الطبي، سلسلة مؤلفات و أعمال جامعية، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، ع 114، 2017، ص: 159 و ما بعدها.

⁴ بودالي محمد: المسؤولية الطبية بين الاجتهاد والقضاء الإداري والقضاء العادي، المجلة القضائية، العدد 1، 2004 ص: 11 وما بعدها.

صعوبة الإثبات صمت الطبيب ومعاونيه، ولا يمكن كسر هذا الصمت بالخبرة القضائية ذلك لأن الخبير هو في النهاية زميل للطبيب المخطئ¹.

قد يجد المضرور من الخطأ الطبي العلاجي صعوبة في إسناد المسؤولية قبل القائم بالأعمال الطبية. وذلك إما لأن الخطأ المقرر لقيام المسؤولية واجب الإثبات، وإما لأن المسؤول بإمكانه دفع مسؤوليته بتوافر السبب الأجنبي.

ففي حالة المسؤولية التي تقوم على خطأ شخصي واجب الإثبات، يتعين على المضرور، إثبات الخطأ فضلا عن الضرر والعلاقة السببية، فإن عجز انتقلت مسؤولية المدعى عليه وضاع حقه في التعويض. لذلك ذهب بعض الفقه في العصر الحالي إلى طرح فكرة الخطأ واستبدالها بفكرة تحمل التبعة².

حتى وإن سلمنا بإثبات الخطأ، فإنه يمكن للمسؤول التنصل من المسؤولية وذلك بإثبات السبب الأجنبي الذي يقطع رابطة السببية، ففي هذه الحالة قد يضيع حق المضرور على الرغم من إصابته بضرر محقق.

وأمام عجز أحكام المسؤولية المدنية التقليدية التي تسند في قيامها على الخطأ الواجب الإثبات، عن حماية المضرورين جسدياً، وذلك بضياح حقهم في التعويض، تارة بسبب عدم إثبات الخطأ، وتارة بسبب تمكين المسؤول بإثبات السبب الأجنبي – وليس الغرض هو تشديد مسؤولية المسؤول بل تعويض المضرور- فكان لابد من هجر المسؤولية الخطئية و الاتجاه بها شيئاً فشيئاً إلى المسؤولية الموضوعية التي تقوم على الضرر كأساس للمسؤولية المدنية³. فإذا كان عبء الإثبات في المجال الطبي يمثل عقبة اتجاه المضرور، فإنه يضاف إلى ذلك عقبات أخرى ناجمة عن خصوصيات المخاطر الطبية التي تتجاوز مفهوم الخطأ، مما يجعل اشتراط إثباته في أحوال عديدة أمراً غير ممكن⁴.

¹ علي عصام غصن: مرجع سابق، ص: 116.

² حيث أن مشكلة الخطأ الموجب للمسؤولية تثار في العصر الحالي بسبب تعقد وتداخل الأنشطة الصناعية والاقتصادية التي غالباً ما تخلف وراءها أضراراً جسيماً خطيرة، ولاسيما بالنسبة للأضرار التي تأخذ بعداً اجتماعياً كالأضرار البيئية الناتجة عن الاستعمال التكنولوجي. ينظر؛ طه عبد المولى طه: مرجع سابق، ص: 245.

³ طه عبد المولى طه: مرجع سابق، ص: 250.

⁴ بسام محتسب بالله: المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص: 119.

وفضلا عن هذه العقوبات التي نجد مصدرها في الاعتبارات الإنسانية التي تحيط بالعمل الطبي، فإن العقبة الحقيقية في وجه المضرور تتمثل في كون الواقعة محل الإثبات وهي خطأ الطبيب، متمثلا في الإخلال بالالتزام التعاقدي أو غير التعاقدي، هي واقعة سلبية بدون مظاهر خارجية. يمكن أن تفصح عنها، وبذلك يتحدد مضمون الإثبات بمضمون ونطاق التزام الطبيب ويختلف بين ما إذا كان مضمون هذا الالتزام بذل عناية أم تحقيق نتيجة.

والواقع أن الصعوبة تكمن في إثبات الخطأ الطبي نفسه، الذي هو واقعة سلبية حيث حسم القضاء الفرنسي ذلك منذ قرار "Mercier"¹، الذي حسم من خلاله طبيعة العلاقة القائمة بين الطبيب و المريض، بأنها علاقة عقدية، و قد ذكرت المحكمة أن الطبيب يلتزم بمقتضى العقد، بتقديم العناية الواجبة واليقظة المطابقة للأصول العلمية المستقرة، ولا يلتزم بشفاء المريض.

وبناء عليه ينبغي على المريض بما أنه الدائن بالعناية واليقظة المطلوبة، إثبات عدم حصولها، وذلك بإقامة الدليل على إهمال الطبيب أو انحرافه عن أصول الفن الطبي المستقرة. ونرى بأنه لا يمكن إنكار الصعوبة في هذا الإثبات، خاصة وأن إثبات التخلف يكون من خلال إثبات واقعه سلبية، لذلك غالبا ما يلجأ القاضي إلى الخبرة الطبية ليستتير بها، كما أن درجة الإثبات تقل فيما يخص الالتزام بتحقيق نتيجة فإثبات الخطأ الطبي فيها يكون بإثبات عدم تحقيق النتيجة.

¹ عرضت على المحكمة النقض الفرنسية دعوى تتلخص وقائعها في أن زوجة الأستاذ "ميركير" قد أصيبت في وجهها بالتهاب مخاطي نتيجة علاجها بأشعة "أكس" وقد رفعت دعوى المسؤولية على الطبيب بسبب ارتباط حالتها بالعلاج الذي تلقت، من هذا الطبيب الذي يعتبر إهماله عن غير قصد مخرجا لتصرفه من الدائرة الجزائية إلى الدائرة المدنية، وكان أمام القضاء قبول الدعوى والحكم فيها، إما على أساس المسؤولية التقصيرية، وإما على أساس المسؤولية العقدية، وهذا الأخير - هو المسؤولية العقدية -، الذي استندت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير الصادر بتاريخ 1936/05/20 في هذه الدعوى، حيث قضت بأنه: "يتشكل بين الطبيب والمريض عقد حقيقي يترتب على الطبيب إن لم يكن الالتزام بشفاء المريض فعلى الأقل أن يسدي له سبل العناية، لا كيفما اتفق ومن أي نوع كان، بل العناية الوجدانية اليقظة - فيما عدا حالات الظروف الاستثنائية المطابقة لما توصل إليه العلم من حقائق ثابتة". و لولاه كان حق المريضة في الدعوى سيسقط بالتقادم بعد مرور ثلاث سنوات، في حال الاستناد إلى الخطأ التقصيري للطبيب، و هو ما كان يتمسك به الطبيب أثناء المحاكمة، إلا أن المحكمة اعتبرت أن خطأ الطبيب ناتج عن إخفاقه في تنفيذ العقد الطبي المبرم بينه وبين المريض، قبل وقوع الخطأ. و عليه، قضت محكمة النقض الفرنسية في هذه الدعوى بأن مسؤولية الطبيب مسؤولية تعاقدية، لا تسقط بسقوط الدعوى العامة. ينظر؛ القاضي طلال عجاج: مرجع سابق، ص: 55-56؛ سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص: 60-61.

وهو ما دفع البعض¹ للتساؤل حول إمكانية نقل عبء الإثبات إلى الطرف الآخر (الطبيب) الذي تتوافر لديه عناصر الإثبات الإيجابية. فقد أدرك القضاء هذه الصعوبات التي يواجهها المريض في النهوض بعبء الإثبات، فقد أجرت محكمة النقض تحولاً مهماً في مجال هام هو مجال التزام الطبيب بإعلام المريض، فهو في الواقع دليل حرص من القضاء على رعاية حقوق المرضى. فكيف هذا التطور؟ وهو ما سنتناوله في ما يلي:

ثانياً: عبء إثبات الالتزام بالإعلام

بما أن عبء إثبات الخطأ الطبي يكلف به المريض، كونه مدعياً، فإن الصعوبات التي يمكن أن يواجهها المريض شاقة عليه، فالبعض يصف تحمل المريض بعبء الإثبات بأنه ظلم له، و البعض الآخر لا يخفي إشفاقه على المريض من تحمله هذا العبء، فإذا كان عبء الإثبات يمثل في ذاته مشقة على من يلقي به على عاتقه، فهو من المؤكد أنه يشكل مشقة زائدة في المجال الطبي، و ذلك نظراً إلى خصوصية العلاقة بين الطبيب و بين المريض من ناحية، و إلى ظروف الممارسة الطبية من ناحية أخرى.²

و لقد استقرت محكمة النقض الفرنسية³ على جعل عبء إثبات الخطأ الطبي على المريض، وذلك طبقاً للقواعد العامة في الإثبات التي تقتضي بمطالبة المدعي بإثبات ما يدعيه، أي أنه في حالة النزاع يلتزم المريض بإثبات واقعة سلبية مفادها عدم صدور رضا متبصر من جانبه.

والواقع أن هذا الاتجاه للقضاء الفرنسي، قد واجه انتقادات لاذعة من طرف الفقه⁴ على أساس أن فيه إجحاف على المريض بحكم قلة خبرته وضعف مركزه القانوني في العقد الطبي، وما يزيد صعوبة مهمته تهرب الجهات الطبية المعنية من مساعدته لعدة أسباب منها:

- أثناء بحثه عن الأدلة قد لا يواجه المريض تعاوناً من طرف الطبيب ومعاونيه بسبب العلاقة التي تربطهم بزميلهم، ضف إلى ذلك تذرعهم بالسر المهني.

¹ علي عصام غصن: مرجع سابق، ص: 119؛ أمال بكوش: مرجع سابق، ص: 161.

² عبد الخالق: "إثبات الخطأ الطبي -دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية، 2019، ص: 106.

³ Cass, 1^{er} civ, 29 mai 1951; Cass , 1^{er} civ , 7 février 1990 ; Cass civ 08 oct 97-10267. Disponible sur le sit : <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

⁴ René Savatier : Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural. Revue internationale de droit comparé, Année 1950, p. 799.

- صعوبة الاستعانة بالخبراء الذين هم ملزمون أيضا بالسر المهني، ومع ذلك يبقى دورهم في كشف الحقيقة ضروري وفعال بالنسبة للقاضي.¹

وفي سنة 1997 عدلت محكمة النقض الفرنسية عن فكرة إسناد عبء الإثبات على المريض، حيث ألقت بهذا الالتزام على عاتق الطبيب، وذلك بموجب قرارها الشهير الصادر في 1997/02/25²، جاء فيه بأنه يقع على عاتق الطبيب التزام بإعلام المريض، كما يقع على عاتقه أيضا، إثبات تنفيذه لهذا الالتزام. وقد استندت المحكمة على المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي³. وقد تلت عدة قرارات للمحكمة تتعلق بالالتزام بالإعلام.

- تتخلص وقائع هذه القضية، في أن شخصا يدعى "Hedruel" كان يعاني من آلام في المعدة، فقرر الطبيب ضرورة إجراء عملية جراحية تستدعي استخدام المنظار، وأجريت العملية غير أن الآلام لم تنته وبعد الكشف تبين أنه مصاب بثقب في الأمعاء، وهو خطر حدد الخبراء احتمال حدوثه في مثل هذه العمليات بنسبة 3%، رفع المريض الدعوى على أساس أن الطبيب لم يبصره بالمخاطر المحتملة، مطالبا إياه بالتعويض، رفضت محكمة الاستئناف الدعوى استنادا إلى أن عبء إثبات عدم الإعلام يقع على عاتق المريض، ولم يقدم دليلا على مدعيه. طعن المريض في القرار أمام محكمة النقض، فنقضت القرار قاضية بمبدأ عام مفاده "أنه من يقع على عاتقه موجب الإعلام يقع على عاتقه أيضا إثبات حصوله".

فبمقتضى هذا القرار، تكون محكمة النقض الفرنسية قد أعادت نوعا من التوازن الذي كان مفقودا⁴، وأضفت مزيدا من الحماية للطرف الضعيف. فهي تكون بذلك قد أعفت المريض من عبء إثبات واقعة سلبية، وجعلت على عاتق الطبيب، إذا ما أراد دفع

¹ - مأمون عبد الكريم: رضا المريض من الأعمال الطبية والجراحية -دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص: 283-284.

² Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 25 février 1997, 94-20.785, Publié au bulletin. Disponible sur le site : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007037245/>.

³ "vu l'article 1315 du code civil; "attendu que celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation, attendu qu'à l'occasion d'une coloscopie avec ablation d'un polype réalisée par le docteur x..., M.y ... a subi une perforation intestinale; qu'au soutien de son action contre ce médecin, M.y ...a fait valoir qu'il ne l'avait pas informé du risque de perforation au cours d'une telle intervention; que la cour d'appel a écarté ce moyen et débouté M.y ... de son action au motif qu'il lui appartenait de rapporter la preuve de ce que le praticien ne l'avait pas averti de ce risque, ce qu'il ne faisait pas des lors qu'il ne produisait aux débats aucun élément accréditant sa thèse; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation, la cour d'appel a violé le texte sus-visé".

⁴ و هو ما كرسته المادة 1315 من التقنين المدني الفرنسي.

المسؤولية، عبء إثبات واقعة إيجابية، أي بإثباته القيام بإعلام المريض على الوجه المطلوب قانوناً، و عليه يكفي المريض أن يثبت أمام القضاء الإخلال بالسلامة الجسدية.

ولقد انقسم الفقه بشأن تحول القضاء هذا إلى جانب مؤيد¹ وآخر معارض² لهذا التحول، أما الأول فقد اعتبر بأن الاتجاه الجديد يؤكد على مبدئين أساسيين هما:

- حماية حق المريض في تقرير مصيره باعتباره من أهم حقوق الشخص.

- ارتباط هذا الحق بالالتزام بالإعلام الذي يجب أن يكون واضحاً ومستثيراً.

أما الاتجاه الثاني، فقد استند إلى الآثار المباشرة لهذا التحول القضائي، الذي من شأنه أن يصعب مهمة الإعلام بالنسبة للأطباء، وذلك من خلال خوفهم من المتابعة القضائية وهو ما يجعلهم يقومون بتزويد المريض بكثير من المعلومات المكتوبة، وهو ما ينعكس سلباً على المريض على الأقل من الناحية النفسية³.

وقد استند القضاء الحديث في فرنسا إلى مبادئ موضوعية لتعويض ضحايا الحوادث الطبية الذين عجزوا عن إثبات خطأ الطبيب منها:

● الاستناد إلى واجب الإعلام بحيث يثبت خطأ الطبيب بمجرد عجزه عن إثبات تنفيذه لواجب الإعلام.

● الإستناد إلى فكرة المسؤولية دون خطأ.

● الإعلام عن التزام الطبيب بسلامة النتيجة.

● الإستناد كذلك إلى نظرية الخطأ المفترض، التي مفادها قيام مسؤولية الطبيب

بمجرد قيام الضرر، وإذا أراد التخلص من المسؤولية عليه إثبات العكس⁴.

وبناء على ما سبق يتضح أن التطورات التي مر بها القضاء الفرنسي في مجال نقل عبء الإثبات كان الهدف منها الوصول إلى حل مناسب لتعويض المخاطر العلاجية بحيث يراعي طرفي العقد الطبي.

¹ Chabas. f : l'obligation médicale d'information en Sanger, la semaine juridique, édition générale, no. 15, du 11-15 mars 2000, p : 460.

² Lachaud-y et Aveline-L : la responsabilité, médicale pour défaut d'information: de l'évolution de la jurisprudence à une nécessaire réforme législative, gaz.pal 16-17 juin 1999, p : 5.

³ مأمون عبد الكريم: مرجع سابق، ص: 292-293.

⁴ مأمون عبد الكريم: مرجع سابق، ص: 296.

و خلاصة يمكن القول أن تكليف المريض المشوه ضحية الخطأ الطبي بإقامة الدليل على ما يدعيه، يشكل عبئاً حقيقياً على عاتقه، و يجعل من قدراته على النهوض بهذا العبء عنصراً حاسماً في سبيل الحصول على تعويض، يجبر ما أصابه من ضرر، و هذا في الحقيقة يدفعنا إلى التساؤل عن إمكانية نقل عبء الإثبات إلى الطرف الآخر (الطبيب)، على اعتبار أن جميع الأدلة في حوزته؟ و هل أن القضاء بذل جهوداً في سبيل إيجاد طرائق بديلة، بقصد الحد أو التخفيف من هذا العبء المكلف به المريض المصاب بالنتشوهات أو والديه المكلفين به؟

بعد التعرض إلى الصعوبات والعقبات المتعلقة بإسناد المسؤولية المدنية يبقى أن نتناول الصعوبات التي يواجهها المضرور إزاء الحصول على حقه في التعويض، وهو ما سنتناوله في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: الصعوبات المتعلقة بالتعويض

قد تعترض المضرور في سبيل الحصول على حقه في التعويض عدة عقبات وصعوبات يمكن حصرها في مشكلة تأخر الحصول على التعويض، و مشكلة عدم تناسبه مع الضرر، و هو ما سأتناوله في هذا البحث من خلال تقسيمه لمشكلة تأخير حصول المضرور على التعويض في (الفقرة الأولى)، ثم مشكلة عدم تناسب التعويض مع الضرر في (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مشكلة تأخر الحصول على التعويض

القاعدة العامة في دعوى التعويض أنها دعوى مدنية تختص بها المحاكم المدنية على اختلاف درجاتها بيد أن أغلب دعاوي التعويض الناجمة عن العمل غير المشروع هي دعاوي مدنية تبعية. ففي الحالة الأولى والمتعلقة بالدعاوي المدنية –غير التبعية– لا يجد المضرور أي صعوبة –طبعاً نتحفظ على تنفيذ الحكم باعتبار أن التنفيذ قد يتأخر لعدة أسباب، قد يكون من بينها إعسار المدين–، فما عليه إلا أن يرفع دعواه أمام الجهات المختصة، لتحكم

له هذه الأخيرة بالتعويض متى قدرت قيام المسؤولية المدنية من إثبات للخطأ فضلا عن الضرر والعلاقة السببية¹.

أما في الحالة الثانية وهي الحالة التي يترتب الفعل فيها جريمة جنائية، وتكون دعوى التعويض تبعية، وفي هذه الحالة يجب على المحكمة المدنية أن توقف السير في الدعوى المرفوعة أمامها إلى غاية الفصل في الدعوى الجنائية. بمعنى أن الجزائي يوقف المدني، والقاعدة من النظام العام²، حيث نصت الفقرة الثانية بالمادة 10 من قانون المسطرة الجنائية المغربي على أنه: "غير أنه يجب أن توقف المحكمة المدنية البت في هذه الدعوى إلى أن يصدر حكم نهائي في الدعوى العمومية إذا كانت قد تمت إقامتها".

وقد ثبت في الواقع أن دعاوي التعويض عن الأضرار الجسمانية كثيرا ما يتأخر الفصل فيها، إذ أن دعاوي التعويضات عن الأضرار الجسمانية تترتب على فعل جنائي، وحينها يتوقف الفصل في الدعوى المدنية إلى غاية الفصل في الدعوى الجنائية بحكم نهائي وأن هذا التوقف قد يطول لمدة كبيرة تجعل من حق المضرور في التعويض معلقا لمدة غير معلومة، ويبقى أن هناك ضررا جسمانيا في حاجة إلى جبر ولم يجد سبيلا³.

وما يبرز هذا التأخر أنه إذا صدر حكما غيابيا أدان المتهم فمن حقه المعارضة في هذا الحكم خلال 10 أيام من إبلاغه به، وهذا الإبلاغ لا يتم في غالب الأحيان إلا بعد القبض على الجاني، فإذا سلمنا بإدانة المتهم فله الحق في الاستئناف خلال 10 أيام من صدور الحكم، فإذا صدر حكم في الاستئناف وأدان المتهم وكان غايبيا فله الحق في المعارضة بنفس الإجراءات فإذا صدر حكم بالإدانة في المعارضة فمن حق المطعون عليه أن ينقض الحكم وهذا الطعن يستغرق زمنا طويلا يصل إلى سنوات⁴. فإذا جمعنا هذه المدد وجدناها طويلة، مما يجعل الكثير من المضرورين ييئسون في الحصول على حكم بالتعويض⁵.

¹ إذا كان الخطأ الذي يستند إليه المضرور في دعواه خطأ مفترضا كما هو الحال في مسؤولية متوالي الرقابة، وحارس البناء والأشياء، فما على المضرور إلا أن يثبت الضرر فحسب، ويقع عبء إثبات نفي الخطأ والعلاقة السببية على المسؤول.

² ترجع هذه القاعدة -الجنائي يعقل المدني- إلى علة مقتضاها أن القضاء الجنائي أوسع سلطة وأسرع إجراءات في التحري عن الوقائع، وتبعا لذلك فإن القاضي الجنائي يكون ملما بالنزاع وأكثر دراية بالموضوع، و لذلك فإن الحكم الجنائي الصادر في موضوع الدعوى العمومية تكون له حجية أمام القاضي المدني الذي ينظر دعوى التعويض المؤسسة على نفس الفعل.

³ طه عبد المولى: مرجع سابق، ص: 256.

⁴ المادة 400 وما بعدها من قانون المسطرة الجنائية المغربي.

⁵ فإذا كانت دعوى التعويض تستغرق هذه المدة فما بالك في تنفيذ الحكم.

والحقيقة أن السبب الرئيسي في هذه المشكلة يعود إلى صعوبة إثبات الخطأ بالنسبة للدعاوى المدنية التبعية، وأن المسؤول عادة ما ينازع المضرور في أن خطأه قد ساهم في الفعل، أو كان السبب الرئيسي فيه وأن الحل الأمثل لهذه الصعوبة هو تفعيل دور القاضي في القضاء بالنفقة المؤقتة التي يلتزم المسؤول بدفعها على أن تخصم من التعويض النهائي، ويتعين أن يكون الحكم بهذه النفقة مشمولاً بالإنفاذ المعجل.

الفقرة الثانية: مشكلة عدم تناسب التعويض مع الضرر

من الصعوبات التي تواجه تعويض المضرور في مجال الممارسات الطبية -محل البحث-، عدم تناسب أو زيادة مقدار الأضرار الجسدية بعد الحكم النهائي، مع ثبات مقدار التعويض، كأن تكون نسبة الضرر الحاصلة للطفل 50% أثناء صدور الحكم، و بعد أربع أو خمس سنوات تصبح 100%، الأمر الذي يمكن معه أن تتسبب هذه الأضرار في إصابة الطفل بعجز أو إعاقة تمنعه من الحركة أو الكسب كغيره من الأصحاء، بل قد تؤدي هذه الأضرار إلى وفاته، في حين أن حكم التعويض لم يصدر إلا في ضوء الأضرار السابقة على الحكم، و من ثم لا يوجد توازن بين مقدار التعويض المحكوم به و حجم الأضرار المتفاقمة¹. و عليه تثور صعوبة اقتضاء المضرور بتعويض نهائي، فهل هذا التعويض حقق الغاية المنشودة وهي جبر ضرر الطفل المشوه، أم أن أغلب التعويضات المحكوم بها غير كافية لجبره على الرغم من تمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في القضاء بها؟

إن القاضي سواء في المغرب أو في فرنسا يتمتع بسلطة تقديرية كبيرة، أضف إلى أن الأضرار الناجمة عن المخاطر الطبية ليست ذات طبيعة واحدة أو نوع واحد كما سبق الإشارة إليه. وبناء عليه يتعين أن يكون كل عنصر من عناصر الضرر الجسماني تحت بصر القاضي وأن ينال حقه من التعويض، وحتى تتمكن المحكمة العليا من أعمال رقابتها عليه، فالقضاة نادراً ما يشيرون إلى عناصر الضرر المستوجبة للتعويض في أحكامهم. "ففي فرنسا تذهب بعض المحاكم إلى تبرير ذلك الأسلوب في تقدير التعويض إلى القول بأن وحدة شخص الإنسان وتداخل أوجه نشاطه المختلفة يجعل من الأوفى القضاء بمبلغ إجمالي يغطي

¹ الهيثم عمر سليم: المسؤولية المدنية عن أضرار البدائل الصناعية الطبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسبوط، سنة 2006م، ص: 594.

كل الآثار والنتائج التي تولدت عن الفعل الضار"¹. كما أنه قد يسبب في تعويض ضرر واحد أكثر من مرة.

ويؤخذ على هذا الاتجاه، أنه إذا كان من الصحيح أن ثمة أضراراً مترابطة يصعب الفصل بينها، فإن ثمة أضراراً أخرى كثيرة لا يسري عليها ذلك، مثل الآلام من ناحية و الكسب الفائت من ناحية أخرى، و الحرمان من مباحج الحياة من جهة أخرى، وعليه ينبغي على القضاة أن يراعوا عناصر هذا الضرر، باعتبار أن الحق المعتدى عليه هو أسمى الحقوق التي يحرص عليها الإنسان.

وفي هذا السياق قضت المحكمة العليا المصرية بتاريخ 2000/03/28 بما يلي: "حيث أنه إذا كان القضاة غير ملزمين بتحديد عناصر التعويض عن الضرر المعنوي باعتبار هذا الأخير يتعلق بالمشاعر والألم الوجداني فإن التعويض عن الضرر المادي لا بد من تحديد عناصره بعد مناقشة المسؤولية عن الفعل والضرر والعلاقة السببية وأما تقديره فإنه يبقى سلطة تقديرية لقضاة الموضوع لا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك..."².

وعليه يمكن القول بأن تمتع قضاة الموضوع بسلطة تقديرية واسعة النطاق في تقدير التعويض عن الأضرار الناجمة عن المخاطر العلاجية، قد ساهم في تحليل القاضي من الالتزام بتبيان عناصر هذا الضرر، ومناقشة كل عنصر على حدة ومدى أحقيته في التعويض، وهو ما أدى بطبيعة الحال إلى استفحال مشكلة عدم تناسب التعويض مع الضرر، ذلك التعويض الذي يرجع المضرور قدر الإمكان إلى الحالة التي كان عليها قبل الاعتداء. هذه السلطة التقديرية هي التي جعلت التعويض يختلف عن نفس الضرر من قاضي إلى قاضي آخر، بل وعن نفس القاضي.

ويعتبر ضرر الموت من أبلغ الأضرار التي تلحق الشخص، لذلك كان حرصه على حقه في الحياة ورد أي اعتداء من شأنه المساس به يمثل أعلى درجات الحرص. وبالنظر إلى أن هذا الحق يحمل بين طياته جميع الحقوق الأخرى، ومن ثمة لا يتصور أيضاً أن هناك حقا

¹ محمد عبد الغفور العماوي: التعويض عن الأضرار الجسدية والأضرار المجاورة لها، مرجع سابق، ص: 95.

² قضاء المحكمة العليا المصرية، غ م، بتاريخ 2000/03/28، ملف رقم 231419، المجلة القضائية لسنة 2003، عدد خاص، ص: 27.

من الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان أسمى من حق الإنسان في الحياة، وبالتالي فإنه من الطبيعي أن يكون التعويض منه كافياً وجابراً ومناسباً.

