

الشخصية القانونية للجنين

" دراسة مقارنة في مدى أحقيته في التعويض عن الضرر الذي لحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه قبل تمام ولادته حيا "

الأستاذ الدكتور

مدحت عبد الباري عبد الحميد بخيت

أستاذ القانون المدني المساعد

كلية الحقوق - جامعة بني سويف

ديسمبر سنة ٢٠٢٢ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ مِنْ تَرَابٍ ثُمَّ مِنْ نَظْفَةٍ ثُمَّ جَعَلَكُمْ أَزْوَاجًا وَمَا تَحْمِلُ مِنْ أُنْثَىٰ وَلَا تَضَعُ إِلَّا بِعِلْمِهِ ۗ
وَمَا يَعْمُرُ مِنَ مَعْمَرٍ وَلَا يَنْقُصُ مِنْ عُمُرِهِ إِلَّا فِي كِتَابٍ إِنَّ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرٌ﴾ .

صدق الله العظيم

الآية (١١) من سورة فاطر

المستخلص

تناول البحث الشخصية القانونية للجنين ومدى أحقيته - في نطاق هذه الشخصية - في التعويض عن الضرر الذي لحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه قبل تمام ولادته حيا، وذلك بعرض الشخصية القانونية للجنين ، والمسئولية عن تعويضه عن هذا الضرر ، ومسلك القضاء المقارن بشأن هذا التعويض ؛ حيث تم عرض موقف القضاء الفرنسي وقضاء بعض الدول العربية كمصر والجزائر وتونس.

وقد تبين أن القضاء الفرنسي ، وإعمالا للقاعدة الرومانية التي تقضي بأن " الحمل المستكن يعتبر مولودا في كل ما فيه نفعه " ، قد منح الجنين الحق في التعويض عن الضرر الذي يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد أقاربه كالآباء والأجداد ، كما أقر كل من القضاء الجزائري والتونسي بحق الجنين في التعويض عن الضرر الذي لحق به نتيجة الفعل الضار الذي أودى بحياة والده .

كما تبين كذلك أنه يوجد رأيان داخل محكمة النقض المصرية ، الأول : يرفض تعويض الجنين عن الضرر الذي لحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد أقاربه كالأب والأخوة الأشقاء ، والثاني : يقر حق الجنين - إذا ولد حيا - في التعويض عن الضرر المستقبل محقق الوقوع ، وقد اتضح أن الاتجاه الرافض مخالف لقواعد العدل والإنصاف ومناقض لفلسفة التشريعات والاتجاهات القضائية الحديثة في التعويض عن كل ضرر يصيب الغير.

وأوصى البحث بأن يتم حسم مسألة تعويض الجنين عن الضرر الذي يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه ، كما اقترح البحث- بشأن دعاوى التعويض في هذا الصدد - أن تعمل محكمة النقض المصرية الرأي القائل بأن للجنين شخصية قانونية منذ الحمل ، وهو ما أخذ به المشرع السوداني ، وإلى أن تعمل محكمة النقض هذا الرأي اقترح البحث توحيد كلمتها ، بأن تقر حق الجنين في التعويض عن الضرر الذي يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه ، بصرف النظر عما إذا كان حملا مستكنا وقت وقوع هذا الفعل أو طفلا ، طالما أنه قد ولد حيا وطالب بالتعويض عن طريق نائبه.

الكلمات المفتاحية : الشخصية القانونية للجنين - تعويض الضرر - الفعل الضار.

مقدمة

أقر القانون المصري لكل شخص شخصية قانونية ، كما حرص الدستور على تقرير الحريات والحقوق ، قصدًا من المشرع الدستوري أن يكون النص عليها في الدستور قيديا على المشرع العادي فيما يسنه من قواعد وأحكام وفي حدود ما أراده الدستور لكل منها من حيث إطلاقها أو جواز تنظيمها تشريعيًا^(١).

والشخصية القانونية هي صلاحية كائن معين لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات^(٢) ، ولم يكن هينا الاعتراف بها لكل إنسان ، ذلك أن الكائنات الحية الأخرى لا تتمتع بالشخصية القانونية. فالحيوان لا يتمتع بالحقوق وليست له شخصية رغم الجدل الذي

(1) ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (٣٥) من الدستور المصري الحالي الصادر عام ٢٠١٤ م من أن " الملكية الخاصة مصونة، وحق الإرث فيها مكفول ، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون ، وبحكم قضائي ، ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل يدفع مقدما وفقا للقانون " .

وحكمت المحكمة الدستورية العليا بأن " الدستور - إعلاء من جهته لدور الملكية الخاصة، وتوكيدا لإسهامها في صون الأمن الاجتماعي - كفل حمايتها لكل فرد - وطنيا كان أم أجنبيا - ولم يجز المساس بها إلا على سبيل الاستثناء ، وفي الحدود التي يقتضيها تنظيمها " . انظر : حكمها في ٤ فبراير سنة ٢٠١٧ طعن رقم ٢٢٧ لسنة ٢٥ ق " دستورية " ، منشور في الجريدة الرسمية ، العدد ٦ مكرر (ب) في ١٥ فبراير سنة ٢٠١٧ ص ٣ و ٦ مايو سنة ٢٠١٧ طعن رقم ١١٦ لسنة ٢٢ ق " دستورية " ، العدد ١٩ مكرر (أ) في ١٥ مايو سنة ٢٠١٧ ص ٣ . كما حكمت بأن " الحماية التي أظّل بها الدستور الملكية الخاصة ، لضمان صونها من العدوان عليها وفقا لنص المادة (٣٤) من دستور سنة ١٩٧١ تمتد إلى الأموال جميعها دون تمييز بينها ، باعتبار أن المال هو الحق ذو القيمة المالية ، سواء أكان هذا الحق شخصيا أم عينيا أم كان من حقوق الملكية الأدبية أو الفنية أو الصناعية " . انظر : حكمها في ١٥ مايو سنة ٢٠١٧ طعن رقم ٦١ لسنة ٣١ ق " دستورية " ، منشور في الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر (أ) في ١٥ مايو سنة ٢٠١٧ ص ١٤ .

(2) انظر :

د. عبد المنعم فرج الصدة ، أصول القانون ، القسم الثاني ، نظرية الحق ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ، ١٩٦٥ م ، رقم ٢٦١ ص ٣٣٨ ؛ د. عبد المنعم البدر اوي ، مبادئ القانون ، دون ناشر ، ١٩٨١ م ، رقم ٢٢٣ ص ٣٢٤ ؛ د. حسن كبره ، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ط ٥ ، دون تاريخ نشر ، رقم ٢٥٩ ص ٥١٧ ؛ د. محمد شكري سرور ، النظرية العامة للحق ، دار الفكر العربي ، ط ١ ، ١٩٧٩ م ، رقم ١٦٢ ص ١٤٥ ؛ د. رمضان أبو السعود ، النظرية العامة للحق ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٥ م ، ص ٤١ ؛ د. نبيل إبراهيم سعد ، المدخل إلى القانون ، نظرية الحق ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، سنة ٢٠١٠ م . ص ١٤٣ .

وانظر كذلك :

Serge Braudo, Définition de Infans conceptus,

<https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/infans-conceptus.php>

حيث يقول :

" La personnalité juridique est définie par la doctrine comme l'aptitude à être titulaire de droits et assujetti à des obligations " .

بدى للبعض إثارته^(٣) ، والقوانين التي تفرض على الإنسان الرفيق بالحيوان لا تخلق من هذا الالتزام حقا للحيوان ، وإنما أساسها فكرة أخلاقية وهدفها مصلحة الإنسان نفسه^(٤) .

وقديما لم يكن للرفيق شخصية قانونية، حيث كان لسيدته حق ملكية عليه ، فهو والجماد في هذا سواء^(٥) ، وبإلغاء الرق أصبح كل إنسان يتمتع بالشخصية القانونية دون استثناء^(٦) .

وعلى ذلك لا تكون الشخصية القانونية كقاعدة عامة ، إلا لإنسان لا لحيوان أو جماد لأنها تتطلب عقلية تشعر بوجودها وبالمسئولية الملقاة على عاتقها وهو ما لا يتوافر إلا للإنسان وحده باعتباره عضوا عاملا في المجتمع^(٧) .

ووفقا للمفهوم التقليدي، يكون بدء الشخصية القانونية رهين حدوث واقعة قانونية وزوالها يتبع حدوث واقعة أخرى، فهي تبدأ بتمام ولادة الإنسان حيا وتنتهي بوفاته ، فيما يعني أن الولادة وتحقق الحياة بعدها تعتبر نقطة بداية الشخصية القانونية .

وقد تم تجاوز هذا المفهوم إثر التقدم العلمي، وذلك بالتأكيد على ضرورة الاعتماد على معيار بيولوجي يستند إلى فكرة الوجود والحياة عن طريق الرجوع إلى المراحل الأولى من تكوين الشخص الطبيعي وهي المرحلة الجنينية .

