مجلة جامعة الملك سعود (الحقوق والعلوم السياسية)، مج (٣٤)، ع (٢)، ص ص ٤١٥-٤٣٨، الرياض (٢٠٢٢م/ ١٤٤٣هـ)

الحماية المدنية للجنين المشوّه في القانون التونسي على ضوء التطورات الطبية المعاصرة

أنيس علي العذار

أستاذ مساعد بكلية القانون، جامعة قطر

(قدم للنشر في ١٤/ ١/ ١٤٤٢هـ، وقبل للنشر في ٧/ ٤/ ١٤٤٢هـ)

ملخص البحث. أدى التطور الطبي الذي نعيشه اليوم إلى إمكانية اكتشاف العيوب الخلقية والتشوّهات التي تصيب الجنين قبل ولادته. وقد أدى ذلك إلى خلق إشكاليات قانونية وأخلاقية لم تكن تُطرح في السابق، تتمثل بالخصوص في مدى جواز إجهاض الجنين المشوّه. ويطرح التشوّه الذي يتعرض له الجنين مُشكلة تحديد المسؤولية المدنية عن ضرر التشوّه، والذي قد ينتج عن أعراض جانبية لإحدى الأدوية أو عن خطأ طبي، أو أسباب أخرى. من جهة أخرى، فإن تشوّه الجنين لا يبرر إجهاضه أو استعمال أنسجته بعد موته لغايات علمية، نظراً لأن الجنين يشكل ذاتاً بشرية ذات كرامة.

الكلمات المفتاحية: جنين، تشوّه، خطأ طبي، إجهاض، الحق في الحياة، مبدأ الكرامة الإنسانية، مسؤولية مدنية، تعويض.

THE PROTECTION OF THE DEFORMED FETUS IN TUNISIAN CIVIL LAW IN LIGHT OF CONTEMPORARY MEDICAL DEVELOPMENTS

Anis A. Ladhar

Assistant Professor at College of Law, Qatar University

(Received 14/01/1442 H., Accepted for Publication 07/04/1442 H.)

Abstract. The actual medical development has led to the discovery of congenital defects and downs that affect the fetus before birth. This has led to the creation of legal and ethical problems especially reflected in the extent to which the fetus may be aborted. The deformity of the fetus poses the problem of determining the civil liability for its malformation. On the other hand, the fetal deformity does not justify the abortion process or the use of the fetal tissues for scientific purposes as it is considered an independent human being.

Keywords: Fetus, Malformation, Medical fault, Abortion, Right to life, Principle of human dignity, Civil liability, Compensation.

المقدمة

شهد الطب الإنجابي في العقود الأخيرة تطوراً غير مسبوق، فما كان بالأمس من قبيل الخيال العلمي أضحى اليوم حقيقة ملموسة، فقد أصبح من الممكن تشخيص العيوب الخَلْقية للجنين بشكل أكثر دقة من ذي قبل، كما قلّت نسبة الخطأ في تشخيص الأمراض الوراثية التي يُصاب بها الجنين، أو من الممكن أن يصاب بها، عن طريق تشخيص ما قبل الولادة. ويسمح هذا التشخيص بالتفطّن إلى الأمراض الخطيرة لدى الجنين(١). من جهة أخرى، فقد سمحت التطورات العلمية في المجال الطبي بظهور العلاج الجيني. ويعتبر هذا الصنف المُستحدث من العلاج ذو فائدة كبيرة على مستوى علاج الأجنة وحمايتهم من التشوهات الخَلقية، فقد أحصى العلماء أكثر من أربعة آلاف مرض جيني يمكن أن تتسبّب في ربع حالات الإعاقة وثلث حالات الإجهاض التلقائي(٢).

وقد أثار الجنين منذ القدم إشكالات قانونية، وضعت التشريعات المنطبقة آنذاك في تحدٍّ صعب يتمثّل في ملاءمة أحكامها لخصوصية الجنين بوصفه كائناً بشرياً لم يكتسب بعد الشخصية القانونية. ومن أجل تكريس حماية مدنية للجنين فقد لجأ فقهاء القانون، سواء في القانون الروماني أو في التشريع الإسلامي، إلى تقنية الافتراض القانوني. بالنسبة للقانون الروماني، الذي لم يكن يسمح في الأصل بتمكين الجنين من الميراث لأنه لم يولد بعد ولم تتكوّن شخصيته القانونية، فقد لجأ للخروج من هذا المأزق القانوني إلى افتراض قانوني يعتبر بموجبه أن الجنين قد وُلد قبل وفاة مورّثه، وبذلك يتمتع بالشخصية القانونية ويُمنح نصيبه من التركة(٣). وبالنسبة للشريعة الإسلامية، فقد أقرّت بدورها حق الجنين في الميراث، فافترض الفقهاء الشخصية القانونية للجنين قبل ولادته واعتبروه من جملة الورثة لضمان نصيبه من التركة(٤). ونجد امتداداً لهذه الحماية القانونية للجنين في التشريعات المعاصرة، فالقانون التونسي يفرض بأن: "يُوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تُقسم التركة"(٥). ورغم الحماية المدنية التي تقدّمها التشريعات المعاصرة للجنين إلا أن مفهوم الجنين لا يزال غامضاً. وهناك من يعتبر بأن التكييف القانوني للجنين بمثابة سؤال بلا إجابة مباشرة(٦).

ويكتسي البحث أهمية كبيرة بالنظر لتناوله لأثر تطوّر العلوم الطبية وقدرتها على اكتشاف العيوب الخلقية التي تصيب الجنين مما أدّى إلى ظهور إشكالات قانونية جديدة لم تكن تُطرح في السابق. ويُسلّط البحث الضوء على أثر التطور الذي وصل إليه طب التشخيص قبل الولادة، والقائم على التحاليل الطبية التي شملت مجال الجينات والكروموسومات والفحص بالموجات فوق الصوتية، والمتمثّل في مطالبة الوالدان للأطباء بالكشف المبكر للتشوهات المحتملة للجنين وطلب إجهاضه في الأنظمة القانونية التي تُجيز الإجهاض لوجود تشوّه خلقي.

---

(١) هكذا عرّف الفصل L162-16 من مجلة الصحة العامة الفرنسية تشخيص ما قبل الولادة. وقد جاء فيه: "يُقصد بتشخيص ما قبل الولادة الأعمال الطبية التي تهدف إلى الكشف على مرض خطير لدى الجنين في الطور الرحمي. ويجب أن يسبق تشخيص ما قبل الولادة فحص طبي تُسدى فيه النصيحة حول المعطيات الجينية".

Aux termes de l'article L162-16 du Code de la santé publique "Le diagnostic prénatal s'entend des pratiques médicales ayant pour but de détecter in utero chez l'embryon ou le fœtus une affection d'une particulière gravité. Il doit être précédé d'une consultation médicale de conseil génétique".

(٢) انظر:

Emmanuel Savatier, «Les données de la responsabilité médicale à la fin du XX^{ème} siècle», thèse de droit, Université Jean Moulin, Lyon III, 1998, p. 36.

(٣) انظر: عباس العبودي، *تاريخ القانون*، دار الثقافة للنشر والتوزيع، (٢٠١٩م)، ص ٧٢.

(٤) انظر: عباس العبودي، *تاريخ القانون*، المرجع السابق، ص ٨٧.

(٥) انظر: الفصل ١٤٧ من مجلة الأحوال الشخصية الصادرة بموجب الأمر العلي المؤرخ في ١٣/٨/١٩٥٦م المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية.

(6) Voir: Mohamed Kamel Charfeddine, «L'embryon: sujet ou objet», Revue Tunisienne de Droit, 1998, p. 86.

ويمكن تفسير تنامي هذه المطلبية العلاجية بما تُتيحه التطورات الطبية المعاصرة من حلول طبية في مجال علم الأجنة، فقد استطاعت الأجهزة الحديثة رصد تطور الجنين في رحم أمه بأطواره المختلفة[٧]، وهو أمر لم يكن ممكناً قبل ظهور وسائل التشخيص بالموجات فوق الصوتية. وقد سمحت التحاليل الطبية بالكشف المبكّر للتشوّهات الجنينية، وفي بعض الحالات التنبؤ بحصولها في المستقبل. ولم تكن هذه الوسائل الاستكشافية متاحة في خمسينيات القرن الماضي، ولم يكن حينها في وسع الوالدين اكتشاف الإعاقة أو التشوه إلا عند الولادة. ورغم ما كانت تُخفيه الولادة أحياناً من مفاجآت صادمة، مثل ولادة طفل مشوّه، إلا أنهم لم يكونوا في الوضع الحرج الذي نعيشه اليوم والمتمثل في قدرتنا على اكتشاف التشوّه في مراحل متقدمة وإمكانية إجهاض الجنين المشوّه.

ولقد كان التشوه الذي يولد به المولود الجديد ينضوي في خانة القضاء والقدر، مما يسمح بتقبّل الإعاقة التي يُنظر إليها كابتلاء إلهي لا يُمكن ردّه ويجب الصبر عليه. ولكن في العقود الأخيرة أضحى الأمر مختلفاً، فما يسمح به التشخيص المبكّر للتشوه لدى الجنين، إضافة إلى ما يُخوّله القانون التونسي من إمكانية إجهاض الجنين إذا كان "يُتوقع أن يصاب الوليد بمرض أو آفة خطيرة"[٨] يجعل الوالدين، وخصوصاً الأم، في صورة وجود احتمال كبير لولادة الطفل معاقاً أو مصاباً بمرض خطير في خيار أحلاهما مرّ، إما مواصلة الحمل مع احتمال كبير في أن يولد الطفل معاقاً أو مريضاً بشكل خطير، وإما الإجهاض توقّياً من ولادة هذا الطفل المُشوّه.

ويهدف البحث إلى تسليط الضوء على موقف القانون التونسي من حماية الحقوق المدنية للجنين المشوّه، خاصة وأنه يُعتبر القانون العربي الوحيد الذي يسمح صراحة بإجهاض الجنين لاحتمالية إصابة الجنين بمرض خطير حتى ولو كان مكتمل النمو. وقد اتخذت القوانين العربية موقفاً محافظاً من مسألة الإجهاض، إذ لا نجد في التشريعات العربية قوانين تُجيز صراحة إجهاض الجنين لوجود تشوّه خلقي[٩]، باستثناء القانون الكويتي الذي يسمح بالإجهاض قبل أن يُتم الحمل أربعة أشهر، وذلك في حالتين: "إذ كان بقاء الحمل يُضر بصحة الأم ضرراً جسيماً" و "إذا ثبت أن الجنين سيولد مصاباً على نحو جسيم بتشوّه بدني أو قصور عقلي، لا يرجى البرء منهما، ووافق الزوجان على الإجهاض"[١٠]. ولا شك في أن لأحكام الشريعة، التي تمنع قتل النفس البشرية بمجرد نفخ الروح فيها، أثراً واضحاً على الموقف المحافظ لمعظم التشريعات العربية.

وفي المقابل، نجد تقارباً بين القانون التونسي والقانون الفرنسي الذي يسمح بإجهاض الجنين في أي طور من أطوار الحمل إذا كان هناك احتمال كبير بأن يكون الطفل الذي سيولد مصاباً بمرض خطير جداً ولا يمكن علاجه في تاريخ تشخيصه[١١]. ولم يسمح القانون الفرنسي بالإجهاض إلا في عام ١٩٧٥م حين علّق قانون ١٩٧٥/١/١٧م تجريم الإجهاض لمدة خمس سنوات فاتحاً المجال لقوانين لاحقة تُقر حق المرأة في الإجهاض وفقاً لضوابط.

ويطرح إقرار حق المرأة الحامل في الإجهاض مأزقاً أخلاقياً ودينياً، إذ يقابله حق الجنين المشوّه في الحياة. ويزداد الأمر خطورة في غياب ضوابط دقيقة تُؤطر الإجهاض، مما يفتح المجال واسعاً للتجاوزات المحتملة في حق الجنين. ويزداد الأمر دقة مع قدرة التقنيات الطبية الحديثة على الاستفادة من الخلايا الجذعية التي

(٧) انظر: لعمارة السياسة، أحكام إجهاض الجنين المشوه وراثياً، *مجلة العلوم الإسلامية والحضارة*، مج (٤)، ع (١)، (٢٠١٩م).

(٨) انظر: الفصل ٢١٤ من المجلة الجزائية التونسية.

(٩) اتخذت الأغلبية الساحقة للقوانين العربية موقفاً مناهضاً للإجهاض، انظر: غدير أحمد، الإجهاض في البلدان العربية: مشرّعون يرفضون ونساء يدفعن الثمن، مقال منشور بالموقع الإلكتروني: www.vice.com.

(١٠) انظر المادة (١٢) من المرسوم بالقانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٨١م بشأن مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان والمهن المعاونة لهما.

(١١) انظر المادة L162-12 من مجلة الصحة العامة الفرنسية.

يمكن الحصول عليها من الأجنة البشرية[١٢]. وقد أثارت أبحاث وتجارب الخلايا الجذعية[١٣] التي يتم الحصول عليها من الأجنة البشرية عن طريق إتلاف البعض منها في مراحلها الأولى، بغرض العلاج الطبي أو القيام بالتجارب العلمية، عاصفة علمية وأخلاقية وإنسانية في العالم[١٤].

وتُشكّل الحماية المدنية للجنين المُشوه أهمية كبيرة، بالنظر لتنامي علاقة التأثر والتأثير بين القانون المدني والعلوم الطبية في السنوات الأخيرة. ويرى أحد الكتاب بأن من وظائف القانون المدني أن: "يرُد التقدم العلمي الضار"[١٥]. ولكن فضائل القانون المدني يجب ألا تحجب حدوده ومحدوديته، فغالباً ما يأتي دوره متأخراً مقارنة بتطور العلوم الطبية. وقد تسمح لجان الأخلاقيات الطبية، على غرار اللجنة الوطنية والطب والصحة، بتجاوز هذا النقص. وتلعب هذه اللجان دوراً هاماً عن طريق وضع المبادئ الكبرى التي تُمكّن من التوفيق بين التقدم التكنولوجي والقواعد الأخلاقية والقانونية والقيم الإنسانية.

(١٢) انظر: بلحاج العربي بن أحمد، مشروعية استخدام الخلايا الجذعية الجنينية من الوجهة الشرعية والأخلاقية والإنسانية، *مجلة الوعي الإسلامي*، ع (٤٤٨)، (ذو الحجة ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٣م)، ص ٢٦.

(١٣) الخلايا الجذعية (Stem cells) يتم الحصول عليها من أجنة عمرها بضعة أيام (أكثر من ستة أيام إلى حدود ١٣ يوماً من الإخصاب). وتمتلك هذه الخلايا في هذه المرحلة القدرة على التطوّر والنمو والانقسام بلا حدود وإعطاء الخلايا المتخصّصة كلّها، ويمكنها أن تتحوّل إلى أي نوع من أنواع أعضاء أو أنسجة الجسم البشري تقريباً. وهو ما يُكسبها أهمية بالغة على مستوى العلوم الحيوية والبيولوجية (انظر: بلحاج العربي بن أحمد، مشروعية استخدام الخلايا الجذعية الجنينية من الوجهة الشرعية والأخلاقية والإنسانية، المرجع السابق، ص ٢٧).