ولكن بالرغم من عظمة هذا الحق إلا أن الدراسة التطبيقية لمجموعة من التشوهات تثبت أن الضرر الذي يعانيه المضرور من هذه الأخطاء و التي قد تصل إلى الموت لاحقاً بعد معاناة، فضلاً عن اختلاف التقدير بشأنه، لا يكون التعويض عنه كافياً.

فقد ثبت أن ضرر الموت يتم التعويض عنه أحياناً بمبلغ أقل من قيمة حرمان الحيوان من الحياة، وأن التعويض عن الضرر الذي لم يؤدي إلى الوفاة يكون كثيراً من الأحيان أكبر من التعويض عن ضرر الموت¹.

إن القول بأن الخطأ أساس المسؤولية المدنية، وأن مباشر العمل الطبي لا يسأل عن الأضرار التي حدثت دون خطئه، من شأنه أن يبقي العديد من الأضرار دون تعويض، وذلك إما لتعذر إثبات الخطأ أو لصعوبة إسناده إلى شخص معلوم، أو لانتفاء علاقة السببية، ذلك أن بقاء هذه الأضرار دون تعويض قد يؤدي إلى استياء الضحايا وانتشار الإحساس بعدم وجود العدالة².

وفي الحقيقة لتدعيم الثقة بين الأفراد والأطباء الذين يلجئون إليهم، لا بد من ضرورة تعويض الأضرار الناجمة عن المخاطر العلاجية، وإذا كان ليس هناك خلاف على أنه لا تعويض بلا ضرر، فإن الصياغة الفقهية التي استعملها البعض³ قد جعلت الوجه الثاني من المسألة محل جدل كبير، وبدلاً من أن يقال لا ضرر بلا تعويض، باتت القاعدة الأساسية عند واضعي التقنين المدني الفرنسي، أنه لا ضرر بلا تعويض شريطة نشوءه عن خطأ. وهو ما أخرج من دائرة المسؤولية الأضرار العارضة (المخاطر العلاجية) التي لا تجد في الخطأ مصدراً لها، بل تجد مصدرها في المخاطر الملازمة للنشاط الإنساني، ومن بينها المخاطر الطبية. غير أن المحاولات المتعاقبة لتغطية الأضرار المعاصرة الناجمة عن المخاطر، أثبت

¹ طه عبد المولى طه: مرجع سابق، ص: 277.

² أمال بكوش: مرجع سابق، ص: 164.

³ محمد نصر الدين: "أساس التعويض-دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 1983م، ص: 116؛ أمال بكوش: مرجع سابق، ص: 166.

إلا أن تهجر الأساس التقليدي لاصطدامها بالضرورات الاجتماعية والواقع العلمي، وذلك لجبر ضرر المضرور وتعويضه دون النظر إلى خطأ المسؤول.

هذا الواقع انعكس على الأضرار الناجمة عن المخاطر العلاجية، والتي أثبتت المحاكم الفرنسية لردح من الزمن التعويض عنها، لعدم ثبوت خطأ من جانب مقدم الرعاية الصحية. ومن أهم الأحكام القضائية التي أثارت حفيظة الفقه في فرنسا¹ قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1997/02/25، حيث رفضت المحكمة من خلاله تعويض المريض الذي أصيب بأضرار بالغة الخطورة على إثر تدخل جراحي استهدف علاج انسداد "الناصور"، عن طريق اعتماد تقنية تمرير "بالون" مطاطي خلال المجرى المراد توسعه، غير أن البالون المطاطي انفصل بصورة غير متوقعة عن الأنبوب المثبت به، مما أدى إلى انسداد الشريان السباتي، متسببا في إعاقة وصول الدم إلى المخ، وانتهى بشلل نصفي.

وكانت محكمة استئناف ليون قد قررت بناء على تقارير الخبراء عدم وجود أي خطأ في جانب الطبيب الجراح وخلو الأدوات المستعملة من أي عيب، معتبرة أن الحادث لا يعدو أن يكون من قبيل المخاطر الملازمة للأعمال الطبية، والتي تستلزم قيام مسؤولية الأطباء². و حيث أيدت محكمة النقض هذا القرار، مؤكدة أن سلوك الجراح كان وفقا للأصول العلمية الثابتة، حيث أنه لم تكن هناك أية رعونة أو خرق لأصول المهنة في جانب الجراح، وأن أدائه قد اتسم باليقظة والحذر والمطابقة للأصول العلمية والمهنية. ومن بين أهم الأسباب التي تدعو إلى التخلي عن نظام المسؤولية الخطيئة، في مجال الأضرار الناجمة عن المخاطر العلاجية ما يلي:

1 – عدم القدرة على تحمل الأضرار

إن العدالة تقتضي منا تعويض ضحايا الأضرار الطارئة أو العرضية، كونها أضرار مجهولة النسب، نظرا لتعذر إسنادها على خطأ معين، أو تعذر معرفة أسبابها في ضوء التقنية الحديثة في مجال العلاج، كما أن التفرقة التي أقامها واضعو التقنيين المدني الفرنسي، بين الأضرار التي تعزى لأخطاء بشرية، و بين الأضرار التي تعزى للحظ أو محض

¹ أمال بكوش: المرجع السابق، ص: 167 .

² -Cour de cassation 1^{ère} chambre civile , 25/02/1997, n° 94-19.685 Dalloz -2014, Publication: Bulletin 1997 I N° 75 p. 49.

المصادفة، حيث أن هذه الأخيرة يتحملها الضحية، أصبحت هذه التفرقة تجافي العدالة وتتنافى مع المنطق في العصر الحالي، والذي تضاعفت فيه هذه الأضرار¹، لذلك ذهب الكثير إلى ضرورة تعويض هؤلاء على أساس اعتبارات التضامن الاجتماعي².

2- الرغبة في ضمان تعويض المضرور

أمام قصور فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، في توفير الحماية الكافية للمضرورين، جراء الأضرار الطارئة، خصوصا الأضرار الطبية التي تتجاوز في نطاقها الخطأ، فقد نادى اتجاه فقهي³ بإعادة النظر في هذه الفكرة نظرا لعدم كفايتها لتعويض المضرورين، فهناك العديد من الحالات التي يموت فيها من الصعب على المريض إثبات الخطأ الطبي، ولذلك لا يصلح في الحصول على التعويض الجابر للضرر. وبالتالي يكون من مصلحة المضرور قيام المسؤولية على أساس الضرر.

كما أن المريض ليس في استطاعته اكتشاف الخطأ، خاصة إذا كان فنيا، فليس من السهل على المريض أن يعلم خفايا التكنولوجيا واستعمالاتها المتعددة. كما أن الاعتداد بالخطأ لا يسمح بتعويض المضرور، إلا بعد وقت طويل وصعوبات إجرائية ونفقات باهظة، وهو ما يمكن التحرر منه من خلال كفالة التعويض بناء على نظام التأمين الخاص⁴.

بعد التعرف على أهم المعوقات والصعوبات التي تعترض المضرورين، الوالدين و الطفل المشوه في سبيل الحصول على الحق في التعويض. بقي الآن أن نتعرف على مدى الجهود الفقهية التي بذلت من أجل مواجهة مشكلات تعويض الأضرار الجسمانية، وما مدى حلول والضمانات التشريعية والقضائية التي أسفرت عن ذلك؟

¹ محمد نصر الدين منصور : ضمان تعويض المضرورين بين قواعد المسؤولية الفردية واعتبارات التضامن الاجتماعي، دار النهضة العربية، طبعة الأولى -2001، ص: 23.

² شهيدة قادة: فكرة مخاطر التطور ورهانات الموازنة بين مصالح المهنيين وحقوق المستهلكين، مجلة دراسات قانونية - مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة تلمسان 2005، العدد 02، ص: 383.

³ محمد حسن قاسم: مرجع سابق، ص: 80.

⁴ - محمد نصر الدين: أساس التعويض دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص: 115.

المطلب الثاني: الحلول القضائية والتشريعية لمشكلات التعويض والمسؤولية عن

التشوهات الخلقية

بعد ما عرفنا أهم المشكلات التي يواجهها المضرور في سبيل الحصول على حقه في التعويض، يبقى أن أهم مشكل من هذه المشكلات يتجلى في صعوبة إثبات الخطأ في حق المسؤول من ناحية، ومن ناحية أخرى سهولة دفع المسؤولية من طرفه، لذلك فإن جهود الفقه¹ والقضاء² انصببت على التفكير في إعادة النظر في الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية والاتجاه بها شيئاً فشيئاً نحو المسؤولية الموضوعية، بالإضافة إلى تكريس نوع من الضمانات التشريعية لبعض الفئات من المضرورين جسمانياً، تمثلت في إصدار ترسانة من النصوص القانونية، التي من خلالها تم تعويض بعض الفئات، وفي مقدمتها ضحايا الحوادث الطبية. وقد شملت هذه الحلول إعادة النظر في أساس المسؤولية المدنية (الفرع الأول)، والتشدد في مجال إثبات إعلام المريض (الفرع الثاني)، والاتجاه نحو التشدد في دفع المسؤولية (الفرع الثالث)، و في انتشار التأمين والأنظمة الجماعية للتعويض (الفرع الرابع) و وسائل مكملة لتأمين المسؤولية عن التشوهات الخلقية (الفرع الخامس).

الفرع الأول: إعادة النظر في أساس المسؤولية المدنية

يذهب الفقه التقليدي للمسؤولية المدنية، إلى أن الخطأ هو الأساس القانوني لقيام المسؤولية المدنية، ومن ثمة فمن يدعي أن ضرراً أصابه عليه أن يثبت انحراف المسؤول في سلوكه، ويرجع سبب تشبث هذا الفقه بهذه الأفكار على تأثير الفقه الكنسي الذي كان مسيطراً آنذاك على فقه المسؤولية المدنية، وجعل مناطها الخطأ، فكان ينظر إليها من وجهة نظر المسؤول فقط³.

¹ محمد نصر الدين منصور: مرجع سابق، ص: 7.

² - cass 1 re civ, 23 mai 2000, no 98-19869 et 98-20440. Bull. civ.1, no 135, p : 100 sur le deuxième moyen : vu l'article 1147 du code civ.1, attendu, cependant, que la réalisation de la ligament aplasie n'impliquait pas le sectionnement de l'artère poplitée, de sorte que la cour d'Appel ne pouvait exclure la faute du chirurgien, sans constater que cette artère présentait chez Mme X ... une anomalie rendant sans atteinte inévitable, que l'arrêt est dès lors dépourvu de base légale : par ces motifs ... cass et annule.

³ محمود جلال حمزة: المسؤولية الناشئة عن الأشياء الحية في القانون المدني الجزائري"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر -1988، ص: 44.

ومع التقدم الصناعي الرهيب الذي شهدته البشرية في هذه العصور، وما نجم عنه من كثرة وتعدد الأخطار التي يتعرض لها الإنسان في سلامة جسمه وحياته، وهو ما أدى إلى صعوبة إثبات الخطأ في جانب المسؤول، حينها بدأ الفقه يفكر في إقامة المسؤولية على أساس الضرر حماية ومراعاة لمصلحة المضرور.

وقد ساعد في هذا التحول الجديد التطور التكنولوجي في مجال الأجهزة المستخدمة في المجال الطبي، وشيوع استعمال الآلة، وكان لظهور التأمين من المسؤولية دوره الرائد في هذا المجال، حيث اطمئن المؤمن على عواقب فعله الخاطئ. كل ذلك أدى إلى ضرورة إعادة النظر في أساس المسؤولية وقد حمل لواء هذه الدعوة كل من الفقه والقضاء في فرنسا¹. و في خضم هذه التوجهات التقليدية و الموضوعية الرامية إلى وضع أساس للمسؤولية المدنية، اتضح أن نظرية التعويض سيطرت عليها النزعة الموضوعية أو المادية، أطلق عليها نظرية التكافل الاجتماعي، تهدف إلى تقييم الضرر اللاحق بالمتضررين على أساس الضرر و لا شيء غير الضرر، تلتزم بالتعويض عنه آليات الضمان الملقى على عاتقها ضمان مسؤولية محدثي الأضرار (مؤسسات التأمين من المسؤولية المدنية)، و هكذا تتدخل هذه الآليات بمجرد تحقق مسؤولية المؤمن لهم، و أضحي هذا الضمان حق المتضرر بدل ضمان مديونية المسؤول، و سيرا على أهداف و غايات نظرية التكافل الاجتماعي اقتضى الأمر إلزام محدثي المخاطر بضرورة التأمين عنها حتى لا يظل الضحايا بدون تعويض، زيادة على ذلك تقوم آليات أخرى بمهمة التعويض عن الأضرار الجسمانية كما هو الشأن بالنسبة للتأمين من الأضرار و الضمان الاجتماعي².

ففي الأضرار الجسمانية – على سبيل المثال- اعتبرت المحاكم الفرنسية أن رب العمل مسؤول عن الأضرار التي تنشأ أثناء العمل وبسببه، وأن الجهات التي تباشر أنشطة خطيرة بطبيعتها مسؤولة عن عمالها، وهذا ما أخذت به أيضا محكمة النقض المصرية³.

¹ عبد الرزاق احمد السنهوري: مرجع سابق، ص: 769.

² عبد الرحمان الصافي: إصلاح مؤسسة المسؤولية المدنية في ضوء التحولات القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية المعاصرة، أطروحة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية فاس، السنة الجامعية 2020/2021، ص: 419.

³ قرار محكمة النقض المصرية، طعن رقم 285 لسنة 30 ق: جلسة 1965/03/25. أشار إليه؛ عبد العزيز سليم: قضايا التعويضات، المجلة الكبرى: دار الكتب القانونية، ط 8 -2002، ص: 319.

حيث قضت بأن "تقرير الوزارة الطاعنة مكافأة أو معاشاً استثنائياً للمطعون ضدها لفقد زوجها إثر حادث وهو يؤدي واجبه لا يمنعها من مطالبة الوزارة قضائياً بالتعويض المناسب باعتبارها مسؤولة طبقاً لقواعد القانون المدني عما لحقها من أضراراً متى كانت المكافأة والمعاش اللذان قررتها لا يكفيان لجبر جميع هذه الأضرار على أن يراعي القاضي عند تقريره التعويض خصم ما تقرر صرفه من مكافأة أو معاش من جملة التعويض المستحق عن جميع الأضرار، إذ أن الغاية من التزام الوزارة هو جبر الضرر جبراً متكافئاً معه و غير زائد عليه"¹.

وقد ذكرنا أن الطبيب ليس ملزم فحسب ببذل عناية، بل هناك حالات يلزم فيها بتحقيق نتيجة كنقل الدم وبعض العمليات. بحيث يقع على عاتق الطبيب التزام بضمان السلامة، التزام بنتيجة يوجب عليه جبر الضرر الذي يتعرض له المريض بمناسبة تدخل جراحي لازم للعلاج، ففي كل مرة يثبت فيها أن هذا الضرر، وإن تعذر تحديد سببه الحقيقي، في ارتباط مباشر بالعمل الطبي، وفي استقلال تام عن حالة المريض السابقة، هذا وتعد المسؤولية التقصيرية من القواعد الآمرة، والتي لا يجوز مخالفتها، ومن ثمة لا يجوز الإغفاء منها مهما كانت درجة الخطأ المرتكب.

فقد تم التوسع في مضمون الخطأ بالاستعانة بوسيلة متقدمة في صالح المضرور، تمثلت في التدخل في العلاقة التعاقدية، وتم إنشاء الالتزام بالسلامة في بعض العقود، ثم بدأ يعمم ليشمل بقية العقود الأخرى. ثم تطور الوضع إلى أن أصبح التزام عام بالسلامة، ليشمل حتى المسؤولية التقصيرية، وذلك بهدف حماية المضرور في جسمه وماله وحياته.

وتقدم القضاء الفرنسي خطوة إلى الأمام فأقام المسؤولية المدنية على خطأ لمن يتوفر فيه عنصر الإدراك، واكتفى بتوافر عنصر التعدي، بناء عليه أصبح الرأي مستقراً على مسؤولية التمييز.

و عليه في حالة انعدام المسؤول عن الضرر الجسماني فالدولة أن تتدخل للتعويض، على الرغم من أنها خصت الأضرار الجسمانية فقط دون الأضرار الأخرى، ومن ثم فإن الدولة إذا حصلت محل المسؤول المميز فمن باب أولى أن تحل محل المسؤول غير المميز.

¹ عبد العزيز سليم: مرجع سابق، ص: 319.

يمكن القول أن المسؤولية في ظل هذه الأفكار أضحت تقوم على الضرر بصرف النظر عن الخطأ الشخصي، ولذلك فقد أصاب من أطلق اصطلاح المسؤولية الموضوعية عليها، وهي في ظل هذا الاصطلاح الجديد تقابل المسؤولية الشخصية التي تعتد بسلوك الفاعل الشخصي.

كما أن القضاء الفرنسي¹ قد أرسى قواعد راسخة لحماية الأشخاص المصابين بمرض فقد المناعة المكتسبة، حيث أن هذا المرض يثير الكثير من المشكلات القانونية، وذلك في الحالات التي يكون السبب فيها هو نقل الدم، فالإقتضاء الفرنسي من أجل إصباغ حماية كافية للمرضى فقد وضع لصالحهم قرينة قانونية، مفادها أن المريض عندما يتلقى دمًا ثم تظهر في دمه بعد التحاليل الأجسام المضادة لفيروس الايدز خلال الفترة العادية لظهورها، فإن ذلك دليل على أن الدم الذي تلقاه هو الذي نقل إليه العدوى.

- فمُنذ اكتشاف فيروس نقص المناعة المكتسبة "الأيدز" سنة 1983 توفي بسببه ما يزيد عن 36.3 مليون شخص في العالم، واليوم يوجد حوالي 37.7 مليون مصاب حسب تقرير منظمة الصحة العالمية الصادر في أواخر سنة 2020². وعلى المستوى الوطني، ففي تقرير صادر عن وزارة الصحة هناك 22 ألف حالة حاملة للفيروس، منهم 17465 تحت العلاج³.

ونظرا لخطورة هذا المرض من ناحية، وصعوبة تحديد المسؤول عنه من جهة أخرى، فقد بات من الضروري أن تتدخل الدولة لتعويض هؤلاء الضحايا من أجل جبر أضرارهم، وتدخلها ليس على أساس المسؤولية بل على أساس اعتبارات اجتماعية.

¹ - فقد قضت محكمة استئناف باريس بأن التزام كل من المستشفى، وبنك نقل الدم هو التزام بتحقيق غاية في نقل دم نظيف للمريض لا يسبب له أمراضا أخرى، فيكفي لكي تتحقق مسؤولية المستشفى أو بنك الدم، بحسب الأحوال، أن توجد علاقة سببية بين الدم المنقول والإصابة بالفيروس، إذ أن تحقق هذه العلاقة كاف لإثبات المسؤولية وتعفى من إثبات الخطأ في حقها، أي أن المسؤولية لا تقوم على الخطأ الواجب الإثبات، وإنما على الخطأ المفترض، أنظر محكمة استئناف باريس في 1991/11/28، مقتبس عن طه عبد المولى طه، مرجع سابق، ص: 303.

² راجع في التفاصيل تقرير منظمة الصحة العالمية الصادر في 30 نونبر 2021، حول فيروس العوز المناعي البشري/الأيدز.

³ - أنظر تقرير صادر عن وزارة الصحة، المغرب، سنة 2021:

- <https://www.sante.gov.ma/sites/ar/pages/actualites.aspx?IDactu=421>. Vu 2021/11/03 à 23h26min.

ونظرا لانتشار هذا الداء في فرنسا فقد أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم 91-1406 المؤرخ في 1991/12/31¹. من خلاله أنشأ صندوقا لتعويض المضرورين من هذا المرض، معبرا من خلاله عن روح التضامن والتكافل الاجتماعي التي يجب أن تسود داخل المجتمع. و هذا الصندوق عبارة عن هيئة ذات شخصية اعتبارية تموله الدولة وشركات التأمين، ولا يعوض إلا فئة ضحايا عمليات نقل الدم الملوثة، وهي الفئة التي أصيبت بفيروس الأيدز.

ولا يستفيد من هذا الصندوق المصاب بالفيروس عن طريق الاتصال الجنسي أو غير ذلك، ويشترط أن تكون عملية نقل الدم الملوثة التي سببت العدوى تمت في فرنسا، وإلا فلا تعويض من الصندوق.

ومن بين الحلول القضائية التي قدمها القضاء الفرنسي على الخصوص، إزاء الصعوبات التي يطرحها إثبات الخطأ إثبات إعلام المريض، وهو ما سأتناوله فيما يلي:

الفرع الثاني: مجال إثبات إعلام المريض

رأينا أنه من الصعب على المريض إثبات الواقعة السلبية، التي لا مظهر خارجي لها يمكن أن يفصح عنها، وهو ما أدى ببعض الفقه إلى التساؤل حول إمكانية نقل عبء الإثبات إلى الطرف الآخر الذي تتوفر لديه عناصر الإثبات الإيجابية².

وإذا كان الفقه³ يجمع بالإجابة بالنفي على هذا التساؤل فإن القضاء قد قام بتحول كبير في سبيل إسعاف هؤلاء المضرورين، الذين مثل أمامهم إثبات الخطأ عقبة في الحصول على التعويض وهو ما سنتطرق له في النقاط التالية:

أولا: عبء الإثبات في المجال الطبي:

1 - في فرنسا

لقد سبق وأن أشرنا إلى أنه بعد استقرار دام ما يزيد عن نصف قرن، غيرت محكمة النقض الفرنسية رأيها بخصوص إلزامها للمريض بإثبات خطأ الطبيب، حيث أصدرت

¹ - CF, particulièrement l'article 47-1 LOI no 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social. Vu sit : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000721455>.

² وديع فرج: مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة 12 يناير 1942، ص: 381.

³ محمد حسن قاسم: نظرة في تطور المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص: 260.

القرار السابق الإشارة إليه¹، ألقت من خلاله بعبء الإثبات على عاتق الطبيب المدعى عليه، حيث قررت أن من يقع على عاتقه قانونا أو اتفاقا، إلزاما خاصا بالإعلام، يجب عليه أن يقيم الدليل على قيامه بتنفيذ هذا الالتزام.

فقد نهج مجلس الدولة الفرنسي أيضا هذا الاتجاه، وذلك في قراراتين له بتاريخ 2000/01/05²، مؤكدا ذات المبدأ، ومحققا للمساواة بين المرضى. فقد أعفى هذا التحول المريض المضرور من عبء إثبات واقعه سلبية، ويلقيه في ذات الوقت على عاتق المدعى عليه، فإذا ما أراد التملص من المسؤولية فما عليه إلا إثبات الواقعة الإيجابية، أي بقيامه بواجب الإعلام.

أما بالنسبة لمبرر هذا التحول، فلا يمكن أن يجد سنداً له إلا على أساس اعتبارات العدالة الاجتماعية، بحيث يلقي عبء إثبات الواقعة على الأقدر على تحمل هذا العبء، والذي تتوافر لديه العناصر الإيجابية لإثباتها³.

وقد استندت المحكمة إلى نص المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي⁴. التي تتوجب على من يطالب بتنفيذ إلزام معين إثبات وجوده، وعلى من يدعي تحرره من هذا الالتزام أن يثبت انقضاؤه بكافة طرق الإثبات.

من خلال النص يتضح أن المشرع الفرنسي قد ألزم طرفي العقد الطبي بإثبات ما يدعيه كل منهما، إلا أن محكمة النقض الفرنسية كانت تطبق فقط الشرط الأول منه قبل صدور قرارها بتاريخ 1997/02/25، حيث كانت تلقي بعبء الإثبات عن الدائن بالإعلام (الطبيب) فما على الطبيب إذا أراد تجنب إدانته من قبل القضاة أن يثبت تنفيذه للالتزام.

¹ - cass 1^{er}, civ, 25 février 1997. Disponible sur le sit : www.legifrance.gouv.fr. vu 2020/02/25, 18h33min.

² - CAA Paris, 9 juin 1998, Guilbot, préc. et CE 5 janvier 2000, Assistance publique-Hôpitaux de Paris. Revue générale du droit, sur sit : <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2008/01/05/default-dinformation-du-patient-et-perde-de-chance/>. vu 2021/02/26, 5h26min.

³ محمد حسن قاسم: نظرة في تطور المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص: 262.

⁴ CF. AVT. 1315 du code civil français.

2 - في المغرب

لقد أكد المشرع المغربي من خلال مدونة أخلاقيات الطب¹ على ضرورة إعلام المريض إخبارا صادقا ومناسبا يصيغه وفق لغة واضحة وملائمة لإمكانيات هذا الأخير المتعلقة بالفهم والاستيعاب. يجب أن يتعلق الإخبار المذكور بما يلي: 1- التشخيص الكامل للمرض...²

ويتضح من هذا النص أنه في العلاقة الطبية يعتبر المريض هو الدائن بالإعلام، والطبيب هو المدين به، والمريض غير ملزم بإثبات التزام الطبيب بالإعلام، لأن مصدر ذلك الالتزام القانون، ومن ثمة يكفيه إثبات قيام العلاقة الطبية عند متابعة الطبيب على إخلاله بواجب الإعلام، وفي المقابل يلتزم الطبيب بإثبات تخلصه من واجب الإعلام تجاه المريض.

ثانيا: الخطأ الاحتمالي (Faute virtuelle)

حاول القضاء تخفيف الصعوبات التي يواجهها المريض في سبيل إقامة الدليل على خطأ الطبيب، من خلال ما أطلق عليه الفقه بالخطأ الاحتمالي أو الخطأ المتضمن في الضرر، أي استنتاج خطأ الطبيب من مجرد وقوع الضرر³، خلافا للقواعد العامة التي تتطلب من المدعي إقامة الدليل على خطأ المدعى عليه.

ويعود السبب في الأخذ بهذه الفكرة إلى ما كشفت عنه الممارسات الطبية الحديثة، من حالات عديدة يصاب فيها المريض بأضرار بالغة، لاسيما في حالة التدخل الجراحي، وذلك دون إمكانية إثبات الخطأ من جانب الطبيب، وبالتالي بقاء سبب الضرر مجهولا، وتعجز الخبرة عن كشف الحقيقة⁴.

ولمواجهة هذه الصعوبات أخذ القضاء الفرنسي بفكرة الخطأ الاحتمالي، التي تعني أن الضرر ما كان ليحدث لولا وقوع الخطأ، أي أن القضاء لجأ إلى استخلاص الخطأ من مجرد وقوع الضرر، دون إثبات الإهمال من جانب الطبيب في بذل العناية الواجبة عليه.

¹ مرسوم رقم 2.21.225 صادر في 6 ذي القعدة 1442 (17 يونيو 2021) يتعلق بمدونة أخلاقيات مهنة الطب، الصادرة بالجريدة الرسمية عدد 7002، 27 ذو القعدة 1442 (8 يوليو 2021)، ص: 5162.

² المادة 40 من مدونة أخلاقيات الطب المغربي.

³ علي عصام غصن: الخطأ الطبي، مرجع سابق، ص: 123؛ محمد حسن قاسم: إثبات الخطأ في المجال الطبي، مرجع سابق، ص: 95.