(3) M. Sohm – Bourgeois, « La personnification de l'animal, une tentative à repousser »

<https://www.pronatura-france.fr/reflexions/102-personnification-animale>

وانظر أيضا : الإعلان العالمي لحقوق الحيوان والذي أقر بتمتع الحيوان بحقوق طبيعية .

وقد أعلن عنه في باريس في ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٧٨ في مقر اليونسكو، وقدم النص المنقح من قبل الجمعية الدولية لحقوق الحيوان في ١٩٨٩ إلى المدير العام لليونسكو ، وصدر الإعلان العالمي لحقوق الحيوان في عام ١٩٩٠ . راجع نصوص هذا الإعلان ، على الموقع المعلوماتي التالي :

<https://constitutii.files.wordpress.com/2016/06/file-id-607.pdf>

والحيوان يعتبر قانونا من الأشياء . انظر : د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني - ١ - ، المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للقانون المدني ، دون ناشر ، ط ٦ ، ١٩٨٧ م ، رقم ٢٧٣ ص ٦٥٥ .

(4) في نفس المعنى : د. عبد المنعم الصدة ، مرجع سابق، رقم ٢٦٢ ص ٣٣٩ .

(5) د. عبد المنعم الصدة ، مرجع سابق ، رقم ٢٦٢ ص ٣٣٨ .

(6) د. حسام الدين كامل الأهواني ، أصول القانون ، ١٩٨٨ م ، رقم ٤٥٣ ص ٤٠٤ . ويتمتع الراهب كذلك بالشخصية القانونية . " فالرهبنة لا تعدم شخصية الراهب ولا تمس أهلية وجوبه ، إذ يظل صالحا لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، وإنما يعتبر كل ما يقتنيه الراهب بعد انخراطه في سلك الرهبنة ملكا للبيعة التي كرس حياته لخدماتها لأنه يعتبر طبقا لأحكام الكنسية نائبا عن البيعة في تملك هذه الأموال ، إذ الأصل أن الراهب يدخل الدير فقيرا مجردا عن كل مال كي يتقف ويربى وفقا لأحكام الدين على حساب الدير وهو راض بالنظام الكنسي القاضي بأن كل ما يصيبه من رزق يعتبر أصلا ملكا للكنيسة ما لم يثبت عكس ذلك " . نقض مدني الأول من مايو سنة ١٩٦٦ طعن رقم ٩ لسنة ٣٢ ق ، مجموعة المكتب الفني س ١٧ ع ٣ ق ١٧٦ ص ١٢٩١ .

(7) د. عمر ممدوح مصطفى ، القانون الروماني ، مطابع البصير ، الإسكندرية ، ط ٢ ، ١٩٥٩ م ، ج ١ ، ص ١٢٠ .

ومن الثابت أن مسألة تكييف المركز القانوني للجنين لها جذورها التاريخية ، ذلك أنها طرحت في المجتمعات القديمة التي عرفت العبودية ، وقد اقترنت الصعوبة بتحديد مصير الجنين ، في صورة بيع الحامل أو عتقها^(٨). فهناك نظريات فقهية اعتبرت الجنين مجرد شيء وليس شخص وحتى الحقوق المسندة له هي حقوق استثنائية معلقة على ميلاده حيا ولا تغير في طبيعته. في المقابل ظهرت نظريات أخرى ترى أن الجنين شخص طبيعي حتى وإن كانت شخصيته منقوصة باعتبارها لا تشهد إلا الجانب الإيجابي المتمثل في التمتع ببعض الحقوق^(٩).

ويُعتبر القانون الروماني من أول القوانين القديمة التي أقرت أحكاما خاصة للجنين وذهبت في اتجاه أنه إذا كان الأصل في الشخصية القانونية أنها تبدأ بميلاد الإنسان وتنتهي بوفاة فإن هناك حالة تبدأ فيها الشخصية القانونية قبل الميلاد وهي حالة الجنين الذي يتمتع قبل مولده بشخصية ناقصة، وقد تم إقرار هذه القاعدة في العصر العلمي وهي تقضي بأن الحمل المستكن يعتبر مولودا متى كانت له مصلحة في ذلك . فللجنين حق الإرث من أبيه إذا توفي أبوه قبل مولده ، ولكنه يشترط لذلك أن يولد حيا وقابلا للحياة^(١٠).

وقد اعتمد فقه الشريعة الإسلامية على نفس هذا الحل تقريبا ، حيث أثبت للحمل في بطن أمه أهلية وجوب ناقصة تجعله قابلا للإلزام فقط دون الالتزام . فتنشبت بعض الحقوق الضرورية له، ولا يثبت شيء عليه^(١١).

ولم يمنح المشرع المصري الشخصية القانونية للشخص الطبيعي إلا بتمام ولادته حيا . وما يستتبع ذلك من صلاحيته لاكتساب جميع الحقوق ، وتحمل الالتزامات . وهو ما يعبر عنه بأهلية الوجوب. واستثناء منحها - الشخصية القانونية في نطاق هذه الأهلية- للحمل المستكن . إلا أنه قصرها على صلاحيته لاكتساب حقوق بعينها، هي التي بينها القانون . مثل ما نصت عليه قوانين الجنسية والوصية والوقف والميراث^(١٢).

ونظرا لأهمية الحقوق المقررة للجنين^(١٣)، واعتبارها الركيزة الأساسية لتدعيم شخصيته ، فإنه يجب العمل على إثباتها ، وذلك من خلال ما توصل إليه التطور العلمي في عديد المجالات ، ومنها إثبات النسب عن طريق التحليل بالجينات ، كما أن العلم قد يحد من صلاية الشروط المرتبطة بالحقوق المدنية، ومن قبيل ذلك ما توصل إليه الطب الحديث من

(8) انظر في تفصيلات ذلك : عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي (٧٩٥ هـ) ، القواعد الفقهية ، إصدار وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد ، المملكة العربية السعودية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط ١ ، ٢٠٠٨م - ١٤٢٩هـ ، رقم ٨٤ ص ٢٢٦ - ٢٢٩ .

(9) أ. رباب الخبثاني ، الجنين حسب القانون التونسي ، ١٤ من أغسطس سنة ٢٠١٧م ، بحث منشور على الموقع المعلوماتي التالي (رابط مختصر) .

<https://www.mohamah.net>

(10) د. عمر ممدوح مصطفى ، مرجع سابق ، ص ١٢٢ .

(11) سنزيد هذا الأمر تفصيلا فيما بعد .

(12) نقض مدني ١٠ من فبراير سنة ٢٠١٥ طعن رقم ٨٦٨٤ لسنة ٧٥ ق ، حكم منشور على الموقع المعلوماتي لمحكمة النقض .

(13) سنعرض لهذه الحقوق بتفصيلات أكثر في موضع لاحق .

التأكد من حياة الجنين داخل رحم الأم. وأن الولادة ما هي إلا أمر كاشف ولموس للحياة وليست مقررة لها (١٤).

ويرتبط مدى تمتع الجنين بحق معين ارتباطا وثيقا بنطاق الشخصية القانونية له ، والبحث عن مدى تمتع الجنين بهذه الشخصية يقتضي معرفة الطبيعة القانونية له .

أهمية الدراسة :

لا يخفي على كثيرين الجدل الفقهي والقضائي بشأن مدى الاعتراف بالشخصية القانونية للجنين ، ونطاق أهلية الوجوب الممنوحة له ، ومدى صلاحيته لاكتساب الحقوق .

ويعتبر حق الجنين في التعويض عن الضرر الذي يلحق به - نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد أقاربه كالآباء والأخوة والأجداد - من الحقوق التي أثار جدلا على المستوى القضائي لا سيما في القضاء الفرنسي وقضاء بعض الدول العربية كمصر والجزائر وتونس .

وفي هذا الصدد أصدرت محكمة النقض المصرية أحكاما تقضي بأن القانون قد حدد حقوق الحمل المستكن على سبيل الحصر ، وليس من بينها حقه في التعويض عن الضرر الشخصي المباشر الذي يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي يصيب أحد أقاربه - كالأب والأخوة الأشقاء - قبل تمام ولادته حيا ، ومن ثم رفضت تعويض هذا الضرر ، ولو ولد الجنين حيا ، بينما أقرت ذات المحكمة بهذا التعويض ما دام أن الجنين قد ولد حيا وطالب به .

ومن هنا جاء اختيارنا لموضوع الشخصية القانونية للجنين ، دراسة مقارنة في مدى أحقيته في التعويض عن الضرر الذي يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه قبل تمام ولادته حيا (١٥) ، بغية إلقاء الضوء على الأحكام المتعلقة به ، لعنا نضيف شيئا يؤصل أحكامها .

(14) أ. رباب الخبثاني ، مرجع سابق .