(١٤) انظر: بلحاج العربي بن أحمد، مشروعية استخدام الخلايا الجذعية الجنينية من الوجهة الشرعية والأخلاقية والإنسانية، المرجع السابق، ص ٢٦.

(١٥) انظر: صلاح الدين الملولي، التقدم العلمي والقانون المدني، مقال منشور في مؤلف مشترك بعنوان *مسائل في القانون المدني المعاصر*، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، (٢٠١٤م)، ص ٩٧.

وإن التقييم الفعلي للحماية المدنية للجنين المشوّه يقوم على استقراء النصوص القانونية والحلول القضائية التي تناولت هذا الموضوع الشائك، مما يدفعنا إلى طرح السؤال التالي: إلى أي حد وُفّق المشرع التونسي في تكريس حماية مدنية فعليّة لحقوق الجنين المشوه والحال أنه يجعل من المرض الخطير للجنين مبرراً للإجهاض؟

يصعب إيجاد إجابة واضحة على هذا السؤال، فالنصوص القانونية لا تعكس تناغماً تشريعياً على مستوى حماية الجنين المشوّه. ويُظهر التشريع التونسي تبايناً للحماية المدنية للجنين المشوّه باعتباره ذاتاً بشرية ذات كرامة (المبحث الأول) وتبايناً للحماية المدنية على مستوى التعويض (المبحث الثاني).

خطة البحث

- المبحث الأول: تباين الحماية المدنية للجنين المشوّه باعتباره ذاتا بشرية ذات كرامة:
  - المطلب الأول: هشاشة الحماية المدنية لحق الجنين المشوّه في الحياة.
  - المطلب الثاني: إقرار حق الجنين في الكرامة الإنسانية.
- المبحث الثاني: تباين الحماية المدنية للجنين المشوّه على مستوى التعويض عن ضرر التشوّه:
  - المطلب الأول: اتساع نطاق حق والدي الجنين المشوّه في التعويض عن ضرر التشوّه.
  - المطلب الثاني: ضيق نطاق حق الجنين المشوّه في التعويض عن ضرر التشوّه.

المبحث الأول:
تباين الحماية المدنية للجنين المشوه
باعتباره ذاتاً بشرية ذات كرامة

تكمن المُفارقة في القانون التونسي في كونه يُقر حق الجنين المشوّه في الكرامة الإنسانية (المطلب الثاني) لكنه في الآن نفسه يُظهر هشاشة على مستوى حقه في الحياة (المطلب الأول).

المطلب الأول: هشاشة الحماية المدنية لحق الجنين المشوّه في الحياة

يتعيّن في البداية تحديد مفهوم الجنين المشوّه (١) ثم التعرّض إلى محدودية الحماية المدنية لحق الجنين المشوّه في الحياة (٢).

١ - مفهوم الجنين المشوّه

يتعيّن في البداية تعريف الجنين (أ) ثم تعريف التشوّه (ب).

(أ) مفهوم الجنين

الجنين في اللغة "هو وصف للولد مادام في بطن أمه والجمع أجنة وأجنن. وهو مشتق من جن أي استتر"[١٦]. ويفتقر هذا التعريف للدقة في ظل التطوّرات الطبية المعاصرة التي سمحت بتحديد دقيق لمختلف المراحل التي يمر بها الجنين إلى حين ولادته. ويزداد الأمر صعوبة بتعدد التعريفات المقترحة للجنين وفقاً لمراحل تكوّنه، كالتعريف الديني[١٧] والتعريف الطبي[١٨]، والتعريف القانوني[١٩].

ويكتسي تعريف الجنين أهمية قصوى، فهو يسمح بتمييزه عن الأطوار الأخرى التي تسبق تكوّن الجنين، كالنطفة واللقائح والأمشاج، والتي لا تتمتع بنفس الحماية القانونية المقررة للجنين. ويخضع الجنين إلى نظام قانوني مختلف عن الكائنات البشرية الأخرى التي تسبق مرحلة التخلّق، فإجراء الأبحاث على اللقائح الآدمية والأمشاج يخضع لضوابط أكثر مرونة من تلك التي تخضع لها الأجنّة[٢٠]. ويمكن تفسير هذه المرونة بكون هذه اللقائح والأمشاج لم تأخذ بعد شكلاً آدمياً، كما أن حظوظها في التحول إلى كائنات بشرية يغلب عليها عنصر الاحتمال، فحظوظها في الحياة أقل من حظوظ الأجنة، والتي تُعتبر بدورها كائنات بشرية محتملة.

(ب) مفهوم التشوّه

يُشكل تعريف التشوّه أهمية قصوى في الأنظمة القانونية التي تسمح بإجهاض الجنين لوجود تشوّه، فهو يُشكّل معياراً محدداً لجواز ممارسة الإجهاض من عدمه. وبثبوت التشوّه الخلقي أو إمكانية حدوثه يُصبح من الممكن للمرأة الحامل إجهاض الجنين، بغض النظر عن مدة الحمل. وفي هذا الإطار، يعتبر القانون التونسي إمكانية إصابة الجنين "بمرض أو آفة خطيرة"[٢١]، مبرراً كافياً للإجهاض بعد ثلاثة أشهر من الحمل[٢٢]. وهو يعتبر بذلك من أكثر القوانين مرونة على مستوى السماح بالإجهاض[٢٣].

---

(١٦) انظر: لسان العرب، المجلد ١٣، ص ٩٢، باب النون، فصل الميم.

(١٧) يمُرُّ الجنين حسب القرآن الكريم بأربعة مراحل قبل ولادته: المرحلة النطفية، والمرحلة العلقية، والمرحلة المُضغية، والمرحلة العظمية (انظر: علي هادي عطيّة الهلالي، المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبيّة والتقنيات المساعدة في الإنجاب: دراسة في القانون العام المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٢م، ص٢٢). وقد ورد في الحديث الشريف تحديد للمراحل التي يمر بها الجنين. عن أبي عبدالرحمن عبدالله بن مسعودٍ رضي الله عنه قال: حدثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو الصادق المصدوق: "إن أحدكم يجمعُ خلقه في بطن أمه أربعين يوماً نُطفة ثم يكون علقةً مثل ذلك، ثم يكون مضغةً مثل ذلك، ثم يرسل إليه الملك فينفخ فيه الروح ..."، رواه البخاري ومسلم.

(١٨) حول المفهوم الطبي للجنين ومراحل تكوّنه، انظر: علي هادي عطيّة الهلالي، المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبيّة والتقنيات المساعدة في الإنجاب، دراسة في القانون العام المقارن، المرجع السابق، ص ٤٤.

(١٩) يرتبط التعريف القانوني للجنين برغبة المُشرّع في التوسع أو التضييق في مفهوم الجنين.

(٢٠) انظر الفصل ١١ من القانون عدد ٩٣ لسنة ٢٠٠١م المؤرخ في ٧/ ٨/ ٢٠٠١م والمتعلق بالطب الإنجابي، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد ٦٣، مؤرخ في ٧/ ٨/ ٢٠٠١م، ص ٢٥٧٣، الذي ينص على شروط مرنة بالنسبة لإتلاف لأمشاج مقارنة بإتلاف الأجنّة.

(٢١) انظر الفصل ٢١٤ من المجلة الجزائية، الصادرة بالأمر العلي المؤرخ في ٩/ ٧/ ١٩١٣م (الرائد الرسمي عدد ٧٩ المؤرخ في ١/ ١٠/ ١٩١٣م).

(٢٢) تسمح المادة (٢١٤) الفقرة (٤) من المجلة الجزائية التونسية بالإجهاض بعد الثلاثة أشهر "إن خشي من مواصلة الحمل أن تتسبّب في انهيار صحة الأم أو توازنها العصبي أو كان يتوقّع أن يصاب الوليد بمرض أو آفة خطيرة. وفي هذه الحالة يجب أن يتم ذلك في مؤسسة مرخص فيها".

(٢٣) ليس هناك، على حد علمنا، في قوانين الدول العربية من يُجيز صراحة الإجهاض بعد ثلاثة أشهر من الحمل لوجود تشوه لدى الجنين باستثناء القانون الكويتي الذي يسمح بالإجهاض لوجود تشوّه قبل أن يُتم الجنين أربعة أشهر.

ويمكن تعريف التشوّه بأنه: "الشذوذ أو العيب الخلقي الخارج عن نطاق الخلقة السوية أو المعهودة أو الذي يُعد من شواذ الخلق"[٢٤]. ويشمل التشوّه من منظور طبي العيوب الخلقية أو العاهة الجسمية أو العقلية التي تظهر لدى الجنين[٢٥]. ويمكن أن يأخذ التشوّه ثلاثة أشكال:

١- قد لا يكون التشوّه متلائماً مع الحياة الرحمية ويؤدي إلى وفاة الجنين.

٢- قد يكون التشوّه متلائماً مع الحياة الجنينية وغير متلائم مع الحياة بعد الولادة مما يؤدي إلى وفاة المولود المشوه

٣- قد يكون متلائماً مع الحياة الرحمية والحياة بعد الولادة.

في الحالة الأولى ينتهي الحمل بالإجهاض الذاتي في الثلاثة أشهر الأولى من الحمل. وعادة لا يكون هناك فرصة للتدخل إلا إذا ما كانت حياة الأم في خطر، مثل حالة الحمل خارج الرحم. في الحالة الثانية، عادة ما يموت الطفل فور ولادته وبعد الولادة بوقت قصير. ويكون ذلك عادة عندما يكون المولود مريضاً بعيوب القلب الشديدة أو بضمور الكليتين أو بعض أمراض سوء التمثيل الغذائي الخطيرة. وفي الحالة الثالثة، فإن الحمل ينتهي بولادة طفل قادر على الحياة ولكنه يعاني من تشوهات تختلف حدتها وتأخذ ثلاثة صور: "تشوهات بسيطة، لا تحول دون العيش، مثل التأخر العقلي البسيط (الطفل المنغولي) أو بعض أمراض سوء التمثيل الغذائي التي تتسبب في تأخر ذهني أو في إصابة بعض الأعضاء بالجسم. وتشوهات خطيرة، تشكّل إعاقة حادة بالنسبة للطفل، فلا يستطيع العيش بصفة طبيعية"[٢٦].

ومن خلال هذه الصور، نلاحظ تعدّد حالات التشوّه وتفاوت خطورتها، إذ توجد ثلاثة صور للتشوهات الجنينية، وأحد هذه الصور تنقسم بدورها إلى ثلاثة صور أخرى. وتسمح وسائل التشخيص باكتشاف التشوّه الخَلقي في المراحل الأولى من حياة الجنين. وتتراوح الفترة التي يمكن فيها تشخيص التشوّه ما بين بدأ تكوين الجنين، مثلما يحدث في حالات طفل الأنابيب أو في الأسابيع الأولى من الحمل مثلما هو الحال في حالات الحمل خارج الرحم، أو ابتداءً من الأسبوع الثامن من الحمل بأخذ عينة من المشيمة وتحليلها. وقد تظهر التشوهات الخارجية وبعض التشوّهات الداخلية عند الفحص بالموجات فوق الصوتية[٢٧].

٢- محدودية الحماية المدنية لحق الجنين المشوّه في الحياة

يُعد الحق في الحياة أهم حق يمكن أن يتمتّع به الإنسان، إذ لا معنى لأي حق آخر في غياب الحماية القانونية للحق في الحياة. وهناك من يذهب إلى اعتباره "حقاً فطرياً وغريزياً"[٢٨]. وتكفل لوائح الحقوق الدولية[٢٩] والدساتير الوطنية هذا الحق، كما تُقر معظم القوانين المعاصرة عقوبات صارمة ضد كل من يعتدي على حق الذات البشرية في الحياة. ورغم التكريس الظاهري لحق الجنين المشوّه في الحياة، إلا أن حماية هذا الحق تتفاوت باختلاف الأنظمة القانونية، فهناك قوانين تحمي بشكل صارم حق الجنين المشوه في الحياة، وهو ما نلاحظه في

(٢٤) انظر: طاهر زين العابدين، حكم إجهاض الجنين المشوه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، *مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط*، ع (١٩)، ج (٣)، ص ٣٩٢.

(٢٥) انظر: طاهر زين العابدين، حكم اجهاض الجنين المشوه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص ٣٩١.

(٢٦) انظر: إكرام عبدالسلام، أخلاقيات التعامل مع الجنين المشوه: الأسباب والأنواع، ندوة "كيفية التعامل مع الجنين المشوه"، القاهرة، ٢٠-٢١/ ٣/ ٢٠٠٠م، ص ٣٥.

(٢٧) انظر: إكرام عبدالسلام، أخلاقيات التعامل مع الجنين المشوّه: الأسباب والأنواع، المرجع السابق، ص ٣٥.

(٢٨) انظر: حمدي السعدي، *جرائم الاعتداء على الأشخاص*، بغداد: مطبعة المعارف، (١٩٦٥م)، ص ١٠٦. انظر كذلك: علي هادي عطيّة الهلالي، المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبيّة والتقنيات المساعدة في الإنجاب، دراسة في القانون العام المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، (٢٠١٢م)، ص ١٩٠.

(٢٩) انظر: المادة (٣) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمادة (٦-١) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

الأغلبية الساحقة لتشريعات الدول العربية[٣٠]، في حين لا تُقر قوانين أخرى حماية كافية للجنين المشوه[٣١]، بل تجعل من التشوّه الخطير مبرراً للإجهاض.

ويُعتبر الحق في الحياة في القانون التونسي حقاً دستورياً. وقد أضفى الفصل ٢٢ من الدستور على هذا الحق قدسية[٣٢]، حين اعتبر أن "الحق في الحياة مقدّس، ولا يجوز المساس به إلا في حالات قصوى يضبطها القانون". وقد جاءت عبارة الفصل ٢٢ من الدستور مطلقة بالنسبة للمُستهدفين بها، فهي تنطبق على الإنسان منذ تخلقه وسريان الحياة في أوصاله. ويُفترض بالتالي أن تنطبق هذه الحماية على الجنين، خصوصاً في المراحل الأخيرة من نموّه.

ورغم إقرار القانون التونسي المبدئي لحق الجنين في الحياة، من خلال تجريمه الإجهاض، إلا أنه وضع استثناءً لهذا المبدأ، إذ ينصُّ الفصل ٢١٤ من المجلة الجزائية في فقرته الثالثة والرابعة: "يُرخّص في إبطال الحمل خلال الثلاثة أشهر الأولى منه من طرف طبيب مباشر لمهنته بصفة قانونية في مؤسسة استشفائية أو صحية أو مصحة مرخص فيها. كما يُرخّص فيه بعد الثلاثة أشهر إن خشي في مواصلة الحمل أن تتسبّب في انهيار صحة الأم أو توازنها العصبي أو كان يتوقع أن يصاب الوليد بمرض أو آفة خطيرة. وفي هذه الحالة يجب أن يتم ذلك في مؤسسة مرخص فيها".