⁴ محمد فؤاد عبد الباسط: تراجع فكرة الخطأ أساسا لمسؤولية المرفق الطبي العام، منشأة المعارف الإسكندرية، 2003، ص: 98 وما بعدها.

و متى كان التزام الطبيب بذل العناية واجب أن يكون خطؤه ثابتاً ومؤكداً. ولا يتسنى ذلك إلا بإثبات خطأ الطبيب والعلاقة السببية بينه وبين الضرر، ولا يكفي الإدعاء بقيام السببية بين مجرد العمل الطبي ووقوع الضرر كي يفترض الخطأ¹.

والواقع أن فكرة الخطأ المضمّر²، وإن كانت لا تجد لها سنداً في القانون، فإن لجوء القضاء إليها يكشف عن شعوره بعدم كفاية القواعد القانونية التقليدية، لتوفير الحماية للمرضى، وفي ظل التطورات العلمية المعاصرة، التي حققت طفرات هائلة في مجال الوسائل العلاجية³.

وتبدوا الأهمية الحقيقية لفكرة الخطأ المفترض، في الآثار المترتبة عنها فيما يتعلق بالإثبات، إذ من خلالها يتم نقل عبء الإثبات على الطبيب المدعى عليه، وهو عبء نظراً لوقوعه على واقعة سلبية ليست بالأمر السهل النهوض به، ولذلك رأى بعض الفقه⁴ أن فكرة الخطأ الاحتمالي تنتهي عملياً على اختفاء المسؤولية القائمة على أساس الخطأ، وتكريس نوع من المسؤولية دون خطأ.

وقد أخذ القضاء الإداري الفرنسي بفكرة الخطأ الاحتمالي، وتوسع في استخدامها⁵، واعتبر مجلس الدولة في قراره الصادر في 1997/10/21 أن هناك خطأ طبياً محتملاً في جانب المستشفى العام، عن الإصابة الناشئة من عيوب في الأدوات والأجهزة المستعملة فيه، والأضرار المنسوبة على عدم احتراز القائمين بالعمل الطبي داخل المستشفى، وكذلك حالات الإصابة بالعدوى داخله.

ثالثاً: التوسع في مجال الالتزامات بتحقيق نتيجة

لتمكين المضرور من الحصول على التعويض، لجأ القضاء إلى التوسع في فرض الالتزامات والواجبات على مقدم الرعاية الصحية، بحيث إذا ما أخذ بهذه الواجبات التي

¹ منير رياض حنا: مرجع سابق، ص: 270.

² أيد بعض الفقه الفرنسي فكرة الخطأ المحتمل باعتبارها من قبيل القرائن، طبقاً لنص المادة 1353 من التقنين المدني الفرنسي، ورأى في ذلك استعمالاً لسلطة القاضي في استخلاصها القرائن القضائية. وقد انتقد البعض الفكرة لقيامها على تفسير بمفهوم المخالفة. وتجاوزها معيار الخطأ الطبي، حيث يكتفي عند الأخذ بها بمجرد افتراض أنه لابد وأن يكون هناك خطأ وإن بقي مجهولاً، أنظر محمد حسن قاسم: نظرة في تطور المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص: 264.

³ فواز صالح: المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي، مرجع سابق، ص: 141.

⁴ محمد فؤاد عبد الباسط: تراجع فكرة الخطأ أساساً لمسؤولية المرفق الطبي العام، مرجع سابق، ص: 47؛ محمد قاسم:

مرجع سابق، ص: 265.

⁵ أسامة أحمد بدر: ضمان مخاطر المنتج الطبي المعيب - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية - 2004، ص: 125.

أُلقيت على عاتقه اعتبار مخطئاً، ملقياً على عاتقه اتخاذ جميع الاحتياطات اللازمة للحد من المخاطر التي يمكن أن تصيب المريض، وألزمه بالتبصر ليس في الأسباب العادية للحوادث فحسب بل أيضاً في أسبابها المحتملة¹.

لقد سبق وبيننا أن محكمة النقض الفرنسية قد انتهت في قرارها الشهير (Mercier)، بأن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية، وليس بتحقيق نتيجة، وذلك لأن الطبيب غير ملزم بشفاء المريض، وإن كانت هذه العناية من نوع خاص، لارتباط العمل الطبي بعناصر الاحتمال، بحيث يبقى عامل النجاح والفشل قائماً².

لكن إذا كانت النظرة على المسؤولية الطبية من خلال فكرة العلاج، تجعل من غير المتصور أن يكون التزام الطبيب في هذا المجال إلا التزاماً ببذل عناية، لكنها أدت في ذات الوقت إلى طرح تساؤل حول إمكانية تضمين العلاقة الطبية للالتزامات أخرى يمكن أن توصف بأنها التزامات بتحقيق نتيجة.

إن تتبع حركة الفقه والقضاء³ يكشف عن أن إضفاء وصف الالتزام ببذل عناية، على التزام الطبيب بالعلاج، قد صاحبه اتجاه واضح نحو تحليل الأعمال الطبية إلى عناصرها الأولية والنظر إلى كل منها على حدة، في ضوء النتيجة الجزئية المحددة والمرجوة من ورائه. وقد أدى هذا الاتجاه إلى حصر مجال الالتزام ببذل عناية في نطاق العلاج بمعناه التقليدي، أما ما يجاوز ذلك من الأعمال الطبية التي لا تتضمن عنصر الاحتمال فإنها تفرض مساءلة الطبيب عنها لمجرد عدم تحقق النتيجة، ودون حاجة لإثبات إخلال الطبيب بالتزامه.

- والواقع أن القضاء الفرنسي قد تشدد في مسؤولية الأطباء عن الأضرار الناجمة من الأعمال العلاجية، كما لو نشأ الضرر عن التحاليل المخبرية، أو غيرها من الفحوصات التي لا تتعلق بممارسة الفن الطبي. وإذا كان الضرر ناتجاً عن الجرائم التي تصيب رواد

¹ أمجد محمد منصور: المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن الجمادات -دراسة مقارنة، دار العلمية الدولية و الثقافة -الأردن، 2002، ص: 40.

² بسام محتسب الله، ياسين دركزلي: المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، دار الإيمان دمشق سوريا -1984، ص: 200.

³ مصطفى محمد الجمال: المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية، في الفقه والقضاء، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان -2000، ص: 112؛ محمد حسن قاسم: نظرة في تطور المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص: 267؛ علي عصام غصن: مرجع سابق، ص: 128.

المستشفيات. ونلاحظ أن هناك الكثير من الأعمال الطبية، سواء المتعلقة بالواجبات الإنسانية للطبيب أو الأعمال الفنية، يلتزم الطبيب من خلالها بتحقيق النتيجة.

- فبالنسبة للواجبات الإنسانية للطبيب كالسر الطبي وإعلام المريض، فقد رأينا أن محكمة النقض انتهت إلى اعتبار التزام الطبيب فيها هو التزام بتحقيق نتيجة، وأنه يقع على الطبيب عبء إثبات تنفيذه لهذا الإعلام.

كذلك فيما يتعلق بالأعمال الطبية الفنية، والتي تكون بحكم طبيعة الأداء الذي سيقوم به خالية من عنصر الاحتمال، يكون التزام الطبيب فيها التزام بتحقيق نتيجة، ومن بين هذه الأعمال، عمليات الحقن المختلفة والتطعيمات والتحاليل المخبرية، واستخدام الأجهزة والأدوات الطبية والتركيبات الصناعية¹، وعمليات التجميل². وتتجلى الأهمية الأساسية للقول بأن التزام الطبيب في مثل هذه الحالات هو التزام بتحقيق نتيجة، تظهر بلا شك في مجال إثبات الخطأ المدعى به، إذ في هذه الحالة يختلف الإثبات من حيث مضمونه وعبئه اختلافا جوهريا عن حالة القول بكونه التزاما بتحقيق نتيجة³.

فمن حيث المضمون، يعني عدم تحقق النتيجة افتراض الخطأ، فإذا لم يكن المدعي مطالبا بإثبات خطأ الطبيب، فإنه يبقى مطالبا بإثبات وجود التزام الطبيب ومضمونه وعدم تحقق النتيجة. فالقول بأن الطبيب مطالب بتحقيق نتيجة من شأنه أن يعفي المضرور من عبء صعوبة إثبات الخطأ، الواقع عليه أصلا، وبقيامه بإثبات عدم تحقق النتيجة المرجوة، يؤدي إلى افتراض خطأ الطبيب.

وفي هذا الصدد نلاحظ أن الفرق بين التوسع في مجال الالتزام بتحقيق نتيجة أو فكرة الخطأ الاحتمالي، أنه في الخطأ الاحتمالي الافتراض قابل لإثبات العكس⁴، فيستطيع الطبيب نفي وقوع الخطأ من جانبه، وذلك بإثبات أنه بذل العناية المطلوبة منه. أما في حالة الالتزام

¹ أسامة أحمد بدر: مرجع سابق، ص: 198.

² مندر الفضل: المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية -دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان -الأردن، 2000، ص: 53؛ وينظر، شيعاوي وفاء: المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2، 2008، ص: 237.

³ محمد حسن قاسم: نظرة في تطور المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص: 268.

⁴ وهذه القرينة هي قرينة قاطعة، مع العلم أن القرائن القاطعة لا يملك تقريرها إلا المشرع، لذا يصبح من الجائز القول أنه وصف التزام الطبيب بأنه التزام بتحقيق نتيجة، يعني القول بتعلق المريض وإن لم يقررها المشرع إلا أنها تتضمن ذات الأثر الذي يضيفه المشرع على نوع من القرائن التي يملك وحده تقريرها أي القرائن القانونية القاطعة. ينظر؛ محمد حسن قاسم: مرجع سابق، ص: 269.

بتحقيق نتيجة، فافتراض الخطأ غير قابل لإثبات العكس، فلا يكفي الطبيب التخلص من المسؤولية، إثبات أنه قام بالعناية اللازمة، وإنما عليه إثبات الضرر الذي لحق المريض يرجع إلى سبب أجنبي، أو خطأ المريض نفسه، أو خطأ الغير.

ولم يكتفي الفقه والقضاء بهذه الحلول، بل أصبح يتجه إلى التشدد في دفع المسؤولية، وذلك حماية للمضروب، وهذا ما سنتناوله بنوع من التفصيل في هذا الفرع.

الفرع الثالث: الاتجاه نحو التشدد في دفع المسؤولية

من بين الحلول التي قدمها الفقه للمشكلات التي تعترض سبيل المريض للحصول على حقه في التعويض، التشدد في دفع المسؤولية المدنية.

حيث مع تطور وانتشار الآلة والنقل الجماعي الذي أصبح يتميز بالسرعة والقدرة الكبيرة، وأصبحت هذه الوسائل تشكل خطراً كبيراً ومحدقاً على حياة الأفراد، مما يستوجب التعويض عن هذه الأضرار التي تسببها¹.

ولقد كرس المشرع حماية خاصة للمضروب جسمانياً من خلال عدة نصوص قانونية، ومن صورها أنه منع الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية أو الإعفاء منها في حالة ما إذا تعلق الضرر بجسم الإنسان، وتطبيقاً لذلك فقد جرى القضاء الفرنسي على عدم الاعتماد بالشرط الذي بمقتضاه يعفي الطبيب من المسؤولية في حالة ما إذا أصاب مريضه ضرراً ما، حتى ولو كان إدراج هذا الشرط بناء على طلب المريض نفسه. و يرى بعض الفقه أن الطبيب لا يسأل في هذا الفرض إلا إذا توافرت حالة الضرورة، كما إذا كانت عملية جراحية دفعت الحاجة إليها إلى إنقاذ مريض من الموت، وعليه فإن عدم التزام ومسؤولية الطبيب في هذه الحالة إما أن يرجع إلى حالة الضرورة أو إلى عدم الخطأ².

الفرع الرابع: انتشار التأمين و الأنظمة الجماعية للتعويض

يعتبر نظام التأمين من المسؤولية من بين أوجه الحماية القانونية التي كرسها التشريعات المختلفة، من أجل حماية المضروبين بصفة عامة والمضروبين من المخاطر

¹ -Philippe le tourneau et loie cadet : Droit de la responsabilité, Revue internationale de droit comparé. Vol. 48 N°4, Octobre décembre 1996. Dalloz, paris, p. 967

² - Lachaud-Y et Aveline-L: La responsabilité, médicale pour défaut d'information, de l'évolution de la jurisprudence à une nécessaire réforme législative, op.cit. p : 565.

العلاجية بصفة خاصة. وبمقتضاه أمكن للفرد أن يؤمن على أخطائه أيا كانت طبيعة هذه الأخطاء، بشرط ألا تكون أخطاء عمدية¹.

ويحقق هذا النظام للمضرور ميزة الرجوع بالتعويض مباشرة على المؤمن، حيث يركز على أساس توزيع المخاطر بين أفراد المجتمع، حيث يلتزم المؤمن بدفع مبلغ التعويض مقابل دفع الأقساط من طرف المؤمن له. ولقد اتسع نطاق التأمين نتيجة للتطور الذي شهدته المسؤولية المدنية²، وذلك لظهور النظريات التي تنادي بتأسيس المسؤولية على فكرة المخاطر، وظهور المسؤولية اللاخطئية، حيث تطور الأمر في صالح المضرور فلم تعد المسؤولية تقام على الخطأ الواجب لإثبات وحده.

وبناء على هذا التطور أضحت هناك علاقة وطيدة بين التأمين والمسؤولية، تتمثل هذه العلاقة في سباق بينهما، إذ أنه كلما اتسعت دائرة المسؤولية اتسع نطاق التأمين أي يمكن للمؤمن له أن يتحصن خلف المؤمن ليدراً عنه خطر الالتزام بالتعويض. ومن جهة أخرى كلما اتسع نطاق التأمين فإن القضاء يجد في هذا خير مبرر للاتساع في المسؤولية³.

ومما زاد التأمين انتشار تعقد الحياة الحديثة وزيادة مخاطرها، واتجاه التشريع إلى الانتقال بالمسؤولية المدنية من أساسها التقليدي إلى أساس حديث تقوم فيه على فكرة تحمل التبعة⁴.

فضلا عن نظام التأمين سواء كان إجباريا أو اختياريا، فإن من أوجه حماية المضرورين من المخاطر الطبية العلاجية نظام التأمينات الاجتماعية، ذلك أنه بمقتضاه ينتقل الالتزام بالتعويض عن الإصابات التي تحدث أثناء العمل وبسببه من صاحب العمل إلى هيئة عامة تلتزم به، وتكون هي المسؤولة أمام المضرور بالتعويض⁵.

يتخذ هذا النظام صبغة إجبارية لكل من رب العمل والعامل، ويطلق عليه في فرنسا إصلاح الضمان الاجتماعي. والتأمين الاجتماعي نظام كرسه الدول من أجل حماية الطبقة

¹ سعيد السيد قنديل: آليات تعويض الأضرار البيئية (دراسة في ضوء الأنظمة القانونية والاتفاقيات الدولية)، دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية، 2004، ص: 105 وما بعدها.

² طه عبد المولى طه: مرجع سابق، ص: 329.

³ سعيد مقدم: التأمين والمسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص: 33.

⁴ عبد المنعم البدر اوي: "فن التأمين"، ص: 35، مقتبس عن طه عبد المولى طه: مرجع سابق، ص: 330.

⁵ مصطفى محمد الجمال: أصول التأمين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 1، 1999، ص: 11.

العاملة من الأضرار التي قد تلحقها أثناء العمل وتكون السبب في تعطلهم عنه، وذلك بتقديم الوسائل الوقائية والعلاجية، العينية والنقدية، بالقدر الذي يمكن إعادة المضرور فيه إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الحادث. وتقوم هذه الحقوق التي للعامل في مواجهة الهيئة على أساس فكرة التأمين وليس على أساس فكرة المسؤولية أو الخطأ، لذلك فهي لا تتخذ بقدر الضرر بل هي عبارة عن تعويض جزافي لا يستهدف التعويض أو الجبر الكامل للأضرار التي لحقت العامل¹.

ظهر هذا النظام في نهاية القرن 19 استجابة لما ندى به الفقه من ضرورة تأسيس التعويض على فكرة تحمل التبعة بدلا من الخطأ، حيث كانت إصابات العمل تشكل السبب الرئيسي في قصور أحكام المسؤولية المدنية التقليدية كما رأينا، فالضرورات الاجتماعية للعمل أضفت على كل ما من شأنه أن يحول بذل العامل لقواه العضلية والذهنية صفة الخطر الاجتماعي.

- وإذا كان نظام التأمينات الاجتماعية لا يقوم على أساس المسؤولية الخطئية كمبدأ عام²، إلا أن هناك حالات استثنائية تقوم فيها المسؤولية المدنية لرب العمل على أساسا المسؤولية الخطئية، ومع ذلك يستحق العامل تعويضا جزافيا.

و في المغرب صدر القانون الجديد رقم 09.21 المتعلق بالحماية الاجتماعية³، و الذي يستند في بنوده إلى أحكام الفصل 31 من الدستور المغربي الذي أرسى الحق في الحماية الاجتماعية و التغطية الصحية و ذلك حين نص على أن "الدولة و المؤسسات العمومية و الجماعات الترابية، تعمل على تعبئة كل الوسائل المتاحة، لتيسير أسباب استفادة المواطنين و المواطنات، على قدم المساواة، من الحق في: - العلاج و العناية الصحية؛ - الحماية الاجتماعية و التغطية الصحية، و التضامن التعاضدي أو المنظم من لدن الدولة؛..". و حيث شملت الحماية الاجتماعية في قانون رقم 09.21 في مادة الثانية منه على: - الحماية من

¹ رمضان جمال كامل: موسوعة التأمينات الاجتماعية، الأصيل للنشر والتوزيع -طنطا، طبعة الثانية -2001، ص: 328.
² مصطفى صخري: أحكام حوادث العمل والأمراض المهنية في القطاعين الخاص والعام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998، ص: 68.
³ ظهير شريف رقم 1.21.30 صادر في 9 شعبان 1442 (23 مارس 2021) بتنفيذ القانون- الإطار رقم 09.21 المتعلق بالحماية الاجتماعية، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 6975- 22 شعبان 1442 (5 أبريل 2021)، ص: 2178.

مخاطر المرض؛ -الحماية من المخاطر المرتبطة بالطفولة و تخويل تعويضات جزافية لفائدة الأسر التي لا تشملها هذه الحماية؛.." و عليه جاء هذا القانون كهدف منشود من الدولة قصد تعميم الحماية الاجتماعية لكافة فئات المجتمع المغربي، و بلوغ أهم أهدافها التي تقوم على مبدأ التضامن في بعده الاجتماعي و التراخي و بين الأجيال و البين-مهني، الذي يقتضي تظافر مجهودات جميع المتدخلين في المجال الطبي.

وهكذا يمكن القول أن المشرع المغربي وعلى غرار باقي التشريعات الأخرى قد كرس حماية فعالة فيما يخص المضروبين، تجلت مظاهر هذه الحماية في النصوص القانونية التي أصدرها في هذا الشأن من جهة وفي مدى الضمانات التي قدمتها هذه النصوص للمؤمن من جهة أخرى، حيث تأسس لتفعيل آليات ضمان و حماية المرضى من مخاطر الأمراض من خلال الانتقال من فكرة المسؤولية الفردية إلى المسؤولية الجماعية ويعتبر هذا النظام من أهم صور هذا التحول.

إن انتشار نظام التأمين سيشكل لا محال طفرة كبيرة من خلاله سيساهم في اتساع المسؤولية الموضوعية، في التأكيد على أهمية دور التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء. فالنتائج التي أسفرت عن الأخذ بنظرية تحمل التبعة، والمتمثلة في سهولة حصول المصاب على التعويض، تجد مبرراتها في نشوء نظام التأمين من المسؤولية وانتشاره بشكل بلغ درجة الإلزام، وهو أمر جعل من حرية الاتفاقيات أمرا مقيدا في هذا المجال¹.

وقد ظهر ذلك تزامنا مع اتساع مسؤولية الفرد، حيث بات الفرد مسؤولا عن أمور خارجة عن سيطرته، تتعداها إلى أفعال التابعين والجمادات، وهو ما أدى إلى التوجه نحو التأمين، باعتباره الحل الأمثل للوقاية من انعقاد المسؤولية.

وقد ظهر التأمين من المسؤولية الطبية الذي لاقى ازدهارا نتيجة لتفاقم الأخطار، فكلما ازدادت وانتشرت التأمينات، حيث يجسد نظام التأمين من المسؤولية طموح المشرعين

¹ - يلزم المهنيون وفقا لنظام الإلزام أو العقد المفروض باكتتاب عقود التأمين الإلزامي تجنباً لسيطرة المسؤول، وضمائنا لحق المضروب في اقتضاء تعويض جابر لضرره، وإن كان الإلزام قد أتى على كل ما قيل من طغيان مبدأ سلطان الإدارة وانحرافه في التطبيق. إذ لم يعد الناس أحرار في أن يتعاقبوا أو لا يتعاقبوا، ولعل هذا من نتائج المظهر البراق لمبدأ الحرية العقدية الذي كشف الواقع زيفه، إذ ما أن بزغ فجر القرن العشرين، حتى بدأ عرشه يهتز بفعل ظهور المذاهب الاجتماعية؛ ينظر، أمال بكوش: مرجع سابق، ص: 331.

والفقهاء نحو التحرر من قيود القواعد والمفاهيم التقليدية للقانون، بيد أنه يعكس حتمية التطور نحو تفعيل ضمان حق المضرورين في التعويض، بغض النظر عن وجود المسؤول. - وسوف نعرض على سبيل المثال لبعض الأنظمة الحديثة للتأمين في مجال المخاطر العلاجية، نظام التأمين في القانون الفرنسي والبلجيكي.

أولاً: التأمين في القانون الفرنسي

لقد أصدر المشرع الفرنسي سنة 2002¹ قانوناً، ألزم من خلاله الأطباء والمؤسسات الصحية بالتأمين الإجباري من المسؤولية المدنية والإدارية، حيث أوجد حلولاً للعديد من المشكلات القانونية التي تواجه المرض، حيث أنه وإن كان أكد على مبدأ المسؤولية الخطئية للمهنيين والمرافق الصحية، غير أنه وضع على عاتق هذه الأخيرة التزاماً بإصلاح الأضرار الناجمة عن الأمراض، ما لم تثبت السبب الأجنبي، كما ألزم المهنيين بالتأمين الإجباري من المسؤولية، حيث حدد هذا القانون تاريخ 2004/01/01 كتاريخ لبدء المتابعات القضائية للأطباء المخلين بالالتزام باكتتاب عقود التأمين، وقد دخلت حيز التنفيذ بموجب القانون رقم 1577-2002 الصادر بتاريخ 2002/12/30، والمتعلق بالتأمين من المسؤولية المدنية الطبية، والذي مثل ما كان يسعى إليه رجال القانون والطب في فرنسا².

وقد أتاح قانون 30 ديسمبر 2002 اقتسام التعويض المالي للأضرار الناجمة عن العدوى المكتسبة داخل مؤسسات الرعاية الصحية، حيث وضع على عاتق مؤسسات الرعاية الصحية التزام بالتأمين الإجباري للأضرار البسيطة أو الصغيرة³، وتتكلف الدولة ممثلة في المكتب الوطني لتعويضات الحوادث الطبية والعدوى، بتعويض الأضرار الجسيمة التي تسبب وفاة المريض، أو تسبب له عجزاً دائماً تزيد نسبته عن 25%.

والواقع أن بعض نصوص هذا القانون تهدف إلى تشديد الحماية للمضرورين جسمانياً من المخاطر العلاجية وفي نفس الوقت تشدد من مسؤولية المرافق الطبية، فيما يتعلق بالوقاية من الأمراض المكتسبة عن طريق العدوى في المستشفيات، بهدف الوقاية من

¹ Loi de la santé publique, n 2002-303 du 4 mars 2002 art. 89, J.O du 5 mars 2002.

² La loi n° 2002 -1577 datée du 30/12/2002, relative à l'assurance responsabilité civile médicale publiée au, J.O. du 31/12/2002.

³ آمال بكوش: مرجع سابق، ص: 340.

مخاطرها، وقد كفل القانون للمكتب الوطني للتعويضات حق الرجوع على المهني المسؤول عن العدوى¹ في حال ثبوت إخلاله بالتزامه في الوقاية.

قد ألقى قانون جودة النظام الصحي الفرنسي لسنة 2002، على عاتق نظام التضامن الوطني عبء تعويض الأضرار الخارجية عن نطاق ضمان المؤمن، والتي تنشأ في ظروف استثنائية، وذلك بغية تغطية مؤسسات ومهنيي الصحة الذين أقدموا في حالات الضرورة أو الاستعجال على القيام بنشاطات خطيرة وغير مألوفة بشرط ألا يغطيها عقد التأمين المبرم². والواقع أن المشرع الفرنسي قد عمد من خلال هذه القوانين إلى تحديد نطاق التأمين من المسؤولية المدنية، لتتلاءم مع خصوصيات المخاطر الطبية، لاسيما بالنسبة للأضرار غير المباشرة³ أو المتسلسلة، حيث وسع في مفهوم الكارثة، وهي بالنسبة للأضرار الناجمة عن المطالبة القضائية بشأن كافة الأضرار التي تلحق بالمضرور، والتي تعزى إلى التقنية.

ثانيا: نظام التأمين من الحوادث الطبية في القانون البلجيكي:

- أصدر المشرع البلجيكي قانون 2007/05/15 متعلق بضمان مخاطر الرعاية الصحية⁴، تبنى من خلاله نظاما تعويضيا لضحايا المخاطر الطبية العلاجية، يشكل فيه التأمين الإجباري حجر الزاوية، حيث وزع عبء التعويضات بين صندوق تعويض حوادث العناية الصحية، وصندوق الضمان المشترك، ومكتب التسعير، ومؤسسات التأمين.

- وقد نص هذا القانون على ضرورة التأمين في المجال الإلزامي الذي كرسه القانون لا يمكن أن يكيف على أنه تأمين من المسؤولية الطبية، بل هو تأمين على الأشخاص ذو طابع تعويضي، أو كما يطلق عليه، تأمين مباشر من الأضرار⁵.

¹ Art .L 1142-21 du code de la santé publique inséré par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 art. 98 journal officiel du 5 mars 2002.

² فواز صالح: مرجع سابق، ص 145.

³ تعني الأضرار غير المباشرة، تلك الأضرار التي يتأخر ظهورها لفترة طويلة بعد الحادث.

⁴ - Loi relative à la sécurité civile de belge, 15 Mai 2007, disponible sur le site :

[http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/article_body\(...\)](http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/article_body(...)-http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/article_body(...))

⁵ أحيط بهذا القانون غموض، نتيجة عدم تحديده لتكييف قانوني دقيق لهذا التأمين وهو ما أثار جدلا واسعا حول حقيقة هذا النظام، والتساؤل حول ما إذا كان تأميننا عن المسؤولية المدنية لمقدمي الرعاية الصحية، أم تأميننا على المرض، وقد انتهى هذا الجدل بحسمه من طرف مجلس الدولة أنظر قرار رقم 3012/001. ينظر؛ أمال بكوش: مرجع سابق، ص: 351.