(15) قد ينجم عن الفعل الضار وفاة أحد والدي الجنين أو كليهما ، ويبقى الجنين على قيد الحياة .

ففي الأردن " توفي زوجان وأصيبت طفلتهما إثر حادث تصادم على طريق النقب ، فيما نجحت الطواقم الطبية في مستشفى معان الحكومي بإجراء عملية قيصرية للأمام المتوفاة وإنقاذ جنينها " . انظر مقال بعنوان : " وفاتان وإصابة بجهد تصادم على طريق النقب " ، منشور بتاريخ ١٨ من يونيو سنة ٢٠٢١ ، متاح على الموقع المعلوماتي التالي :

http://www.addustour.com/articles/1224519?utm_campaign=nabdapp.com&utm_medium=referral&utm_source=nabdapp.com&ocid=Nabd_App

وفي حادثة أخرى فريدة وغريبة إلى حد لا يصدق، نجا جنين لا يزال في رحم أمه من موت محقق ومستحيل النجاة منه، بعد أن لاقت والدته مصرعها في حادث مروري بشع، بعد أن انقلبت " شاحنة " كبيرة كانت تحمل ألواحا من الخشب فوقها، حيث كانت هذه المرأة إحدى ركابها، وذلك عقب فقدان السائق السيطرة على مركبته، ما أدى لانقلابها عند حافة طريق عشبي في طريق سريع بالقرب من مدينة "كاجاتي" الواقعة بين "ساو باولو" و"كوريتيبيا" في جنوب شرقي البرازيل. وبحسب عدد من التقارير البرازيلية، جاء فيها بأنه عندما انقلبت الشاحنة الكبيرة، سقطت المرأة التي كانت حاملا بالأسبوع التاسع والثلاثين، بعيدا عن المقصورة على الأرض، ومن ثم بعد ذلك وقعت عليها حمولة الشاحنة الثقيلة كاملة وسحقته بشكل كامل، وما أدى إلى تمزق بطنها، لكن الغريب في كل هذه القصة بأن جنينها ظل حيا ، بعد أن خرج من رحمها بمعجزة إلهية كان الحادث سببا فيها . وتابعت التقارير المحلية بأن رجال الطوارئ والإنقاذ في البرازيل، كانوا قد عثروا على امرأة ميتة تحت الألواح الخشبية التي تساقطت على الطريق،=

منهج الدراسة :

اعتمدت هذه الدراسة على المنهج المقارن من خلال عرض موقف فقه القانون الوضعي والقضاء المقارن ، وكذا موقف الفقه الإسلامي ، بصدد الفكرة محل البحث ، وذلك بغية تقصي الحلول القضائية والإتجاهات الفقهية ، وتحديد موضع هذه الحلول من المبادئ والأصول العامة في القانون المدني ، وعلى ذلك تم عرض بعض الأحكام الصادرة من محكمتي النقض الفرنسية والمصرية وبعض محاكم الدول العربية كالجزائر وتونس.

خطة الدراسة : لوضع هذا البحث في شكل مفيد ، يضمن على الأقل الإحاطة بمعظم جوانبه ، ارتأينا أن نحدد دراسته من خلال هذه الخطة :

مبحث تمهيدي : ماهية الجنين .

الفصل الأول : الطبيعة القانونية للجنين .

الفصل الثاني : المسؤولية عن الضرر اللاحق بالجنين نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه .

الفصل الثالث : مسلك القضاء بشأن مدى أحقية الجنين في التعويض عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه.

الفصل الرابع : نحو تفعيل حق الجنين في التعويض عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه.

خاتمة البحث : تتضمن أهم النتائج والمقترحات .

والله أسأل أن يعينني على إتمام هذا البحث بصورة مرضية ، وأن يرشدني سبحانه إلى طريق الحق ، أنه سبحانه نعم المولى ونعم النصير - وهو على كل شيء قدير وبالإجابة جدير .

= والذي أثار دهشتهم بشكل لا يصدق بأنهم اكتشفوا الطفلة التي كانت ترقد على حافة العشب على بعد أمتار قليلة من والدتها، والذي أثار دهشتهم أكثر، بأنه تم العثور على هذه الرضیعة وهي على قيد الحياة وقد قطع "حبها السري" خلال الحادث، وأكد رجال الإنقاذ بأنها كانت في صحة مثالية ودون أي خدش واحد ولو بسيط، وقد نقلت إلى المستشفى حيث عولجت في قسم حديثي الولادة.

وفي تصريح لـ " إلفون فيرناندو باربوسا " ، وهو المسعف الذي كان في موقع الحادث لأول مرة، أدلى به لصحيفة " أرابليونا " البرازيلية جاء فيه: " لقد كان حادثا خطيرا جدا، أدى لوفاة شخص واحد وهو والده الطفلة "، وأضاف " باربوسا " : " عندما وصلت إلى هناك، رأيت أن سائق الشاحنة أصيب، وقد شاهده فريق الإسعافات الأولية، ومن ثم ذهبت للبحث عن الضحية الميتة التي كانت تحت الخشب، وهنا سمعت صراخ الطفلة "، وقال : " لقد خرج الجنين من الرحم بسبب الضغط الشديد على بطن أمه بسبب الأخشاب، حيث أدى هذا الضغط لتمزق بطنها، ولكن كانت الطفلة بصحة جيدة من دون أي خدش، وهي معجزة حقيقية على أي حال " . ومن جهتها، قالت " سولانج باتيستا " ، وهي ممرضة تعمل في مستشفى " باركيرا - أكو " الذي نقلت إليه الطفلة ، إن الموظفين كانوا قد أطلقوا على الطفلة - التي تزن ستة أرطال وثمانية أوقيات - اسم " جيوفانا "، والاسم يعني باللغة البرازيلية " محمي من الله "، وأضافت " باتيستا " : " إن جيوفانا حقا طفلة هادئة، لا تبكي، وكنت ألعب معها حتى تبسّم " . انظر مقال بعنوان : " معجزة.. ماتت الأم سحفا تحت الشاحنة ونجا الجنين! " ، منشور بتاريخ ٢٩ من يولييه سنة ٢٠١٨ ، متاح على الموقع المعلوماتي (رابط مختصر) :

[/https://www.alarabiya.net/last-page/2018/07/29](https://www.alarabiya.net/last-page/2018/07/29)

المبحث التمهيدي

ماهية الجنين

تمهيد وتقسيم :

أخضع الله تعالى الجنين خلال فترة الحمل لنوعين من التطور^(١٦) ؛ الأول : تطور مادي محسوس يمكن أن يلاحظ بالمشاهدة من أهل صنعة الطب وخاصتهم . وموضوعه العناصر المادية التي يتكون منها الجنين ، وما يتعاقب عليها من نمو وتخليق وتسوية وتعديل وغير ذلك . والثاني : تطور غير محسوس ، ولا يخضع في ذاته لحس ولا مشاهدة ولا تجربة وموضوعه مخلوق روحاني ، جمع الله تعالى بينه وبين تلك العناصر المادية من الإنسان في لحظة من اللحظات ، وجعله مصدرا للأنشطة الإنسانية المتميزة ، التي ميز بها الإنسان عن سائر الأحياء ، كالتصور والتعقل والتخيل والإرادة والتفكير وغير ذلك ، وقد سمى الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم هذا المخلوق بالروح .

ويقتضى التعرف على ماهية الجنين التطرق إلى مراحل تطوره ، ولا نقصد بذلك الأطوار التي يمر بها الجنين في تكوينه داخل بطن أمه فقط ، باعتبار أن التطور ليس المرحلة، بل هو التارة ، فنقول : طورا بعد طور، أي تارة بعد تارة ، والطور أيضا الحال ، وكذلك ما كان على حد الشيء أو بحذائه، فقوله تعالى عندما ذكر تكوين الجنين : ﴿ وقد خلقكم أطوارا ﴾^(١٧) ، معناه ضروبا وأحوالا مختلفة^(١٨) ، بل نضيف إلى ذلك تعريف الجنين .

ويتطور الجنين في رحم الأم طورا بعد طور فمن مرحلة النطفة ، إلى مرحلة العلقه، إلى مرحلة المضغة، إلى مرحلة تكوين العظام وكسوتها باللحم ، إلى مرحلة نفخ الروح .

(16) د. محمد نعيم ياسين ، حقيقة الجنين وحكم الانتفاع به في زراعة الأعضاء والتجارب العلمية، بحث منشور ضمن أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة ، دار النفائس للنشر والتوزيع ، الأردن ، ط ١ ، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م ، ص ٥٣ .

(17) الآية (١٤) من سورة نوح .

(18) أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، لبنان ، ط ١ ، دون تاريخ نشر ، ج ٤ ، ص ص ٥٠٧ : ٥٠٨ ؛ محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، دار الحديث ، القاهرة ، ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م ، رقم ٥٩٣١ ص ١٠٢٣ .