ويتعيّن الإشارة إلى أن هاتين الفقرتين أضيفتا بالمرسوم عدد ٢ لسنة ١٩٧٣م[٣٣]، إذ لم تتعرّض المجلة الجزائية في صيغتها الأصلية لمسألة إجهاض الجنين المشوّه. ويمكن تفسير سكوت المجلة، في صيغتها الأصلية، عن إجهاض الجنين المشوّه، في جانب منه، بعدم توفر وسائل التشخيص التي تسمح بذلك عند إصدار المجلة الجزائية، ففي عام ١٩١٣م، تاريخ إصدار المجلة، لم يكن من الممكن الكشف عن العيوب الخلقية للجنين نظراً لعدم توفّر وسائل التشخيص القادرة على كشف التشوهات الجنينية. وحتى ولو أمكن الكشف على التشوهات الجنينية، فإن صدور نص تشريعي يُبيح إجهاض الجنين قد يكون، حسب اعتقادنا، أمراً لا يتقبّله المجتمع في ذلك الوقت.

وقد كان تنقيح ١٩٧٣م الفصل ٢١٤ من المجلة الجزائية ثورياً على مستوى إقرار حق المرأة في الإجهاض. ولعلّ صدوره آنذاك في شكل مرسوم صادر من رئيس الجمهورية، وليس في شكل قانون يصادق عليه نواب الشعب، كان سببه تخوّف السلطة التنفيذية، مُمثّلة في رئيس الجمهورية، من تحفّظ أو رفض محتمل من طرف النواب بالمجلس التشريعي عند المصادقة على مشروع القانون[٣٤]. وعلى سبيل المقارنة، فإن القانون الفرنسي، الذي يُفترض فيه أن يكون أكثر تحرراً على مستوى حقوق المرأة، لم يسمح بالإجهاض إلا في ١٧/ ١/ ١٩٧٥م[٣٥] لفترة تجريبية لمدة خمس سنوات وبحرص خاص من وزيرة الصحة الفرنسية "سيمون فاي" المعروفة بدفاعها عن حقوق المرأة.

(٣٠) من ذلك على سبيل المثال القانون السعودي والقانون المصري.

(٣١) من ذلك القانون الفرنسي في المادة L2213-1 من القانون الخاص بالصحة العامة والقانون الكويتي الذي يُجيز إجهاض الجنين المشوه متى وافق الزوجان على ذلك خلال الأربعة أشهر الأولى من الحمل إذا ثبت أن الطفل سيولد مشوّهاً أو مصاباً بقصور عقلي.

(٣٢) حول قُدسية الحق في الحياة، انظر: ماهر عبد مولاه، *حقوق الإنسان والحريات العامة في تونس، جدلية التأصيل والتحديث*، تونس: مجمع الأطرش للكتاب المختص، (٢٠١٤م)، ص ٤٩.

(٣٣) المرسوم عدد ٢ لسنة ١٩٧٣م المؤرخ في ٢٦/ ٩/ ١٩٧٣م، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية الصادر في ٢٥/ ٩/ ١٩٧٣م، ص ١٦٤٨. وقد تمت المصادقة على هذا المرسوم بالقانون عدد ٥٣ لسنة ١٩٧٣م المؤرخ في ١٩/ ١١/ ١٩٧٣م.

(٣٤) رغم ذلك، فقد تمت المصادقة على المرسوم عدد ٢ لسنة ١٩٧٣م المؤرخ في ٢٦/ ٩/ ١٩٧٣م بالقانون عدد ٥٣ لسنة ١٩٧٣م المؤرخ في ١٩/ ١١/ ١٩٧٣م، وذلك وفقاً لأحكام الدستور التونسي الذي يفرض مصادقة أعضاء مجلس النواب على المراسيم.

(35) Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

ومن خلال المادة ٢١٤ من المجلة الجزائية، نلاحظ محدودية الحماية القانونية للجنين المشوّه. فمن جهة، يسمح القانون التونسي بإجهاض الجنين في الثلاثة أشهر الأولى من الحمل دون أي مبرر شرعي، وهو ما ينطبق على حد السواء على الجنين المشوّه والجنين السليم، ومن جهة أخرى يُمكن للمرأة الحامل إجهاض الجنين بعد الثلاثة أشهر من الحمل إذا كان يُتوقع أن يصاب الوليد بمرض أو آفة خطيرة. ويُعتبر تمكين المرأة الحامل من حق إجهاض الجنين لوجود تشوّه خياراً سهلاً للمشرّع التونسي يتمثّل في القضاء على المرض عن طريق القضاء عن المريض[٣٦] (الجنين المشوّه) عوض تكبّد عناء علاجه أو التخفيف من آلامه والإحاطة به. وقد يؤول إقرار هذا الحق إلى تكريس غير مباشر لانتقاء النسل Eugénisme، والذي يمكن تعريفه بأنه: "مجموعة الوسائل التي ترمي إلى انتقاء الفرد ومراقبة شروط إنجابه باستعمال الأدوات التقنية والجينية من أجل تحسين الجنس البشري"[٣٧]. ويُحيلنا هذا الحل، بشكل أو بآخر، إلى ما كان سائدا في مدينة "أسبرطة" اليونانية التي نُسب لأهلها القضاء على الأطفال المُشوّهين والمرضى والضعاف منذ الولادة بحيث لا يبقى في المجتمع إلا الأقوياء والمُكتملون[٣٨].

وقد يكون هذا الإجهاض مبرراً إذا ما أثبتت وسائل التشخيص المبكّر وجود احتمال كبير لإصابة الجنين بالتشوّه في المراحل الأولى من حياة الجنين، ولكن الأمر يُصبح قابلاً للنقد عندما يُسمح بالإجهاض بعد الثلاثة أشهر الأولى من الحمل "إذا ما تسبب الحمل في انهيار صحة الأم أو توازنها العصبي أو كان يُتوقع أن يصاب الوليد بمرض أو آفة خطيرة".

ويتميز هذا الاستثناء الذي يُقرّه القانون التونسي للمرأة الحامل بطابعه المرن الذي يسمح بإفراغه من محتواه[٣٩]. إن توقّع إصابة الجنين بمرض أو بآفة خطيرة، أمر محتمل وغير مؤكّد التحقّق، فتشخيص الأمراض بالنسبة للأشخاص الطبيعيين يكتنفه عنصر الاحتمال. والخطأ في التشخيص أمر وارد في المجال الطبي ولا يعتبر في حد ذاته خطأً طبياً موجباً للمساءلة القانونية، طالما لم يتّسم بالتقصير، ويزداد الأمر احتمالية بالنسبة لتشخيص الأمراض لدى الأجنة، بالرغم مما يشهده مجال التشخيص الطبي من تطور مهول في العقود الأخيرة.

من جهة أخرى، لم يشترط الفصل ٢١٤ من المجلة الجزائية أن يكون التشوّه غير قابل للعلاج كشرط لممارسة الإجهاض. وبالتالي، يمكن للمرأة الحامل إجهاض الجنين لمجرّد احتمال إصابته بمرض خطير، حتى ولو كان هذا المرض قابلاً للعلاج. وبما أن النص المُنظّم للإجهاض هو نص جزائي، فإن تطبيق مبدأ التأويل الضيّق للنص الجزائي يحول دون التوسّع في التجريم واشتراط عدم قابلية المرض للعلاج. وقد يكون من الأجدى تنقيح الفصل ٢١٤ من المجلة الجزائية واشتراط عدم قابلية المرض للعلاج في تاريخ التشخيص كشرط إضافي لممارسة الإجهاض لوجود مرض خطير أو توقّع وجوده.

ولا نجد مثيلاً لمرونة القانون التونسي فيما يتعلق بحق المرأة الحامل في إجهاض الجنين لوجود تشوّه في سائر القوانين العربية التي بقيت متشبثة بمبدأ قدسية الحياة البشرية، حتى وإن كانت في طورها الجنيني، وهو موقف يتناغم مع أحكام الشريعة الإسلامية التي لا تُجيز الإجهاض إلا في نطاق ضيّق

(36) Voir: Sophie Dabbou Ben Ayed, «L'interruption de grossesse pour malformation, les conditions posées par la loi, mauvaise rédaction, lacunes, interprétations possibles», p. 2, article publié dans le site internet http://www.atds.org.tn

(٣٧) انظر: صلاح الدين الملولي، التقدم العلمي والقانون المدني، مقال منشور في مؤلف مشترك بعنوان *مسائل في القانون المدني المعاصر*، تونس: مجمع الأطرش للكتاب المختص، (٢٠١٤م)، ص ١٠٠.

(٣٨) انظر: صلاح الدين الملولي، التقدم العلمي والقانون المدني، المرجع السابق، ص ١٠٠.

(39) Amel Aouij- Mrad, «La protection juridique de l'embryon malformé», Mélanges Sassi Ben Hlima, (2005), p. 648.

جداً، خاصة إذا ما دبّت الحياة في أوصال الجنين[٤٠]. والغريب في الأمر أن المرونة التي يُقرّها القانون التونسي، ذو المرجعية الإسلامية[٤١]، على مستوى إجهاض الجنين المشوّه لا نجدها حتى في القانون الفرنسي الذي يُفترض فيه أن يكون أكثر مرونة على مستوى إقرار الحق في الإجهاض، بالنظر لطابعه العلماني وتحرّره من المحاذير الدينية. وتنص المادة (٢٢١٣/ ١) من قانون الصحة العامة الفرنسي على أنه: "يجوز الإنهاء الإرادي للحمل في أي وقت بشرط أن يُصرّح طبيبان عضوان في فريق طبي متعدد الاختصاصات، وبعد أن يُصدر الفريق رأيه الاستشاري القاضي، إما باعتبار أن مواصلة الحمل تُشكل خطورة كبيرة على حياة الأم، أو أن هناك احتمالاً كبيراً بأن الطفل الذي سيولد سيُصاب بمرض شديد الخطورة وغير قابل للعلاج في تاريخ التشخيص"[٤٢].

وقد يفتح الاستثناء، الذي يخوّل للمرأة الحامل الإجهاض، الباب واسعاً أمام عمليات الإجهاض بعد بلوغ الجنين شهره الثالث، وهو ما يُفرغ حق الجنين في الحياة من محتواه. وقد أشار بعض الكتاب إلى مخاطر تمكين المرأة الحامل من حق واسع في الإجهاض في غياب ضوابط دقيقة لممارسته[٤٣]. ويمكن القول بأن "انهيار صحة الأم أو توازنها العصبي" من المفاهيم الفضفاضة والمرنة التي يصعب تقييمها وقياسها بشكل موضوعي وعلمي. وهو ما يُعطي للمرأة الحامل هامشاً كبيراً من الحرية في إسقاط الجنين الذي تجاوز عمره الثلاثة أشهر.

ورغم ذلك، فقد قلّل المشرّع التونسي من حدة وخطورة الحق في إسقاط الجنين لوجود تشوّه خطير من خلال إقراره الضمني لحق الجنين في العلاج. وينص الفصل ١٠ من قانون الطب الإنجابي: "يمكن بصورة استثنائية للزوجين المعنيين بشرط التعبير عن رضائهما بكل تبصر وعن طريق الكتابة، السماح بأن تُجرى على جنينهما لغاية طبية صرفة أعمالاً علاجية ليس فيها تغيير للخلقة وتفادياً لمرض خطير قد يتعرض له الطفل". ويكتسي حق الجنين في العلاج طابعاً وقائياً، فالأعمال العلاجية لا تهدف بالضرورة إلى معالجة تشوّه الجنين وإنما إلى الوقاية منه، وهو أمر محمود يقلّل من تعسّف المرأة الحامل في ممارسة الإجهاض عند وجود تشوّه جنيني. وتُعزّز هذه الأعمال العلاجية الوقائية مكانة الطب العلمية والأخلاقية

(٤٠) اختلف موقف الفقه الإسلامي فيما يتعلق بإجهاض الجنين المشوّه بين مرحلتين. المرحلة الأولى تسبق نفخ الروح، وقد اختلف الفقهاء في حكم الإجهاض في حذه المرحلة إلى أربعة اتجاهات: اتجاه أول يبيح الإجهاض في أي وقت قبل نفخ الروح، واتجاه ثاني يرم أصحابه عدم جواز الإجهاض إلا في صورة وجود عذر شرعي (رأي الحنفية)، واتجاه ثالث يرى أصحابه جواز الإجهاض في الأربعين يوماً الأولى وتحريمه بعدها (رأي الشافعية)، واتجاه رابع يرى أصحابه عم جواز الإجهاض في هذه المرحلة مطلقاً (رأي الحنابلة). والمرحلة الثانية بعد نفخ الروح، وقد اختلف فيها الفقهاء إلى اتجاهين: اتجاه أول يرى أصحابه تجريم الإجهاض بشكل مطلق حتى ولو كان في بقائه خطر مؤكد على حياة الأم لأنهم يعتبرون أنه لا يجوز قتل نفس بشرية لحفظ أخرى وليس هناك فرق بين الكبير والصغير. وهناك اتجاه ثاني، يرى أن الأصل هو عدم جواز الإجهاض ولكن يجوز إسقاط الحمل إذا ثبت أن الحمل يُشكّل خطراً مؤكداً على حياة الأم. ولا يُجيز هذا الرأي الإجهاض لثبوت التشوه أو الإعاقة (حول موقف الفقه الإسلامي من سقاط الجنين المشوّه، انظر: جعفر محمود علي المغربي، الحماية المدنية للجنين، *مجلة الحقوق*، مج ٣٠، ع ٢، ٢٠٠٦م، ص ١٤٣).

(٤١) ينص الفصل الأول من الدستور التونسي "تونس دولة حرة مستقلة، ذات سيادة، الإسلام دينها والعربية لغتها والجمهورية نظامها، ولا يجوز تعديل هذا الفصل".

(42) Aux termes de l'article L2213-1 du Code de la santé publique: «L'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif, soit que la poursuite de sa grossesse met en péril grave la santé de la femme, soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic».

(43) Voir: Amal Aouij Mrad, «La protection juridique de l'embryon malformé», Mélanges Sassi Ben Hlima, (2005), p. 648.

داخل المجتمع، فدور الطب، وخصوصاً الطب الإنجابي، هو المحافظة على حياة الجنين أو على الأقل تخفيف الآلام التي يتعرض لها، وليس إنهاء حياته بحجة وجود إعاقة أو تشوّه.