ويرى أغلب الفقه البلجيكي¹ أن هذا النظام من قبيل تأمينات الأشخاص، لأنه يشمل تعويض الأضرار الناجمة عن الأخطاء المقصودة وهو ما يتناقض مع قاعدة من القواعد النظام العام، كرستها المادة 8 من قانون 1992/06/25 المتعلق بالتأمين البري، التي تحظر تأمين الأضرار المتعمدة.

وصفوة القول نرى بأن المشرع الفرنسي قد بلغ درجة كبيرة من التطور، حيث وفر ضماناً كبيرة للمضررين من المخاطر الطبية، وهو ما تجسد في القوانين التي أحدثت أنظمة التعويض من خلال الصناديق الخاصة، والتي تتكلف الدولة على أساس التضامن الوطني في تعويضها إلى جانب التعويضات التي تتكلف بها مؤسسات الرعاية الصحية.

الفرع الخامس: الوسائل المكتملة لتأمين المسؤولية عن التشوهات الخلقية

هناك العديد من الحالات التي يجد فيها ضحايا التشوهات الخلقية الناتجة عن الممارسات الطبية، أنفسهم دون آلية تعويض تتكلف بهم، إما لعدم تحديد المسؤول عن الضرر أو لعدم إمكان شركات التأمين من تغطية و تعويض الأضرار الناشئة، أو لعدم وجود صندوق ضمان اجتماعي يوفر لهم ضمان التعويض، ففي هذه الحالة يتعين على الدولة أن تعوّض المتضررين، و لا تتركهم يتحملون الإصابة و يواجهون مصيرهم بمفردهم، فليس في ذلك شيء من العدالة، بأن ترد دعوى المضرور دون تعويض، في حين أن مهمة الدولة هي إحقاق الحق و بسط العدالة.

و تعد هذه الصورة و هي التعويض الكامل من قبل الدولة، أكثر فعالية من المساعدات التي تمنح من الدولة، كونها تتلاءم أكثر مع واقع الأضرار التي تنشأ و تتزايد بسبب الممارسات الطبية، و ما يتخلف عنها من أضرار فادحة بالنفس و المال، لا تجبرها مجرد هبة خاصة، في حالة عدم وجود مسؤول يمكن مقاضاته².

إن الدولة باعتبارها الطرف الأكثر ملاءة مالياً، تعد بمثابة الضمانة الأكبر للمتضررين من جراء الممارسات الطبية و غيرها المؤدية إلى حدوث تشوهات خلقية، في

¹ - J.L Fagnor : éléments du débats sur réforme de la responsabilité médicale en Belgique accident thérapeutique et protection du consommateur, vers une responsabilité sans faute au Québec, Townsville, Bruxelles, 2006, p : 39-40.

² الهيثم عمر سليم: مرجع سابق، ص: 636.

الحصول على تعويض يجبر ما حاق بهم، و يتسم التعويض عن طريق الدولة بخصائص مميزة، فهو مكمل من حيث المبدأ، و تعويض متنوع في طرقه.

و يتسم تدخل الدولة في مجال تعويض المضرورين، بأنه تدخل احتياطي و مفاده أن تدخل الدولة بالتعويض يتسم بالصفة العلاجية التكميلية، حيث لا يظهر دور الدولة بوضوح، إلا في حالة عدم وجود جهة مسؤولة عن تعويض الأضرار، و كذلك في حالة عجز آليات التعويض السابقة، و بذلك يكون دور الدولة مكملًا لنظام التعويض و ليس موازياً له.

كما يتسم تدخل الدولة في تعويض المضرورين من جراء التشوهات الخلقية، بأنه ضروري، و يقصد بالطابع الضروري لتدخل الدولة بالتعويض، أن تتدخل الدولة نتيجة عجز المضرور عن الرجوع على أي جهة أخرى بالتعويض، و يعتبر ذلك أمراً حتمياً لتلبية مقتضيات العدالة، التي ينشده المضرورن، و الحيلولة دون بقاء المضرور بلا تعويض.

خلاصة الفصل الثاني

استخلاصاً لما سبق أنه لضمان حق المضرور في المجال الطبي عموماً، و في مجال الممارسات الطبية الماسة بالجنين على وجه الخصوص و المؤدية إلى تشوهات خلقية، و جبراً للضرر الذي قد يصيبه منها، و بحثاً عن نظام قانوني يكفل له هذا الحق، و لخصوصية بعض الممارسات الطبية الماسة بالجنين و خطورتها، "كالولادة القيصرية، و الإجهاض الإرادي"، نرى ضرورة تطبيق نظام التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية للطبيب و جميع العاملين في المجال الطبي، و كذلك المهن المرتبطة بها، و المنشآت الصحية، كمراكز حفظ و تجميد الأجنة و غيرها لما فيه من المميزات المتقدم ذكرها، بالإضافة إلى إنشاء صناديق الضمان الهادفة إلى حصول الطفل المضرور على التعويض، و ذلك في الحالات التي لا يغطيها نظام التأمين الإجباري، أو الحالات التي لا يمكن فيها إثبات تحقق مسؤولية الطبيب أو الفريق الطبي أو حالات إعسارهم، أو حالات الخطر المستبعد من الضمان، أو عدم كفاية مبلغ التأمين لتعويض الضرر.

خاتمة :

بهذا نكون قد انتهينا من دراستنا لموضوع المسؤولية القانونية عن التشوهات الخلقية للجنين -دراسة مقارنة-، حيث خلصنا فيه إلى أن مشكلة الجنين المشوه، مشكلة إنسانية بالدرجة الأولى، ولها انعكاساتها، على مسؤولية الأطباء والوالدين، والمجتمع. و خاصة أن هذا البحث يدرس جانبا من الحقوق الإنسانية التي ربما تعتبر مهمة نوعا ما، فالدراسات فيه جدا قليلة ولا تصل إلى المستوى الذي يتناسب مع أهميته وحاجته، فالجنين ككائن بشري له حقوق وعلينا التزامات تجاهه شرعا الدين والقانون، يجب المحافظة عليها وحمايتها.

و رأينا مدى دقة هذا الموضوع و أهميته سواء على الصعيد النظري الفقهي أو على الصعيد التطبيقي القضائي، و لعل ما زاد من أهمية هذا الموضوع أنه يتصل بالقانون و الطب معاً، فهو في صميمه دراسة قانونية تتناول صورة من صور المسؤولية، و لكنه من وجهة ثانية يقدم لمن يأخذ من التوليد مهنة له سند مشروعية عمله، و يحدد الإطار الذي ينبغي أن تكون عليه مراحل الحمل بدون تشوهات خلقية و ترتب المسؤوليات عليها، و كي تستقر لها مشروعاتها، و لا تترتب عليها مسؤولية إزاء المولد الذي يباشرها.

كما كان لموضوع الدراسة جانبه الأخلاقي كذلك، إذ كما رأينا أن جانبا كبيرا من القواعد القانونية تحدد مسؤولية المتدخلين في الحمل، إنما تركز على الأخلاق الطبية التي تمثل الرصيد الحضاري لمهنتي الطب و التوليد.

و لما في الوسط الطبي من الزخم في الأفكار المشبعة بالاديولوجيات الأخلاقية، بدأت فيه فكرة السلامة الجسدية تطفو في أفق المسؤولية التعويضية المدفوعة برغبة المجتمع في حماية أفراد من الجري المتسارع لعجلة الحياة، فسلامة الجنين باعتباره أعلى قيمة إنسانية هي أولى بالاعتبار من أي اعتبارات مادية أخرى، يتوجب على القانون حمايتها، في إطار تنظيمه للحرية الفردية باعتبارها أساس كل القيم.

هذه الحرية الفردية التي لا بد أن يتولد عنها -من خلال تطبيقاتها التي تتخذ من الأفعال و النشاطات صوراً لها- نوع من كلية القيم، كافية لتبرير المسؤولية عن نتائج الأفعال و النشاطات التي تلحق ضرراً بالآخرين، حيث تكون نتيجة عادلة لذلك الاختيار سواء كانت تلك الأفعال أو النشاطات مشروعة أو غير مشروعة.

و قد بيّنا في مقدمة هذا البحث أن المشرع لم يتعرض للمسؤولية عن التشوهات الخلقية بنصوص خاصة، إذ ترك حكمها للقواعد العامة في المسؤولية المدنية و الجنائية، مما جعل للفقه و القضاء الدور البارز و الهام في مجال رسم حدود و أبعاد المسؤولية فيها بصفة عامة، و هذا ما جعلنا نرتكن في هذا البحث على ما قال به الفقه و ما ورد في أحكام القضاء في هذا الخصوص كومضة أولى لإنارة الطريق أمامنا نحو رسم حدود و أبعاد المسؤولية عن التشوهات الخلقية و تأصيل أحكامها في نطاق النظرية العامة للمسؤولية القانونية، تأسيساً على أن مهنة التوليد ومتابعة الحمل لا تعدو أن تكون -في حقيقة الواقع- مباشرة لعمل طبي في نوع معين من التخصص، و أن الكلام على المسؤولية المدنية و الجنائية لعمل الطبيب هو في الواقع يتناول بالضرورة أعمال متعلقة بالحمل و التوليد، و كل ما في الأمر أننا قمنا بإبراز النواحي العملية الخاصة بالحمل و الولادة لما تتسم به من جوانب لا تتوافر في العمل الطبي العادي، لأنه إذا كان من المعروف أن من أخطر الأعمال التي يمتهنها الفرد هو اشتغاله بمهنة الطب بصفة عامة، لأن الطبيب و إن كان في ظاهره يتعامل مع الإنسان، إلا أنه في حقيقة الأمر يدخل في صراع مع مجهول داخل هذا الإنسان محاولاً القضاء عليه ليشفيه من علته، و هو يستخدم في كفاحه الوسائل المتاحة له، و حينئذ قد ينجح فيشكر على ما قام به أو يفشل بما قد يثير البحث في إمكانية مساءلته، و يبدو هذا أكثر جلاء فيما لو استعان بالمستحدثات من المستكشفات، و حيث إن الطبيب في التوليد و الحمل وضعه أدق، فهو يتعامل مع فردين آخرين، و أحياناً ثلاثة أو أكثر، فهناك الأم و الجنين أو أكثر، و إلى جوارهما قد يوجد الأب و علاج الفرد من علة قد أَلَمَت به قاصرة عليه. أما الولادة فهي إيجاد حياة من حياة، الأمر الذي ينتظره الكثيرون، فإن خاب رجائهم ووجهت الأنظار إلى الطبيب في محاولة لمساءلته عما وصل إليه الحال.

و إذا كان الجنين قد ظل زمناً طويلاً على هامش اهتمامات القانون المدني لا ينظر إليه لذاته و إنما باعتباره في مسار أن يصبح صاحب حق مالي بعد الولادة، فإنه سرعان ما تطورت الأفكار نحو نظرة أكثر إنسانية للاهتمام به كيانه، مما يحيط به من مخاطر متزايدة، سلبت الفرد حقه في ممارسة خيارات تحقيق سلامته الجسدية بشكل يخل بالتوازن في العلاقات بين الأفراد.

و قد اتضح لنا أن السلامة الجسدية للجنين رغم قدم وجودها كمعطى اجتماعي يشكل محور اهتمام النظم القانونية، غير أن أهميتها لم تكن محط حماية واقعية بل تعززت بين أولويات المجتمع التكنولوجي الحديث، الذي عرف تغيرا جذريا في القيم المسيطرة على سلوك أفراده التي تأثرت بشكل مباشر بهذه الثورة التكنولوجية الحديثة، فباتت السلامة الجسدية من أكثر الحاجات الإنسانية إلحاحا على ضرورة تطوير وسائل الحماية القانونية لملاحقة متغيرات العصر، مما جعل هذه الفكرة بجوانبها الاجتماعية الهامة تشغل فكر رجال القانون ابتداءً من القرن التاسع عشر و تدفعهم للبحث عن سبل تطوير قواعد المسؤولية تطويرا يتحقق معه الهدف منها.

و في إطار الموازنة بين رغبة المجتمع في تحقيق السلامة الجسدية لأفراده عن طريق تكريس الالتزام بضمان السلامة، و بين المسؤولية عن الخطأ بمرجعيتها الأخلاقية، تتضح العلاقة الجدلية التي مؤداها أنه كلما زادت مساحة الحماية التي يسبغها القضاء و الفقه على الجنين المضرور في الحوادث الجسدية، اتسع نطاق المسؤولية، مبتعدا أكثر فأكثر عن فكرة الخطأ و متخذا من التشديد على محدث الضرر مظهرا له. و من هنا يمكن استخلاص الاتجاه الحديث نحو التوسع في المسؤولية و الاعتدال في التعويض الذي يمثل النظرة الحديثة للمسؤولية التي تراعي المضرور في المقام الأول.

إن الخطأ الذي يرتكبه عضو من أعضاء الخدمة الطبية و هو بصدد قيامه بمهنته أثناء الحمل يستوجب مسؤوليته سواء المدنية أو الجنائية فيما يتصل أو لا يتصل بالأصول الفقهية لمهنة الطب، و بغض النظر عن درجته، و هذا الخطأ قد يكون ذا طبيعة عقدية في حالة وجود عقد مبني على توافق، و الطبيعة القانونية للخطأ لا تؤثر في معرفة من يقع عليه عبء الإثبات، و إنما طبيعة التزام ببذل عناية و جهد، و هنا يقع عبء الإثبات على المدعي – غالبا يكون أحد الأبوين للجنين أو الطفل المشوه- أما في حالات استثنائية فإن طبيعة الالتزام تكون بتحقيق نتيجة، الأمر الذي يلقي بعبء الإثبات على عاتق المعالج، و تقوم قرينة لمصلحة الجنين أو الطفل بمجرد عدم تحقيق النتيجة المطلوبة، و لجهة نظر القضية الحق في تقدير مسلك المعالج على ضوء الوقائع الموجودة أمامه عن طريق مقارنة سلوكه بسلوك الوسط من أهل مهنته، وفقا للمعيار الموضوعي، كما و أن لهذه الجهة أن تستعين بأهل

الخبرة الفنية مع عدم الإلزام بالأخذ به، و الأخطاء الطبية كثيرة جداً منذ بداية الحمل حتى ولادة الوليد من الناحية العملية و متعددة بتعدد الوظائف التي يقوم بها عناصر الخدمة الطبية في علاقتهم مع الأم الحامل، مما يجعل حصر هذه الأخطاء أمراً يصعب تحقيقه.

إن تحديد الخطأ في إطار المسؤولية الطبية عن التشوهات الخلقية يحتاج للكثير من البحث و الجهد، و مع ذلك قد لا يتم هذا التحديد، لما يحيط هذا الخطأ من غموض و ملاسبات و ذلك لكثرة الأسباب التي تدخل في تشكيل الخطأ أثناء الحمل مروراً بالولادة.

و قد أكد أغلب الفقه و القضاء على ضرورة إعلام المريض بصورة دقيقة و تفصيلية بالنسبة للأعمال الطبية غير العلاجية باعتبارها لا تهدف إلى الشفاء من مرض معين، حيث يلتزم الطبيب فيها بإعلام المريض بجميع المخاطر المتوقعة و كذا المخاطر الاستثنائية الوقوع، كما هو الحال في عمليات جراحة التجميل مثلاً. عكس الأعمال الطبية العلاجية التي اختلفت حولها الآراء، و يرى البعض منهم أنه يجب على الطبيب إعلام المريض بحقيقة حالته مهما كانت نوع المخاطر المحتمل حدوثها، فمن حق المريض -الأم و الجنين- أن يكون سيد نفسه، و بالتالي لا يجوز إجراء أي تدخل علاجي، من حيث المبدأ، إلا بعد تبصير المريض تبصيراً كاملاً، و الحصول على موافقته.

و رغم أن القضاء المغربي شهد تطوراً كبيراً في هذا الموضوع منذ عهد الحماية بارتباط مع تكييف العقد الطبي، و كيفية إثبات الخطأ الطبي، و كذا الولوج للملف الطبي، مع الاستناد إلى مبدأ عام "المخطئ هو من يتحمل التعويض"، إلا أن هذا التحول يبقى قاصراً، خاصة في مجال إثبات الخطأ الطبي.

لذلك أضحي من الضروري إحاطة هذه التطورات العلمية بضمانات تشريعية من أجل كفالة احترام الشخصية الإنسانية للجنين، و رعايتها بأكبر قدر ممكن في جميع الظروف. و قد وقفنا خلال دراستنا هذه على سعي معظم الدول إلى حماية صحة مواطنيها، و تعزيز حقوق المرضى عن طريق إصدار نصوص تشريعية تنظم العلاقة بين الطبيب و المريض -الحامل-، في ظل التزايد المستمر للمخاطر الطبية، و أصبح الحق في المعلومة و الصحة من الحقوق الأساسية للإنسان و ضمنت كمبادئ دستورية في مجموعة من الدول.

كما أنه مهما وصل تقدم النصوص القانونية في تنظيم العلاقة بين الطبيب و المريض و كفالة الحقوق الأساسية لهذا الأخير، فإن ذلك يقتضي من جهة توعية مستهلكي الخدمات الطبية بحقوقهم قصد تنزيل تلك النصوص على أرض الواقع، كما نأمل أن يساير القضاء عندنا التطورات التي شهدتها المسؤولية الطبية في البلدان الغربية كفرنسا مثلاً، و ذلك بالتأكيد على إلزام الطبيب بإعلام المريض بصورة واضحة و دقيقة، و سد النقص الموجود حالياً في هذا المجال.

و في سبيل معالجة القصور التشريعي في تنظيم العلاقة بين الطبيب و المريض فإن تدخل المشرع ضروري لوضع مدونة للصحة العامة كما هو عليه الحال في فرنسا، و ذلك بتحيين النصوص القديمة و الارتقاء بها إلى مستوى القانون كمدونة السلوك الطبي، و تجميع النصوص القانونية الحالية في مدونة واحدة إذ أن تركها في شكل قوانين متفرقة كما هو عليه الحال، يصعب على طرفي العقد الطبي الإلمام بها و الإطلاع على مقتضياتها.

لقد بدا من ثنايا هذا البحث المتواضع، كيف أنه قد يكون من قبيل الإغراق في الوهم الاعتقاد بأن بوسع المهتم في المجال الطبي أن يتوصل إلى حلول سحرية تجعل النظر في التدخل المهني و الاخلالات التي قد تنتج عنه مسألة بسيطة على اعتبار أن البحث عن تغطية شاملة يبقى أمراً مستحيلاً، خاصة في ظل تداخل ما يعتبر من المسائل العادية، و ما يعد من المسائل الفنية و التي تستعصي في غالبيتها على التحديد الدقيق.

و لما كانت الأخطار الطبية يصعب في الواقع تغطيتها بالنظر إلى حجمها، فإن إدارتها تصبح أمراً ضرورياً من أجل توفير تغطيات تكميلية أو حماية بديلة أكثر فعالية.

غير أنه، أيا كانت إدارة الأخطار الطبية، فإن التغطية التأمينية هي السبيل الوحيد لإقرار الحماية القانونية اللازمة للجنين من التشوهات الخلقية، تحقيقاً لمبدأ التوازن الاجتماعي.

و تأمين المسؤولية الطبية يجب أن يفهم ليس فقط باعتباره تأميناً لمسؤولية الطبيب المدنية، و إنما باعتباره تأميناً على القيم الإنسانية للفرد، و صون حقه في السلامة الجسدية، باعتباره الهدف المنشود.

و عليه فإنه لا يسعنا مما سبق إلا الإدلاء بمجموعة من الملاحظات سواء القانونية منها أو القضائية من جهة ثانية:

✓ فعلى المستوى التشريعي يتبين لنا بأن تعذر تغطية حق الجنين في سلامته الجسدية ليس وليد النصوص القانونية، وإنما هو واقع أملت الظروف التاريخية لممارسة مهنة الطب والتي سعت و لا زالت على ترسيخ فكرة مفادها أن فئة الأطباء مثالية و متميزة داخل المجتمع، تقوم بأعمالها و تدخلاتها بعيداً عن كل إطار قانوني يحدد واجباتها و المسؤوليات الملقاة على عاتقها.

فضلا عن هذا، فإن إقرار الوقاية و السلامة ضروري لحماية الجنين المشوه يقتضي تدخلا تشريعيا يلزم الأطباء التأمين على مسؤوليتهم التي تعزى إلى أخطائهم أو إهمالهم، و أملنا معقود في ذلك على تأسيس المسؤولية الطبية على أساس الالتزام بضمان السلامة، و العلة في ذلك ترجع إلى كون التدخل الطبي أصبح يعتمد في آلياته على تقنيات حديثة شأن النظائر المشعة و الأجهزة الإلكترونية.

✓ أما على المستوى القضائي، فإن المتتبع للأحكام القضائية الصادرة في هذا المجال، لا شك و أنه يلمس نوعاً من المحاباة بين الأطباء و القضاة الموضوع، و هو الرأي الذي تبناه العديد من الفقه سواء الفرنسي أو المغربي... و بهذا الشأن نشير إلى أن الأمر لا يتعلق بمحاباة بين الأطباء و القضاة بقدر ما هو محاباة مهنية بين الأطباء فيما بينهم (الممارسون و الخبراء)، و هو ما يتعين معه أن يكون تعامل القضاء مع تقارير الخبرة الطبية يتم بشيء من الحذر و الحيطة.

الغالب في قضايا التشوهات المعروضة على القضاء تحكم بالتعويض أو الغرامة.
قلة القضايا الطبية للتشوهات المحدثّة، نظراً لجهل الناس بحقوقهم و بالتالي عدم اللجوء إلى القضاء.

الاستنتاجات:

فيما يخص مدى مواكبة التشريع و القضاء لمختلف التطورات:
يختلف الخطأ الطبي عن غيره من الأخطاء بسبب ما له من تأثير مباشر على حياة الجنين و صحته، غير أن المشرع من خلال قانون الصحة الحالي لم يساير التطورات العلمية

المستمرة في ميدان الطب، ضبطاً مفهوماً لهذا النوع من الخطأ و الضرر القابل للتعويض، تاركاً ذلك لاجتهاد من الفقه و القضاء.

فيما يخص مدى حماية حقوق المتضررين:

إن الإثبات في المجال الطبي يكتسي أهمية بالغة، تنبع من توقف نتيجة الدعوى عليه، غير أن أعمال مبدأ (عبء الإثبات يقع على المدعى) في دعاوى المسؤولية على المؤسسات الصحية، يعد غير كاف لحماية حقوق المتضررين من النشاط الطبي لهذه المؤسسات، حيث يجعل من مهمة المريض بصفته مدعياً شبه مستحيلة، نتيجة للصعوبات العديدة التي قد تعترضه في ذلك.

فيما يخص الإثبات و الحق في التعويض:

تتفرد الخبرة الطبية بدور بارز في الإثبات، حيث تعتبر الوسيلة التي يمكن من خلالها تحقيق التقاطع بين المجال الطبي و المجال القانوني، مما أدى بالقاضي إلى جعلها ملزمة ضمناً حيث فعله في العديد من القضايا المتعلقة بالنشاط الطبي للمؤسسات الصحية، على الرغم من أنها ذات طبيعة استثنائية مما يوفر حماية أكثر للمتضررين، غير أنه تبقى تعثرها عدة شبهات، أبرزها مدى حياد الخبير تجاه زميله الطبيب محل المساءلة.

يشكل الملف الطبي للمريض بالمؤسسات الصحية وثيقة هامة حيث يلعب دوراً بارزاً في الإثبات، و تمكن المتضرر من المحافظة على حقه في التعويض، مما يستوجب إحاطته بعناية فائقة من قبل مسؤولي هذه المؤسسات حماية لحقوق المتضررين من نشاطها الطبي. إن حق الضحية (الجنين و الطفل المشوه) في التعويض ينشأ من يوم وقوع الضرر، غير أن تقديره في مجال المسؤولية الطبية يعد عملية دقيقة و معقدة و متداخلة، لذا يجب أن يكون يوم النطق بالحكم، مع الاحتفاظ بإمكانية مراجعة القيمة المحكوم بها في حالة تفاقم الضرر مستقبلاً.

إن الاستعانة من الناحية الطبية شيء، و الجواز شرعاً و قانوناً شيء آخر تماماً، و من هنا تأتي ضرورة تدخل القانون لرسم حدود الدائرة التي لا يجوز لرجل الطب في علاقته مع الجنين المصاب بتشوهات خلقية أن يتجاوزها، و رسم هذه الحدود رغم صعوبتها، يعني أن ما هو ممكن طبياً أصبح -أيضاً- جائزاً شرعاً و قانوناً، مما يعني إضفاء الشرعية على

الممارسات التي تتم داخل حدود هذه الدائرة، و بذلك يجب أن يقوم رجل القانون بدور مزدوج، تقدير النتائج و الآثار التي تترتب على التطورات و الاكتشافات العلمية و الطبية في مجال التشوهات الخلقية من ناحية و إعداد الإجابة الملائمة للتساؤلات و المشاكل الكثيرة و الدقيقة التي تثيرها هذه الاكتشافات من ناحية أخرى.

المقترحات

بالرغم مما قد تتعرض له المرأة الحامل أثناء فترة الحمل من مشاكل تؤثر على صحتها و صحة جنينها. فإنه يجب على جميع الحوامل خلال فترة الحمل أن يحرصن كل الحرص على صحتهم و صحة الأجنة، طيلة مدة الحمل إلى وقت الولادة. بحيث يجب عليها أن تتحصن بمجموعة من الاحتياطات قبل و أثناء الحمل حتى تقي نفسها و جنينها من حدوث مشاكل تعرض جنينها للتشوهات الخلقية أو تؤدي إلى الإجهاض، أو وفاة الطفل في بطنها.

يجب على الراغبين في الزواج القيام بفحص طبي، و الذي يشمل الفحوصات المتعلقة بمدى إمكانية أيا من الطرفين حمله أمراضاً قابلة للإنتقال و كذا فحوصات الكشف من الأمراض الوراثية لمعرفة قدرة الخاطبين على الزواج و إنجاب أطفال سالمين.

و حتى لا يولد الطفل يحمل إعاقة طيلة حياته، و قبل التحصن بالاحتياطات و جب على الأم الحامل أن تتعرف على الأسباب التي تؤدي إلى تشوهات الأجنة، و من تلك التشوهات ما يكون ظاهرياً، و منها ما يكون خفياً.

يجب على المشرع العربي بصفة عامة و المشرع المغربي بصفة خاصة أن يأخذ بعين الاعتبار التقدم العلمي المذهل في مجال الجينات، و تقنية الهندسة الوراثية، و إصدار القانون اللازم لتنظيم التعامل مع هذه التقنيات قبل فوات الأوان مع الوضع في الاعتبار الأبعاد المتعلقة بحقوق الجنين و تحقيق كرامته و حماية الأمن و المصلحة العامة مع الاستفادة بما حققه هذا المجال من مصالح جمة للفرد و الجماعة.

و المبادرة إلى إصدار التشريعات التي تضع الضوابط القانونية الملزمة لتقنية الهندسة الوراثية في مختلف المجالات الطبية و الغذائية.