وجاء في مختار الصحاح " الطور " بفتح الطاء وسكون الواو التارة ، وقوله تعالى ﴿ وَ قَدْ خَلَقْ كُمْ أَطْوَارًا ﴾ قال الأخفش : طورا علقه وطورا مضغة . انظر : محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٦ م ، باب الطاء ، ص ١٦٨ ؛ قال ابن عباس رضي الله عنهما : أطوار يعني نطفة ، ثم علقه ، ثم مضغة ، أي طورا بعد طور إلى تمام الخلق . انظر : محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح القرطبي أبو عبد الله (٦٧١ هـ) ، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان ، تحقيق (عبد الله بن عبد المحسن التركي) ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، ط ١ ، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م ، ج ٢١ ، ص ٢٥٦ .

وترتيباً على ما تقدم نقسم الحديث في هذا المبحث على مطلبين ،على النحو التالي :

المطلب الأول : تعريف الجنين .

المطلب الثاني : الأطوار التي يمر بها الجنين .

المطلب الأول

تعريف الجنين

تمهيد :

أوردت معاجم وقواميس اللغة عدة تعريفات للجنين ، كما يفرق المختصون من أهل الطب في تعريفهم للجنين في مراحلہ الأولى عنه في مراحلہ التالية ، بينما يعتبر تعريف فقهاء القانون للجنين واحداً في مراحل نمو الجنين المختلفة .

أما بالنسبة للفقهاء المسلمين فقد اختلفوا في تعريفهم للجنين ، كما وردت كلمة الجنين ببعض التشريعات .

وعليه سنعرض لتعريف الجنين في اللغة وعند أهل الطب وأهل القانون والفقهاء المسلمين ، وفي القانونين الفرنسي والمصري ، وذلك على النحو التالي :

أولاً : تعريف الجنين في اللغة :

ورد في لسان العرب في فصل الجيم حرف النون مادة (جنن) جن الشيء يجنه جناه ستره - وكل شيء ستر عنك فقد جن عنك . وجن الليل يجنه جناه وجنونا وجن عليه يجن ، بالضم ، جنونا وأجنه : ستره . وفي الحديث : جن عليه الليل أي ستره ، وبه سمي الجن لاستتارهم واختفائهم عن الأبصار ، ومنه سمي الجنين لاستتاره في بطن أمه^(١٩) .

وورد في تاج العروس من جواهر القاموس في فصل الجيم من باب النون مادة (جنن) (وأجن عنه واستجن : استتر . والجنين) ، كأمر : (الولد) ما دام (في البطن) لاستتاره فيه والجمع (أجنة) ومنه قوله تعالى : ﴿ وَإِذْ أَنْتُمْ أَجْنَةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ ﴾^(٢٠) وقيل : (كل مستور) : جنين ، حتى إنهم ليقولون : حقد جنين ، (وجن) الجنين (في الرحم يجن جناً : استتر ، وأجنته الحامل) سترته^(٢١) .

وورد في قاموس محيط المحيط أن الجنين " المستور من كل شيء ... ومنه الجنين للولد مادام في الرحم ، وجمعه أجنة وأجنن "^(٢٢) .

وجاء في المغرب أن الجنين " الولد مادام في الرحم " ^(٢٣) .

(19) ابن منظور ، لسان العرب، مرجع سابق، ج ١٣ ، ص ٩٢ .

(20) من الآية (٣٢) من سورة النجم .

(21) محمد مرتضى الحسيني الزبيدي ، تاج العروس من جواهر القاموس ، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب ، دولة الكويت ، ط ١ ، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م ، ج ٣٤ ، ص ٣٦٦ : ٣٦٧ .

(22) بطرس البستاني ، محيط المحيط ، مكتبة لبنان، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٧م ، ص ١٣١ .

وأورد صاحب النهاية في غريب الحديث والأثر أن " جن عليه الليل أي ستره، وبه سمي الجن لاستتارهم واختفائهم عن الأبصار، ومنه سمي الجنين لاستتاره في بطن أمه" (٢٤).

وقد ورد في كتب التفسير ما يفيد ما ورد في كتب اللغة، ومن قبيل ذلك ما جاء في تفسير القرطبي بصدد تفسير قوله تعالى: ﴿وَإِذْ أَنْتُمْ أَجْنَةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ﴾ (٢٥)، "أجنة جمع جنين وهو الولد مادام في البطن، سمي جنينا لاجتنانه واستتاره" (٢٦).

ويلاحظ أن تعريف الجنين بأنه الولد الموجود في بطن الأم، تعريف مُنتقد، باعتبار أنه لا يُمكن تسمية الجنين ولداً إلا إذا ولد حياً، أي بشرط تمام ولادته حياً، أما إذا ولد ميتاً، سواء في أوانه أم في غير أوانه، فلا يُسمى إلا سقطاً (٢٧).

وفي هذا الصدد أورد صاحب المصباح المنير تعريفاً يُثير الاهتمام، حيث قال بأن الجنين: "وصف له مادام في بطن أمه، والجمع أجنة، مثل دليل أدلة" (٢٨) وهو إذ يقول بأنه وصف، يعني أن كلمة جنين لا تعني الكائن الموجود في بطن الأم في ذاته، بل الصفة التي تعطى له، وهي الاستتار والاختفاء، والملاحظ أن هذا التعريف قد تفادى ذكر كلمة الولد، وتفادى بالتالي الانتقاد الذي وجه للتعريفات التي تضمنت هذه الكلمة.

وجاء في نهاية الأرب للنويري " قالت الحكماء: يشتمل الإنسان من كونه نطفة إلى أن يهرم ويموت على سبعة وعشرين حالاً وسبعة وعشرين اسماً: نطفة، ثم علقة، ثم مضغة، ثم عظاماً، ثم خلقاً آخر، ثم جنينا، ثم وليداً، ثم رضيعاً... " (٢٩).

وبيين مما تقدم أن الجنين يطلق على أحد معنيين؛ المعنى الأول: الولد ما دام في رحم أمه، والمعنى الآخر: هو إطلاق اسم الجنين على ما بعد خلق الروح (٣٠).

(23) أبو الفتح ناصر الدين المطرزي (٦١٠هـ)، المغرب في ترتيب المعرب، تحقيق (محمود فاخوري، عبد الحميد مختار) مكتبة أسامة بن زيد، حلب، سورية، ط١، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، ج ١، باب الجيم مع النون، مادة " جنن "، ص ١٦٦.

(24) أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري (٦٠٦هـ)، النهاية في غريب الحديث والأثر، دار ابن الجوزي، جدة، المملكة العربية السعودية، ط ١، جمادى الأولى ١٤٢١هـ، ص ١٦٩.

(25) من الآية (٣٢) من سورة النجم.

(26) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج ٢٠، ص ٤٨.

(27) جاء في تفسير الرازي " أن الأجنة هم الذين في بطون أمهاتهم، وبعد خروجهم لا يسمون إلا ولداً أو سقطاً ". انظر: أبو عبد الله بن عمر بن الحسن بن الحسين بن علي الرازي (٦٠٤هـ)، تفسير الرازي، المشتهر بـ " التفسير الكبير ومفاتيح الغيب "، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط ١، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م، ج ٢٩، ص ١١.

(28) أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ (٧٧٠هـ)، المصباح المنير، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، ١٩٨٧م، ص ٤٣.

(29) شهاب الدين أحمد بن عبد الوهاب النويري، نهاية الأرب في فنون الأدب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ١، ٢٠٠٤م - ١٤٢٤هـ، ج ٢، ص ١٥.

(30) باعتبار أن مرحلة الخلق الآخر يقصد بها مرحلة نفخ الروح، انظر ما سيأتي.

ثانيا : الجنين عند الأطباء :

بالرجوع إلي التعريف العلمي للجنين يتضح أنه يميز بين مرحلتين؛ الأولى : وهي التي تقترن بالأطوار الأولية للحمل أي تلك التي لا يتحرك فيها الحمل ولا يتولد عنه الحياة ويعرف حينئذ بلفظ الحميل " Embryon " ، وتنتهي هذه المرحلة بانتهاء الأسبوع الثامن ، والمرحلة الثانية : وهي التي تستغرق الحيز الزمني الفاصل بين ظهور الحياة والحركة في الجنين إلى حين تمام ولادته ، ويسمى في هذه الفترة " Foetus " (٣١) .