ومن بين الوسائل الوقائية التي أقرّها المشرع والتي تساهم في الوقاية من التشوّهات الجنينية، وجوبية الشهادة الطبية السابقة للزواج. وينص القانون عدد ٦ لسنة ١٩٦٤م المؤرخ في ٣/ ١١/ ١٩٦٤م في الفصل ٢: "يجب أن توجه بصفة خاصة عناية الطبيب أثناء الفحص المنصوص عليه بالفصل السابق إلى الإصابات المُعدية والاضطرابات العصبية ونتائج الإدمان على المشروبات الكحولية وغيرها من الأمراض الخطرة وخاصة مرض السل ومرض الزهري بالنسبة إلى القرين وإلى الذرية". وتُبرز الإحالة إلى "الذرية" في هذا الفصل وعي المشرع بالجانب الحمائي والوقائي للفحص الطبي السابق للزواج.

من جهة أخرى، يمكن القول بأن تنصيص المشرع التونسي في الفصل ١٠ من قانون الطب الإنجابي على حق الجنين المشوّه في العلاج هو إقرار ضمني لحقه في الحياة، لأن العلاج يُعزّز حظوظه في الحياة. ويُعد إقرار الحق في العلاج للجنين المشوّه من النتائج الإيجابية لتطوّر الطب الإنجابي وما يُخوّله من حلول علاجية للجنين، مثل إعطاء أدوية للجنين الذي يشكو من تسارع في دقات القلب أو عدوى "داء المقوسات" أو إمداده بالدم إذا كان يشكو من فقر الدم. وتشهد وسائل العلاج تطوّراً مُطّرداً يُعزّز حظوظ الجنين في الشفاء من المرض قبل الولادة.

ورغم إقرار القانون التونسي لحق الجنين في العلاج، إلا أن تمكين المرأة الحامل من الإجهاض لوجود تشوّه خطير لدى الجنين أو احتمال وجوده لا يتوافق مع أحكام الشريعة التي تُولي الحياة البشرية قدسية، حتى ولو كانت في الطور الجنيني[٤٤].

ويرى معظم أهل الفقه المعاصرين عدم جواز الإجهاض بعد نفخ الروح في الجنين، في حين لا يُجيز البعض منهم إجهاض الجنين المشوّه حتى ولو كانت هذه التشوّهات خطيرة[٤٥].

ولقد تعامل المشرّع التونسي مع الجنين، على مستوى حق الجنين في الحياة، معاملة شيئية وكأنه شيء يتبع المرأة الحامل التي يحق لها إسقاطه والتخلّص منه متى شاءت، حتى بعد تخلّقه، طالما كان بقاءه يُخشى منه التسبّب في "انهيار صحتها أو توازنها العصبي". ونرى بأن الجنين كائن مستقل عن المرأة وبأنه لا يجب أن يبقى مصيره مرهونا بأهوائها وتغيّر طباعها في فترة الحمل. وغني عن البيان بأن انهيار التوازن العصبي أمر يصعب قياسه بشكل علمي دقيق، وكلما قلّت دقة الضوابط المحددة للإجهاض كلما ازدادت احتمالية التجاوزات. وقد يكون من الأجدى مراجعة شروط الإجهاض في اتجاه التضييق فيها حماية للجنين، بوضع ضوابط دقيقة، كأن يُشترط لممارسة الإجهاض الحصول على تقريرين طبيين صادرين عن أطباء الصحة العامة في اختصاص الطب النفسي يفيدان بأن مواصلة الحمل سيؤدي إلى انهيار عصبي خطير على المرأة الحامل يُهدّد حياتها.

المطلب الثاني: إقرار حق الجنين في الكرامة الإنسانية

صنّف أحد الفقهاء مبدأ صون كرامة الذات البشرية ضمن "المبادئ التأصيلية الجديدة"[٤٦]. وبالفعل، فإن هذا المبدأ ليس له جذور قانونية وإنما يُعتبر من المبادئ فلسفية المنشأ وهو ما يجعله من تعريفه صعباً ولكن في الآن نفسه ضرورياً. ويتعيّن التعرّض لمفهوم الكرامة الإنسانية (١) والتكريس التشريعي لهذا للحق في الكرامة الإنسانية (٢).

---

(٤٤) حول حق الجنين المشوّه في الحياة في الفقه الإسلامي، انظر: مسفر القحطاني، إجهاض الجنين المشوّه وحكمه في الشريعة الإسلامية، م*جلة الشريعة للدراسات الإسلامية*، الكويت، مج (١٨)، ع (٥٤)، (٢٠٠٣م)، ص ١٥٧.

(٤٥) انظر: طاهر زين العابدين، حكم إجهاض الجنين المشوه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص٥٣٩.

(٤٦) انظر: محمد كمال شرف الدين، قراءة في المبادئ التأصيلية للقانون المدني، مقال منشور في مؤلف جماعي *مسائل في فقه القانون المدني المعاصر*، تونس: منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، (٢٠١٤م)، ص ٧٠.

١ – مفهوم الكرامة الإنسانية

يُعد مفهوم الكرامة الإنسانية من المفاهيم المُستحدثة في القانون. وهو كذلك من المفاهيم الإشكالية بحيث نتردّد بين طرفي نقيض، الإحساس بأن كل شيء قد قيل فيه وفي الآن ذاته الشعور بأنه من المستحيل الإلمام بمحتواه[٤٧]، نظراً لطابعه الضبابي[٤٨]. وقد ظهر هذا المفهوم في البداية في القانون الدولي، وتحديداً في ديباجة ميثاق الأمم المتحدة لعام ١٩٤٥م لتتلقّاه فيما بعد القوانين الداخلية للدول. وهو يُعدُّ أكثر حداثة على مستوى التشريعات الداخلية، ففي القانون الفرنسي، الذي عُرف بتشبّعه بقيم العدالة والمساواة التي أتت بها الثورة الفرنسية[٤٩]، كان مفهوم الكرامة شبه غائب في النصوص القانونية إلى حدود التسعينيات من القرن الماضي[٥٠]. ومنذ ذلك التاريخ استوعب التشريع الفرنسي شيئاً فشيئاً هذا المفهوم، فظهر هذا المُصطلح في المجلة المدنية[٥١] ومجلة الصحة العامة[٥٢] ومجلة البناء والسكن[٥٣]. وقد حظي هذا المفهوم فيما بعد بقيمة دستورية من خلال قرار المجلس الدستوري الفرنسي الصادر في ٢٧/ ٧/ ١٩٩٤م بمناسبة تعهّده بالنظر في قوانين أخلاقيات البيولوجيا[٥٤].

(47) Voir: l'ouvrage collectif «Les grandes décisions du droit médical», sous la direcrion de François Vialla, LGDJ, édition Alpha, (2010), p. 29.

(48) Voir: Judith Rochfeld, «Les grandes notions du droit privé», Thémis droit, PUF, Paris, (2011), p. 22.

(٤٩) يقوم الشعار الوطني للجمهورية الفرنسية على ثلاثة مبادئ: حرية، مساواة، أخوة.

(50) Voir: Judith Rochfeld, «Les grandes notions du droit privé», ouvrage précité, p. 22.

(٥١) تنص المادة (١٦) من المجلة المدنية الفرنسية: "يكفل القانون أولوية الشخص، ويحظر أي اعتداء على كرامته، ويضمن احترام الإنسان منذ بداية حياته".

(٥٢) تنص المادةL1110-2 من مجلة الصحة العامة الفرنسية "للمريض الحق في حماية كرامته".

(٥٣) المادة L651-10.

(54) Dans sa décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 relative à la conformité de la loi relative au respect du corps humain et loi 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, le conseil constitutionnel français a considéré dans son considérant 18 que «que les principes ainsi affirmés tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine».

ورغم حداثة مفهوم الكرامة الإنسانية من منظور قانوني، إلا أن له جذوراً موغلة في القدم، فالشريعة الإسلامية تُقر هذا المبدأ[٥٥]. ونجد تكريساً لهذا المفهوم في قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ وَحَمَلْنَٰهُمْ فِى ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ وَرَزَقْنَٰهُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَفَضَّلْنَٰهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا ﴿٧٠﴾﴾[٥٦]. وقد وردت عدة آيات في القرآن الكريم تعتبر أن الإنسان خليفة الله في الأرض وأن الله سخّر له ما في الكون وجعله تحت سلطانه. ويشمل مفهوم الكرامة الإنسانية الجنين، فالشريعة الإسلامية لا تُجيز قتله، وتعتبره ذاتاً بشرية لها حرمتها، من ذلك إقرارها للدية في صورة إسقاط الجنين، وتُسمّى "غُرّة".

وتوجد علاقة ترابط وثيقة بين مفهوم الكرامة الإنسانية والأخلاقيات الحيوية[٥٧] (Bioéthique)، فقد شكّل التطور العلمي في مجال الطب الإنجابي تهديداً لمفهوم الكرامة الإنسانية. ويمكن تفسير سطوع نجم هذا المفهوم بتزايد المخاطر التي تهدد الجنين، كالتجارب العلمية، التي كان بعضها يُعتبر من قبيل الخيال العلمي، مثل الاستنساخ[٥٨]

(٥٥) حول إقرار الشريعة الإسلامية لمفهوم الكرامة الإنسانة، انظر: طه أحمد سعيد السيد الفقي، *النظام القانوني للحق في الكرامة الإنسانية: دراسة مقارنة*، القاهرة: دار النهضة العربية، (٢٠١٨م)، ص ٧٢.

(٥٦) سورة الإسراء، الآية ٧٠.

(٥٧) أُستخدم مصطلح الأخلاقيات الحيوية Bioethics لأول مرة من طرف الطبيب الأمريكي Van Rensselaer Potter عام ١٩٧٠م في قال نره في مجلة أمريكية. وبعدها بعام استخدم المصطلح في كتاب من تأليفه بعنوان "الأخلاقيات الحيوية، جسر نحو المستقبل". (انظر: فواز صالح، مبدأ احترام الكرامة الإنسانية في مجال الأخلاقيات الحيوية (دراسة قانونية مقارنة)، *مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية*، مج ٢٧، ع ١، ٢٠١١م، ص ٢٤٨).

(٥٨) يمكن تعريف الاستنساخ بأنه: "العملية التي تتمثل في أخذ بويضة يقع إفراغها من نواتها ثم حقنها بخليّة من شخص، رجلاً كان أو امرأة يبحث عن نسخة منه. إثر ذلك يقع حثّ الخلية على النمو بتسليط ذبذبات كهربائية عليها لتندمج في البويضة ويقع الانقسام الخلوي، ثم تنتقل البويضة إلى رحم امرأة حتى تُكمل نموها" (انظر: صلاح الدين المللوي، التقدّم العلمي والقانون المدني، مقال منشور في مؤلف جماعي *مسائل في فقه القانون المدني المعاصر*، وحدة البحث "قانون مدني"، تونس: منشورات الأطرش للكتاب المختص، ٢٠١٤م، ص ٩٨).

وانتقاء الجنين المخصب اصطناعياً وفقاً لخيارات المنجبين[٥٩] وإمكانية الاستفادة من الخلايا الجذعية[٦٠] التي يمكن الحصول عليها من الأجنة[٦١]. وبذلك فقد ساهمت التطورات الحديثة في علم البيولوجيا في تسليط الضوء على مفهوم الكرامة الإنسانية في مجال الأخلاقيات الطبية نظراً للتهديدات التي تستهدف الجنين مثل إمكانية إجراء التجارب عليه ومحدودية الحماية القانونية لحقوقه.

ويكتسي تعريف مفهوم الكرامة الإنسانية أهمية على مستوى تحديد حقوق الجنين المشوّه. ولكنه يُعد من المفاهيم صعبة التعريف، فهو ذو محتوى مُبهم ومتغيّر[٦٢]، كما أن هناك من يُشكّك في إمكانية استيعاب القانون الوضعي لهذا المفهوم[٦٣]. وقد تُفسّر هذه الصعوبة بالجذور الفلسفية لمفهوم الكرامة الإنسانية. وهناك من يرى بأن التعقيد الذي يعتري مفهوم الكرامة الإنسانية يعود إلى تعدد روافده، فله جذور فلسفية وأخلاقية وقانونية[٦٤]. ويجد التصور الحديث لمفهوم الكرامة الإنسانية جذوره في فكر الفيلسوف "كانت"، الذي يعتبر بأن الإنسان يجب أن يُنظر له كهدف وليس كوسيلة[٦٥]. ويعتبر أحد الكتاب بأن المجتمع بحاجة ماسة إلى فكرة الكرامة لأسباب عملية، من أجل ضمان حياة اجتماعية وحضارية، ولكن في الآن ذاته هناك عجز وعدم قدرة على تبرير هذه الفكرة نظرياً[٦٦]. ولم تمنع هذه الصعوبة من تناول الفقه المعاصر[٦٧]، بإسهاب لمفهوم الكرامة الإنسانية، نظراً لما يطرحه من إشكالات مستحدثة.

ويُعرّف معجم المصطلحات القانونية الفرنسي الكرامة الإنسانية بأنها: "قيمة لامتناهية للذات الإنسانية تفترض معاملتها كهدف نهائي وليس كمجرد وسيلة"[٦٨]، كما يعرّفها أحد الكتّاب بأنها: "قيمة تسند للذات البشرية تمكنها من تأصيل العديد من الحقوق الكفيلة بحماية مقوماتها الجسدية والمعنوية بوصفها غاية في حد ذاتها وتحول دون توقّف وجودها على تطويعها لخدمة لأغراض غيرها"[٦٩]. ويُلاحظ في هذا التعريف تأثره بتعريف الفيلسوف الألماني "كانت" للكرامة الإنسانية. ويعني مفهوم الكرامة وفقاً لفلسفة

(٥٩) انظر: أحمد بلحاج جراد، المقاربة القانونية لمسألة انتقاء الجنين المخصّب اصطناعياً وفقاً لخيارات المنجبين (بحث مقارن وفقاً للإسهامات القانونية العربية والأجنبية)، *مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون*، مج (٤٥)، الملحق (١)، (٢٠١٨م)، ص ١٢١.

(٦٠) انظر: طارق عبدالمنعم خلف، الاستفادة من الخلايا الجذعية الجنينية في العلاج والتجارب، وبيان حكمها الشرعي، *مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون*، مج (٤١)، ع (١)، (٢٠١٤م)، ص ٣٢٦.

(٦١) انظر بلحاج العربي بن أحمد، مشروعية استخدام الخلايا الجذعية الجنينية من الوجهة الشرعية والأخلاقية والإنسانية، *مجلة الوعي الإسلامي*، ع (٤٤٨)، (ذو الحجة ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٣م)، ص ٢٦.

(62) Voir: Mouna Tekaya, «Le corps et la dignité », article publié dans l'ouvrage collectif « Le corps dans toutes ses libertés» sous la direction de wahid Ferchichi, Tunis, février, (2017), p. 25.

(63) Voir: François Bordella, «Le concept de dignité de la personne humaine», mélanges Christian Bolze, éditions Economica, Paris, (1999), p. 37.

(64) Voir: l'ouvrage collectif «Les grandes décisions du droit médical», sous la direcrion de François Vialla, LGDJ, édition Alpha, (2010), p. 29.