يجب وضع العديد من الضوابط و القيود التي تمنع إساءة استخدام الأجنة المجهضة في التجارب العلمية و الجنوح بها عن الهدف المنشود، دون أن نغلق أبواب الطموحات العلمية و

التقنية النافعة أمام العلماء. لما لهذه التجارب من مصالح في تحقيق مصلحة الإنسان في حفظ حياته و علاجها من الآفات و الأمراض على أن يتم ذلك في إطار ما تسمح به أحكام الشرع التفصيلية و قواعده العامة. أما إذا كان الهدف من إجراء التجارب العلمية على الأجنة هو التوسع في تلبية شهوة البحث العلمي، أو التوسع في طلب مشتريات الإنسان، كاستخراج بعض مستحضرات التجميل من الأجنة، فهذا يعد من المصالح التي لم يعتبرها الشارع، و إن اعتبرها الناس و اعتقدوا أنها مصالح، و ذلك لأن العبرة في المصلحة و المفسدة بما يراه الشارع لا بما يراه الناس و ينبع من أهوائهم.

وجوب إجراء الدراسات اللازمة نحو إصدار تشريعات للبحوث العلمية و الطبية تتضمن الضوابط الآتية:

- التزام الباحثين بضوابط الأخلاقيات الطبية و العلمية.
- قصر بحوث العلاج الجيني على التجارب التي تجرى على الخلايا الجسدية و منع تناولها للخلايا الجنسية بهدف تعديل محتواها من المادة الوراثية.
- حظر غرس الأجنة البشرية المنتجة معملياً و المعدلة جينياً في أرحام النساء بغرض إنتاج أطفال تجارب البشرية.
- كما نوصي بضرورة إصدار قانون ينظم عمليات تطبيق تقنيات الهندسة الوراثية و الاستنساخ يمنع العبث و منع أي ضرر محتمل أن يقع على الجنين و الإنسان.
- نوصي المشرع المغربي أن ينظم عملية المساعدة على الإنجاب من خلال مساءلة الطبيب عن جميع ما يقع منه على جسم المريض من عمد، أو خطأ جسيم أو يسير ووضع الضوابط اللازمة لذلك، و تحديد نطاق مسؤولية الطبيب لممارسة مهنته قبل أن تضرب الفوضى التناسلية و العرقية الجينية أطنابها.
- يجب تكثيف مؤسسات التأمين و صناديق التكافل الجماعي و الاجتماعي الكفيلة بتفادي بقاء متضررين من التشوهات الخلقية دون تعويض خاصة بالنسبة للخدمات المقدمة في إطار المساعدة على الإنجاب، مع التوسع في السلطة التقديرية للمحكمة في ذلك، و عدم بقائها رهينة مقيدة بعمليات حسابية دقيقة.

لائحة المصادر و المراجع:

أولا : القرآن الكريم، برواية ورش عن الإمام نافع، مؤسسة محمد السادس لنشر المصحف الشريف، مطبعة الفضالة -المحمدية، طبعة 2017.

ثانيا: الكتب الفقهية:

✓ ابن القيم الجوزية شمس الدين محمد بن أبي بكر: "الطب النبوي"، دار مكتبة الحياة، بيروت -لبنان، الطبعة الأولى (1407هـ).

✓ ابن القيم الجوزية، "التبيان في أقسام القرآن"، دار الكتب العلمية، بيروت، ط الأولى 1982م.

✓ ابن قيم الجوزية؛ محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي، أبو عبد الله، شمس الدين "تحفة المودود بأحكام المولود"، مجمع الفقه الإسلامي بجدة، الطبعة الأولى (1391هـ/1971م).

✓ ابن القيم الجوزية، الامام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي: "كتاب زاد المعاد في هدي خير العباد"، المجلد الرابع، مؤسسة الرسالة -لبنان، الطبعة الثالثة 1418هـ/ 1998م.

✓ ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي، أبو عبد الله، شمس الدين: "كتاب الروح"، مجمع الفقه الاسلامي بجدة -دار عالم الفوائد، م 1، الطبعة الأولى -1432هـ.

✓ أبي بكر محمد بن عبد الله بن العربي المالكي: أحكام القرآن (ابن العربي)، ج 1، دار الكتب العلمية بيروت -لبنان، الطبعة الثالثة -1424هـ/ 2003م.

✓ ابن كثير، "مختصر تفسير ابن كثير"، ج 2 و 3، دار القرآن الكريم، لبنان -بيروت، ط السابعة 1402هـ/ 1981م.

✓ أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى 505هـ): "إحياء علوم الدين"، ج 4، دار المعرفة - بيروت، 1356هـ.

✓ أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي: "كتاب الديات"، ج 4، الناشر المكتبة العصرية، صيدا - بيروت.

✓ أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي الأندلسي، "المنتقى شرح موطأ الإمام مالك"، ج 7، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط الأولى 1222هـ.

✓ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم بن غالب بن صالح بن خلف بن معدان بن سفيان بن يزيد الأندلسي القرطبي ابن حزم: "المحلي بالآثار"، ج 5 و 11، د.س.

✓ أبو الأشبال حسن الزهيري آل مندوه المنصوري المصري، صحيح مسلم، "كتاب الجهاد و السير، باب في غزوة حنين"، ج 3، المطبعة المصرية -القاهرة، الطبعة الأولى 1929.

- ✓ أبو الحسن نور الدين محمد بن عبد الهادي السندي: "كتاب الطب"، ج 2، دار الفكر – بيروت، د.س.
- ✓ أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: 450هـ): "الحاوي الكبير"، ج 12، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى -1419هـ/1999م.
- ✓ أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفى: 606هـ): "التفسير الكبير"، ج 23، الناشر دار إحياء التراث العربي – بيروت، الطبعة الثالثة - 1420هـ.
- ✓ أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي (المتوفى: 474هـ): "المنتقى شرح الموطأ"، ج 6، الناشر دار الكتاب الإسلامي، القاهرة - الطبعة: الثانية -1332هـ.
- ✓ أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني (المتوفى: 855هـ): "البنية شرح الهداية"، ج 10، الناشر دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان الطبعة الأولى -1420هـ/2000م.
- ✓ أبي الفرج عبد الرحمان بن علي بن محمد بن الجوزي، "أحكام النساء"، الباب التاسع و الثمانون في إثم المرأة إذا تعمدت الإسقاط، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط الأولى 1417هـ/ 1997م.
- ✓ أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد الحفيد، "بداية المجتهد و نهاية المقتصد"، ج 7- ج 11- ج 2، دار الكتب العلمية، ط الأولى 1994.
- ✓ أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي: "قواعد الأحكام في مصالح الأنام"، ج 1 و 2، دون دار النشر، 1414هـ/ 1991م.
- ✓ أبي جعفر محمد جرير الطبري، "جامع البيان في تفسير القرآن"، ج 17، المطبعة الكبرى الأميرية -ببولاك، مصر، ط الأولى 1368هـ.
- ✓ أحمد بن محمد بن حنبل: "المسند"، ج 5، دار المعارف -مصر، 1377هـ/1957م.
- ✓ أحمد بن غانم بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهرى المالكي: "الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني"، الناشر دار الفكر، تاريخ النشر 1415هـ - 1995م.
- ✓ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: "فتح الباري بشرح صحيح البخاري"، ج 4 و 12، دار المعرفة -بيروت -لبنان، د.س.
- ✓ أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ: "المصباح المنير في غريب شرح الكبير"، دار المعارف – القاهرة، الطبعة الثانية، د.س.
- ✓ أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن تيمية: "السياسة الشرعية"، طبعة دار عالم الفوائد للنشر و التوزيع، سنة 1429هـ.

- ✓ أحمد محمد كنعان: "الموسوعة الفقهية الطبية"، دار النفائس - بيروت ، 2000م.
- ✓ أحمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوي الحنفي: "حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح"، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة الأولى 1418هـ-1997م.
- ✓ أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، "فتح الباري"، ج 11، الناشر دار المعرفة - بيروت، 1379.
- ✓ أحمد بن الشيخ، حجازي الفشني: "المجالس السننية في الكلام على الأربعين النووية"، الناشر مطبعة الكستلية - القاهرة، د.س.
- ✓ أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، "المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي"، كتاب الجيم، ج 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 1485هـ/1965م.
- ✓ أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي: "تحفة المحتاج بشرح المنهاج"، ج 7، الناشر دار إحياء التراث العربي - بيروت، بدون طبعة، سنة 1357هـ - 1983م.
- ✓ إبراهيم بن موسى الخمي الشاطبي، "الموافقات في أصول الشريعة"، ج 1، دار الكتب العلمية - لبنان - بيروت، الطبعة الأولى - 1425هـ/2004.
- ✓ المهدي لدين الله أحمد بن يحيى ابن المرتضى: "البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار"، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى - 1368هـ/1947م.
- ✓ السرخسي شمس الدين: "المبسوط"، دار المعرفة - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى 1409هـ/1989م.
- ✓ الإمام حافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت 852هـ)، "فتح الباري الباري في شرح صحيح البخاري"، ج 9، الطبعة الأولى، دار الريان للتراث، القاهرة، 1987.
- ✓ الإمام النووي: "الأذكار، باب ما يقول إذا نظر في المرأة"، دار الريان للتراث، الطبعة الأولى 1408هـ - 1988م.
- ✓ الإمام أبي العباسي أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي: "الفروق"، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى 1418هـ/1998م.
- ✓ السيد سابق: "فقه السنة"، المجلد الثاني، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة - 1977م 1397هـ.
- ✓ الحسن علي بن محمد الأمدى: "الإحكام في أصول الأحكام"، دار الكتاب العربي - بيروت، الطبعة الأولى (1404هـ).
- ✓ حسن أبو الأشبال الزاهيري: "كتاب شرح صحيح مسلم"، المكتبة الشاملة، ج 3 ص 3، ينظر في الانترنت؛ www.al-maktaba.org.
- ✓ الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبى القرشي المكي (المتوفى 204هـ): "الأم"، ج 6، دار المعرفة - بيروت، سنة النشر 1410هـ/1990م.

- ✓ جلال الدين السيوطي: "فتح الجليل"، ج 4، مؤسسة الريان للطباعة و النشر، سنة 2002م.
- ✓ زين الدين ابن نجيم الحنفي ابن عابدين: "البحر الرائق شرح كنز الحقائق"، ج 1 و 4، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى - 1418هـ / 1997م.
- ✓ زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامي، البغدادي، الحنبلي (المتوفى: 795هـ): "جامع العلوم و الحكم"، ج 2 و 4، الناشر الفاروق الحديثة للطباعة والنشر - بيروت، الطبعة الثانية - 1424هـ - 2003م.
- ✓ زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري (المتوفى 1031هـ): "فيض القدير شرح الجامع الصغير"، الناشر المكتبة التجارية الكبرى - مصر، الطبعة الأولى - 1356هـ.
- ✓ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، "نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج"، ج 1 و 8، شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط الأولى 1997م.
- ✓ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير"، ج 2 و 4، دار إحياء الكتب العربية، د.س.
- ✓ شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: 977هـ): "مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج"، الناشر دار الكتب العلمية - الطبعة الأولى، 1415هـ / 1994م.
- ✓ شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني الألوسي (المتوفى: 1270هـ): "روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني"، ج 29، الناشر دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة الأولى - 1415هـ.
- ✓ عبد الباقي الزرقاني، "شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك" ج 4، دار الفكر - بيروت، د.س.
- ✓ علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى 587هـ): "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع"، ج 7 و 10، الناشر دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1406هـ - 1986م.
- ✓ عبد الله محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي (المعروف بابن القيم): "إعلام الموقعين عن رب العالمين"، ج 2، دار الجيل لبنان - بيروت 1973م.
- ✓ علي حيدر: "دُررُ الحُكام شرح مجلة الأحكام العدلية مادة 31"، دار عالم الكتب للنشر و الطباعة - الرياض، 2003م.
- ✓ عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى 911هـ): "الأشباه و النظائر"، القاعدة الحادية عشر، دار الكتب العلمية الطبعة الأولى، 1411هـ - 1990م.

- ✓ علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي الحنفي: "معين الحكام"، ج 1، مطبعة الميمنية - القاهرة، 1310هـ/1892.
- ✓ علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: 816هـ): "كتاب التعريفات"، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة الأولى 1403هـ - 1983م
- ✓ علي أحمد الندوى: "القواعد الفقهية" دار القلم - دمشق - بيروت، الطبعة الثالثة - 1414هـ/1994م.
- ✓ فوزي محمد فوزي فيض الله: "نظرية الضمان في الفقه الإسلامي"، مكتبة دار التراث - الكويت (1403هـ).
- ✓ فؤاد عبد المنعم أحمد: "الإجماع"، دار الدعوة - الإسكندرية - الطبعة الثالثة (1402هـ).
- ✓ مالك ابن أنس، "المدونة الكبرى"، كتاب الديات، وزارة الأوقاف السعودية، مطبعة السعادة، طبعة الأولى 1324هـ.
- ✓ محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي: "مختار الصحاح"، الناشر مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده بمصر، 1950م.
- ✓ محمد بن يزيد بن ماجة القزويني أب عبد الله، "سنن ابن ماجة"، كتاب الديات - باب: القاتل لا يرث، دار الفكر، بيروت - لبنان، ط الأولى 1424هـ / 2003م.
- ✓ محمد سلام مذكور: "الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي - بحث مقارنة"، ط1، دار النهضة العربية - 1969.
- ✓ محمد فوزي فيض الله: "نظرية الضمان في الفقه الإسلامي"، الناشر مكتبة التراث الإسلامي - الكويت، طبعة الأولى، سنة 2000.
- ✓ محمد فياض: "إعجاز آيات القرآن في بيان خلق الإنسان"، دار الشروق للنشر - مصر، الطبعة الأولى 1420هـ - 1999م.
- ✓ مسلم في صحيحه: "كتاب القدر، باب كيفية خلق آدمي"، ج 8، طبعة دار الحديث القاهرة 1422هـ - 2001م.
- ✓ مسلم بن الحجاج النيسابوري: "كتاب الإمارة من صحيح مسلم"، ج 3، الناشر الهيئة العامة للعناية بطباعة و النشر - الكويت، الطبعة الأولى 1436هـ / 2014م.
- ✓ محمد شلتوت: "المسؤولية المدنية و الجنائية في الشريعة الإسلامية"، دار القلم - القاهرة، د.س.
- ✓ موقف الدين أبي عبد الله بن أحمد بن محمود ابن قدامة، "المغني لابن قدامة المقدسي"، الجزء الأول، بيت الأفكار الدولية، بيروت - لبنان، 2004.
- ✓ موفق الدين ابن قدامة، "المغني"، كتاب الديات، ج 6 و 7 و 10 و 12، دار عالم الكتب، ط الثالثة 1417هـ / 1997م.
- ✓ محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله (المتوفى: 256هـ): "كتاب بدء الخلق - باب ذكر الملائكة"، ج 4، بدون دار النشر، سنة 1401هـ / 1981م.

- ✓ محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله البخاري: "كتاب الأحكام"، ج 6، دار طوق النجاة - دمشق، الطبعة الأولى، 1422هـ.
- ✓ محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني: "البحث المسفر عن تحريم كل مسكر ومفتر"، ج 1، الناشر دار البخاري - المدينة المنورة - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1415هـ.
- ✓ محمد مرتضي الحسيني (1791م/1205هـ): "فردوس الحكمة في الطب"، مطبعة آفتاب، (برلين 1346هـ/ 1928م).
- ✓ مصباح المتولى السيد حماد: "حكم الإجهاض وما يثار حوله من أقوال بعض المعاصرين - دراسة فقهية مقارنة"، الناشر الإيمان للطباعة، الطبعة الأولى (1421هـ - 2000م).
- ✓ محمد أمين بن عمر عابدين: "رد المحتار على الدر المختار، حاشية ابن عابدين"، ج 3 و 4 و 6 و 10، دار عالم الكتب للطباعة و النشر، د.ب.س.
- ✓ محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى 1101هـ): "شرح مختصر خليل الخرشي"، ج 7، الناشر دار الفكر للطباعة - بيروت، ب.ب.س.
- ✓ محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي أبو عبد الله: "الجامع لأحكام القرآن"، ج 6 و 10 و 12 و 19، الناشر مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى 1427هـ/ 2006م.
- ✓ منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى 1051هـ): "كشف القناع عن متن الإقناع"، الجزء الأول، الناشر دار الكتب العلمية - بيروت، 1403هـ/ 1983م.
- ✓ شرف القضاة: "متى تنفخ الروح في الجنين؟"، دار الفرقان - عمان - الأردن، الطبعة الأولى - 1410هـ/ 1990م.
- ✓ يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي الحوراني، النووي، الشافعي، أبو زكريا، محي الدين: "روضة الطالبين"، ج 7، الناشر دار ابن حزم للطباعة و النشر، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى - 1423هـ/ 2002م.
- ✓ يحيى بن حسين بن أبي أحمد الديار يكري للحفصكي: "الدار المختار"، دار الفكر لبنان - بيروت، الطبعة الثانية (1386هـ).

• المعاجم :

- ✓ أبو الفضل جمال الدين ابن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، "لسان العرب"، ج 4 و 6 و 7 و 13 - باب النون، فصل الجيم، دار صادر بيروت، لبنان، ط الأولى 1410هـ/ 1990م.
- ✓ أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، "معجم مقاييس اللغة"، ج 2 و 3 و 5، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع - بيروت، ط الأولى 1399هـ/ 1979م.
- ✓ إبراهيم مصطفى و آخرون: "مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط"، ج 1، الناشر دار الدعوة - بالقاهرة، د.ب.س.

- ✓ ابن سهيل الطبري: "فردوس الحكمة في الطب"، مطبعة آفتاب -برلين (1346هـ/ 1928م).
- ✓ أحمد بن علي الفيومي المقرئ: "المصباح المنير في غريب الشرح الكبير"، ج 2، طبعة الجيب، مكتبة لبنان، دون سنة.
- ✓ ابن سيده، أبو الحسن علي بن إسماعيل المرسى: "المحكم والمحيط الأعظم"، ج 4، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى -بيروت، 1421هـ/2000م.
- ✓ طاهر أحمد الرازي: "مختار القاموس"، طبعة دار الكتاب العربي 1981م.
- ✓ مجمع اللغة العربية: "المعجم الوجيز"، دار النشر مجمع اللغة العربية سنة 1989م.
- ✓ محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي: "مختار الصحاح"، مكتبة لبنان، سنة 2008.
- ✓ محمد بن أحمد بن الأزهرى الهروي، أبو منصور (المتوفى 370هـ): "تذهيب اللغة"، ج 1 و 7، الناشر دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الأولى -2001م
- ✓ محمد بن محمد عبد الرزاق المرتضى الزبيدي: "تاج العروس من جواهر القاموس"، ج 26، د.د.ن -طبعة الكويت -2006.

🚩 المصادر باللغة العربية:

❖ النصوص التشريعية:

● الدساتير الوطنية:

- ✓ الدستور المغربي الجديد لسنة 2011، الصادر بالظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 27 شعبان 1432 (29 يوليوز 2011)، و منشور بالجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر، بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليوز 2011)، ص: 3600.

● القوانين و المراسيم:

- ✓ ظهير شريف رقم 1.15.26 صادر في 29 من ربيع الآخر 1436 (19 فبراير 2015) بتنفيذ القانون رقم 131.13 المتعلق بمزاولة مهنة الطب، الجريدة الرسمية عدد 6342 بتاريخ 21 جمادى الأول 1436 (12 مارس 2015)، ص: 1607.
- ✓ ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.73.282 بتاريخ 28 ربيع الثاني 1394 (21 مايو 1974)، المتعلق بزجر الإدمان على المخدرات السامة ووقاية المدمنين على المخدرات، الجريدة الرسمية عدد 3214 بتاريخ 05/06/1974 الصفحة 1525.
- ✓ ظهير شريف رقم 1.02.252 صادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)، بتنفيذ القانون رقم 12.01 المتعلق بالمختبرات الخاصة للتحاليل البيولوجية الطبية، جريدة الرسمية عدد 5054، بتاريخ 2 رمضان 1423 (7 نوفمبر 2002)، ص: 3168.
- ✓ ظهير شريف رقم 110.15.1 صادر في 18 من شوال 1436 (4 أغسطس 2015) بتنفيذ القانون رقم 28.13 المتعلق بحماية الأشخاص المشاركين في الأبحاث البيوطبية. الجريدة الرسمية عدد 6388 بتاريخ 4 ذو القعدة 1436 (20 أغسطس 2015)، ص 7132.

- ✓ ظهير شريف رقم 1.19.50 صادر في 4 رجب 1440 (11 مارس 2019) بتنفيذ القانون رقم 47.14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب. الجريدة الرسمية عدد 6766، 28 رجب 1440 (4 أبريل 2019)، ص: 1771.
- ✓ ظهير شريف رقم 1.91.225 صادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) بتنفيذ القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية، الجريدة الرسمية عدد 4227 بتاريخ 18 جمادى الأولى 1414 (3 نوفمبر 1993)، ص: 2168.
- ✓ القانون رقم 47.14 المتعلق بالمساعدة على الإنجاب، ظهير شريف رقم 1.19.50 صادر في 4 رجب 1440 (11 مارس 2019)، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6766 – 28 رجب 1440 (4 أبريل 2019).
- ✓ ظهير شريف رقم 1.59.413 صادر في 28 جمادى الثانية 1382 (26 نونبر 1962) المتعلق بمجموعة القانون الجنائي، صيغة محينة بتاريخ 14 يونيو 2021، منشور بوزارة العدل – مديرية التشريع المغربية.
- ✓ ظهير شريف رقم 1.21.30 صادر في 9 شعبان 1442 (23 مارس 2021) بتنفيذ القانون- الإطار رقم 09.21 المتعلق بالحماية الاجتماعية، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 6975- 22 شعبان 1442 (5 أبريل 2021)، ص: 2178.
- ✓ القانون رقم 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء و الأنسجة البشرية و أخذها و زرعها، مرسوم رقم 2.01.1643 صادر في 2 شعبان 1423 (9 أكتوبر 2002)، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5068 بتاريخ 12 شوال 1423 (26 ديسمبر 2002)، ص: 3879.
- ✓ المجلة الجزائرية التونسية 2019، قانون عدد 46 لسنة 2005 مؤرخ في 6 جوان 2005، الرائد الرسمي عدد 79 المؤرخ في أول أكتوبر 1913. الناشر المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، بتاريخ 25 يونيو 2019.
- ✓ قانون الرعاية الاجتماعية للأشخاص المعاقين: ظهير شريف رقم 1.90.30 صادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) بتنفيذ القانون 07.92 المتعلق بالرعاية الاجتماعية للأشخاص المعاقين، الجريدة الرسمية، عدد 4225 بتاريخ 1993/10/20، ص: 2041.
- ✓ قانون الالتزامات و العقود، الصادر بالتنفيذ الظهير الشريف المؤرخ في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913)، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية و القضائية، سلسلة النصوص القانونية، ع 14، 2009، صيغة محينة بتاريخ 26 أغسطس 2019.
- ✓ قانون المسطرة الجنائية: ظهير شريف رقم 1.02.255 صادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002) بتنفيذ القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية ، الجريدة الرسمية عدد 5078 بتاريخ 27 ذي القعدة 1423 (30 يناير 2003)، ص 315.
- ✓ قانون الجنائي: ظهير شريف رقم 1.59.413 صادر في 28 جمادى الثانية 1382 (26 نونبر 1962) بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي، الجريدة الرسمية عدد 2640 مكرر بتاريخ 12 محرم 1383 (5 يونيو 1963)، ص: 1253.

- ✓ قانون تصديق ميثاق حقوق الطفل العربي رقم 72 لسنة 1986 بموجب التشريع رقم 72 في 04/08/1986.
- ✓ مدونة الأسرة: ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، ص: 418.
- ✓ مرسوم رقم 2.20.292 صادر في 28 من رجب 1441 (24 مارس 2020)، يتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية و إجراءات الإعلان عنها، ج.ر، ع: 6867 مكرر، 29 من رجب 1441 (24 مارس 2020)، ص: 1782.
- ✓ مرسوم رقم 2.20.293 صادر في 29 من رجب 1441 (24 مارس 2020) بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني، لمواجهة تفشي فيروس كورونا -كوفيد 19، ج.ر، ع: 6867 مكرر، 29 من رجب 1441 (24 مارس 2020)، ص: 1783.
- ✓ مرسوم رقم 2.21.225 صادر في 6 ذي القعدة 1442 (17 يونيو 2021) يتعلق بمدونة أخلاقيات مهنة الطب، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 7002، 27 ذو القعدة 1442 (8 يوليوز 2021)، ص: 5162.

❖ الأحكام و القرارات القضائية:

- ✓ حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 01-07-2009 في الملف عدد 1807-2009. منشور بمجلة الودادية الحسنية للقضاة، العدد الثالث، المطبعة و الورقة الوطنية، مارس 2012.
- ✓ حكم رقم 1467 صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ 2009/03/30، في الملف رقم 07/23/3572، منشور ب "مصنف المسؤولية الطبية" الجزء الأول، لأحمد ادريوش، منشورات سلسلة المعرفة القانونية -الرباط 2017.
- ✓ حكم المحكمة الابتدائية بورزازات عدد 632 بتاريخ 15-03-2012 ملف جنحي عادي رقم 104-2011، غير منشور.
- ✓ حكم عدد 15-2003 صادر عن المحكمة الإدارية بوجدة بتاريخ 11 فبراير 2003 في الملف رقم 00/105. غير منشور.
- ✓ حكم محكمة الإدارية بوجدة بتاريخ 11/02/2003 رقم 03/15 في الملف عدد 00/105 ت، منشور بمجلة الملف، العدد العاشر أبريل 2007.
- ✓ قرار عدد 2009/250 صادر عن محكمة الاستئناف بوجدة بتاريخ 2009/03/19 في الملف رقم 08/1007، غير منشور.
- ✓ قرار محكمة النقض عدد 3/127، مؤرخ في 2017/03/07، ملف مدني عدد 2015/3/1/3424، منشور في مجلة القضاء المدني، دار الأفاق المغربية - الدار البيضاء، العدد 22/21، سنة 2020.