ثالثا : الجنين في اصطلاح فقهاء القانون الوضعي :

الجنين في اصطلاح القانونيين هو الكائن المستكن في رحم المرأة (٣٢) . فهو البويضة التي لقحها حيوان منوي منذ التلقيح إلى أن تتم الولادة (٣٣) ، وما تطور عنها وتشكل حتى بداية شعور الحامل بالأم الوضع الطبيعي أو المبتسر (٣٤) .
كما أطلق جانب من الفقه لفظ الجنين على الجنين الباكر في مرحلة الكرة الجرثومية (البلاستولا) وهي الكرة الخلوية الصانعة التي تنشأ منها مختلف خلايا الجسم ، وهذه هي

(31) انظر :

- المعجم الطبي الموحد ، صادر عن منظمة الصحة العالمية ، والمنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم ، ومجلس وزراء الصحة العرب ، واتحاد الأطباء العرب ، مكتبة لبنان ، لبنان ، ط ٤ ، ٢٠٠٩ م ، ص ٦٣٤ و ٧٦٨ .
- د. شريف كف الغزال ، الجنين ونشأة الإنسان بين العلم والقرآن ، متاح على الموقع المعلوماتي التالي :

<http://www.gulfkids.com/ar/artical-41.htm>

وفي نفس المعنى يعرف البعض الجنين الحميل " Embryon " بأنه جنين في المرحلة المبكرة من نموه ، أي أول ستة إلى ثمانية أسابيع بعد إخصاب البويضة.

"Un embryon est un foetus au stade précoce de son développement, c'est-à-dire .les six à huit premières semaines qui suivent la fécondation de l'ovule"

بينما الجنين المسمى Foetus هو نتاج الحمل ، بدءا من الأسبوع السادس أو الثامن من الحمل.

"Un foetus est le produit de la conception, à partir de la sixième ou huitième semaine de grossesse" .

V.Serge Braudo, op .cit.

(32) د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص وفقا لأحدث التعديلات ، دار النهضة العربية ، ط ٤ ، ٢٠١٢ م ، ص ٥٧٦ .

(33) د. محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، مطبعة دار نشر الثقافة ، الإسكندرية ، ١٩٥١ م ، رقم ٢٦٠ ص ٢٤٨ ؛ د. محمود نجيب حسني ، مرجع سابق ، ص ٥٧٧ ؛ د. فوزية عبد الستار ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص وفقا لأحدث التعديلات ، دار النهضة العربية ، ط ٣ ، ٢٠١٢ م ، رقم ٥٦٩ ص ص ٥١٧ : ٥١٨ .

(34) د. محمود نجيب حسني ، مرجع سابق ، ص ٥٧٦ .

المرحلة التي تلي الإخصاب^(٣٥)، وبمجرد اندماج الخليتين المذكرة والمؤنثة يتكون الجنين ويستحق الحماية^(٣٦).

رابعاً: الجنين في اصطلاح الفقه الإسلامي :

١- في الفقه الحنفي :

تضمنت كتب الحنفية أكثر من تعريف للجنين ، فالسرخسي يقول : " الحمل اسم للولد " ^(٣٧) والكاساني يرى بأنه " نفس من وجه دون وجه " ^(٣٨) ، فيما يورد ابن نجيم تعريفين أحدهما كتعريف الكاساني مع تغيير لفظ الأدمي بنفس ، والثاني كتعريف السرخسي: " اسم للولد في بطن الأم ما دام فيه " ^(٣٩) ، ويعرفه ابن عابدين بأنه " الولد ما دام في الرحم " ^(٤٠) .

ويرى الحنفية بأن ما في بطن المرأة لا يُعتبر جنيناً إلا إذا ظهر فيه شيء من آثار النفوس، أما إذا لم يظهر شيء من خلقه، فهو علقة أو مضغة ^(٤١) .

وقد فصل الجصاص - في كتابه أحكام القرآن - هذه المسألة تفصيلاً واسعاً ، في تفسير قوله تعالى : ﴿...مِنْ مِضْغَةٍ مُخَلَّقَةٍ﴾ ^(٤٢) ، قال : " ظاهره يقتضي أن لا تكون المضغة إنساناً ، كما اقتضى ذلك العلقة والنطفة والتراب ، وإنما نبهنا بذلك على تمام قدرته ونفاذ مشيئته حين خلق إنساناً سويًا معدلاً بأحسن التعديل من غير إنسان ، وهي المضغة والعلقة والنطفة التي لا تخطيط فيها ولا تركيب ولا تعديل للأعضاء ، فاقضى أن تكون

(35) د. واصف عبد الوهاب البكري ، الحكم الشرعي في استخدام الخلايا الجذعية ، ورقة عمل مقدمة إلى الندوة الوطنية للخلايا الجذعية ، عمان - الأردن ، ٦-٥ / ١٠ / ٢٠١١ م ، المتاحة على الموقع المعلوماتي الآتي (رابط مختصر) .

<http://www.natcom.gov.jo>.

(36) د. محمود نجيب حسني ، مرجع سابق ، ص ٥٧٧.

(37) محمد بن أبي سهل السرخسي أبو بكر (٤٨٣هـ) ، المبسوط ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م ، ج ٧ ، ص ١٥٠ .

(38) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (٥٨٧ هـ) ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، تحقيق (الشيخ : علي محمد معوض ، الشيخ : عادل أحمد عبد الموجود) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط ٢ ، ٢٠٠٣ م - ١٤٢٤ هـ ، ج ١٠ ، ص ٤٥٨ . وقال الكسائي : " والدليل أنه لا يجب فيه كمال الدية " .

(39) زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن بكر ، المعروف بـ " ابن نجيم المصري الحنفي " (٩٧٠ هـ) ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط ١ ، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م ، ج ٩ ، ص ١٠١ .

(40) محمد أمين بن عمر عابدين الشهير بـ " ابن عابدين " (١٢٥٢ هـ) ، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، تحقيق (الشيخ : عادل أحمد عبد الموجود ، الشيخ : علي محمد معوض) ، دار عالم الكتب ، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م ، ج ١٠ ، ص ٢٥٠ .

(41) السرخسي ، المبسوط ، مرجع سابق ، ج ٣ ، ص ٢١٣ ؛ الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مرجع سابق ، ج ٤ ، ص ٤٢٢ ، ج ١٠ ، ص ٤٥٦ ؛ ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، مرجع سابق ، ج ٤ ، ص ٢٣٠ .

(42) من الآية (٥) من سورة الحج .

المضغة إنسانا ، كما أن النطفة والعلقة ليست بإنسان ، وإن لم تكن إنسانا لم تكن حملا فلا تنقضي بها العدة إذ لم تظهر فيها الصورة الإنسانية ، وتكون حينئذ بمنزلة النطفة والعلقة ... " (٤٣) .

ودلائل استبانة شيء من خلق ما في بطن المرأة عند الحنفية هي : ظهور ظفر أو شعر أو نحو ذلك (٤٤) ، أما إذا لم يستبين شيء من ذلك فهو ليس بشيء .

٢- في الفقه المالكي :

المُعتبر عند المالكية هو العلقة فما فوق ، فإن أُلقت المرأة علقة ، أي دما متجمدا ، أو مضغة ، ولو لم يستبين شيء من خلقه ، فهو جنين وترتبت عليه الأحكام المتعلقة به ، كإقتضاء العدة (٤٥) .

وقد سئل الإمام مالك عن رجل يضرب امرأة فتلقى مضغة أو علقة ، ولم يستبين شيء من خلقه ، فأجاب بقوله : " إذا أُلقت فلم أنه حمل ، وإن كان مضغة أو علقة أو دما ، ففيه الغرة ، وتنقضي به العدة من الطلاق " (٤٦) (٤٧) .

(43) أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص (٣٧٠ هـ) ، أحكام القرآن ، تحقيق (محمد الصادق قمحاوي) ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م ، ج ٥ ، ص ٥٧ : ٥٨ . ويبين من كلام الجصاص أن ترتب الحكم الشرعي لا يكون إلا على التخلق الثابت باليقين ، أما إن كان في التخلق شك فلا أثر ولا حكم ، باعتبار أن الحكم لا يتغير ولا يثبت بالشك والظن . انظر أمثلة لذلك : عبد الله بن قدامه المقدسي أبو محمد (٦٢٠ هـ) ، المغني ، تحقيق (د . عبد الله بن عبد المحسن التركي ، د . عبد الفتاح محمد الحلو) ، عالم الكتب ، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، ط ٣ ، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م ، ج ١١ ، ص ٢٣١ ؛ تقي الدين أبي الفتح ابن دقيق العيد ، (٧٠٢ هـ) ، إكمال الأحكام شرح عمدة الأحكام ، تحقيق (أحمد محمد شاكر) مكتبة السنة السلفية ، القاهرة ، ط ١ ، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م ، ص ٥٩٧ و ٦٣٣ ؛ إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي أبو إسحاق (٨٨٤ هـ) ، المبدع في شرح المقنع ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط ١ ، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م ، ج ٧ ، ص ٢٩٥ .

(44) وقد وصف صاحب حاشية بداية المبتدي الجنين بأنه " الولد مادام في الرحم ، ويكفي استبانة بعض خلقه كظفر أو شعر " . انظر : علي بن أبي بكر المرغيناني أبو الحسن (٥٩٣ هـ) ، الهداية شرح بداية المبتدي ، منشورات إدارة القرآن والعلوم الإسلامية ، باكستان ، ط ١ ، ١٤١٧ هـ ، ج ٨ ، ص ١٠٢ . وانظر كذلك : ابن عابدين ، رد المحتار ، مرجع سابق ، ج ١٠ ، ص ٢٥٠ .