(65) Voir: Emmanuel Kant, «Doctrine de la vertu», p. 96.

(٦٦) انظر: فواز صالح، مبدأ احترام الكرامة الإنسانية في مجال الأخلاقيات الحيوية (دراسة قانونية مقارنة)، *مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية*، مج (٢٧)، ع (١)، (٢٠١١م)، ص ٢٥١.

(٦٧) يراجع بالخصوص:

M. Bedjaoui, «De la dignité humaine aux principes de la bioéthique, in Byk (c), Bioéthique et droit international, autour de la déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme, Paris, Litec, (2007), p 65; B. Edelman, «La dignité humaine, un concept nouveau, Dalloz, (1997), chronique, p. 185; C. Neirink, «La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique, Mélanges Ch. Bolze, Economica, Paris, (1999), p 39; B. Mathieu, «La dignité de la personne humaine: quel droit? Quel titulaire?», Dalloz, (1996), chronique p. 282; E. Dreyer, «La dignité opposée à la personne», Dalloz, (2008), chronique, p. 2730.

(68) Lexique des termes juridiques, 25ème édition, (2017-2018), Dalloz, Paris, p. 682.

(٦٩) انظر: فواز صالح، المبادئ القانونية التي تحكم الأخلاقيات الحيوية: دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والاتفاقيات الدولية، *مجلة الشريعة والقانون*، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ع (٢٢)، (يناير ٢٠٠٥م)، ص ١٥١ وما بعدها.

"إيمانويل كانت" Emmanuel Kant أنه يجب معاملة أي شخص على أنه غاية بحد ذاته وليس كوسيلة. ومن ثمّ فإن الشخص يملك قيمة غير مشروطة. ومن هنا جاء التمييز بين مفهوم الشخص ومفهوم الشيء[٧٠]. ويعرّف هذا الفيلسوف الكرامة بأنها القيمة التي تورث الشخص الإنساني الحق في التمتع بمعاملة تجعل منه غاية بذاته، لا مجرد وسيلة لغيره[٧١]. ويقتضي إقرار مبدأ الكرامة الإنسانية الاعتراف بأن كل شخص فريد ولا يقيّم بثمن.

٢- التكريس التشريعي لحق الجنين في الكرامة الإنسانية

يُعتبر الحق في الكرامة الإنسانية من المبادئ الدستورية في العديد من الدساتير الغربية[٧٢] والعربية[٧٣]. وقد أقرّه الدستور التونسي لعام ٢٠١٤م في التوطئة[٧٤] وأدرجه في شعار الجمهورية التونسية[٧٥]. وينص الفصل ٢٣ من الدستور "تحمي الدولة كرامة الذات البشرية وحرمة الجسد وتمنع التعذيب المعنوي والمادي ... ولا تسقط جريمة التعذيب بالتقادم". من جهة أخرى، أقر الفصل ٤٧ من الدستور حق المعاق في ألا يكون ضحية أي تمييز، إضافة إلى حقه في الانتفاع بكل التدابير التي تضمن له الاندماج الكامل في المجتمع. ورغم أهمية الحماية الدستورية للحق في الكرامة الانسانية إلا أنها جاءت عامة لم تُفرد الجنين بأحكام خاصة. وهو أمر يمكن تفهّمه بالنظر للطابع المقتضب للدستور.

ويعود ظهور مفهوم الحق في الكرامة الإنسانية في القانون التونسي إلى بداية تسعينيات القرن الماضي[٧٦]. وقد أشارت عدة قوانين، معظمها في مجال الأخلاقيات الطبية، إلى الحق في الكرامة الإنسانية، من ذلك إقرارها الحق في "ضمان الحقوق الأساسية للذات البشرية"[٧٧] أو "صون الكرامة البشرية"[٧٨] أو "منع المسّ من الكرامة"[٧٩] أو "ضمان الكرامة"[٨٠] أو "ضمان كرامة الإنسان"[٨١]. ويعكس تواتر مفهوم الكرامة الإنسانية في

(٧٠) انظر: فواز صالح، مبدأ احترام الكرامة الإنسانية في مجال الأخلاقيات الحيوية (دراسة قانونية مقارنة)، *مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية*، مج (٢٧)، ع (١)، (٢٠١١خ)، ص ٢٥١.

(71) Emmanuel Kant, «Fondement de la métaphysique des mœurs», Librairie Philosophique, Paris, (1980), p. 105.

(٧٢) من بين الدساتير الغربية التي أقرّت مبدأ الحق في الكرامة الإنسانية، الدستور الألماني لعام ١٩٤٩م الذي ينص في المادة الأولى على أنه لا يمكن المساس بكرامة الكائن البشري، وتلتزم جميع السلطات العامة باحترامها وحمايتها، والدستور البرتغالي لعام ١٩٧٦م الذي يجعل من الكرامة الإنسانية أحد الأسس التي تقوم عليها الجمهورية، والدستور البلجيكي في المادة (٢٣) الذي ينص على حق كل شخص في أن يعيش حياة مطابقة ومنسجمة مع الكرامة الإنسانية.

(٧٣) انظر دستور البحرين لعام ١٩٧٣م الذي ينص في المادة (١٨) منه على المساوات في الكرامة الإنسانية بين الناس، والدستور الكويتي الذي ينص في المادة (٢٩) على المساوات في الكرامة بين الناس.

(٧٤) جاء في الفقرة (٤) من التوطئة وبناءً على منزلة الإنسان كائناً مكرّماً.

(٧٥) جاء بالفصل ٤ من الدستور فقرة أخيرة: "شعار الجمهورية التونسية هو "حرية، كرامة، عدالة، نظام" ".

(٧٦) انظر: محمد كمال شرف الدين، قراءة في المبادئ التأصيلية للقانون المدني، مقال منشور في مؤلف جماعي *مسائل في فقه القانون المدني المعاصر*، تونس: منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، (٢٠١٤م)، ص ٧٠.

(٧٧) الفصل ٥ من القانون عدد ٦٣ لسنة ١٩٩١م المؤرخ في ٢٩/ ٧/ ١٩٩١م المتعلق بالتنظيم الصحّي.

(٧٨) الفصل الأول من القانون عدد ٨٣ لسنة ١٩٩٢م المؤرخ في ٣/ ٨/ ١٩٩٢م المتعلق بالصحة العقلية وبشروط الإيواء في المستشفى بسبب اضطرابات عقلية.

(٧٩) الفصل ٧ من مجلة واجبات الطبيب

(٨٠) الفصل ٢ من القانون عدد ١١٤ لسنة ١٩٩٤م المؤرخ في ٣١/ ١٠/ ١٩٩٤م المتعلّق بحماية المسنّين الصادر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد ٨٧، مؤرخ في ٤/ ١١/ ١٩٩٤م، ص ١٨٦١.

(٨١) الفصل الأول من القانون الأساسي عدد ٦٣ لسنة ٢٠٠٤م المؤرخ في ٢٧/ ٧/ ٢٠٠٤م المتعلق بحماية المعطيات الشخصية الصادر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد ٦١، مؤرخ في ٣٠/ ٧/ ٢٠٠٤م، ص ٢٠٨٤.

مجال القوانين الخاصة بالأخلاقيات الطبية رغبة المشرّع في صون وحماية الجنين الذي يعتبر كائناً ضعيفاً يمكن أن يُشكّل حقلاً للتجارب العلمية أو يكون ضحية قرار متسرّع بالإجهاض. وغني عن البيان بأن مفهوم كرامة الإنسان يزداد أهمية مع الضعف الإنساني وخاصة عندما يكون الإنسان مُعرّضاً للانتهاك والاعتداء[٨٢]، وهو ما ينطبق على الجنين بصفة عامة والجنين المشوّه على وجه الخصوص.

ونجد تكريساً لحق الجنين في الكرامة الإنسانية في القانون عدد ٩٣ لسنة ٢٠٠١م المؤرخ في ٧/ ٨/ ٢٠٠١م والمتعلّق بالطب الإنجابي[٨٣]، حيث اشترط هذا القانون بأن تتم ممارسة الطب الإنجابي في "كنف ضمان كرامة الإنسان وصون حرمته الجسدية"، كما منع في فصله السابع "تكوين الجنين البشري أو استعماله لغايات تجارية أو صناعية أو قصد الدراسة أو البحث أو التجربة". ولم يأت هذا المنع من فراغ، فقد أضحت التطورات العلمية في مجال البيولوجيا تُشكّل تهديداً حقيقياً على الأجنة البشرية التي من الممكن أن تتحول إلى مجال للتجارب العلمية الربحية. وقد أطلق بعض الفقهاء صيحة فزع حول ما قد يؤول إليه الأمر من "شيئنة للجنين"[٨٤] (réification des embryons) بأن يتحول إلى شيء يُشترى ويُباع.

ويُشكّل هذا المنع تكريساً ضمنياً لحق الجنين في الكرامة الإنسانية، إذ يحول دون استعمال الجنين كشيء. وتتأكد الحماية القانونية للجنين من خلال منع القانون اللجوء إلى تقنيات الاستنساخ[٨٥] ومنع الحصول على أجنة بشرية بواسطة الأنبوب أو بتقنيات أخرى قصد الدراسة أو البحث أو التجربة. ويمكن تفسير هذه الحماية القانونية للجنس البشري بما يشهده علم البيولوجيا اليوم من تطور هائل أضحى يهدد بتحويل الكائن البشري إلى مادة طيّعة للتجارب الطبية والغايات الربحية. ولئن كانت الحماية المقررة بقانون ٧/ ٨/ ٢٠٠١م المتعلق بالطب الإنجابي مرتكزة على الجنين بوجه عام إلا أن أهميتها تزداد بالنسبة للجنين المشوه. ويمكن القول بأن مرونة القانون التونسي على مستوى حق المرأة في الإجهاض قد يؤول إلى نتائج وخيمة بالنسبة للطفل المشوه وقد يُشكّل التشوّه الذي يعاني منه الجنين والذي تُقرر على إثره المرأة الحامل بالإجهاض فرصة لعلماء البيولوجيا أو الأطباء منعدمي الضمير من أجل إجراء تجارب على الجنين بعد إسقاطه لغايات ربحية بحتة.

وحاول قانون ٧/ ٨/ ٢٠٠١م المتعلق بالطب الإنجابي خلق موازنة بين حق المرأة في الإجهاض، وفقاً لضوابط محددة، مع حق الجنين المشوّه في الكرامة الإنسانية. ولكن الإشكال يكمن في أن القانون التونسي يجعل من الحق في الكرامة الإنسانية للجنين المشوه في مرتبة أعلى من حقه في الحياة، فتشوّه الجنين، إذا ما اتسم بالخطورة مبرر قانوني لإجهاضه. وفي المقابل، فإن القانون التونسي لا يبرر استعمال الجنين لغايات تجارية أو صناعية. وهو بذلك يجمع في الآن نفسه بين شيئية الجنين، عن طريق السماح بالإجهاض حسب شروط مرنة، وشخصنة الجنين من خلال إقرار حقه في الكرامة الإنسانية. ويرى أحد الكتّاب بأن: "النظرة التشريعية للجنين تتلخص في اعتباره ذاتاً بشرية من نوع خاص، يشترك مع الشخص الطبيعي في هذه الصفة، لكن لا يتساوى معه في درجتها طالما أنه يجوز إدراج العديد من الاستثناءات على القواعد المكرّسة لحمايته لا أثر لها لدى الوضعية القانونية للشخص الطبيعي"[٨٦].

---

(٨٢) انظر: طه أحمد سعيد السيد الفقي، *النظام القانوني للحق في الكرامة الإنسانية: دراسة مقارنة*، القاهرة: دار النهضة العربية، (٢٠١٨م)، ص ٦٠.

(٨٣) القانون عدد ٩٣ المؤرخ في ٧/ ٨/ ٢٠٠١م المتعلق بالطب الإنجابي، الرائد الرسمي عدد ٦٣ الصادر في ٧/ ٨/ ٢٠٠١م، ص ٢٥٧٣.

(84) Voir: Mohamed Kamel Charfeddine, «L'embryon: sujet ou objet», article précité, p. 86.

(٨٥) ينص الفصل ٢٨ من القانون عدد ٩٣ لسنة ٢٠٠١م المؤرخ في ٧/ ٨/ ٢٠٠١م والمتعلق بالطب الإنجابي في فصله الثامن: "يُمنع منعاً باتاً في إطار الطب الإنجابي اللجوء إلى تقنيات الاستنساخ".

(٨٦) أحمد بلحاج جراد، المقاربة القانونية لمسالة انتقاء الجنين المخصّب اصطناعياً وفقاً لخيارات المنجبين (بحث مقارن وفقاً للإسهامات القانونية العربية والأجنبية)، *مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون*، مج (٤٥)، الملحق (١)، (٢٠١٨م)، ص ١٢٦.

ويتماهى الحل التشريعي التونسي مع القانون الفرنسي الذي يُجيز من جهته منذ ١٧/ ١/ ١٩٧٥م الإجهاض الإرادي إذا ما كان هناك احتمال كبير بأن يولد الطفل حاملاً لإعاقة خطيرة وغير قابلة للعلاج عند التشخيص، ويُقر من جهة أخرى الحق في الكرامة الإنسانية. وفي المقابل، فإن التشريع التونسي يتعارض مع القوانين العربية ذات المرجعية الإسلامية، التي لا تُجيز الإجهاض حتى في صورة ثبوت التشوهات الجينية، من ذلك القانون السعودي الذي يمنع على الطبيب إجهاض أي امرأة حامل إلا إذا اقتضت الضرورة إنقاذ حياتها[٨٧].

المبحث الثاني:
تباين الحماية المدنية للجنين المشوه
على مستوى التعويض عن ضرر التشوه

يُشكّل التعويض الغاية الأساسية من المسؤولية المدنية. وهو يسمح بجبر الضرر، أو التقليل من حدّته. ويُعتبر التشوّه ضرراً تختلف حدّته بحسب خطورة ما يسبّبه للجنين من إعاقة أو مرض أو تغيير في الخلقة وما يستدعيه من مصاريف علاج أو نفقات اعتناء بعد الولادة. وبقدر ما يكون مقدار التعويض مساوياً لضرر الطفل المشوّه بقدر ما يُعزّز ذلك من حظوظ الجنين المشوّه في العلاج ويضمن له حياة كريمة. ويسمح التعويض المُقرّر للوالدين من طرف القضاء عما أصاب الجنين من تشوّه حماية مدنية للجنين بعد ولادته، فالتعويض المالي يوفّر لوالديه الإمكانيات المادية لعلاجه أو لتحسين نوعية حياته.