- ✓ قرار عدد 79/355 صادر بتاريخ 21 دجنبر 1979 في الملف المدني رقم 11752، مجلة المعيار، صادر عن هيئة المحامين بفاس، عدد 15، سنة 1989م.
- ✓ قرار محكمة النقض 4607 بتاريخ 2011/10/25 ملف مدني عدد 2009/3/1/4976، غير منشور.
- ✓ قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض حاليا)، عدد 3844، المؤرخ في 20-12-2006، ملف مدني ع 3418-1-3-2005، غ م.
- ✓ قرار عدد 3/740 لمحكمة النقض، الغرفة المدنية القسم الثالث، مؤرخ في 2015/10/20 ملف مدني عدد 2014/3/1/6114. منشور ب "مصنف المسؤولية الطبية" الجزء الأول، لأحمد ادريوش، منشورات سلسلة المعرفة القانونية -الرباط 2017.
- ✓ قرار محكمة النقض عدد 761 المؤرخ في 21/10/2010، ملف إداري عدد 2-4-523-2009، نشره: عبد الكبير العلوي الصوصي: "العمل القضائي في قضايا المسؤولية الطبية"، دار القلم بالرباط، الطبعة الأولى 2014.
- ✓ قرار محكمة النقض عدد 3632 المؤرخ في 14/10/2009، ملف مدني عدد 2007/3/1/1296، نشره: عبد الكبير العلوي الصوصي: "العمل القضائي في قضايا المسؤولية الطبية"، المطبعة و النشر دار القلم بالرباط، الطبعة الأولى 2014.
- ✓ قرار المجلس الأعلى غ م مؤرخ في 17/06/1987 ملف 5090 المجلة القضائية 1990، العدد الرابع.
- ✓ قرار قضاء المحكمة العليا المصرية ، غ م، بتاريخ 28/03/2000، ملف رقم 231419، المجلة القضائية لسنة 2003.

❖ المراجع العامة

- ✓ أفلاطون: "جمهورية أفلاطون"، ترجمة: فؤاد زكريا، الهيئة العامة للكتاب، القاهرة، 1974.
- ✓ إبراهيم علي حمادي الحبلوسي: الخطأ المهني و الخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية – دراسة قانونية مقارنة-، منشورات الحلبي الحقوقية -لبنان، طبعة الأولى -سنة 2007.
- ✓ أحمد ادريوش: "العقد الطبي، دراسة تحليلية و تأصيلية للمقتضيات القانونية المؤطرة للعلاقة بين الطبيب و زبونه"، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، مطبعة الأمنية- بالرباط، الطبعة الثانية 2015-2016.
- ✓ أحمد الخمليشي: "شرح قانون المسطرة الجنائية"، الجزء الأول، مكتبة المعارف الجديدة للنشر و التوزيع، الرباط، الطبعة الثانية، سنة 1994.
- ✓ أحمد حسام طه تمام: المسؤولية الجنائية للهندسة الوراثية في الجنس البشري -دراسة مقارنة-، الناشر الهيئة المصرية العامة للكتاب- مصر، 2007.
- ✓ أحمد شرف الدين: انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي، الناشر دار الكتب - القاهرة 1986.

- ✓ أحمد شوقي عمر أبو خطرة: القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، سنة 2007.
- ✓ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان: مدى التعويض عن تغيير الضرر في جسم المضرور وماله في المسؤولية المدنية العقدية التقصيرية، منشأة المعارف الإسكندرية، 2000.
- ✓ أحمد شوكت الشطي: "تاريخ الطب و آدابه و أعلامه"، مطبعة جامعة حلب، 1990.
- ✓ أحمد طه ريان: المخدرات بين الطب و الفقه، دار الإعتصام -القاهرة، ط. 1، 1984م.
- ✓ أحمد عبد الرزاق السنهوري: مصادر الالتزام، المجلد الثاني، دار النهضة -مصر، طبعة الأولى 2011.
- ✓ أحمد لطف الزبيري: المسؤولية الجنائية للطبيب في عمليات التلقيح الصناعي -دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة -الإسكندرية 2015.
- ✓ أحمد محمد لطفي أحمد: التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، 2006، الطبعة الأولى.
- ✓ أسامة إبراهيم على التايه: "مسؤولية الطبيب الجنائية في الشريعة الإسلامية"، دار البيارق عمان، الطبعة الأولى (1420هـ -1999م).
- ✓ أسامة أحمد بدر: ضمان مخاطر المنتج الطبي المعيب - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية 2004-
- ✓ أسامة عبد الله قايد: المسؤولية الجنائية للأطباء - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2003.
- ✓ أسعد عبيد الجميلي: الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية- دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع - عمان، الطبعة الثانية 2011.
- ✓ أسماء أحيّد: مسؤولية الطبيب الجراح من خلال اجتهادات محكمة النقض دراسة مقارنة، دار القلم بالرباط، طبعة الأولى 2018.
- ✓ آمال بكوش: "نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية - دراسة في القانون الجزائري و المقارن"، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2011.
- ✓ أمجد محمد منصور: المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن الجمادات -دراسة مقارنة، دار العلمية الدولية و الثقافة -الأردن، 2002.
- ✓ أمجد محمد منصور: النظرية العامة للالتزامات (مصدر الالتزام) ط1، عمان، الأردن، 2003.
- ✓ أمير فرج يوسف: مسؤولية الأطباء من الناحية المدنية و الجنائية و التأديبية، مركز الإسكندرية للكتاب، طبعة 2010.
- ✓ أمير فرج يوسف: المسؤولية الطبية للأطباء و الصيادلة و المستشفيات و المنشآت الطبية و المهن الطبية المعاونة لهم و المتعلقة بعملهم من الناحية المدنية و الجنائية، الناشر دار الكتب و الدراسات العربية -الإسكندرية، طبعة أكتوبر 2017.

- ✓ أمير عدلي أمير عيسى خالد: الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2008م.
- ✓ أنس محمد عبد الغفار: التزامات الطبيب تجاه المريض دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية - مصر، سنة 2013.
- ✓ أيمن إبراهيم العشماوي: تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية"، الناشر دار النهضة العربية-القاهرة، سنة 1998.
- ✓ أيمن مصطفى الجمل: مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراءات تجارب البحث العلمي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008 .
- ✓ أيمن مصطفى الجمل: إجراءات التجارب العلمية على الأجنة البشرية بين الحظر و الإباحة - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي-، الناشر دار الفكر الجامعي -الإسكندرية، الطبعة الأولى 2010م.
- ✓ الحمود و يوسف محمد حسن وليد حميد: "علم الأجنة الطبي"، الأهلية للنشر و التوزيع، ط 1، (عمان 1425هـ / 2005م)، ج 1.
- ✓ العريض شيخة سالم: الوراثة مالها و ما عليها، دار الحرف العربي للطباعة و النشر و التوزيع، ط 1، (1424هـ / 2003م).
- ✓ بأحمد أرفيس: مراحل الحمل و التصرفات الطبية في الجنين بين الشريعة و الطب المعاصر، الناشر مطبعة ألفا - الجزائر، الطبعة الثانية، سنة 2005.
- ✓ بحماوي الشريف: "التعويض عن الأخطاء الطبية العلاجية -دراسة مقارنة-"، دار الجامعة الجديدة للنشر -سنة 2019م.
- ✓ بسام محتسب بالله: المسؤولية الطبية الجنائية بين النظرية و التطبيق، دار الإيمان لبنان - بيروت، الطبعة الأولى (1404هـ 1984م).
- ✓ بسام محتسب الله، ياسين دركزلي: المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، دار الإيمان دمشق سوريا -1984.
- ✓ بلحاج العربي: "النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 2، الواقعة القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2005.
- ✓ بوشتي يوسف: الحق في سلامة الجسم و أثر التطور الطبي على حمايته جنائياً -دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي -الإسكندرية، الطبعة الأولى -سنة 2015.
- ✓ ثروت عبد الحميد: تعويض الحوادث الطبية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2007.
- ✓ جابر محبوب علي: دور الإرادة في العمل الطبي، دار النهضة العربية -القاهرة، 1996.
- ✓ جمال أبو السرور، محمد أبو الغار، رجاء منصور: لا مستحيل في علاج العقم، كتاب اليوم الطبي، العدد 157 أبريل سنة 1995م.
- ✓ جمال إبراهيم الحيدري: علم الإجرام المعاصر، مكتبة السنهوري -بغداد، د.ط - سنة 2012.

- ✓ جوخة الريامي: "مفهوم القتل و إشكالياته الطبية دراسة في فلسفة الأخلاق التطبيقية"، الدار المصرية اللبنانية – القاهرة ، الطبعة الأولى ذو الحجة 1426هـ - يناير 2006م.
- ✓ جواد الرهيمي: التكييف القانوني للدعوى الجنائية، الناشر المكتبة القانونية – بغداد، الطبعة الثانية -2006م.
- ✓ حروزي عز الدين: المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة -دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر -2008.
- ✓ حسام الدين كامل الأهواني: المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مطبعة جامعة عين الشمس، 1975.
- ✓ حسام الدين كامل الأهواني: أصول القانون، دار النهضة العربية للطباعة و النشر و التوزيع – سنة 1988.
- ✓ حسام الدين الأحمد: المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، منشورات الحلبي الحقوقية - 2011.
- ✓ حسن محمد ربيع: "الإجهاض في نظر المشرع الجنائي- دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، 1995م
- ✓ حسين عبد الباسط جميعي: "مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة – دراسة مقارنة في ضوء تطور القضاء الفرنسي و صدور القانون الفرنسي بشأن مسؤولية المنتج عن عيوب المبيع في 19 مايو 1998"، دار النهضة، سنة 2000.
- ✓ حميد السعدي: شرح قانون العقوبات الجديد، جرائم الاعتداء على الأشخاص، مطبعة المعارف –بغداد، الجزء الثالث – سنة 1977.
- ✓ خالد جمال أحمد: "الالتزام بالإعلام قبل التعاقد"، دار النهضة العربية، 1996.
- ✓ خالد حمدي عبد الرحمن: التجارب الطبية- الالتزام بالتبصير- الضوابط القانونية، دار النهضة العربية، سنة 2000.
- ✓ خالد علامي: "مسؤولية المرفق العام الطبي بالمغرب دراسة في النصوص القانونية و الاجتهادات القضائية و الفقهية"، دار الأفاق المغربية للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى 2019.
- ✓ خالص جبلي: "الطب محراب الإيمان"، دار الكتب العربية – مؤسسة الرسالة دمشق، الطبعة الأولى 1981م.
- ✓ رايس محمد: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر - 2007.
- ✓ رمضان جمال كامل: موسوعة التأمينات الاجتماعية، الأصيل للنشر والتوزيع -طنطا، طبعة الثانية -2001.
- ✓ رمضان جمال كامل: مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، (الطبعة الأولى) 2005.

- ✓ رضا عبد الحليم عبد المجيد: الحماية القانونية للجين البشري، الاستنساخ وتدايعاته- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2001.
- ✓ زكي زكي حسين زيدان: حق المجني عليه في التعويض عن ضرر النفس في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي -الإسكندرية، 2005.
- ✓ زياد أحمد سلامة: أطفال الأنابيب بين العلم و الشريعة، الدار العربية للعلوم لبنان، الطبعة الثانية 1418هـ/1998م.
- ✓ زياد خالد يوسف المفرجي: المسؤولية الإدارية عن الأعمال الطبية دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى -2016.
- ✓ سعيد السيد قنديل: آليات تعويض الأضرار البيئية (دراسة في ضوء الأنظمة القانونية والاتفاقيات الدولية)، دار الجامعة الجديدة للنشر -الإسكندرية، 2004.
- ✓ سعيد سعد عبد السلام: فكرة العقود المدنية الناشئة عن الإنجاب الصناعي، الناشر دار النهضة، طبعة الأولى -1998م.
- ✓ سعيد مقدم: "التأمين و المسؤولية المدنية"، كليك للنشر، الجزائر، طبعة الأولى -2008.
- ✓ سليم إبراهيم حربة: القتل العمد و أوصافه المختلفة، مطبعة بابل -العراق، الطبعة الأولى -1988.
- ✓ سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، جزء 2، دار الكتب القانونية 1998.
- ✓ سمير عبد السميع الأودن: مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة 2004.
- ✓ سميرة عايد ديات: عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون و الشرع، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت -لبنان، الطبعة الأولى -2004.
- ✓ سهيل يوسف الصويص: "مسؤولية الطبيب بين حقوق المريض و متطلبات القانون الحديث"، أزمنة للنشر، عمان، الأردن، طبعة الأولى -2004.
- ✓ شوقي زكريا الصالحي: التلقيح الصناعي بين الشريعة و القوانين الوضعية -دراسة مقارنة، دار النهضة العربية -القاهرة، سنة 2001.
- ✓ شيخة سالم العريض: "الوراثة ... مالها و ما عليها"، سلسلة الأمراض الوراثية، مركز دراسات و بحوث المعوقين أطفال الخليج، دار الحرف العربي للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى -2003م.
- ✓ طلال العجاج: المسؤولية المدنية للطبيب دراسة فقهية قضائية مقارنة، مطبعة عالم الكتب الحديث، الطبعة الأولى 2011م.
- ✓ طلال بن عايد الأحمدى: "التنظيم في المنظمات الصحية"، مركز البحوث مكتبة الملك فهد الوطنية-الرياض، 1432هـ.
- ✓ طلال سالم نوار دحام الجميلي: "فوات الفرصة في المسؤولية الطبية المدنية- دراسة مقارنة"، المركز العربي للنشر و التوزيع - القاهرة، الطبعة الأولى 2019.

- ✓ طه عبد المولى طه: التعويض عن الأضرار الجسدية في ضوء الفقه و قضاء النقض الحديث، دار الكتب القانونية -مصر، 2002.
- ✓ عبد الخالق: "إثبات الخطأ الطبي -دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة للنشر-الإسكندرية، 2019.
- ✓ عارف علي عارف القره داغي: قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية، الناشر الجامعة الدولية الإسلامية -ماليزيا، الطبعة الأولى -2011م/1432هـ.
- ✓ عبد القادر العرعاري: "مصادر الالتزامات"، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية، ط الثالثة، مكتبة دار الأمان -الرباط، 2014.
- ✓ عبد القادر عودة: "التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي"، الناشر دار الكتاب العربي -بيروت، 1401هـ/1981م.
- ✓ عبد القادر أزوا: "التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب"، دار الفكر الجامعي -الإسكندرية، الطبعة الأولى 2011م.
- ✓ عبد الحق الصافي: "الوجيز في القانون المدني"، ج الثاني، المصادر غير الإرادية للالتزام (المسؤولية المدنية و الإثراء بدون سبب)، دراسة في ق.ل.ع و في القوانين الأخرى، مطبعة النجاح الجديدة -الدار البيضاء، 2015.
- ✓ عبد الحميد ثروت: تعويض الحوادث الطبية (مدى المسؤولية عن التداعيات الضارة للعمل الطبي)، دار الجامعة الجديدة للنشر -الإسكندرية، 2007.
- ✓ عبد الحميد محمود طهماز: "الأنساب والأولاد"، دار القلم دمشق سوريا ، الطبعة الأولى 1987.
- ✓ عبد الرحمان الشرقاوي: القانون المدني، دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزام على ضوء تأثرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي، الكتاب الأول مصادر الالتزام، الجزء الثاني، الواقعة القانونية، مطبعة المعارف الجديدة الرباط -2018.
- ✓ عبد الرحمان فطناسي: "المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية عن نشاطها الطبي في الجزائر"، دار الجامعة الجديدة للإسكندرية، سنة 2015.
- ✓ عبد الرحمان فطناسي: إثبات الخطأ الطبي في العمليات الجراحية بالمؤسسات العمومية للصحة، الناشر المركز الأكاديمي للطباعة والنشر و التوزيع، سنة 2020.
- ✓ عبد الرزاق أحمد السنهوري: "الوسيط في شرح القانون المدني"، ج الأول، نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزامات - دار النهضة العربية، القاهرة، 1964.
- ✓ عبد الرشيد مأمون: عقد العلاج بين النظرية و التطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1 سنة 1986م.
- ✓ عبد الرشيد مأمون: "التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي"، دار النهضة العربية -القاهرة، 1986.

- ✓ عبد الصبور عبد القوي مصري: جرائم الأطباء و المسؤولية الجنائية و المدنية عن الأخطاء الطبية بين الشريعة و القانون، دار العلوم للنشر و التوزيع -القاهرة، سنة 2011م.
- ✓ عبد العزيز اللصاصمة: "المسؤولية المدنية التقصيرية للفعل الضار (أساسها و شروطها)"، دار الثقافة و الدار العلمية و الدولية -عمان، سنة 2002.
- ✓ عبد العزيز محمد محسن: "الحماية الجنائية للجنين في الشريعة و القانون الوضعي دراسة مقارنة"، دار البشير بالقاهرة للنشر و التوزيع، سنة 1993.
- ✓ عبد الفتاح بهيج علي العواري: "الدور الثمين لبيان حكم إجهاض الأجنة المشوهين-دراسة فقهية مقارنة"، دار الكتب القانونية، مصر، 2010م.
- ✓ عدلي أمير خالد: الإرشادات العلمية في الدعاوي المدنية، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الأولى، د.س.
- ✓ عشوش كريم: "العقد الطبي"، دار هومة -الجزائر، 2007.
- ✓ عز الدين سعيد الدنشاري: الدواء و الأخطار و المحاذير، دار الهلال -القاهرة، السنة 2003م.
- ✓ عصام أحمد محمد: النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، مكتبة الكندي، سنة 1988.
- ✓ عطا عبد العاطي السنباطي: "بنوك النطف و الأجنة -دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي-"، دار النهضة العربية للطباعة و النشر -القاهرة، الطبعة الأولى -1421هـ - 2001م.
- ✓ علي أحمد لطف الزبيري: المسؤولية الجنائية للطبيب في عمليات التلقيح الصناعي -دراسة مقارنة، الناشر دار الجامعة الجديدة -الإسكندرية، السنة 2015.
- ✓ علي حسن نجيدة: التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة - القاهرة، سنة 1992م.
- ✓ علي حسن نجيدة: التلقيح الصناعي و تغيير الجنس، منشورات لجنة الطباعة و النشر، مطبعة كلية الحقوق -جامعة القاهرة - مصر، 1991م.
- ✓ علي سليمان: دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري (المسؤولية عن فعل الغير - المسؤولية عن فعل الأشياء - التعويض)، ط3 - دون دار طبع -الجزائر، 1994.
- ✓ علي عصام غصن: الخطأ الطبي " منشورات زين الحقوقية بيروت، لبنان، طبعة الأولى - 2006.
- ✓ علي هادي عطية الهلالي: المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية و التقنيات المساعدة في الإنجاب، منشورات الحلبي الحقوقية -بيروت، الطبعة الثانية -2012.
- ✓ عماد الشربيني: القانون التجاري الجديد، المجلة الكبرى -مصر، 2002.
- ✓ عمر بن محمد بن إبراهيم غانم: أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، دار الأندلس الخضراء المملكة العربية السعودية - جدة، الطبعة الأولى 1421هـ - 2001م.

- ✓ غادة على حامد عبد الرحمن العمروسي: اعتداء الطبيب على النفس و ما دونها في ظل المقاصد الشرعية و الأخلاقيات الطبية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة الأولى سنة 2010م.
- ✓ غسان جعفر: طفل الأنبوب و التلقيح الصناعي بين الطب و الأديان، رشاد برس للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، لبنان، سنة 2009.
- ✓ فاطمة الزهرة منار: مسؤولية طبيب التخدير المدنية -دراسة مقارنة، مطبعة دار الثقافة للنشر و التوزيع الأردن، طبعة الأولى 2012م-1433هـ.
- ✓ فاطمة خلف كاظم: الحماية المدنية لاستخدام تقنيات التنازل المساعدة -دراسة مقارنة، الناشر المركز القومي للإصدارات القانونية -القاهرة، الطبعة الأولى 2020.
- ✓ فيصل إياد فرج الله: الخصوصية المهنية للطبيب في القتل الرحيم دراسة تأصيلية تحليلية وفق أحدث التشريعات في فرنسا و كندا و لبنان، منشورات زين الحقوقية بيروت - لبنان، الطبعة الأولى 2017م.
- ✓ قاري و جبر، ذ. سمير بن حسن محمد و أ.جميل فوزي جميل: مدخل إلى الوراثة البشرية، دار الفكر، ط، 1، (عمان 1431هـ/ 2010م).
- ✓ كارم السيد غنيم: "الاستنساخ و الإنجاب بين تجريب العلماء و تشريع السماء"، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى (1418 هـ - 1998م).
- ✓ كاميليا حلمي محمد: الموثائق الدولية و أثرها في هدم الأسرة، الطبعة الأولى - 2020م/ 1441هـ، د.د.ن.
- ✓ كلير فهم: " مشاكل الحمل والصحة النفسية للأم والجنين"، مكتبة المحبة -الفجالة، القاهرة 1989م.
- ✓ كمال محمد السعيد عبد القوي عون: الضوابط القانونية للاستنساخ -دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة -الإسكندرية، الطبعة الأولى -سنة 2013م.
- ✓ ماجد محمد لافي: المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي -دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع - عمان -الأردن، الطبعة الثانية - 2012م-1433هـ.
- ✓ ماروك نصر الدين: تطور مفهوم الحق في سلامة الجسم، الديوان الوطني التربوي، الجزائر، 2004.
- ✓ مأمون عبد الكريم: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية- دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.
- ✓ محسن عبد الحميد البيه: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، الناشر دار النهضة العربية -1998.
- ✓ محمود القبلاوي: "المسؤولية الجنائية للطبيب"، دار الفكر الجامعي- الإسكندرية، سنة 2011.

- ✓ محمد أحمد أبو زهرة: "الجريمة و العقوبة في الفقه الإسلامي"، دار الفكر العربي مصر، القاهرة، 2005.
- ✓ محمد أحمد عابدين: التعويض بين الضرر المادي و الأدبي الموروث، طبعة دار الفكر الجامعي -1997م.
- ✓ محمد أيمن صافي - محمد علي البار: الإيدز وباء العصر، دار المنارة للنشر و التوزيع - جدة، 1987م، ص: 125.
- ✓ محمد السعيد رشدي: عقد العلاج الطبي -دراسة تحليلية و تأصيلية لطبيعة العلاقة بين الطبيب و المريض-، دار الفكر الجامعي -الإسكندرية، سنة 2015م.
- ✓ محمد بن محمد المختار الشنقيطي: "أحكام الجراحة الطبية و الآثار المترتبة عليها"، مكتبة الصديق، الغربية السعودية- الطائف- الطبعة الأولى (1416هـ / 1993م).
- ✓ محمد جلال السعيد: "مدخل لدراسة القانون"، مكتبة دار الأمان، الرباط، 1993.
- ✓ محمد حسن قاسم: إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، سنة 2006.
- ✓ محمد حسين منصور: "المسؤولية الطبية"، دار الجامعة الجديدة، سنة 1999.
- ✓ محمد حسين منصور: "الخطأ الطبي في العلاج"، بحث منشور في المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت -2000.
- ✓ محمد حسين علي الشامي: ركن الخطأ في المسؤولية المدنية- دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة 1990.
- ✓ محمد ربيع فتح الباب: "المسؤولية المدنية للدولة عن أضرار التلوث الإشعاعي النووي- دراسة مقارنة"، الناشر دار النهضة العربية - القاهرة، سنة 2012.
- ✓ محمد سامي الشوا: مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، دار النهضة العربية - القاهرة، سنة 2003 .
- ✓ محمد سلام مذكور: الجنين و الأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي- بحث مقارن-، دار النهضة العربية -القاهرة، الطبعة الأولى، 1969م.
- ✓ محمد شكري سرور: مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد من بين مجموعة محددة من الأشخاص، دار الفكر العربي 1983.
- ✓ محمد شيلج: "القانون المدني: خلاصة المحاضرات الخاصة بالمدخل العام للنظرية العامة للالتزام في ضوء قانون الالتزامات و العقود المغربي"، السنة الجامعية 2003/2004.
- ✓ محمد عبد الطاهر حسين: مشكلات المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم، دار النهضة العربية، 1995م.
- ✓ محمد عبد الغريب: التجارب الطبية والعلمية وحرمة الكيان الجسدي -دراسة مقارنة-، مطبعة أبناء و هبة حسان -القاهرة، الطبعة الأولى -1989.

- ✓ محمد عبد الغفور العماوي: "التعويض عن الأضرار الجسدية و الأضرار المجاورة لها"، دار الثقافة -عمان، الأردن، ط 1 -2012.
- ✓ محمد عبد الوهاب الخولي: المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في طب الجراحة، دار النهضة العربية -القاهرة، الطبعة الأولى - سنة 1998.
- ✓ محمد علي البار: الأمراض الجنسية أسبابها و علاجها، دار المنارة -السعودية 1986م.
- ✓ محمد علي البار: طفل الأنابيب و التلقيح الصناعي -نظرة إلى الجذور-، الدار السعودية للطباعة و النشر، جدة -سنة 1987.
- ✓ محمد علي البار: "خلق الإنسان بين الطب و القرآن"، الدار السعودية للنشر و التوزيع - الطبعة السابعة 1988م.
- ✓ محمد علي البار: طفل الأنابيب والتلقيح الصناعي، المجموعة الإسلامية، السعودية، الطبعة الخامسة 1990.
- ✓ محمد علي البار: المسؤولية الطبية وأخلاقيات الطبيب" دار المناورة، جدة، د.ط، سنة 1995.
- ✓ محمد فؤاد عبد الباسط: تراجع فكرة الخطأ أساسا لمسؤولية المرفق الطبي العام، منشأة المعارف الإسكندرية، 2003.
- ✓ محمد كمال عبد العزيز: إعجاز القرآن في خلق الإنسان - مكتبة القرآن - القاهرة طبعة 1990م.
- ✓ محمد محمد قطب: "المسؤولية المدنية الناشئة عن أضرار الدواء (مشكلاتها و خصوصية أحكامها)"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.
- ✓ محمد نصر الدين منصور : ضمان تعويض المضرورين بين قواعد المسؤولية الفردية واعتبارات التضامن الاجتماعي، دار النهضة العربية، طبعة الأولى -2001.
- ✓ محمد نعيم ياسين: أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس، الأردن الطبعة الأولى، 1416هـ-1996م.
- ✓ محمود القبلاوي: المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي -الإسكندرية، سنة 2005.
- ✓ محمود ثابت الشادلي: "التزام الطبيب بتبصير المتبرع و المريض بمخاطر عملية نقل و زراعة الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة في القانون و الفقه الإسلامي"، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع مصر، الطبعة الأولى 2018م-1439هـ.
- ✓ محمود جلال حمزة: المسؤولية الناشئة عن الأشياء الحية في القانون المدني الجزائري"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر -1988.
- ✓ محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، 1987.
- ✓ محمود شلتوت: المسؤولية المدنية و الجنائية في الشريعة الإسلامية، مطبعة جامعة الأزهر - 1960.