(45) أبي عبد الله مالك بن أنس بن مالك الأصبحي الحميري المدني (١٧٩ هـ) ، المدونة الكبرى ، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد ، المملكة العربية السعودية ، دون تاريخ نشر ، مج ١٦ ، ص ١٩٩ ؛ أحمد الدردير أبو البركات ، الشرح الكبير ، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه بمصر ، دون تاريخ نشر ، ج ٤ ، ص ٤٠٨ ؛ أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي (٤٦٣ هـ) ، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد ، تحقيق (أ . مصطفى بن أحمد العلوي ، أ . محمد عبد الكبير البكري) ، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية ، المغرب ، ١٣٨٧ هـ - ١٩٦٧ م ، ج ٦ ص ٤٨٣ ؛ الإمام القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي الأندلسي ، الشهير بـ " ابن رشد الحفيد " (٥٩٥ هـ) ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دار الكتب الإسلامية ، القاهرة ، ط ٢ ، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م ، ج ٢ ، ص ٥٠٩ ؛ محمد بن أحمد بن عرفه الدسوقي المالكي (١٢٣٠ هـ) ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، تحقيق (محمد عيش) ، دار إحياء الكتب العربية ، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه بمصر ، دون تاريخ نشر ، ج ٤ ، ص ٢٦٨ .

(46) مالك ، المدونة الكبرى ، مرجع سابق ، مج ١٦ ، ص ١٩٩ .

وانظر كذلك : ابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، مرجع سابق ، ج ٢ ص ٥٠٩ .

والمعلوم عند المالكية في أقل ما يعتبر به الجنين ، أي كونه علقة - دما متجمدا - هو أنه إذا صب عليه الماء الحار لا يذوب، أما إن ذاب، فليس فيه شيء^(٤٨).

٣- في الفقه الشافعي :

تعددت تعريفات الجنين عند الشافعية ، وقد ورد عن الإمام الشافعي رضي الله عنه قوله : " وأقل ما يكون به السقط جنينا فيه غرة ، أن يتبين من خلقه شيء يفارق المضغة أو العلقة ، إصبع أو ظفر أو عين ، أو ما بان من خلق بني آدم سوى هذا كله فيه غرة كاملة " ^(٤٩).

وعرف الشريبي الجنين بأنه " المضغة التي ظهر فيها صورة آدمي وإن لم يميزها إلا أهل الخبرة ولو من غير النساء " ^(٥٠).

والجنين عند الغزالي هو " ما بدا فيه التخطيط والتخليق ولو في طرف من الأطراف على وجه تدركه القوايل وإن لم يدركه غيره " ^(٥١) : فإن كانت علقة ، فلا حكم لها ؛ إذ لا نتيقن أنه أصل الولد " ^(٥٢).

أما البجيرمي فذكر تعريفا للقاضي حسين يعرف الجنين بأنه " شخص يرجى له كمال الحال بالحياة " ^(٥٣).

ويمكن القول بأن خلاصة أقوال الشافعية تتمثل في أن أقل ما يعرف به هو كونه مضغة تكون فيها صورة آدمي، بحيث تشهد بذلك أربع نسوة من أهل المعرفة والعدالة بأنه

(47) " والغرة هي دية الجنين ، وقيمتها نصف عشر الدية الواجبة في الجنابة على الإنسان الحي ". انظر : ابن قدامه ، المغني ، مرجع سابق ، ج ١٢ ، ص ٥٩ ، ٦٦ . وقد اختلف الفقه بشأن تحديد الطبيعة القانونية للدية فمنهم من يرى أنها تعويض محض ، ومنهم من يرى أنها عقوبة محض ، ومنهم من يرى أنها تعويض وعقوبة ، ومنهم من يرى أنها ذات طبيعة خاصة . انظر في تفصيلات ذلك : د. عبد النبي محمد محمود ، الحماية الجنائية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة (فرع بني سويف) ، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م ، ص ٢٧٣ : ٢٧٨ .

(48) الدردير ، الشرح الكبير ، مرجع سابق ، ج ٢ ص ٤٧٤ ، ج ٤ ص ٤٠٨ ؛ علي الصعيدي العدوي المالكي المصري (١١٨٩ هـ) ، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني ، تحقيق (أحمد حمدي إمام) ، مطبعة المدني ، القاهرة ، ط ١ ، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م ، مج ٣ ، ص ١٧١ ؛ الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، مرجع سابق ، ج ٤ ص ٢٦٨ .

(49) محمد بن إدريس الشافعي (٢٠٤ هـ) ، الأم ، تحقيق (د. رفعت فوزي عبد المطلب) ، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع ، المنصورة ، مصر ، ط ١ ، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م ، ج ٧ ، ص ٢٦٥ ؛ ابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، مرجع سابق ، ج ٢ ص ٥٠٩ .

(50) محمد بن محمد الشريبي الشافعي الخطيب (٩٧٧ هـ) ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، تحقيق (الشيخ : علي محمد معوض ، الشيخ : عادل أحمد عبد الموجود) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م ، ج ٦ ، ص ٥١٥ .

(51) الإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي (٥٠٥ هـ) ، الوسيط في المذهب ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط ١ ، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م ، مج ٤ ، ص ٩٧ .

(52) الغزالي ، الوسيط ، مرجع سابق ، مج ٣ ، ص ٣٧٣ .

(53) سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي ، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ، ربيع الأول ١٣٤٥ هـ ، ج ٤ ، ص ١٨٩ .

تخطط وتصور، وبذلك يأخذ حكم الجنين لأنه قد علم بأنه ولد أي جنين^(٥٤)، فيما يعني أنه يكفي عندهم أن يكون مبتدأ خلق آدمي حتى ولو لم يتصور، مادامت القوابل قد شهدن بأنه توجد فيه صورة آدمي خفية.

٤- في الفقه الحنبلي :

عرف الحنابلة الجنين بأنه " اسم للولد في البطن "^(٥٥)، وجاء عند البعلي أنه " ما في بطن الحبلى "^(٥٦). أما ابن العثيمين فقد عرفه في شرح زاد المستقنع بأنه " الحمل ما دام في البطن "^(٥٧).

وفي وصف الجنين ذهب الحنابلة عدا ابن رجب إلى القول بأنه هو ما كان فيه صورة آدمي أما قبل ذلك فلا يعلم يقينا أنه جنين^(٥٨).

وقد حدد فقهاء الحنابلة بأن بيان الخلقة لا يكون إلا بعد الثمانين يوما، فلا يعتبر: جنينا قبلها واحتجوا في ذلك بحديث النبي صلى الله عليه وسلم « إن أحدمكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوما. ثم يكون في ذلك علقة مثل ذلك. ثم يكون في ذلك مضغة مثل ذلك. ثم

(54) إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق (٤٧٦ هـ) ، المذهب في فقه الإمام الشافعي ، تحقيق (د. محمد الزحيلي) ، دار القلم - دمشق ، الدار الشامية - بيروت ، ط ١ ، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م ، ج ٤ ، ص ٦٢ ، ٦٣ ، ٥٣٢ ؛ عثمان بن محمد شطا الدمي الشافعي أبو بكر ، المشهور بـ " البكري " ، حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين ، دار إحياء الكتب العربية لأصحابها عيسى البابي الحلبي وشركاه ، دون تاريخ نشر ، ج ٤ ، ص ٤٨ : ٤٩ ؛ وقد = جاء في حاشية البجيرمي وحواشي الشرواني ، بأن العلقة والمضغة لهما حكم الولد - الجنين - في ثلاثة أمور هي : " الفطر ، ووجوب الغسل ، وأن الدم الخارج يسمى نفاسا ، وتزيد المضغة على العلقة في أنها تنقضي بها العدة من طلاق ويكون بها الاستبراء ، أما الجنين فيزيد عنهما بأنه تجب فيه الغرة ، وتصيح الأمة أم ولد " . انظر : البجيرمي ، حاشية البجيرمي ، مرجع سابق ، ج ١ ص ٩٠ ؛ عبد الحميد الشرواني ، حواشي الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، مطبعة مصطفى محمد بمصر ، دون تاريخ نشر ، ج ١ ، ص ٢٥٨ .

(55) ابن مفلح ، المبدع ، مرجع سابق ، ج ٧ ، ص ٢٩٤ ؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (١٠٥١ هـ) ، كشف القناع عن متن الاقتناع ، عالم الكتب ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م ، ج ٦ ، ص ٢٣ . وقد فصل ابن قدامه هذه المسألة تفصيلا واسعا . انظر : ابن قدامه ، المغني ، مرجع سابق ، ج ١١ ، ص ٢٢٩ - ٢٣١ .