ويُظهر التعويض عن ضرر التشوّه اللاحق بالجنين مفارَقة على مستوى المسؤولية المدنية عن ضرر التشوه، وخاصة على مستوى التعويض. ونلاحظ من جهة اتساع نطاق حق والدي الجنين المشوّه في التعويض عن ضرر التشوّه (المطلب الأول) ومن جهة أخرى ضيق نطاق حق الجنين المشوه في التعويض عن ضرر التشوّه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: اتساع نطاق حق والدي الجنين المشوه في التعويض عن ضرر التشوّه

يمكن لوالدي الجنين المشوّه الحصول على تعويض عن ضرر التشوه الذي أصاب ابنهما بحسب المتسبب في هذا الضرر. ويمكن أن يجد التعويض أساساً له في المسؤولية الطبية عن ضرر التشوّه (١)، كما يمكن أن يكون الضرر ناجماً عن فعل الغير (٢).

١ - المسؤولية الطبية عن ضرر التشوه

تأخذ المسؤولية الطبية عن ضرر التشوه عدة أشكال محتملة، من ذلك مسؤولية المختبر عن ضرر التشوه (أ)، إضافة إلى مسؤولية الطبيب عن الأخطاء في التشخيص (ب)، ومسؤولية الشركة المصنّعة للدواء عن ضرر التشوه (ج).

(أ) مسؤولية المختبر الطبي عن ضرر التشوه

شهد المجال الطبي في العقود الأخيرة تطوّراً منقطع النظير في مجال التحاليل الطبية والتصوير بالأشعة. وتتيح الأبحاث الجنينية والتكنولوجيا الحديثة المعرفة المسبقة لما يمكن أن تكون عليه حالة المولود، إما بالعودة إلى الأمراض الوراثية التي يحملها الزوجان، والتي قد ينقلها أحدهما أو كلاهما للجنين وإما بالكشف التقني على الجنين[٨٨].

وقد أدّى للتطور الكبير الذي شهده مجال تشخيص الأمراض في المختبرات الطبية إلى تضاؤل عنصر الاحتمال في مجال التحاليل

(٨٧) وتُقر المادة (٢٢) من نظام مزاولة المهن الصحية استثناءً لمبدأ الإجهاض إذا لم يكن الحمل قد أتم أربعة أشهر وثبت بصورة أكيدة أن استمراره يهدد صحة الأم بضرر جسيم وثبت هذا الأمر بقرار من لجنة طبية تشكّل طبقاً لشروط قانونية.

(٨٨) انظر: سلوى السنيورة بعاصيري، مفهوم التشوه الجنيني والأبعاد الاجتماعية والإنسانية المرتبطة به، أعمال ندوة *كيفية التعامل مع الجنين المشوّه*، منعقدة بالقاهرة من ٢٠-٢١/ ٣/ ٢٠٠٥م، تونس، (٢٠٠٦م)، ص ٧٨.

الطبية بشكل أصبح معه التزام المختبر الطبي أقرب إلى الالتزام بتحقيق نتيجة منه إلى الالتزام ببذل عناية[٨٩]. ويستطيع العلماء اليوم تشخيص العديد من الأمراض الوراثية التي تُصيب الجنين فعلياً أو قد يصاب بها في المستقبل وعلاج البعض منها[٩٠]. ويمكن تشخيص هذه الأمراض الوراثية عند تلقيح البويضة، حيث تسمح التحاليل الجينية باكتشاف الخلل الوراثي في المادة الوراثية التي نتج عنها المرض الوراثي[٩١]. كما قد يأخذ تشخيص الأمراض الوراثية التي قد يصاب بها الجنين شكلاً آخر، وذلك في صورة تكرار الإجهاض التلقائي المبكر، حيث يتم فحص الجنين والأم الحامل، مما يسمح بالتكهن بوجود مرض وراثي. وتسمح الفحوصات بالموجات الفوق صوتية بتحديد العيوب الخلقية، كما يسمح تحليل عينة من المشيمة بالتعرّف على أنواع الأمراض التي قد تُصيب الصبغيات[٩٢].

وفي صورة ما إذا أثبت الوالدان أن التشوّه الذي لحق الجنين كان نتيجة خطأ في التشخيص، فإنه يمكن المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقهما. ويشمل التعويض الضرر المادي المتمثل في مصاريف التداوي والعلاج التي يفرضها التشوه، إضافة إلى الضرر المعنوي الذي لحقهما. ولم يتعهّد القضاء التونسي، على حد علمنا، بقضايا التعويض عن ضرر التشوّه، خلافاً للقضاء الفرنسي الذي نظر في مثل هذه القضايا. و تُعد قضية «Perruche» من أكثر القضايا شهرة في مجال المسؤولية عن ضرر التشوه[٩٣]. وقد أثارت جدلاً واسعاً، تجاوز المجال القانوني، مما دفع المشرّع الفرنسي عند إصداره قانون ٤/ ٣/ ٢٠٠٢م الخاص بحقوق المرضى وجودة نظام الصحة إلى التنصيص في مادته الأولى على منع تعويض المولود على ولادته، بقطع النظر عن وجود تشوه من عدمه.

وتتمثّل وقائع هذه القضية في طلب امرأة حامل أن تخضع لفحص الحصبة الألمانية، بعد أن ظهرت عليها وابنتها أعراض المرض، وأعربت صراحة عن رغبتها في اللجوء إلى إنهاء الحمل إذا أثبتت الفحوصات أنها ليست محصّنة ضد هذا المرض. وقد ارتكب الطبيب المعالج ومختبر التحليل أخطاء في التشخيص دفعت المرأة إلى الاعتقاد خطأً بأنها محصنة. ولكن عند الولادة، تبين أن المولود يشكو من إعاقة شديدة.

(ب) مسؤولية الطبيب عن الخطأ في تشخيص التشوّه

يُعد الخطأ في التشخيص من الأخطاء الطبية الشائعة. وهو عملية ذهنية يسعى الطبيب من خلالها إلى استنتاج المرض من خلال الأعراض المرضية التي يشكو منها المريض. وقد يخطئ الطبيب في تشخيص المرض دون أن يُعتبر ذلك من قبيل الخطأ

(٨٩) حول التفرقة بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة في المسؤولية الطبية انظر أطروحة الدكتوراه:

Sophie Hocquet-Berg, «Obligation de moyens et obligation de résultat: A propos de la responsabilité médicale», Thèse, Paris XII, (1995).

(٩٠) شهدت العقود الأخير ظهور ما يسمى بالعلاج الجيني. وقد أحصى علماء الجينات أكثر من ٤٠٠٠ مرض جيني. وهذه الأمراض الجينية تتسبّب في ٢٥٪ من حالات الإعاقة و٣٠٪ من وفيات الأطفال.

Voir: Emmanuel Savatier, «Les données de la responsabilité médicale à la fin du XX^{ème} siècle, thèse de droit, Université Jean Moulin, Lyon III, Faculté de droit, (1998), p. 36.

(٩١) انظر: سليماني لامية، مشروعية إسقاط الجنين المشوه، *مجلة دراسات قانونية*، مركز البصرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، ع (٢٥)، (٢٠١٧م)، ص ١٤١.

(٩٢) سليماني لامية، المرجع السابق، ص ١٤٢.

(٩٣) حول قضية «Perruche» انظر:

Cour de cassation française, assemblée plénière, 17 novembre 2000, Bulletin civil n° 1, R; p. 319, Dalloz, (2001), p. 332, note D. Mazeaud et note P. Jourdain. Voir à propos de l'affaire «Perruche»: L. Aynes, «Préjudice de l'enfant né handicapé, la plainte de Job devant la Cour de cassation»; Dalloz., (2001), chronique p. 492; L. Finel, "La responsabilité du médecin en matière de diagnostic des anomalies fœtales", Revue du droit sanitaire et social, (1997), p. 223; P. Kayser, "Un arrêt de l'assemblée plénière la Cour de cassation sans fondement juridique?", Dalloz, (2001), chron. p. 1889; C. Radé, "Etre ou ne pas naître? Telle n'est pas la question!", Resp. civ. et assur., (2001), chron. n° 1; G. Viney, "Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion", J.C.P., (2001), I, 286; D. Mazeaud, "Naissance handicapé et lien de causalité", D., (2001), jurisp., p. 332; C. Radé, "Retour sur le phénomène Perruche: vrais enjeux et faut semblant", Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps, Presse universitaire de Bordeaux, (2003), p. 231.

الطبي، وذلك بالنظر لتشابه عوارض بعض الأمراض، مما يحول أحياناً دون التمكن من معرفة المرض الحقيقي الذي يشكو منه المريض.

ونظراً لما قد يكتنف عملية التشخيص من طابع احتمالي فقد نادى الكاتب "جون بينو"، وهو دكتور في الطب وفي القانون، بالتمييز بين الخطأ في التشخيص والغلط في التشخيص، مطالباً بعدم مساءلة الطبيب عن الغلط في التشخيص لأنه قد يُرتكب من أمهر الأطباء نظراً لتشابه أعراض بعض الأمراض مما قد يوقع الطبيب في الغلط[٩٤].

وتُعد الأخطاء الطبية[٩٥] من بين الأسباب التي قد تؤدي إلى ولادة الطفل المشوّه، كأن يُخطئ الطبيب في تقدير خطورة المرض الذي تشكو منه المرأة الحامل على صحة الجنين وينصحها بمواصلة الحمل، مما يحرمها من الاختيار بين الإبقاء على الحمل أو إجهاضه. وقد أصدر القضاء الفرنسي عدة قرارات تُقيم مسؤولية الطبيب المباشر عن ضرر التشوه الذي أصاب الجنين نتيجة خطئه في التشخيص[٩٦]. وفي قرار صادر في ١٦/ ٧/ ١٩٩١م[٩٧] أقرّت محكمة النقض الفرنسية مسؤولية الطبيب المدنية لعدم طلبه الفحص الطبي الإجباري السابق للزواج لمرض الحصبة الألمانية. وقد أقرّت كذلك في قرارين صادرين في ٢٦/ ٣/ ١٩٩٦م[٩٨] مسؤولية عالم جينات كان نصح الزوجين بالإبقاء على الحمل، معتبراً أن المرض الذي يشكو منه الزوج ليس مُعدٍ للجنين والحال أن الجنين أصيب بتشوه. ورغم أن الأصل في التزام الطبيب هو أنه التزام ببذل عناية إلا أنه يتحوّل إلى التزام بتحقيق نتيجة كلما تضاءل عنصر الاحتمال في النتيجة المتوقعة.

من جهة أخرى قد يصدر الخطأ في التشخيص عن طبيب الأشعة عند قيامه بالفحص المورفولوجي (échographie morphologique). وتمر مراقبة فترة الحمل بواسطة الأشعة بثلاثة مراحل. المرحلة الأولى تتم في الأسبوع الثاني عشر (التصوير بالأشعة الأولي)، تليها مرحلة التصوير بالأشعة المورفولوجي (تتم هذه المرحلة في الأسبوع الثاني والعشرين) وتتم المرحلة الثالثة عن طريق المراقبة بالأشعة في الأسبوع الثاني والثلاثين من الحمل[٩٩]. ويُفترض أن يقع التفطّن للتشوهات الخطيرة للجنين في المرحلة الأولى من التصوير بالأشعة والتي تُعادل الثلاثة أشهر الأولى من الحمل. وفي هذه المرحلة يكون قرار إجهاض الحمل، على صعوبته، أقل وطأة على الوالدين، نظراً لقصر فترة الحمل. ولم يُفرد القانون التونسي المختبرات الطبية ولا مراكز التصوير بالأشعة بنظام خاص للمسؤولية. وبناءً على ذلك تنطبق القواعد العامة للمسؤولية على هذه المؤسسات الصحية. وبذلك يتعيّن على الوالدين الذين تعرّض جنينهما لضرر التشوه نتيجة خطأ في التشخيص إثبات الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما.

(ج) مسؤولية الشركة المصنّعة للدواء عن ضرر التشوّه

شهدت صناعة الأدوية في العقود الأخيرة تطوراً كبيراً على مستوى الكم والنوع. وأضحت أكثر فاعلية في مكافحة الأمراض من ذي قبل. ولكن هذه الفاعلية والنجاعة على مستوى العلاج أدّت إلى تنامي مخاطر الأدوية وآثارها الجانبية. ورغم أن هذه الآثار الجانبية قد تشمل كل شخص يتناول الدواء إلا أن الجنين يُعتبر أكثر عرضة من غيره للمخاطر الناجمة عن تناول الدواء، نظراً لأن خلاياه تتكاثر بسرعة، مما يُضاعف من امتصاص خلاياه للدواء ولمركباته الكيميائية الضارة. وهناك العديد من الأدوية التي تتسبب في تشوّهات خطيرة للجنين (médicaments tératogènes).

(94) Voir: Jean Penneau, «Faute et erreur en matière de responsabilité médicale», L.G.D.J., (1973), n° 220.

(٩٥) حول الأخطاء الطبية، انظر:

Anis Ladhar, «La faute et la responsabilité en matière médicale», Centre de publication universitaire, Tunis, (2014).

(96) Voir: Annick Dorsner-Dolivet, «La responsabilité du médecin», édition Economica, (2006), p. 155.

(97) Cour de cassation civile, 1ère, 16/7/1991, 90-14.645, Bulletin civil 1991 I N° 248 p. 162.

(98) Cour de cassation civile, 1ère, 26/3/1996, Bulletin civil, I, n° 155 et 156.

(99) Amal Aouij Mrad, «La protection juridique de l'embryon malformé», Mélanges Sassi Ben Hlima, (2005), p. 637.

وبالنظر لهشاشة الوضعية الصحية للجنين وإمكانية تشوّهه نتيجة ما تأخذه أمه في فترة الحمل من أدوية، فقد منع القانون التونسي إجراء التجارب على المرأة الحامل. وقد جاء بالمادة (٢) من الأمر عدد ١٤٠١ لسنة ١٩٩٠م المؤرخ في ٣/ ٩/ ١٩٩٠م[١٠٠] المتعلّق بضبط كيفية إجراء التجارب الطبية أو العلمية للأدوية المعدّة للطب البشري: "لا يمكن أن تُجرى التجارب الطبية أو العلمية للأدوية المعدة للطب البشري إلا على شخص بلغ سن الرشد ومتمتع بجميع مداركه العقلية وأهليته القانونية. لا يمكن أن تُجرى التجارب على القاصرين والمرضى والمختلين عقلياً وكذلك النساء الحوامل أو المرضعات".