- ✓ محمود عبد الرحيم مهران: الأحكام الشرعية و القانونية للتدخل في عوامل الوراثة و التكاثر، دار النهضة العربية - القاهرة، الطبعة الأولى -2002.
- ✓ محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مطبعة جامعة القاهرة - مصر، الطبعة الثامنة 1974.
- ✓ محمود نجيب حسني: النظرية العامة للقصد الجنائي، دار النهضة العربية - القاهرة، الطبعة الثانية - 1974.
- ✓ محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية - سنة 1988.
- ✓ مصطفى العوجي: القانون المدني ج2، (لمسؤولية المدنية)، ط2 منشورات الحلبي الحقوقية، 2004.
- ✓ مصطفى صخري: أحكام حوادث العمل والأمراض المهنية في القطاعين الخاص والعام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998.
- ✓ مصطفى عبد الفتاح لبنة: جريمة إجهاض الحوامل دراسة في موقف الشرائع السماوية والقوانين المعاصرة، دار أولي النهى -بيروت، الطبعة الأولى- 1996.
- ✓ مصطفى محمد الجمال: أصول التأمين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 1، 1999.
- ✓ منذر الفضل: المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية -دراسة مقارنة-، دار الثقافة، عمان - الأردن، 2000.
- ✓ مقدم سعيد: "نظرية التعويض عن الضرر المعنوي"، المؤسسة الوطنية للكتاب -الجزائر، سنة 1992.
- ✓ منى فريد عبد الرحمن: "تجارب على الجنين"، الناشر المكتبة الأكاديمية -القاهرة، سنة 1992م.
- ✓ منير رياض حنا: "النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية و دعوى التعويض الناشئة عنها"، دار الفكر الجامعي- الإسكندرية، الطبعة الأولى 2011م.
- ✓ موحى ولحسن ميموني: "حق الأسرة في التعويض عن الضرر الممتد على ضوء القانون المغربي"، دار النشر المعرفة -الرباط، سنة 2014.
- ✓ مهند صلاح أحمد فتحي العزة: الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر -الإسكندرية، 2002.
- ✓ ميرفت منصور حسن: التجارب الطبية و العلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي نقل و زراعة الأعضاء البشرية - الاستنساخ -الخلايا الجذعية (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية، السنة 2016.
- ✓ هدى حامد قشقوش: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية -القاهرة، سنة 2012.

- ✓ هشام محمد مجاهد القاضي: الامتناع عن علاج المريض دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية – 2007.
- ✓ وصفي محمد علي: الطب العدلي علما و تطبيقا، مطبعة المعارف – بغداد، الطبعة الثالثة 1970.
- ✓ ويليام بينز: "الهندسة الوراثية للجميع"، ترجمة أحمد مستجير، الهيئة المصرية العامة للكتاب سنة 2000م.
- ✓ يوسف القرضاوي: "الحلال و الحرام في الإسلام"، المكتب الإسلامي بيروت، ط 15، 1994م.

❖ المراجع الخاصة

- ✓ أسامة أبو الحسن مجاهد: تعويض الطفل عن ميلاده معاقاً، دار النهضة العربية – القاهرة، 2002.
- ✓ بدر محمد السيد إسماعيل: حكم إسقاط الجنين المشوه في الفقه الإسلامي و الطب الحديث، دار الفكر الجامعي – الإسكندرية، السنة 2010م.
- ✓ حسن محمد ربيع: المسؤولية الجنائية في مهنة التوليد – دراسة مقارنة، الناشر دار النهضة العربية – القاهرة، سنة 1995م.
- ✓ رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري: "المسؤولية الطبية عن الخطأ في تشخيص تشوهات الجنين و أمراضه الوراثية – دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي"، دار النهضة العربية – الطبعة الأولى، سنة 2003م.
- ✓ عبد النبي محمد محمود: الاعتداء على الجنين و وسيلة حمايته بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، الناشر مطابع شتات – مصر، 1983.
- ✓ علي هادي عطية الهلالي: المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية و التقنيات المساعدة في الإنجاب – دراسة في القانون العام المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2012.
- ✓ محمد سعد خليفة: المسؤولية المدنية عن الممارسات الطبية الماسة بالجنين – دراسة لحق الجنين في التعويض- كلية الحقوق جامعة أسيوط، دار النهضة العربية، القاهرة – سنة 2003م.
- ✓ محمد علي البار: "الجنين المشوه و الأمراض الوراثية"، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، 1991م.
- ✓ محمد علي البار: الجنين المشوه: أسبابه و تشخيصه و أحكامه، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، دار النشر جامعة الملك عبد العزيز – السعودية، دس.
- ✓ هلال عبد اللاه أحمد: "التزامات الأم الحامل نحو الجنين بين التجريم الجنائي و الإباحة"، دار النهضة العربية 1996.

❖ الأطاريح الجامعية

- ✓ أحمد أبران: "الالتزام بالإعلام في الأعمال الطبية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية – وجدة، الموسم الجامعي 2015/2014.
- ✓ أحمد داود رقية: الحماية القانونية للجنين المخبري – دراسة مقارنة-، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان ، كلية الحقوق و العلوم السياسية الجزائر، السنة الجامعية 2015/2014.
- ✓ الهيثم عمر سليم: المسؤولية المدنية عن أضرار البدائل الصناعية الطبية، دكتوراه كلية الحقوق، جامعة أسيوط، سنة 2006م.
- ✓ بوشتي المغناوي: "أحكام الحامل و الحمل في الفقه الإسلامي"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الشريعة، جامعة القرويين كلية الشريعة فاس، السنة الجامعية 2006-2007م.
- ✓ زبيدة إقروفة: "الاكتشافات الطبية و البيولوجية و أثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري –التلقيح الاصطناعي و البصمة الوراثية نموذجا"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية – جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2009/2008.
- ✓ سعد طاهر الهاشمي عبد الهاشمي: الآثار الجانبية للتلقيح الصناعي البشري، رسالة الماجستر كلية القانون – جامعة بغداد، سنة 1999.
- ✓ طه عثمان أبو بكر المغربي: "المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية في التوليد"، مطبعة دار الفكر و القانون، دكتوراه في الحقوق- جامعة المنصورة، الطبعة الأولى، سنة 2014.
- ✓ عبد الحميد أخريف: نظرية الضمان: محاولة في تأصيل نظرية المسؤولية في الفقه الإسلامي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الحقوق فاس، السنة الدراسية 1994/1993.
- ✓ عبد الراضي محمد هاشم عبد الله: "المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي" – كلية الحقوق – جامعة القاهرة، دكتوراة 1994م.
- ✓ عبد الرحمان الصافي: إصلاح مؤسسة المسؤولية المدنية في ضوء التحولات القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية المعاصرة، أطروحة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية فاس، السنة الجامعية 2021/2020.
- ✓ عيساني سعاد: الحماية الجنائية للجنين، أطح الدكتوراه في القانون، تخصص: قانون و صحة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجيلالي الياصب –سيدي بلعباس -جزائر، السنة الجامعية 2013/2012.
- ✓ محمد أنس الأغا: "الأحكام المتعلقة بذوي التشوهات الخلقية في ضوء التطور العلمي – دراسة مقارنة-"، بحث رسالة الدكتوراه مقدم إلى الجامعة الإسلامية-غزة، كلية الشريعة و القانون قسم الفقه المقارن، سنة 1433هـ/ 2012م.

- ✓ محمد نصر الدين: "أساس التعويض- دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 1983م.
- ✓ مسلم عبد الرحمان: الحماية القانونية للجنين في ظل التطورات الطبية و القوانين الوضعية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراة في العلوم تخصص حقوق فرع قانون طبي، جامعة الجبالي ليايس بسيدي بلعباس -الجزائر، السنة الجامعية 2019/2018.
- ✓ مصطفى عبد الفتاح أحمد ابنه: جريمة إجهاض الحوامل، دراسة في سياسة الشرائع المقارنة، أطروحة الدكتوراة، جامعة عين الشمس -كلية الحقوق، د.س.
- ✓ مولاي اسماعيل احتيتيش: "النظام القانوني للمسؤولية عن فعل الغير في المجال الطبي" أطروحة الدكتوراة في القانون الخاص جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية أكدال -الرباط، السنة الجامعية 2017/2016.
- ✓ نور الدين العمراني: "مسؤولية الطبيب الجراح الجنائية بالمغرب"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية- الرباط، السنة الجامعية 1994/1993م.

❖ المقالات

- ✓ أحمد جولاق- محمد زياد سلطان: دراسة سريرية مقارنة لبقاء المادة السادة للوهاد و الميازيب عند مرضى متلازمة داون، مجلة جامعة حماة - المجلد الأول - العدد السابع - 2018م.
- ✓ أحمد ادريوش: تطور اتجاه القضاء المغربي في موضوع المسؤولية الطبية، سلسلة المعرفة القانونية، عدد 1، مطبعة الأمنية -الرباط، 1995-1996.
- ✓ أحمد نهيد: فكرة عن تطور القضاء في بناء المسؤولية الطبية، مجلة التواصل القضائي، ع مزدوج 2-3، دجنبر 2013- فبراير 2014.
- ✓ أبو عميد و على جمعة: الأحكام الشرعية لصور التلقيح الصناعي، مجلة دار المنظومة المحكمة -العدد 10- السنة 2016.
- ✓ أحمد درويش: العقد الطبي: تأملات حول المشاكل القانونية التي تثيرها العلاقة بين الطبيب و زبونه، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، مطبعة أمنية بالرباط، طبعة الأولى 2009.
- ✓ أحمد شرف الدين: التشريعات المصرية المنظمة للمداخلات البيولوجية، مقال مقدم إلى الندوة المصرية عن أخلاقيات الممارسات البيولوجية 1997م.
- ✓ إكرام عبد السالم: "الطفل المشوه ليس دائما معاقاً"، كلية الطب جامعة القاهرة- طبعة 1، مجلة صحي - العدد العشرين يناير/ فبراير 2002م.
- ✓ أنس محمد عبد الغفار سلامة: الضوابط القانونية للإخصاب خارج الرحم في ضوء القانون الاتحادي رقم (7) لسنة 2019 -دراسة مقارنة-، مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة - الجزائر، المجلد السادس، العدد الأول -مارس 2021.

- ✓ أيمن أبو العيال: المسؤولية التقصيرية عن نقل العامل المسبب لمرض نقص المناعة المكتسبة - دراسة النظام الأنجلوأمريكي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 21 - العدد الأول، 2005.
- ✓ بودالي محمد: المسؤولية الطبية بين الاجتهاد والقضاء الإداري والقضاء العادي، المجلد القضائية، العدد 1، 2004.
- ✓ بوقندول سعيدة: التلقيح الاصطناعي بين الشريعة و القانون، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد "أ"، عدد 48، ديسمبر 2017.
- ✓ بوكريريس خديجة: الإنجاب الاصطناعي بين الشريعة و القانون، مجلة دفاتر مخبر حقوق الطفل - المجلد الثامن- العدد الأول، 2017.
- ✓ جبيري ياسين و مراحي مريم: إجهاض الأجنة المشوهة بين القوانين الوضعية و الفقه الإسلامي، مجلة المعيار- الجزائر، مجلد 25- عدد 55- السنة 2021.
- ✓ حسام شبلي: طرق تجنب تشوهات الجنين، مقال منشور بالموقع الالكتروني: <http://forum.hwaml.com/t187384.html>
- ✓ حسن المرصفاوي: الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، بحث في المجلد الجنائية القومية، عدد نوفمبر 1958.
- ✓ حيدر حسين كاظم الشمري: مشروعية التصرف بأجنة الإخصاب الصناعي دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة- العراق، المجلد 1، العدد الرابع-2021.
- ✓ رؤى عبد الستار صالح، جليل حسن الساعدي، باسم زهير خلف: تعويض الضرر المستقبل في نطاق العقد، المجلد القانونية (مجلة متخصصة في الدراسات و البحوث القانونية) مجلة علمية محكمة-2018.
- ✓ رشيدة بنسرغين: "الطبيعة القانونية لأخطاء الطبيب وفق القانون الجنائي"، منشورات مجلة دفاتر قانونية، العدد الثاني، نشر و توزيع مكتبة دار السلام- الرباط، سنة 2018.
- ✓ رنا عبد المنعم الصراف: مسؤولية الطبيب غير العمدية عن التلقيح الصناعي الخارجي، مجلة الراافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 47، سنة 2011.
- ✓ سميرة سقطي: الأمراض الوراثية البشرية، مقال منشور على شبكة الانترنت، مستشفى ملك فهد جدة، على الرابط التالي: <http://www.werathah.com/genetic/cong-anomalies-htm>
- ✓ شهر الدين قالة: الأحكام المتعلقة بالمولود بالتلقيح الصناعي، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عباس لغرور خنشلة بالجزائر، العدد 11، يناير 2019.
- ✓ شهيدة قادة: فكرة مخاطر التطور و رهانات الموازنة بين مصالح المهنيين وحقوق المستهلكين، مجلة دراسات قانونية -مخبر القانون الخاص الأساسي، العدد 02، جامعة تلمسان - 2005.

- ✓ شيعاوي وفاء: المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2 -2008.
- ✓ ضياء علي احمد نعمان: "إثبات الخطأ الطبي بين الواقع و القانون"، المجلة المغربية للدراسات القانونية و القضائية، العدد 8- يونيو 2012.
- ✓ ضيف نوال – دلدول الطاهر: أثر الوسائل الطبية الحديثة في عملية الإنجاب على نسب الولد، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، المجلد 05- العدد 01- السنة 2020.
- ✓ عبد العزيز سليم: قضايا التعويضات، المجلة الكبرى: دار الكتب القانونية، ط 8 -2002.
- ✓ عبد الله عبد السلام عريبي: التلقيح الصناعي بين الإباحة و التحريم في القانون الليبي، مجلة البحوث القانونية، السنة السادسة، العدد العاشر – يناير 2019.
- ✓ عبد الله ياسر محمد: الموقف القانوني من عملية التلقيح الصناعي و تأجير الأرحام، مجلة دار المنظومة، المجلد 5 –العدد 17 –السنة مايو 2016.
- ✓ عصام منصور: قراءة في مضامين القانون 47.14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية، العدد 8، سنة 2021م.
- ✓ عمار تركي عطية: "الحماية القانونية للجنين خارج الرحم- دراسة مقارنة-"، جامعة ذي قار. مقال منشور ب الانترنت: www.IRAQI.AcademicScientificJournals.
- ✓ فواز صالح: "المسؤولية المدنية للطبيب-دراسة مقارنة في القانون السوري و الفرنسي-"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، العدد 1 -2006.
- ✓ فهم عبد الإله الشايع: التصرف بالنطف و البويضات و اللقائح البشرية في مجال الإخصاب الصناعي و إجراء التجارب وفقا لأحكام القانون المدني- دراسة في التشريع المصري و الأردني"، مجلة دراسات –علوم الشريعة و القانون- مصر، المجلد 45- عدد4- ملحق 2-2018.
- ✓ قايد حفيظة: الحدود الشرعية و الأخلاقية للتجارب الطبية و الأبحاث العلمية على الجنين في التشريعات العربية، مجلة سلسلة المعارف القانونية و القضائية، تحت عنوان: المقتضيات الجنائية في ضوء القراءات الشرعية و المقاربات التشريعية المتعددة، الرباط –المغرب، إصدار 2017-44.
- ✓ محمادين بوبكري: خصوصية الخطأ الطبي، سلسلة مؤلفات و أعمال جامعية، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، ع 114، 2017.
- ✓ مصطفى محمد الجمال: المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية، في الفقه والقضاء، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان -2000.
- ✓ محمد المرسي زهرة: الطبيعة القانونية للجنين، مجلة المحامي الكويتية، عدد أبريل –ماي 1990.
- ✓ محمد الإدريسي: المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص –دراسة في موقف التشريع المغربي معلقا عليه بأحكام القضاء المغربي و المقارن، مجلة الملحق القضائي، ع 43، 2010.

- ✓ محمد حمدان عابدين: تعويض الأجنة عن الأضرار المدنية دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري و الشريعة الإسلامية، الناشر مجلة روح القوانين- كلية الحقوق- جامعة طنطا، المجلد 2، العدد 88-2019.
- ✓ محمد حميد عباس الساعدي، ضياء بهيج البرماني: "التحليل المكاني لعلاقة توزيع أبراج الهاتف النقال بالتشوهات الولادية في محافظة بابل"، مجلة جامعة بابل، المجلد 22، ع 6، 2014م.
- ✓ محمد عباس حمودي الزبيدي: المصلحة محل الحماية في جريمة الإجهاض، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 43، سنة 2010.
- ✓ محمود الكيلاني: "الموسوعة التجارية و المصرفية"، المجلد 6، عقود التأمين من الناحية القانونية، دار الثقافة عمان، 2008.
- ✓ محمود محمود مصطفى: مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 18 -سنة 2020.
- ✓ محمود نجيب حسني: الحق في سلامة الجسم و مدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات ، مجلة القانون و الاقتصاد س 29، العدد الثالث -سنة 1959.
- ✓ محي الدين إبراهيم "أستاذ أمراض النساء و التوليد": الإجهاض المتكرر، مقال بمجلة طبيبك الخاص (هي مجلة متخصصة تصدر عن مؤسسة دار الهلال المصرية)، العدد 458 فبراير 2007.
- ✓ منذر الفضل: التجربة الطبية على الجسم البشري، مجلة العلوم القانونية، مجلد 8، العدد 1، 1989.
- ✓ منصور مصطفى منصور: "حقوق المريض على الطبيب"، مجلة الحقوق و الشريعة الكويتية السنة الخامسة، العدد الثاني، الطبعة الرابعة -يونيو 1981.
- ✓ منير هليل: "مسؤولية المستشفى الناشئة عن خطأ الطبيب غير الموظف"، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، مجلد 25 -ج 3، 2011.
- ✓ هدى عبد الله طاهر: "التشوهات الخلقية للأجنة بين الماضي و الحاضر"، مجلة التراث العلمي العربي فصلية، محكمة، العدد(40)، 2019م.
- ✓ وديع فرج: مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة 12 يناير 1942.

❖ المؤتمرات و الندوات الدراسية

- ✓ أحمد ادريوش: "التعويض عن الأضرار الناجمة عن الحوادث الطبية، تحديد المفاهيم و الإشكاليات و إنجاز التقييم المقارن للتطور الذي شهدته القوانين الوطنية"، العرض التقديمي للندوة الدولية التي نظمها الاتحاد الدولي للمحامين و جمعية هيئات المحامين بالمغرب و هيئة

المحاميين بالرباط حول موضوع " التعويض عن الأضرار الناتجة عن الحوادث الطبية"، الرباط من 6 إلى 8 يوليوز 2017، مجلة محاكمة، ع 14، س 12، فبراير/ أبريل 2018.

✓ أحمد هديلي: "تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية و انعكاساته على قواعد الإثبات"، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، المنظم بجامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، يومي 23 و 24 يناير 2008. منشور على الرابط التالي:

<http://www.mediafire.com/file/877wjb3ihyg6g26/partie15pdf/file>

✓ الرحمن عبد الله العوضي: الإنجاب في ضوء الإسلام، ندوة منظمة من طرف المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، المنعقدة بتاريخ 11 شعبان 1403 هـ الموافق 24 مايو 1983م.

✓ جمال أبو السرور: التربية السكانية، إصدارات المركز الدولي الإسلامي للدراسات والبحوث السكانية بجامعة الأزهر (1418 هـ - 1997م).

✓ عبد الله النجار: "الخطأ العقدي في مجال استخدام الهندسة الوراثية"، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، من 5 إلى 7 مايو 2002، المنعقد في رحاب كلية الشريعة و القانون- جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الرابع.

✓ علي أحمد الندوي: الهندسة الوراثية و تطبيقاتها، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون – كلية الشريعة و القانون – جامعة الإمارات العربية المتحدة – 2002/07/05م، المجلد الأول.

✓ محمد حسن قاسم: "نظرة في تطور المسؤولية الطبية" أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق لجامعة بيروت العربية بمناسبة : مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2014، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى -2005.

✓ محمد عبد الرحيم: إجهاض المرأة الحامل بالجنين المشوه، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون – كلية الشريعة و القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2002/7/5، المجلد الرابع.

✓ محمد مطلق محمد عساف: حكم إجهاض الجنين بسبب التشوهات الخلقية في ضوء المقاصد الشرعية والقواعد الفقهية، مؤتمر العلمي الدولي التاسع لكلية الشريعة في جامعة النجاح الوطنية، قضايا طبية معاصرة في الفقه الإسلامي، فلسطين -2019م.

✓ هشام محمد مرغني: "تشوهات الجنين تشخيصها وعلاجها"، مؤتمر "الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون"، من 5 إلى 7 مايو 2002، المنعقد في رحاب كلية الشريعة و القانون- جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الرابع.

✓ الندوة الثانية من سلسلة ندوات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، حول الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة ، تحت عنوان: "الحياة الإنسانية: بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي"، في الفترة ما بين 24- 26 ربيع الآخر 1405 هـ، بفندق هيلتون بدولة الكويت. بالانترنت:

<https://al-maktaba.org/book/8356/1507> .

❖ التقارير الوطنية و الدولية

- ✓ منظمة الصحة العالمية، العيوب الولادية - تقرير الأمانة -، اجتماع جمعية الصحة العالمية الثالثة و الستون، البند 7-11 من جدول الأعمال المؤقت، ج 10/63، بتاريخ 1 أبريل 2010.
- ✓ إعلان هيلنسكي، أصدرته الجمعية الطبية، في اجتماعها الثامن عشر في هيلنسكي و أكدته في اجتماعها التاسع و العشرون في طوكيو سنة 1975، متاح على الموقع:
<http://www.crp.org/library/ethics.nuremberg>

Les sources et les ouvrages en français :

➤ Les sources :

❖ Conventions :

- ✓ Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Genetic Testing For Health Purposes, Strasbourg, 27/11/2008.
- ✓ Additional protocol to the convention for the protection of human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine, on the prohibition of cloning human beings, done at paris 12.1.1998.

❖ codes, lois :

- ✓ Code de la santé publique de France sur site :

<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006072665/>.

- ✓ Code de déontologie des médecins du maroc, Référence (B.O N° 19 juin 1953). Sur site :

http://www.sgg.gov.ma/Portals/0/profession_reglementee/arrete_code_de_ont_med_fr.pdf.

- ✓ code pénal Français, Édition 2022-03-04 disponible sur site : <https://codes.droit.org>.

- ✓ Décret n°92-183 du 26 février 1992 relatif au fonds d'indemnisation institué par l'article 47 de la loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social. Disponible sur site :

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000711674/>.

- ✓ Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, sur site :

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000549618/>.

- ✓ Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse. Journal officiel de la république française. P.739. disponible sur le lien suivant : <https://www2.assemblee-nationale.fr/static/evenements/anniversaire-loi-veil/loi%2075-17.pdf>

✓ LOI n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie (1), disponible sur le lien suivant:

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000446240/>

✓ Loi n° 2002-303 du 4 Mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de sante. Français. Disponible sur site :

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000227015/>.

✓ Loi n° 94-653 du 29 juill 1994, relative au respect du corps humains. J.O 30 JUIL 1994. P: 11056. Disponible sur sit:

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000549619/>.

✓ Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse. disponible sur site :

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000700230/>.

✓ Loi n° 75-534 du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées. Disponible sur le site :

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000333976/>.

✓ Loi 99-653 du 29 juillet 1994, relative au respect du corps human – journal officiel loi et décrètes.sur sit :

<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/loi-n-94-653-du-29-juillet-1994-relative-au-respect-du-corps-humain/>.

✓ Loi suédoise no 1996 :799, 19 Juin 1996, relative à l'indemnisation des patients.

✓ La loi n° 2002 -1577 datée du 30/12/2002, relative à l'assurance responsabilité civile médicale publiée au, J.O. du 31/12/2002.

✓ Loi relative à la sécurité civile de belge, 15 Mai 2007, disponible sur le site : [http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/article_body\(...\)](http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/article_body(...))

❖ Jurisprudence

✓ Cass , ass. Plén, 17 Nov. 2000 , Jurisprudence , II , 10438 , p. 2293. Disponible sur site :

<https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/cour-de-cassation-plen-17-novembre-2000-perruche-pourvoi-numero-99-13-701-publie-au-bulletin/>.

✓ Civ , 1^{re} ,15 déc, 1998, B.Civ. 1, n^o 368 ; note J.Mestre in R.T.D. civ, 1999.624.

✓ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 28 avril 1998, 96-20.421, Publié au bulletin sur site :

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007039740>.

✓ Cass. Civ .26 mars, 1996, Dalloz, 1996, 35, note roche.Dahan.

✓ Cass, 17 Dec, 1954, J.C.P. 1955-11-8490. Note savatier, J.C.P, 2000, P , 2300 note, F ,chabas.

✓ Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 4 février 1998, 97-80.305, Publié au bulletin, disponible sur site :

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007070808>.

✓ Cass. Crim, 4 février, 1998 , note Labbé, sur la recevabilité de l'action en réparation du préjudice moral souffert par l'enfant né d'un viol incestueux dans l'impossibilité d'établir la filiation. Edition Dalloz 2010.

✓ Décisions des tribunaux administratifs :

-tribunal administratif de Monteuil n^o 1704275.

- tribunal administratif de Monteuil n^o 1704392.

-tribunal administratif de Monteuil n^o 1704394.

Disponible sue site : <http://montreuil.tribunal-administratif.fr/Actualites/Actualites-Communique/Depakine-le-tribunal-condamne-l-Etat-a-indemniser-les-victimes-en-fonction-de-la-date-de-naissance-de-leurs-enfants>.

✓ Cour administrative d'appel de Paris, 3e chambre, du 11 mai 1995, disponible sur site :

<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007430972>.

✓ Conseil d'Etat, Section, du 14 février 1997, 133238. Disponible sur site : <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007967547/>.

✓ Cour Administrative d'Appel de Nantes, 4ème chambre, 04/06/2010, 09NT00673. Disponible sur site :

<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000022749399>.

✓ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 26 mars 1996, 94-11.791 94-14.158, Publié au bulletin. Disponible sur site:

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007035163/>.

- ✓ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 16 juillet 1991, sur internet : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007026872>.
- ✓ Conseil d'état 27/09/89, gaz pal, 4/8/1990.

➤ **Ouvrages :**

❖ **Ouvrages généraux :**

- ✓ Annick Dorsner- Dolivert : la responsabilité du médecin, Edition economoca, 2006.
- ✓ Florentin. (I): le diagnostic préimplantatoire et le contrôle de la qualité des enfants à naître in le droit saisi par la biologie L.G.D.J. 1996.
- ✓ Garraud René: Traité théoriques pratique du droit pénal français, Paris, Sirey1985.
- ✓ Geneviève VINEY, L'avenir des régimes d'indemnisation sans égard à la responsabilité", R.c.droit, Vol 39, n⁰ 2-3, 1998.
- ✓ Hannouz(M-M), Hakem (A-R) : Précis de droit médicale : à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, Office des publications universitaires, Algérie, 1992.
- ✓ Isabelle moine. Dupuis et 2ric Loquin : culture et philosophie du droit, édition Ellipses. Paris 2022.
- ✓ LAMBERT-FAIVER : Droit du dommage corporel, Système d'indemnisation, 4ème édition, Dalloz, 2000.
- ✓ Lara KHOURY: une nouvelle révolution pour le droit de la responsabilité ? la gouvernance du risque biomédical et l'indemnisation de ses victimes, R.G.D, Vol 39, n⁰ 1, 2009.
- ✓ Rebert Saury : "L'éthique médical et sa formulation juridique, Published by SAURAMPS MEDICAL Montpellier, 1991.
- ✓ P. Jourdain. Michel Paillet : "L'enfant – préjudice devant le juge administratif et la dignité de la personne", Mélanges Christian Bloze, EONOMICA, Paris, 1996.
- ✓ SYLIVE WELSH : Responsabilité du médecin, litec 2000.