(56) محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي أبو عبد الله (٧٠٩ هـ) ، المطلع على ألفاظ المقنع ، تحقيق (محمود الأرنؤوط ، ياسين محمود الخطيب) ، مكتبة السوادى للتوزيع ، المملكة العربية السعودية ، ط ١ ، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م ، ص ٣٧٢ .

(57) محمد بن صالح العثيمين ، الشرح الممتع على زاد المستقنع ، دار ابن الجوزي ، الدمام ، المملكة العربية السعودية ، ط ١ ، ١٤٢٨ هـ ، ج ١٤ ، ص ١٣٥ .

(58) عبد الله بن قدامه المقدسي أبو محمد (٦٢٠ هـ) ، الكافي في فقه الإمام المجلد أحمد بن حنبل ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م ، ج ٣ ، ص ٢١٣ ؛ ابن مفلح ، المبدع ، مرجع سابق ، ج ٧ ، ص ٧٣ ؛ علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي (٨٨٥ هـ) ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، تحقيق (محمد حامد الفقي) ، ط ١ ، دون ناشر ، ١٣٧٤ هـ - ١٩٥٥ م ، ج ١ ، ص ٣٨٧ ؛ البهوتي ، كشف القناع ، مرجع سابق ، ج ٥ ، ص ٤١٣ .

يرسل الملك فينفخ فيه الروح. ويؤمر بأربع كلمات: يكتب رزقه، وأجله، وعمله، وشقي أو سعيد...» (٥٩).

أما ابن رجب الحنبلي فهو يرى أن النطفة ليست بجنين إنما يكون جنينا منذ كونه علقه (٦٠). وقد وافق ابن رجب الحنبلي في رأيه هذا، ابن قيم الجوزية (٦١).

وممن أخذ بهذا الرأي ابن حجر العسقلاني في فتح الباري، في شرحه لحديث عبد الله بن مسعود الذي يقول فيه: حدثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم - وهو الصادق المصدق - قال: «إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً. ثم علقه مثل ذلك. ثم يكون مضغاً مثل ذلك، ثم يبعث الله ملكاً فيؤمر بأربع: برزقه وأجله وشقي أو سعيد ثم ينفخ فيه الروح...».

قال ابن حجر: " المراد بالجمع ضم بعضه إلى بعض بعد الانتشار، وقد اختلفت الروايات في المدة، فبعضهم جزم بالأربعين، كما في حديث ابن مسعود، وبعضهم زاد ثنتين، أو ثلاثاً أو خمسا، أو بضعا، ثم قال: ومعنى الروايات «ثم تكون علقة مثل ذلك» وفي رواية مسلم «ثم تكون في ذلك علقة مثل ذلك» معنى تكون هنا: بمعنى تصير. ومعناه أن تكون بتلك الصفة مدة الأربعين، ثم تتقلب إلى الصفة التي تليها، ويحتمل أن يكون المراد تصيرها شيئاً فشيئاً إلى أن تشتد فتصير مضغاً، ولا تسمى علقة قبل ذلك ما دامت نطفة، ونقل عن الأطباء في زمانه، أنهم اتفقوا على أن خلق الجنين، يكون في نحو الأربعين، وفيها تتميز أعضاء الذكر دون الأنثى لحرارة مزاجه ويكون أقبل للشكل والتصوير".

ثم أوضح معنى قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق «ثم تكون علقة مثل ذلك» «فإن العلقه وإن كانت قطعة دم، لكنها في الأربعين الثانية تنتقل عن صورة المني،

(59) محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري (٢٥٦ هـ)، صحيح البخاري، دار ابن كثير، دمشق- بيروت، ط ١، ١٤٢٣ هـ- ٢٠٠٢ م، كتاب القدر، ص ١٦٣٥، الحديث رقم ٦٥٩٤؛ مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري (٢٦١ هـ)، صحيح مسلم، تحقيق (محمد فؤاد عبد الباقي)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون ذكر تاريخ نشر، ج ٤، ص ٢٠٣٦، الحديث رقم ٢٦٤٣؛ أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، (٢٧٩ هـ)، الجامع الكبير للترمذي، تحقيق (د. بشار عواد معروف)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط ١، ١٩٩٦ م، مج ٤، ص ١٥، الحديث رقم ٢١٣٧؛ محمد بن حبان بن أحمد بن حبان أبو حاتم التميمي البستي (٣٥٤ هـ)، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، تحقيق (شعيب الأرنؤوط)، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط ٢، ١٤١٤ هـ- ١٩٩٣ م، مج ١٤، ص ٤٧ : ٤٨، الحديث رقم ٦١٧٤.

(60) بابن رجب، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، مرجع سابق، ص ١٣٥.

(61) انظر: أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي الدمشقي، المعروف بـ "ابن قيم الجوزية" (٧٥١ هـ).

- التبيان في أقسام القرآن، مكتبة المتنبى، القاهرة، دون تاريخ نشر، ص ٢٢٣ : ٢٢٤.
- طريق الهجرتين وباب السعادتين، تحقيق (محمد أجمل الاصلاحى)، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، ط ١، ١٤٢٩ هـ، ص ١٥٥ - ١٦٢.

ويظهر التخطيط ظهوراً خفياً ، على التدريج ثم يتصلب في الأربعين يوماً ، بتزايد ذلك التخليق شيئاً فشيئاً ، حتى يصير مضغة مخلقة ، ويظهر للحس ظهوراً لا خفاء فيه " (٦٢) .

ويقول الدكتور محمد علي البار " ونحن نرى أن الخلق كله يجمع في الأربعين الأولى ، وأن النطفة والعلقه والمضغة والتخليق ، كلها تكون في الأربعين ، ونحن نعلم أن البيضة الملقحة تنقسم وتصير مثل التوتة ، ثم مثل الكرة ، وتسمى الكرة الجرثومية ، كل ذلك من غير استمداد من الرحم ، وذلك لمدة سنة أيام ، ثم تعلق في اليوم السابع ، وتبدأ استمدادها من الرحم ، ثم تنفذ الدموية فيه إلى تمام خمسة عشر يوماً ، وتبدأ الدورة الدموية في الجنين في الأسبوع الثالث والرابع ... ، ثم تتميز الأعضاء ، وتمتد رطوبة الدماغ ، ويفصل الرأس عن المنكبين ، والأطراف عن الأصابع ، تمييزاً يظهر في بعض ، ويخفى وينتهي ذلك في ثلاثين يوماً على الأقل ، وخمسة وأربعين يوماً على الأكثر " (٦٣) .

ومن الملاحظ أن ما ذهب إليه الدكتور علي البار هو ما أكدته علماء الشريعة الإسلامية الأقدمون ، كما أشرنا إليه سلفاً .

ويؤكد الدكتور محمد علي البار على أن التخليق يحصل في العلقه ، ويتم بعد ذلك في المضغة (٦٤) ، ثم يشير إلى المراحل التي يمر بها الجنين بقوله " يمر الجنين بمراحل متعددة ، وكل مرحلة تدلف إلى المرحلة التي بعدها في يسر وسهولة ، وتتداخل المراحل تداخلاً عجبياً ، فالنطفة والأمشاج تنقسم إلى مثل التوتة ثم تسمى الكرة الجرثومية ، فتعلق في الرحم في اليوم السادس فتصبح علقه ، وتتحول العلقه إلى مضغة في اليوم العشرين أو الواحد والعشرين بظهور الكتل البنية ، ومن هذه الكتل يخلق الله العظم واللحم ، وتبدأ المضغة تتحول إلى التخليق ، كما جاء في قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِن كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنْ أَلْبَعْتِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُّطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِنْ مُضْغَةٍ مُخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لِّنَبِّينَ لَكُمْ وَنَقَرٍ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى ... ﴾ (٦٥) (٦٦) .

وما ذهب إليه الدكتور البار في كتابيه السابقين أكدته الدكتور خالص جبلي في كتابه " الطب محراب الإيمان " ، حيث يقول : " ما أن يكتمل الشهر الثاني حتى يبدأ تخلق الإنسان ، وينشأ إنشأً جديداً مصداق قوله تعالى : ﴿ ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ ﴾ (٦٧) (٦٨) .

(62) أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي (٨٥٢هـ) ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، تحقيق (محمد فؤاد عبد الباقي) ، المكتبة السلفية ، دون ناشر أو تاريخ نشر ، ج ١١ ، كتاب القدر ، ص ٤٧٩ - ٤٨٢ .

(63) د. محمد علي البار ، خلق الإنسان بين الطب والقرآن ، الدار السعودية للنشر والتوزيع ، ط ٤ ، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م ، ص ٤٠٣ : ٤٠٤ .

(64) د. محمد علي البار ، الوجيز في علم الأجنة القرآني ، الدار السعودية للنشر والتوزيع ، ط ١ ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م ، ص ٥٩ - ٦١ .