وقد أثبت الواقع العملي خطورة بعض الأدوية التي كانت تستعملها النساء الحوامل على الأجنة في تشوهات للأجنة. وعلى خلاف الأدوية التي يعلم خبراء الأدوية مسبقاً بخطورتها على الجنين وإمكانية تسببها في تشوّه خلقي له، فإن بعض الأدوية لا تظهر مخاطرها على الجنين إلا بعد مدة زمنية طويلة نسبياً. ومن بين هذه الأدوية "التاليدوميد" وهو دواء كان يُستعمل من طرف الحوامل من عام ١٩٥٠م إلى عام ١٩٦٠م كمضاد للغثيان. وقد طُرح نفس الإشكال بخصوص دواء ديستلبان «Destilbéne» وهو دواء كان ينصح به الأطباء للنساء الحوامل بين عامي ١٩٥٥-١٩٧٧م وقد وُصف لملايين النساء الحوامل في مختلف بقاع العالم. ولكن تبيّن فيما بعد بأنه كان السبب في تشوّهات لدى الأجنة، إضافة إلى تسبّبه في العقم وتزايد خطر الإصابة بسرطان الرحم لدى بنات النساء الحوامل اللاتي استعملن هذا الدواء[١٠١]. وقد رُفعت عدة قضايا لدى القضاء الفرنسي من أجل الحصول على تعويض فيما أصبح يُعرف بفضيحة الديستيلبان. وقد أقر القضاء الفرنسي في بعض القرارات مسؤولية المختبر المصنّع لدواء ديستيلبان عن الأضرار اللاحقة بفتاتين أُصيبتا بسرطان الرحم نتيجة أخذ أمهاتهما للدواء عندما كانتا حوامل بهما.

وتكمن خطورة هذا الدواء في امتداد أضراره زمنياً، حيث امتدّت على ثلاثة أجيال. وتُشكّل بعض الأضرار الناجمة عن الأدوية خصوصية، بالنظر إلى صعوبة التنبؤ بها ولما قد تحتويه من خطر تطور[١٠٢] «le risque de développement». وخطر التطور هو خطر مرتبط بظهور عيب في الدواء لم يكن معلوماً عند طرحه للتداول لأن المعارف الطبية لم تكن تسمح باكتشافها[١٠٣]. وحديثاً، نشرت الوكالة الوطنية لسلامة الدواء والمنتجات الصحية الفرنسية نتائج دراسة تتعلق باستعمال دواء «valproate» الذي يُستعمل لعلاج نوبات الصرع. وقد بينت هذه الدراسة بأن هذا الدواء قد تسبّب في تشوهات لأكثر من ٢٠٠٠ جنين[١٠٤]. وليس من الغريب أن نكتشف من حين لآخر دواءً يُخفي خطر تطور يسبب أضراراً للجنين على المدى القريب أو البعيد، فهو خطر ناجم عن محدودية العلم.

ولا تمنع احتمالية خطر التطور من اتخاذ الإجراءات الوقائية اللازمة من الشركة المصنّعة للدواء على أساس مبدأ الحيطة، طالما كان الخطر غير مؤكد وإنما محتملاً، أما إذا كان الخطر معروفاً ومحدّداً فيتعيّن عندها الوقاية منه. ويزداد الأمر دقة عندما يتعلق الأمر بالجنين الذي يُعتبر كائناً بشرياً هشاً، خصوصاً في الفترة الجنينية المتراوحة بين اليوم الخامس للتلقيح والشهر الثالث. وهي الفترة التي تكون فيها احتمالية التشوّه

(١٠٠) أمر عدد ١٤٠ لسنة ١٩٩٠م مؤرخ في ٣/ ٩/ ١٩٩٠م يضبط كيفية التجارب الطبية أو العلمية للأدوية المعدة للطب البشري.

(101) Voir: Christophe Radé, «Distilbène: le laboratoire jugé responsable et coupable!», Revue Responsabilité civile et assurance, octobre (2004), p. 11.

(١٠٢) حول خطر التطور، انظر: فاطمة الزهرة بومدين، مسؤولية المنتج عن مخاطر التطور العلمي في مجال الدواء، *مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية*، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، (٢٠١٤م)، ص ١٣٦.

(103) Voir: Patrice Jourdain et Geneviève Viney, «Traité de droit civil», «Les conditions de la responsabilité», L.G.D.J., 3ème édition, (2006), p. 263.

(١٠٤) انظر موقع الوكالة الوطنية لسلامة الدواء والمنتجات الصحية الفرنسية: https://ansm.sante.fr.

الناجمة عن الدواء في أشدّها (بين اليوم ١٣ واليوم ٥٦). ولكل عضو من أعضاء الجنين خصوصية بالنظر لمخاطر الدواء الذي تستعمله المرأة الحامل. ويبلغ تأثير الدواء أوجه على قلب الجنين بين اليوم ١٥ واليوم ٢٥ وعلى نظامه العصبي بين اليوم ٢٠ واليوم ٤٠ وعلى أطرافه بين اليوم ٢ واليوم ٣٦[١٠٥].

٢- مسؤولية الغير عن ضرر التشوّه

نقصد بالغير هنا كل من تسبب في التشوّه دون أن ينتمي إلى المجال الطبي. ورغم أن جانباً كبيراً من التشوهات التي تلحق الجنين هي ناجمة عن أخطاء طبية، إلا أن بعضاً منها قد تنشأ نتيجة لأسباب أخرى، مثل استعمال المرأة الحامل لمنتجات خطيرة على الجنين، أو التعرّض لإشعاعات تتسبب في تشوّهات جنينية. وقد تسبّب التطور العلمي الذي نعيشه في العقود الأخيرة في تزايد الإشعاعات كما تزايدت خطورة بعض المنتجات بتزايد فعاليتها، مثل المبيدات الحشرية وغيرها من المنتجات الخطيرة. ولا تُشكل هذه المنتجات بالضرورة خطورة على الأم الحامل، أو على الشخص العادي، ولكنها تُشكل خطورة جسيمة على الجنين، بالنظر لسرعة تكاثر خلاياه وقدرتها الهائلة على امتصاص المواد التي تدخل لجسم أمه.

وقد يُصاب الجنين بالتشوّه نتيجة اعتداء الغير على المرأة الحامل، سواءً كان الاعتداء عن قصد (اعتداء بالعنف أو محاولة إجهاض) أو عن غير قصد (حادث مرور غير متعمّد). ولقيام مسؤولية الغير عن ضرر التشوّه يتعيّن على الوالدين إثبات الخطأ والضرر والعلاقة السببية. ومن بين الأركان الثلاثة للمسؤولية المدنية تُشكّل العلاقة السببية الصعوبة الكبرى في الإثبات. ويتعيّن على الوالدين إثبات العلاقة السببية بين خطأ الغير وضرر التشوه الذي أصاب الجنين، وهو أمر يصعب عادة إثباته نظراً لأن التشوّه قد يكون ناجماً عن أسباب أخرى يصعب حصرها أو إثباتها. ويلعب الاختبار الطبي عادة دوراً حاسماً في تحديد ما إذا كانت هناك علاقة سببية بين ضرر التشوّه وخطأ الغير. وللقاضي سلطة تقديرية في مجال تحديد المسؤولية عن ضرر التشوه بشرط التعليل.

(105) www.vulgaris-medical.com. Voir l'article «médicaments et grossesse», publié *in*.

المطلب الثاني: ضيق نطاق حق الجنين المشوّه في التعويض عن ضرر التشوّه

يُشكّل حق الجنين في التعويض عن ضرر التشوّه الذي أصابه مفارقة، إذ إن نطاقه أضيق من حق والديه في الحصول عن التعويض الناجم عن تشوهه. ورغم أنه يحق للجنين المشوّه الحصول على تعويض عن الضرر الناشئ مباشرة عن خطأ (١)، إلا أن هناك مأزقاً قانونياً إذا ما تعلق الأمر بتعويضه في صورة ارتكاب الطبيب خطأ في التشخيص (٢).

١- حق الجنين المشوّه في الحصول عن تعويض عن الضرر الناشئ مباشرة عن خطأ

تقوم المسؤولية المدنية على ثلاثية الخطأ والضرر والعلاقة السببية[١٠٦]. وبناءً على ذلك، يمكن للمولود المشوّه الحصول على تعويض عن ضرره إذا ما ثبت أن ضرره كان ناتجاً عن خطأ الغير. ولا يُشكل التشوّه صعوبة كبيرة إذا ما كانت هناك علاقة مباشرة بين خطأ الغير وضرر التشوّه، كأن يكون التشوه نتيجة محاولة إجهاض الجنين أو نتيجة تسمم الأم بمواد خطيرة تسببت للجنين في تشوّهات.

وقد أقر الفقه والقضاء التونسي منذ عقود، وفي أكثر من مرة[١٠٧]، حق الجنين في الحصول على تعويض دون اشتراط ولادته حياً، وخصوصاً في مجال حوادث المرور التي يترتب عنها وفاة والد الجنين، من ذلك القرار التعقيبي المدني عدد ١٥١٠١ المؤرخ في ٣/ ٤/ ١٩٨٦م[١٠٨] الذي اعتبرت فيه

(١٠٦) انظر: الفصل ٨٢ والفصل ٨٣ من مجلة الالتزامات والعقود.

(107) Voir: Mohamed Kamel Charfeddine, «L'embryon: sujet ou objet», article précité, p. 86.

(١٠٨) قرار تعقيبي مدني عدد ١٥١٠١ مؤرخ في ٣/ ٤/ ١٩٨٦م، نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني، العدد ١، سنة ١٩٨٧م، ص ٢٢٩.

محكمة التعقيب التونسية بأن: "المُقوم في حقه تضرّر مباشرة من خطأ مؤمن المعقب ضدها الأولى وهو جنين في بطن والدته بفقد والده الذي كان يرعاه و يوفر له جميع لوازمه الحياتية من نفقة وتعليم وغيرها حتى بلوغه سن الرشد وبفقده نتيجة خطأ الغير فقد خسر تلك المكاسب المادية الأمر الذي يجب تعويضه عنها من طرف المتسبب فيها دون اعتبار لما سبق". وقد ذهبت محكمة التعقيب التونسية شوطاً أبعد في القرار التعقيبي عدد ٥٢٧٥٢ المؤرخ في ٤/٦/١٩٩٦م[١٠٩] حين اعتبرت أن: "الجنين في بطن أمه عند وفاة والده في حادث مرور يُعتبر متضرراً أدبياً بصورة مباشرة وثابتة من ذلك الحادث". ورغم إقرار محكمة التعقيب لمبدأ تعويض الجنين عن الضرر إلا أنه لم يُعرض، على حد علمنا، على القضاء التونسي المنشور قضايا تتعلّق بتعويض الجنين عن ضرر التشوه الناجم عن خطأ طبي.

ويختلف الأمر بالنسبة للقضاء الفرنسي الذي أقر في بعض القضايا الشهيرة مبدأ تعويض الجنين عن ضرر التشوه الذي لحقه. وينطبق هذا الحل على القضاء الإداري[١١٠] وعلى القضاء العدلي[١١١]. وقد أثار قرار Perruche الصادر عن الدوائر المجتمعة الفرنسية في ١٧/ ١١/ ٢٠٠٠م جدلاً كبيراً غير مسبوق تجاوز الجانب القانوني. وقد خلق قرار Perruche مفارقة غريبة، ففي حين كان هذا القرار يهدف إلى تعزيز الحقوق المالية للجنين المشوه بإقرار حقه في التعويض إلا أنه أثار حفيظة الجمعيات المساندة لذوي الاحتياجات الخاصة وآباء الأطفال المعاقين، الذي اعتبروا أن تعويض الجنين عن ولادته معاقاً هو بمثابة إقرار ضمني بأن موت الجنين المعاق أفضل من ولادته حياً. وقد خلق هذا الحل القضائي مأزقاً قانونياً على مستوى تعويض الجنين عن التشوّه المرتبط بخطأ في التشخيص.

٢- مأزق تعويض الجنين عن التشوّه لخطأ في التشخيص

هل يمكن أن تكون الحياة في حد ذاتها ضرراً يقبل التعويض؟ لقد أثارت دعوى "الولادة الضارة"، أو ما اصطُلح عليه في القانون الأنجلوساكسوني بدعوى «wrongful life»، جدلاً واسعاً في القانون المقارن ويتمثل الإشكال في السؤال الآتي: هل يحق تعويض للمولود الذي وُلد معاقاً إذا ما ارتكب الطبيب خطأً في التشخيص يتمثل في عدم اكتشاف التشوّه أو الإعاقة قبل الولادة؟

فقه القضاء التونسي لم يسبق له، على حد علمنا، أن عُرضت عليه هذه المسألة. ويحول تطبيق القواعد العامة للمسؤولية المدنية دون تعويض الجنين عن ضرر التشوّه، طالما لم تثبت العلاقة السببية بين التشوّه والخطأ الطبي. وتنتفي العلاقة السببية بين الخطأ في تشخيص التشوّه الذي أصيب به الجنين من طرف المختبر الطبي أو الطبيب المباشر للمرأة الحامل والتشوّه، طالما أن علاج هذا التشوّه غير ممكن وطالما أن الخيار الوحيد الممكن للوالدين هو الإجهاض أو الإبقاء على المولود الذي يولد مشوّهاً. وينتفي الخيار أصلاً بين إجهاض الجنين المشوّه والإبقاء عليه في الأنظمة القانونية التي تمنع الإجهاض. وفي مثل هذه الحالة فإن تفطّن المختبر الطبي أو الطبيب المباشر للتشوّه لن يكون له أي تأثير، طالما أنه لا يجوز الإجهاض لوجود تشوّه، باستثناء حالة التشوّه المكتشفة في المرحلة الأولى من الحمل، قبل تخلّق الجنين. ولا يمكن مبدئياً اعتبار الولادة في حد ذاتها، حتى ولو كانت بتشوّه خلقي، ضرراً يقبل التعويض.

وقد سمح فقه القضاء الفرنسي، في بعض قراراته المبدئية، سواء على مستوى القضاء العدلي أو الإداري بتعويض المولود المشوّه عن هذا الصنف من الضرر. وقد أقرّت محكمة التعقيب الفرنسية في قرار Perruche الشهير الصادر في ١٧/ ١١/ ٢٠٠٠م مبدأ تعويض الطفل الذي وُلد معاقاً، بعد أن قرّرت أمه عدم إجهاضه إثر إعلامها من طرف مختبر للتحاليل، على وجه الخطأ، بأنها محصّنة ضد مرض الحميراء وأنه ليس هناك خطر على صحة الجنين، إضافة إلى خطأ الطبيب المباشر لها بعدم تفطنه لإصابتها بالمرض وعدوى الجنين وبعدم طلبه إعادة الفحوصات نظراً لتضارب نتائج التحاليل.

---

(١٠٩) قرار تعقيبي مدني عدد ٥٢٧٥٢ مؤرخ في ٤/٦/١٩٩٦م، نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني، ١٩٩٦م، ص ٢٢٨.

(110) Voir: Conseil d'Etat, 1 février 1997, n° 133238, Centre hospitalier de Nice c/ Epoux Quarez, Recueil du Conseil d'Etat, p. 44.

(111) Voir: Cour de cassation française, assemblée plénière, 17/11/2000, n° 99-13701, Perruche.

وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية بدوائرها المجتمعة مبدأ تعويض الجنين عن ضرر التشوّه رغم أن الأخطاء المرتكبة من المختبر الطبي والطبيب ليست سبباً مباشراً في الإعاقة وإنما كانت سبباً في عدم تبصير الأم بالإعاقة وحرمانها من فرصة إجهاض الجنين المشوّه. وبالتالي فلا توجد علاقة سببية مباشرة بين الخطأ والتشوّه[١١٢]. ويمكن القول بأن الضرر الذي لحق بالجنين المشوّه هو ضرر مرتد (préjudice par ricochet)[١١٣].