❖ **Ouvrages spéciaux :**

- ✓ Aude Bertrand-Mirkovic : LA NOTION DE PERSONNE -Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître, Éditeur : Presses universitaires d'Aix-Marseille, Collection : Hors collection, Lieu d'édition : Aix-en-Provence, Année 2003.
- ✓ G.viney : brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion (Cass.ass.plen.17NO.v.2000), J.C.P.G , 2001-1-n^o 28.
- ✓ Hermitte (M.A): "le contentieux de la naissance d'enfants handicapés", Gaz, Pal, 24-25 Oct, 1997.
- ✓ Milliez Jacques: "l'euthanasie du fœtus. Médecine ou eugénisme?", édition ODILE JACOB, 1999.
- ✓ Persaud T.V.N et al : prenatal pathology- Fetal Médecine, 1st Edition Field, **3 inris** charles thomas, 1979.
- ✓ Philip Dédrot : Diagnostic prénatal et responsabilité -médicale, Economica, Paris, 1990.

❖ **Thèses et mémoires :**

- ✓ Charlotte Saily: "Responsabilité médicale et parentale face à - l'enfant préjudice - Une étude de droit comparé", Mémoire de DEA, Droit privé, 1998–1999, Lille 2.
- ✓ Galopier Legouge Catherine : Analyse Critique et aspect éthique des décisions de la cour de cassation du 17.11.2000 au 28.11.2001 relatives à l'erreur ou à l'absence de diagnostic prénatal et à ses conséquences indemnitaires, these docteur, faculté de médecine paris descartes –Site Cochin, 2009.
- ✓ Hubert. F : Socialisation des risques et responsabilité individuelle, thèse, Paris, 1947.
- ✓ Isabelle Garcia Ducros : Responsabilité pénale et faute non-intentionnelle du praticien médical, Thèse Docteur, l'université de Montpellier, Français 2016.

❖ Articles :

- ✓ Anne-Marie Luciani : la notion de dommage à l'épée du handicap con génital. Article sur net :
<https://www.labase-lextenso.fr/petites-affiches/PA199707704>.
- ✓ Basil MARKESINIS : réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir l'arrêt perruche, RTD.civ, 2001.
- ✓ Baulon –E et all : "Diagnostic échographique des anomalies fœtales du premier trimestre de la grossesse", Rev EM-Consulte, 01/01/2005.
- ✓ Cornelisse –S et all : "teste génétique préimplantatoires pour détecter les anomalies du nombre de chromosomes chez les couples soumis à une fécondation in vitro, Rev Cochrane, 8 septembre 2020.
- ✓ Caroline Lantero : "Que reste-t-il des fondements de la responsabilité sans faute des établissements publics de santé ?", Revue de droit sanitaire et social, Sirey, Dalloz, 2015, pp.37-44. hal-02122429.
- ✓ Chabas. f : l'obligation médicale d'information en Sanger, la semaine juridique, édition générale, no. 15, du 11-15 mars 2000.
- ✓ Chatron .K et all : "Les tests non invasifs en période prénatale : avantages et limites", Rev de Médecine périnatale, 2016, vol 8.
- ✓ Coralie Ambroise-Castérot : recevabilité de l'action civile d'un enfant né d'un viol, actualité juridique. Pénale, Dalloz 2011.
- ✓ David BARDEY et Philippe DE DONDER : "Quelles assurances face aux nouveaux risques ?", Rev Esprit, juillet 2014.
- ✓ Denis Mazeaud : "Réflexions sur un malentendu", Recueil Dalloz 2001. voir site :https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/Mazeaud_sur_perruche.pdf.
- ✓ dekeuwer- defosse (f) réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille, R.T.D,1995.
- ✓ Fabre-Magnan: "Avortement et responsabilité médicale", RTD Civ, Revue trimestrielle de droit civil, Dalloz, 2001.
- ✓ F. chabas. note cour l'arrêt perruche J.C.P 2000 N° 10438.
- ✓ F. Bouvier, Le consentement à l'acte thérapeutique réalité et perspectives, J.C.P, 1986, N°10.
- ✓ G. Memeteau : l'action de vie dommageable, J.C.P. 2000, doc, 1279.

- ✓ G.Memeteau : L'expérimentation sur le fœtus, Rev, Inter-dr. Pen 1988.
- ✓ Geneviève VINEY : L'avenir des régimes d'indemnisation sans égard à la responsabilité", Revue les cahiers de droit, Vol 39, n° 2-3, 1998.
- ✓ G.viney : brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion (Cass.ass.plen.17NO.v.2000), J.C.P.G , 2001-1-n° 28.
- ✓ Gabriel Gachelin et al : " Caryotype Humain", article disponible sur le site :
-<https://www.universalis.fr/encyclopedie/caryotype-humain/3-caryotype-humain/>.
- ✓ Hennau Hublet : L'activité médicale et les atteinte à l'intégrité physique des personnes, Rev, Dr, Pen et crim, 1988.
- ✓ Henu Hublet : Rapport national Belgique. Actes du colloque préparatoire fribourg, 21/23 Septembre, 1987, revu internationale de droit pénal, 1988.
- ✓ J. Penneau : Faut et erreur en matière de responsabilité médicale, Revue internationale de droit comparé Année 1974.
- ✓ Jacques Hureau, Philippe Hubinois : responsabilité médicale. Etude comparée de l'indemnisation des préjudices corporels en Europe, communication scientifique. Séance du 24 mai 2005. Disponible sur le site: <https://www.academie-medecine.fr/responsabilite-medecale-etude-comparee-de-lindemnisation-des-prejudices-corporels-en-europe/>.
- ✓ Jean Louis Budouin : "Canada National Report", Revu Internationale Droit pénal, 1988.
- ✓ J.L Fagnor : éléments du débats sur réforme de la responsabilité médicale en Belgique accident thérapeutique et protection du consommateur, ver une responsabilité sans faute au Québec, Townsville, Bruxelles, 2006.
- ✓ Lachaud-y et Aveline-L : la responsabilité, médicale pour défaut d'informatique: de l'évolution de la jurisprudence à une nécessaire réforme législative, gaz.pal 16-17 juin 1999.
- ✓ L. MAZEAUD, « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits », R.T.D, civ. 1929.

- ✓ Lydia Morel : Introduction aux effets biologique des ondes électromagnétique artificielles et interprétation et compréhension du syndrome d'électro-chimico-hypersensibilité (EHS-MCS), disponible sur le lien suivant : <http://www.lescitoyenseclaires.org/pdf/2018Lydia-Morel-1.pdf>.
- ✓ Markesinis : "réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt Perruche", RTD, civ, 2001.
- ✓ Michelle Llamas : Depacote Lawsuits, Article 10 March 2021, sur sit : https://www.drugwatch.com/depakote/lawsuits/?fbclid=IwAR1A8AiTKc5mqNerRTncwecOUwtlBbz7S7n_eYWSP3mQJY7I4LyEUaMuMnQ
- ✓ N. Sabiri, M. Kabiri et al : [www.em-consulte.com/article: facteur](http://www.em-consulte.com/article:facteur) de risque des malformation congénitales: étude prospective à la maternité souissi de rabat au maroc.
- ✓ PH. Pedrot : le statut juridique de l'embryon et du fœtus humain en droit comparé J.C.P 1991. DOC , n° 3483.
- ✓ Ph.Pouzaulet : brève synthèse sur l'affaire perruche- disponible sur sit : [www.cfjd.org/cupboard/analyses/synthese perruche.htm](http://www.cfjd.org/cupboard/analyses/synthese_perruche.htm). vu 2019/08/14 .
- ✓ Philippe le tourneau et loie cadiet : Droit de la responsabilité, Revue internationale de droit comparé. Vol. 48 N°4, Octobre décembre 1996. Dalloz, paris.
- ✓ P. Mistrette, la loi n°, 2002-303, du le mars, 2002, relative aux droits de mal à des et à la qualité du système de santé J.C.P.G. 12juin 2002. N°24-1141.
- ✓ P . jourdain : Les principes de la responsabilité civile, RTD, 1991.
- ✓ P. Jourdain : le préjudice résultat de la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, R.T.D, civ 1996.
- ✓ Poirot- Mazères : "la notion de préjudice en droit administratif", revue du Droit Pubic, 1997.
- ✓ Raymand MARTIN: indemnisation des infections nosocomiales et accidents médicaux",Revue juridique de l'Ouest, n° 3, 2003.
- ✓ R. Thery : La condition juridique de l'embryon et du fœtus, RECUEIL DALLOZ SIREY. N° 33, 1982/10/13.

- ✓ Roger Merle et André Vitu : traite de droit criminel, droit pénal spécial par vitu 1^{er}. Ed. Cujas, paris. 1982.
- ✓ Savatier. René : les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, 1^{er} série, 3 éd , Revue internationale de droit comparé – 1964.
- ✓ Stéphanie JACOB : 70% des malformations congénitales peuvent être évitées. Disponible sur site: <https://www.leconomiste.com/article/Santé>.
- ✓ Stéphanie Porchy- Simon : Refus d'application du dispositif « anti-Perruche » aux dommages survenus antérieurement à la loi du 4 mars 2002, Recueil Dalloz 2008.
- ✓ Yves Saint-Jours: "Handicap congénital- Erreur de diagnostic prénatal-Risque thérapeutique sous-jacent (à propos de l'arrêt "perruche" du 17 novembre 2000)". D. CH. Doc 2001. n^o 16.
- **Publication officielles, rapports, études et Colloques :**
 - ✓ Déclaration universelle sur le génome humain. Disponible sur le site : www.unesco.org/human-genome.
 - ✓ Déclaration universelle sur les données génétiques. Disponible sur le site : www.unesco.org/shs/fr/bioethics.
 - ✓ Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme. Disponible sur le site : www.unesco.org/new/fr/social.
- **dictionnaires:**
 - ✓ Daniel ® : dictionnaire Larousse, Librairie Larousse , paris, 2005.

Sources et ouvrages en anglais :

- ✓ Annisa Fitriani : Fetal DNA Cell-Free Examination : a new way to detect chromosomal abnormalities before delivery, ARTICLE TRANSLATION. sur net : A Fitriani - researchgate.net.
- ✓ Abortion Act 1967- Legislation.gov.uk, the law relating to termination of pregnancy by registered medical practitioners. 27th October 1967. <http://legislation.gov.uk>.
- ✓ British law : "The Human Fertilization and Embryology Act of 1990", Publisher London Hmso, disponible sur le site : - https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/pdfs/ukpga_19900037_en.pdf. vu 2021/04/03 à 13h12min.
- ✓ Cailin Harris : *Statutory Prohibitions on Wrongful Birth Claims & Their Dangerous Effects on Parents*, 34 B.C.J.L. & Soc. Just. 365 (2014), p.393. disponible sur le lien suivant :- <http://lawdigitalcommons.bc.edu/jlsj/vol34/iss2/8>
- ✓ Holman E.J : " Medicolegal aspects of sterilization, artificial insemination, and abortion", journal of the American medical Association, 1954.
- ✓ Karin Rhines: Human Reproduction And Childbirth, Former Program Director, Teacher's Resource Book , Westchester County (NY) Department of Health, 2009.
- ✓ K. Forci, M. H. Alami E. Bouaiti, M. Slaoui, A. Mdaghri Alaoui and A. Thimou Izgua : Prevalence of congenital malformations at the "les Orangers" maternity and reproductive health Hospital of Rabat: - descriptive study of 470 anomalies, Forci et al. BMC Pediatrics (2020) : <https://doi.org/10.1186/s12887-020-02179-6>.
- ✓ Jane Stapleton : Product liability, Publisher : Butterworths, (April 11, 2005).
- ✓ Derek Morgan Ropert G. Lec : Human fertilization and Emory logy Act. 1990. Great Britain Blackstone press limited 1991.

❖ **Internet :**

- ✓ <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais-arabe/IVG/22000>.
- ✓ <https://www.medias24.com/agence-presse/scandale-de-la-depakine-sanofi-mis-en-examen-pour-homicides-involontaires-3/>.
- ✓ -<http://www.courdecossation.fr/>.
- ✓ BioGenetics Corporate, disponible sur le site :
- https://sperm1.com/biogenetics/about_us.html.

الفهرس

1.....	مقدمة
24.....	الباب الأول : ماهية التشوهات الخلقية و المسؤولية المترتبة عنها
26.....	الفصل الأول : ماهية التشوهات الخلقية
27.....	المبحث الأول : الجنين – أطواره – أنواعه
28.....	المطلب الأول : تعريف الجنين
28.....	الفرع الأول : الجنين في اللغة و اصطلاح الفقهاء
30.....	الفرع الثاني : الجنين في الطب
32.....	المطلب الثاني : أطوار الجنين
34.....	الفرع الأول : مرحلة النطفة
36.....	الفرع الثاني : مرحلة العلقة
38.....	الفرع الثالث : مرحلة المضغة
40.....	الفرع الرابع : مرحلة نفخ الروح
42.....	المطلب الثالث : أنواع الجنين
43.....	الفرع الأول : الجنين السوي
44.....	الفرع الثاني : الجنين المشوه
45.....	الفرع الثالث : الجنين الاحتياطي
46.....	الفرع الرابع : الجنين المخصص للأبحاث
47.....	المبحث الثاني : التشوهات الخلقية في اللغة و الطب و الفقه الإسلامي
48.....	المطلب الأول : مفهوم التشوهات الخلقية في اللغة و الطب و الفقه الإسلامي
48.....	الفرع الأول : مفهوم التشوهات الخلقية في اللغة
51.....	الفرع الثاني : مفهوم التشوهات الخلقية في الطب
52.....	الفرع الثالث : مفهوم التشوهات الخلقية في الفقه الإسلامي
53.....	المطلب الثاني : أسباب التشوه و أنواعه و كيفية التعرف عليه
53.....	الفرع الأول : أسباب التشوهات التي تصيب الأجنة
78.....	الفرع الثاني : أنواع التشوهات التي تصيب الأجنة و إحصائياتها
87.....	الفرع الثالث : كيفية التعرف على التشوه الذي يصيب الأجنة
المطلب الثالث :	حكم إجهاض الجنين المشوه و الضوابط القانونية للفحص
98.....	الوراثي
الفرع الأول :	حكم إجهاض الجنين المشوه في الفقه الإسلامي و الطب الحديث و
99.....	الحالات التي يجوز فيها الإجهاض
112.....	الفرع الثاني : مرحلة الحمل التي يجوز فيها إجهاض الجنين المشوه

130.....	الفرع الثالث : الضوابط القانونية للفحص الوراثي في الجنين
136.....	الفصل الثاني : المسؤولية عن التشوهات الخلقية
138.....	المبحث الأول : أحكام المسؤولية الناشئة عن التشوهات الخلقية
138.....	المطلب الأول : أحكام المسؤولية الطبية عن التشوهات الخلقية
139.....	الفرع الأول : أركان المسؤولية عن التشوهات الخلقية
140.....	الفقرة الأولى : الخطأ
150.....	الفقرة الثانية : الضرر
156.....	الفقرة الثالثة : العلاقة السببية بين الفعل الضار الذي صدر من الفاعل و بين الضرر الذي أصاب الجنين
160.....	الفرع الثاني : طبيعة دعوى المسؤولية
164.....	المطلب الثاني : أساس المسؤولية عن التشوهات الخلقية في الفقه الإسلامي و القواعد الطبية
166.....	الفرع الأول : مفهوم المسؤولية الطبية
166.....	الفقرة الأولى : تعريف المسؤولية
168.....	الفقرة الثانية : أدلة مشروعية المسؤولية الطبية التي تصيب الجنين
171.....	الفقرة الثالثة : أركان المسؤولية الطبية
173.....	الفقرة الرابعة : أقسام المسؤولية الطبية و انتفائها
175.....	الفرع الثاني : التعدي
175.....	الفقرة الأولى : تعريف التعدي و حكمه
176.....	الفقرة الثانية : المراد بالتعدي في حق الطبيب و أقسامه
180.....	الفقرة الثالثة : معيار التعدي
181.....	الفرع الثالث : المسؤولية الطبية عن التشوهات الخلقية في ظل الممارسات الطبية الحديثة
186.....	المبحث الثاني : مسؤولية الطفل المشوه خلقيا
187.....	المطلب الأول : مسؤولية الطبيب و الوالدين و المجتمع في مواجهة الطفل المشوه
187.....	الفرع الأول : مسؤولية الطبيب في مواجهة الطفل المشوه
188.....	الفقرة الأولى : مسؤولية الطبيب المعالج و نائبه
194.....	الفقرة الثانية : مسؤولية طبيب التحاليل والأخصائي
198.....	الفقرة الثالثة : مسؤولية طبيب الأشعة
199.....	الفقرة الرابعة : المسؤولية المشتركة بين الطبيب المعالج و طبيب التحاليل أو الأشعة
201.....	الفرع الثاني : مسؤولية الوالدين في مواجهة الطفل المشوه

الفرع الثالث : مسؤولية المجتمع في مواجهة الطفل المشوه.....	210
الفرع الرابع : مسؤولية المنتجات الطبية في مواجهة الطفل المشوه.....	212
المطلب الثاني : الآثار المترتبة على خطأ الطبيب في تشخيص تشوهات الجنين و موقف القضاء منها.....	215
الفرع الأول : الآثار المترتبة على خطأ الطبيب في تشخيص تشوهات الجنين.....	217
الفقرة الأولى : الخلقة التي توجب الدية في الجنين.....	217
الفقرة الثانية : الآثار المترتبة عن خطأ التشخيص.....	219
الفرع الثاني : موقف القضاء	222
الفقرة الأولى : موقف القضاء العادي.....	222
الفقرة الثانية : موقف القضاء الإداري.....	229
الفقرة الثالثة : موقف الفقه.....	234
الباب الثاني: الحماية القانونية من التشوهات الخلقية و التعويض عنها..	256
الفصل الأول : الحماية القانونية من التشوهات الخلقية.....	258
المبحث الأول : المقاربة القانونية لحماية حق الجنين من التشوهات الخلقية جراء استخدام التقنيات الحديثة.....	259
المطلب الأول : الحماية القانونية للجنين في تقنية التلقيح الصناعي.....	260
الفرع الأول : موقف القانون من تقنية التلقيح الصناعي.....	262
الفقرة الأولى : مشروعية التلقيح الصناعي.....	263
الفقرة الثانية : شروط ممارسة التلقيح الصناعي.....	269
الفرع الثاني : الحماية الجنائية للجنين في تقنية التلقيح الصناعي.....	274
الفقرة الأولى : نطاق الحماية الجنائية للبويضة الملقحة (الجنين).....	275
الفقرة الثانية : حظر إجهاض الحمل الناتج عن التلقيح الصناعي.....	276
المطلب الثاني : حماية الجنين في ظل استخدام تقنية بنوك النطف و الأجنة.....	278
الفرع الأول : الموقف الشرعي و القانوني من بنوك النطف و الأجنة.....	279
الفقرة الأولى : الموقف الشرعي من استخدام تقنية بنوك النطف و الأجنة.....	279
الفقرة الثانية : التكيف القانوني لتقنية بنوك النطف و الأجنة.....	281
الفرع الثاني : موقف القانون الجنائي من بنوك النطف و الأجنة.....	283
الفقرة الأولى : موقف القانون المقارن من بنوك النطف و الأجنة.....	283
الفقرة الثانية : موقف التشريع الجنائي المغربي من بنوك النطف و الأجنة.....	287
المبحث الثاني: الحماية القانونية في سلامة الجسم.....	292
المطلب الأول : الحماية القانونية لحق الإنسان و الجنين في سلامة الجسم.....	292
الفرع الأول : مضمون الحق في سلامة جسم الإنسان.....	293

293.....	الفقرة الأولى : مفهوم الحق في سلامة الجسم.....
296.....	الفقرة الثانية : أفعال المساس بالحق في سلامة الجسم.....
298.....	الفقرة الثالثة: أساس إباحة بعض أفعال الاعتداء على الحق في سلامة الجسم.....
300.....	الفرع الثاني: الحماية القانونية لسلامة جسم الجنين و تكامله في ضوء تطور العلوم الطبية.....
301.....	الفقرة الأولى: الحماية الجنائية لسلامة جسم الجنين و تكامله في ضوء تطور العلوم الطبية.....
306.....	الفقرة الثانية: الحماية المدنية لسلامة جسم الجنين و تكامله في ضوء تطور العلوم الطبية.....
310.....	المطلب الثاني: الحماية القانونية لسلامة الجنين من التجارب الطبية.....
311.....	الفرع الأول : شروط إجراء التجارب الطبية على الجنين.....
313.....	الفقرة الأولى: شرط الرضاء.....
318.....	الفقرة الثانية: شرط الغرض العلاجي.....
321.....	الفقرة الثالثة: الالتزام بضوابط الجدية العلمية.....
326.....	الفرع الثاني: المسؤولية المترتبة عن الإخلال بشروط التجارب على الجنين.....
328.....	الفقرة الأولى: المسؤولية المدنية المترتبة عن الإخلال بشروط التجارب على الجنين.....
333.....	الفقرة الثانية: المسؤولية الجنائية المترتبة عن الإخلال بشروط التجارب على الجنين.....
347.....	الفصل الثاني : التعويض عن التشوهات الخلقية.....
348.....	المبحث الأول : التعويض عن التشوهات الخلقية و الأنظمة الخاصة بها.....
348.....	المطلب الأول : التعويض عن التشوهات الخلقية التي تصيب الجنين.....
349.....	الفرع الأول: مفهوم التعويض في حق الجنين و تقديره.....
350.....	الفقرة الأولى: مفهوم التعويض في حق الجنين.....
355.....	الفقرة الثانية: تقدير التعويض.....
361.....	الفقرة الثالثة: التعويض عن الضرر الممتد.....
364.....	الفرع الثاني: دور المحكمة في تقدير التعويض.....
365.....	الفقرة الأولى: دور القاضي في تقدير الوقائع لاستخلاص التعويض.....
368.....	الفقرة الثانية: وقت تقدير التعويض.....
372.....	الفقرة الثالثة: ضرورة الأخذ بنظام خاص للمسؤولية.....
375.....	المطلب الثاني: الأنظمة الخاصة للتعويض عن التشوهات الخلقية و آلياتها.....
375.....	الفرع الأول: الأنظمة الخاصة للتعويض عن التشوهات الخلقية.....
376.....	الفقرة الأولى: تعويض الأخطار العلاجية في القانون الفرنسي.....

385.....	الفقرة الثانية : تعويض الأضرار العلاجية في القانون السويدي
388.....	الفرع الثاني: آليات تغطية المخاطر العلاجية من التشوهات الخلقية
389.....	الفقرة الأولى: الأنظمة الجماعية في التعويض
392.....	الفقرة الثانية: التأمينات الإلزامية
400.....	المبحث الثاني: قصور قواعد المسؤولية و الحلول القضائية و التشريعية في التعويض عن التشوهات الخلقية
401.....	المطلب الأول : الصعوبات المرتبطة بتعويض المضرور في مجال الممارسات الطبية الماسة بالجنين
402.....	الفرع الأول : الصعوبات المتعلقة بإسناد المسؤولية المدنية
402.....	الفقرة الأولى : تعدد الأخطاء و صعوبة الإسناد
407.....	الفقرة الثانية : صعوبة إثبات الخطأ الموجب للمسؤولية
414.....	الفرع الثاني : الصعوبات المتعلقة بالتعويض
414.....	الفقرة الأولى : مشكلة تأخر الحصول على التعويض
416.....	الفقرة الثانية : مشكلة عدم تناسب التعويض مع الضرر
421.....	المطلب الثاني : الحلول القضائية و التشريعية لمشكلات التعويض و المسؤولية عن التشوهات الخلقية
421.....	الفرع الأول : إعادة النظر في أساس المسؤولية المدنية
425.....	الفرع الثاني : مجال إثبات إلام المريض
431.....	الفرع الثالث : الاتجاه نحو التشدد في دفع المسؤولية
431.....	الفرع الرابع : انتشار التأمين و الأنظمة الجماعية للتعويض
437.....	الفرع الخامس: الوسائل المكملة لتأمين المسؤولية عن التشوهات الخلقية
439.....	الخاتمة
448.....	لائحة المصادر المراجع
487.....	الفهرس

مقتضب عن الأطروحة

يمر الجنين بمراحل متعددة حتى يكتمل نموه و تلجه الروح، ولا شك في أن الشريعة الإسلامية قد عنت بالجنين من خلال حماية أعظم المصالح المعتبرة و هي مصلحة حفظ النفس التي تعتبر ثاني الضروريات الخمس، و من ثم كفلت له الحياة الكريمة، كما شهد هذا العصر تطورات هائلة في المجال الطبي و خاصة طب الأجنة، حيث تمكن الأطباء من إجراء العديد من الممارسات الطبية التي يكون الجنين محلاً لها، و التي و إن كانت تبدو عملاً و إنجازاً علمياً، فللجنين شخصية قانونية وأهلية، وله حق في الحياة الذي يقضي حرمة إجهاضه، وهذا الحق هو من الحقوق التي تثبت للجنين ولا تتوقف على انفصاله حياً من بطن أمه، ومن ثم فلا بد من افتراض الشخصية الكاملة للجنين بما يكفل له الحماية الفعالة تجاه الكافة بما فيهم أمه، لأن افتراض الشخصية الكاملة تثبت له التعويض الكامل قبل انفصاله عن أمه، وإذا كان المشرع المغربي قد أثبت الشخصية القانونية للإنسان بتمام ولادته حياً، فليس معنى ذلك انعدام الحماية القانونية للجنين قبل ولادته، فالمسؤولية التقصيرية خير كفيل لهذه الحماية. والناظر لهذا الموضوع يجد أنه يعالج التشخيص المنذر لحالات التشوهات الخلقية المبكرة وما ينتج عنه من نتائج، ومن ثم نحاول أن نجد حلقة وصل يقوم عليها أساس المسؤولية تجاه الجنين المشوه من زاوية المسؤولية الطبية أولاً ثم معالجتها من الناحية القانونية، فعملية تشخيص المرض من أول وأهم مراحل العلاج حيث يتم فيها التعرف المبدئي على نوع العلة أو الخلل العضوي اللازم جراحي أو كيميائي أو غيره، و ينطبق هذا الكلام على التشخيص المبكر على الحمل حيث عن طريقه يستطيع الطبيب المعالج أن يكشف عن وجود أمراض أو تشوهات خلقية بالنسبة للجنين من عدمه، و لن يقف الأمر عند ذلك فقط بل يمتد ليشمل طبيب الأشعة وطبيب التحاليل حيث عليهم جميعاً التزاماً بتسليم النتيجة صحيحة للزوجين، فلا بد من الاستفادة من ثمار التقدم العلمي في أساليبه الحديثة والمبتكرة في كيفية التعرف على الأمراض والتشوهات التي قد تحدث للجنين في مرحلة مبكرة من عمر الحمل، وذلك لتفادي الأمراض الخطيرة والوراثية، والتشوهات الكبيرة التي تؤثر على حياة المولود مستقبلاً بشكل لا يمس الحياة الإنسانية الكريمة.

الكلمات المفتاحية: التشوهات الخلقية- الجنين المشوه- الجنين المعوق- مسؤولية الجنين-

التشوه.