وقد أدى ها القرار إلى جدل واسع، قل وجوده، في فرنسا[١١٤]، فقد انتقده البعض ممن اعتبر أن تعويض الجنين عن ضرر التشوّه الذي لا يمكن الوقاية منه إلا بالإجهاض يجعل من الحياة في حد ذاتها ضرراً يقبل التعويض. وهو ما يؤدي في نهاية المطاف إلى اعتبار عدم وجود الطفل المعاق أفضل من وجوده. ومن المفارقات أن جمعيات الأطفال المعاقين كانوا من بين المناهضين لموقف محكمة التعقيب، والحال أن إقرارها لحق الجنين المشوّه في التعويض عن ضرر التشوه كان بهدف تمكينه من التعويض المادي. وأمام الانتقادات التي طالت قرار «Perruche» تدخل المشرع الفرنسي بقانون ٤/ ٣/ ٢٠٠٢م الخاص بقانون حقوق المرضى وجودة النظام الصحي لإجهاض هذا الاجتهاد القضائي، مُقراً في المادة الأولى من القانون بأنه: "لا يجوز لأي شخص الحصول على تعويض لمجرد ولادته"[١١٥].

(112) Voir: «Les grandes décisions du droit médical», Ouvrage collectif sous la direction de François Vialla, LGDJ, édition Alpha, (2010), p. 482.

(113) Voir: François Chabas, «l'enfant né handicapé peut demander réparation du préjudice résultant de son handicap», note sous cassation assemblée plénière, 13 juillet 2001, JCP, éd. G 2001, II, 10601.

(114) Voir: «Les grandes décisions du droit médical», ouvrage précité, p. 486.

(115) Aux termes de l'article 1er de la loi du 4 mars 2002 «I. Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance. La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer. 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 faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale…».

الخاتمة

في ختام هذا البحث يمكن القول بأن التطورات الطبية المعاصرة أضحت، في جانب منها، مصدر تهديد للجنين المشوّه، من خلال اكتشافها للتشوّه أو احتمال وجوده في المستقبل. وقد انعكس ذلك سلباً على الحماية المدنية للجنين المشوّه. وتُظهر النصوص القانونية المنطبقة على الجنين المشوّه في القانون التونسي نقصاً في الانسجام وتبايناً على مستوى الحقوق المقررة للجنين المشوّه. فاكتشاف التشوه أو اكتشاف إمكانية حدوثه يُعطي المرأة الحامل حق إنهاء حياة الجنين. وفي المقابل، يُقر القانون الخاص بالطب الإنجابي الحق في الكرامة الإنسانية للجنين دون تمييز بين جنين سليم وجنين مشوّه. وبذلك تنقلب الموازين وتتضاءل أهمية الحق في الحياة، لفائدة حقٍّ فلسفي المنشأ، يُعد أقل أهمية بالنسبة للجنين المشوّه، وهو الحق في الكرامة الإنسانية. ويمكن إجمال ما انتهيت إليه من نتائج وتوصيات فيما يلي.

نتائج البحث

- شكلّت التطوّرات الطبية المعاصرة تهديداً مباشراً لحق الجنين المشوّه في الحياة بالنظر لما تسمحه من اكتشاف للتشوّهات الجنينية أو إمكانية حدوثها في مرحلة مبكرة من الحمل، وهو ما قد يدفع الوالدين إلى طلب إجهاض الجنين في القوانين التي تجيز الإجهاض لوجود تشوّه، على غرار القانون التونسي والفرنسي.
- يُشكّل تحديد مفهوم التشوّه أهمية كبيرة بالنسبة للأنظمة القانونية التي تسمح بإجهاض الجنين لوجود تشوّه، لأنه معيار يُعتمد في إباحة الإجهاض من عدمه.
- لا يُوفر القانون التونسي حماية قانونية للجنين المشوّه على مستوى حقه في الحياة، نظرا لإباحته الإجهاض "إذا ما كان يُتوقّع أن يصاب الوليد بمرض أو آفة خطيرة".
- يُقر القانون التونسي حق الجنين في الكرامة الإنسانية، وهو يُنزّله بذلك منزلة الشخص الطبيعي ويتعامل معه كذات بشرية.

- تتعدّد الأسباب المحتملة لوجود التشوّه لدى الجنين وتتداخل أحياناً، وهو ما يُعقّد مسألة التعويض عن ضرر التشوّه.
- تعويض الجنين عن ضرر التشوّه يعتبر ضيّق النطاق، لأن الخطأ في تشخيص التشوّه الذي قد يقع فيه المختبر الطبي أو الطبيب ليس سبباً في التشوّه في حد ذاته وإنما في الولادة بالتشّوه. وفي عديد الحالات، لا يمكن تفادي التشوّه إلا بإجهاض الجنين الذي يشكو من المرض الخطير. ويؤدي عدم وجود علاقة مباشرة بين الخطأ الطبي والتشوّه إلى تضاؤل حظوظ الجنين المشوّه في التعويض.

التوصيات

- ضرورة تحديد المشّرع التونسي بشكل دقيق لمفهوم التشوّه الجنيني الذي يُبرّر الإجهاض. وقد يكون من الضروري إعادة النظر في شروط الإجهاض بالتضييق فيها بوضع ضوابط دقيقة لإسقاط الجنين، فهو كائن بشري يحق له العيش حتى وإن كان مشوّهاً. وباستثناء حالات التشوّه الخطيرة أو بعض الأمراض الخطيرة والمؤلمة فإن الحياة بالنسبة للجنين تبقى خياراً أفضل من العدم.
- ضرورة إعادة النظر تشريعياً في الحقوق المدنية للجنين المشوّه، فالقانون التونسي يُعامل الجنين المشوّه كشيء على مستوى حقه في الحياة، ويعامله كشخص على مستوى الحق في الكرامة الإنسانية. من جهة أخرى، فإنه ليس من المنطقي أن نُقر الحق في الحياة للمولود الجديد، ونضيّق في هذا الحق بالنسبة للجنين، والحال أنه قد لا تفصل بين هذين الكائنين البشريين سوى بضعة أيام أو أسابيع.
- تستدعي خصوصية الجنين وهشاشة نظامه القانوني، في ضوء التطورات الطبية المعاصرة التي تهّدد وجوده وكرامته كذات بشرية، إفراده بنظام قانوني خاص حمائي يقع تضمينه صلب قانون خاص بالجنين، أو صلب مجلة حماية الطفل، مع تغيير تسميتها[١١٦].
- قد يكون من الأنسب، على مستوى تعويض الجنين المشوّه، وضع نظام خاص للتعويض عن ضرر التشوّه يقوم على فكرة التضامن ويسمح بالتعويض عنه دون اشتراط الثلاثية التقليدية للمسؤولية المدنية (الخطأ والضرر والعلاقة السببية).

المراجع

أولاً: المراجع العربية

(١) الكتب

أبو جميل، وفاء حلمي (١٩٩١م). *الخطأ الطبي: دراسة تحليلية وفقهية وقضائية في فرنسا ومصر*. القاهرة: دار النهضة العربية.

الجربي، سامي (٢٠١١م). *شروط المسؤولية*. ط١، صفاقس: مطبعة التسفير الفني.

جعفر، علي محمد (١٩٩٦م). *تاريخ القانون والفقه الإسلامي*. ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع.

حسين منصور، محمد (٢٠٠١م). *المسؤولية الطبية*. دار الجامعة العربية للنشر.

الدناصوري، عز الدين، والشواربي، عز الدين (٢٠٠٢م). *المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء*. ط٧.

شرف الدين، محمد كمال (٢٠٠٢م). *قانون مدني، النظرية العامة (الأشخاص - إثبات الحقوق)*.

عبد مولاه، ماهر (٢٠١٤م). *حقوق الإنسان والحريات العامة في تونس: جدلية التأصيل والتحديث*. تونس: مجمع الأطرش للكتاب المختص، ص ٤٩.

عبدالستار، فوزية (١٩٧٧م). *النظرية العامة للخطأ غير العمدي*. القاهرة: دار النهضة العربية.

مأمون، عبدالرشيد (١٩٨٦م). *عقد العلاج بين النظرية والتطبيق*. القاهرة: دار النهضة العربية.

النجيمي، محمد بن يحيى (٢٠١١م). *الإجهاض: أحكامه وحدوده في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي من الفقه العام*. الرياض: دار العبيكان.

(١١٦) يُمكن تغيير تسمية مجلة حماية الطفل إلى مجلة حماية الطفل والجنين.

ياسين، محمد يوسف (٢٠٠٣م). *المسؤولية الطبية: مسؤولية المستشفيات والأطباء والممرضين قانوناً فقهاً اجتهاداً*. منشورات الحلبي.

(٢) المقالات

بن أحمد، بلحاج العربي (ذو الحجة ١٤٢٣هـ). مشروعية استخدام الخلايا الجذعية الجنينية من الوجهة الشرعية والأخلاقية والإنسانية. *مجلة الوعي الإسلامي*، ع (٤٤٨)، ص ص ٢٦-٣١.

بن حمّاد، محمد رضا (٢٠١٠م). المعايير الأخلاقية والضوابط القانونية في إدارة التجارب الطبية أو العلمية على الإنسان في تونس. أعمال مهداة إلى العميد مصطفى الفيلالي، مركز النشر الجامعي.

بوعبدالله، نضال، وعبيد، حياة (٢٠١٩م). إجهاض الجنين المصاب بمتلازمة داون. *مجلة الحضارة الإسلامية*، مج (٢٠)، ع (٢)، ص ١٦٩.

خالد جمال، أحمد حسن (٢٠١٤م). ماهية الحقوق المدنية للجنين: دراسة مقارنة (القسم الأول). *مجلة الحقوق*، الكويت، مج (٣٨)، ع (٣)، ص ٣٧٢.

خالد جمال، أحمد حسن (٢٠١٤م). ماهية الحقوق المدنية للجنين: دراسة مقارنة (القسم الثاني). *مجلة الحقوق*، الكويت، مج (٣٨)، ع (٤)، ص ص ٢٨٥-٤٠٤.

خلف، طارق عبدالمنعم (٢٠١٤م). الاستفادة من الخلايا الجذعية الجنينية في العلاج والتجارب، وبيان حكمها الشرعي. *مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون*، مج (٤١)، ع (١).

زين العابدين، طاهر (٢٠٠٧م). حكم إجهاض الجنين المشوّه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. *مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط*، ع (١٩)، الجزء (٣)، ص ٣٩٢.

سليماني، لامية (٢٠١٧م). مشروعية إسقاط الجنين المشوّه. *مجلة دراسات قانونية*، مركز البصرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، ع (٢٥)، ص ١٤١.

السياسة، لعمارة (٢٠١٩م). أحكام إجهاض الجنين المشوّه وراثياً. *مجلة العلوم الإسلامية والحضارة*، مج (٤)، ع (١).

شرف الدين، محمد كمال (٢٠١٤م). قراءة في المبادئ التأصيلية للقانون المدني. مقال منشور في مؤلف جماعي بعنوان *مسائل في فقه القانون المدني المعاصر*، تونس: منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، ص ٧٠.

صالح، فواز (٢٠١١م). مبدأ احترام الكرامة الإنسانية في مجال الأخلاقيات الحيوية: دراسة قانونية مقارنة. *مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية*، مج (٢٧)، ع (١)، ص ٢٤٨.

القحطاني، مسفر (٢٠٠٣م). إجهاض الجنين المشوّه وحكمه في الشريعة الإسلامية. *مجلة الشريعة للدراسات الإسلامية*، الكويت، مج (١٨)، ع (٥٤)، ص ١٥٧.

الملولي، صلاح الدين (٢٠١٤م). التقدم العلمي والقانون المدني. مقال منشور في مؤلف مشترك بعنوان *مسائل في القانون المدني المعاصر*، تونس: مجمع الأطرش للكتاب المختص، ص ٩٧.

النشار، إيمان محمد أحمد (أبريل ٢٠٠٦م). الاستنساخ العلاجي. *مجلة البحوث القانونية والاقتصادية والشرعية*، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، ص ص ٦٥٤-٦٨٥.

ثانياً: المراجع الفرنسية

Abu-Sahlie, Sami Aldeeb, « *Religion et droit dans les pays arabes* », Presses universitaires de Bordeaux, (2008), p. 12.

bioéthique", article publié *in* Nouvelle Encyclopédie de Bioéthique – Médecine, Environnement Biotechnologie sous la direction de G. HOTTOIS et J.N. MISSA, Ed. De Boeck – Université, (2001), p. 545.

Houot Sandra, «*La fatwa, un cadre pour la bioéthique contemporaine*», *in* «Islam et révolution médicale, le labyrinthe du corps, IRD et Karthrale, 2013, p. 124 et s.

Ibrahim Assalah, Souad, «*Le respect de la vie du fœtus dans la Charia*», article publié dans la conférence annuelle «envers un enfant meilleur», Egypte p 92 et s. (en arabe).

Ladhar Anis, «*La faute et la responsabilité en matière médicale*», Centre de publications universitaires, Tunis, (2014).

Legros, Eve, «*L'embryon défectueux*», Les petites affiches, (5 décembre 2005), p. 63.

Loued, Mohammed Nacer, «*L'avortement* », Actualités juridiques tunisiennes, n° 13, (1999), pp. 179-220.

Moulin Anne Marie, «*Se repérer dans le labyrinthe du corps et de l'Histoire*», article publié dans l'ouvrage collectif «Islam et révolution médicale», éditions IRD et Karthala, (2013), p. 21.

Abu-Sahlie, Sami Aldeeb, «*Introduction à la société musulmane*», Eyrolles Référence, (2006).

Aouij-Mrad, Amel «*La protection juridique de l'embryon malformé*», Mélanges offerts à Sassi Ben Hlima, (2005), p. 648.

Callu, Marie France, «*La dignité de la personne humaine*», article publié dans un ouvrage collectif, intitulé «Les grandes décisions du droit médical», L.G.D.J., pp. 29-43.

Charfeddine, Mohamed Kamel, «*L'embryon: sujet ou objet?*», Revue tunisienne de droit, (1998), p. 86.

Dabbou Ben Ayed, Sophie, «*L'interruption de grossesse pour malformation*», article publié dans le site internet http://www.atds.org.tn

Fageeh Wafa, Raffa H, Jabbad H, Marzouki A, Transplantation of the Human Uterus, *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, (2002), *76*(3), pp. 245-251.

Hassan, Abdelhamid, «*Le corps de la femme et la biomédecine dans le contexte de la culture juridique égyptienne*», article publié dans l'ouvrage collectif « Le corps de la femme et la biomédecine. Approche internationale», édition Bruylant, Bruxelles, (novembre 2013).

Haddad-Chamakh Fatma, Mohamed Ali Halouani, Bechir Hamza, Mohamed Mahjoub, "*Islam et*