(65) من الآية (٥) من سورة الحج .

(66) د. محمد علي البار ، الوجيز في علم الأجنة ، مرجع سابق ، ص ٦٤ .

(67) الآية (١٣) من سورة المؤمنون .

وقد ورد بكتاب " مع الطب في القرآن الكريم " ، ما يؤكد الحقائق السابقة : " ابتداء من الأسبوع الخامس تبدأ عملية التخلق ، فكل زمرة من هذه الوريقات تأخذ على عاتقها تشكيل واحد من أجهزة الجسم أو أعضائه ، وذلك في إطار من التكامل والتنسيق بين هذه الأجهزة ، وهي تنمو وتتطور ، ليكون الإنسان في أحسن تقويم ، وتنتهي عملية التخلق في نهاية الشهر الثالث تقريبا ، ويكون طول الجنين (١٠) سم ، ويزن حوالي (٥٥) غم ، ويمكن تسمية هذه المرحلة بمرحلة المضغة المخلفة " (٦٩) .

٥ - في الفقه الظاهري :

ذهب ابن حزم (٧٠) إلى القول بأن الجنين يكون علقة فصاعدا، أما إن كان نطفة أي ما دون العلقة فليس بشيء ، واستدل في ذلك بحديث حذيفة بن أسيد الغفاري عن ابن مسعود رضي الله عنه ، الذي جاء في صحيح مسلم : « إذا مر بالنطفة ثنتان وأربعون ليلة، بعث الله إليها ملكا. فصورها وخلق سمعها وبصرها وجلدها ولحمها وعظامها. ثم قال: يا رب: أذكر أم أنثى؟ فيقضي ربك ما شاء... » (٧١). فهو يقول بأن العلقة هي الطور الذي يلي طور النطفة، فكان خلق الجملة التي تنقسم بعد النطفة، سمعا وبصرا وجلدا ولحما وعظاما، هي العلقة، فصحح أن أول خلق الجنين هو العلقة وليس النطفة.

٦ - في فقه الإمامية :

الجنين عند الفقه الإمامي يعتبر منذ كونه نطفة تقع في الرحم ، فقد جاء في كتاب " الفروع للكافي " عن علي رضي الله عنه أن : " مني الرجل إلى أن يكون نفسا كاملة تنفخ فيه الروح - وهو النشأ الآخر - ، يتكون من خمسة أجزاء ، وذلك أن الله تعالى خلق الإنسان من سلالة وهي النطفة فهذا جزء ، ثم علقة فهو جزءان ، ثم مضغة فهو ثلاثة أجزاء ، ثم عظما فهو أربعة أجزاء ، ثم يكسى لحما فحينئذ تم جنينا فكملت له خمسة أجزاء " (٧٢) .

تعقيب :

من الملاحظ أن التعريف الوارد للجنين في كتب الفقه والمعاجم لا يميز بين مراحل الحمل ودرجات نمو الجنين، فهذا المفهوم يطلق على ما في الرحم، منذ بدء التكوين بحدوث

(68) د.خالص جبلي ، الطب محراب الإيمان ، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع ، دون تاريخ نشر ، ج ١ ، ص ٧٦ .

(69) د.عبد الحميد دياب ، د. أحمد قرقور ، مع الطب في القرآن ، مؤسسة علوم القرآن ، ط ٢ ، ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م ، ص ص ٨١ : ٨٢ .

(70) علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري الأندلسي أبو محمد (٤٥٦ هـ) ، المحلى بالآثار ،

تحقيق (د. عبد الغفار سليمان البنداري) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط ١ ، ٢٠٠٣ م - ١٤٢٥ هـ ، ج ١٠ ص ٤٧ .

(71) أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي (٦٧٦ هـ) ، صحيح الإمام مسلم بشرح الإمام النووي ، مؤسسة قرطبة ، ط ٢ ، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م ، ج ١٦ ، كتاب القدر ، ص ٢٩٧ ، الحديث رقم ٢٦٤٥ ؛ ابن حبان ، صحيح ابن حبان ، مرجع سابق ، مج ١٤ ، ص ص ٥٢ : ٥٣ ، الحديث رقم ٦١٧٧ .

(72) محمد ابن يعقوب الكليني (٣٢٩ هـ) ، الفروع من الكافي ، منشورات الفجر ، بيروت ، لبنان ، ط ١ ، ٢٠٠٧ م - ١٤٢٨ هـ ، ج ٧ ، باب دية الجنين ، ص ٢١٨ .

التلقيح. ويعبر عنه في القرآن الكريم بالعلوق إلى حين الوضع . لأنه يفصل مراحل نمو الحمل دون إحداث تفرقة جوهرية بينها.

في حين أن التعريف العلمي للجنين يميز بين مرحلتين؛ الأولى : تقتزن بالأطوار الأولية للحمل أي تلك التي لا يتحرك فيها الحمل ولا يتولد عنه الحياة ويعرف بلفظ " Embryon " وتنتهي هذه المرحلة بانتهاء الأسبوع الثامن ، والمرحلة الثانية التي تستغرق الحيز الزمني الفاصل بين ظهور الحياة والحركة في الجنين إلى حين ولادته ويسمى في هذه الفترة " Foetus " .

خامسا : تعريف الجنين في القانون الوضعي :

١- في القانون الفرنسي :

من الملاحظ أن القانون الفرنسي لم يعرف الجنين بشكل صريح ولكنه أشار إلى لفظ الجنين في نصوص متعددة ، ومن قبيل ذلك :

ما نصت عليه المادة (L. 2141-1) من قانون الصحة العامة رقم (548-2000) من أن " المساعدة الطبية على الإنجاب تشمل الممارسات الإكلينيكية والبيولوجية التي تمكن من الحمل في الأنبوب ، ونقل الأجنة والتلقيح الصناعي ... " (٧٣).

وما نصت عليه المادة (L. 2141-3) من القانون نفسه من أنه " ... يمكن للزوجين أو للسيدة غير المتزوجة الموافقة كتابة على أن تخضع الأجنة غير الممكن نقلها أو حفظها لبحث علمي بالشروط الواردة في المادة (L. 2151-5) " (٧٤).

٢- في القانون المصري :

لم يورد القانون المصري - شأنه في ذلك شأن القانون الفرنسي - تعريفا للأجنة ، وإن ورد لفظ الجنين في لائحة آداب مهنة الطب الصادرة بقرار وزير الصحة والسكان رقم (٢٣٨) لسنة ٢٠٠٣ في ٥ سبتمبر ٢٠٠٣م ، والتي نصت في المادة (٤٦) منها على أنه " لا يجوز إنشاء بنوك للبويضات أو الحيوانات المنوية أو الأجنة " .

المطلب الثاني

" (73) L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle...".

Code de la santé publique, Article L2141-1, Modifié par LOI n°2021-1017 du 2 août 2021 - art. 37,

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000043896403

" (74) Les deux membres du couple ou la femme non mariée peuvent consentir par écrit à ce que les embryons non susceptibles d'être transférés ou conservés fassent l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L. 2151-5".

Code de la santé publique, Article L2141-3, Modifié par LOI n°2021-1017 du 2 août 2021 - art. 1 (V),

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000043895346

الأطوار التي يمر بها الجنين

تمهيد :

علم فقهاء الإسلام أن الحمل يمر بأطوار متعددة في الرحم وذلك من وقت التلقيح الذي هو أصل التكوين الجنيني وحتى مرحلة خلق الروح وحتى مرحلة الولادة^(٧٥).

وكل هذه الأطوار كشف عنها القرآن الكريم في أسلوب بياني معجز ، حيث يقول عز وجل ﴿ ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طينٍ * ثم جعلناه نطفة في قرارٍ مكينٍ * ثم خلقنا النطفة علقة فخلقنا أعلقة مضغة ، فخلقنا المضغة عظاما فكسونا العظام لحما ثم أنشأناه خلقا آخر فتبارك الله أحسن الخالقين ﴾^(٧٦) ، ويقول تعالى ﴿ يأيها الناس إن كنتم في ريبٍ من ألبعثِ فإننا خلقناكم من ترابٍ ثم من نطفةٍ ثم من علقةٍ ثم من مضغةٍ مخلقةٍ وغير مخلقةٍ لنبين لكم ونور في الأرحامِ ما نشاء إلى أجلٍ مسمى ثم نخرجكم طفلا ﴾^(٧٧).

وقد بينت الآيات السابقة مراحل تطور الجنين فأول مراحل هذا التطور هي النطفة ، ثم بعد ذلك تتحول النطفة إلى العلقة ، التي سرعان ما تتكاثر خلايا الدم حولها ثم تتمدد وتطور وتنمو مكونة أشبه شيء بالقلب ، وسرعان ما ينبض القلب الناشيء ليُدفع بالدم في أوعية الجنين ليمده بالغذاء اللازم ، وفي نهاية الشهر الأول يصبح الجنين مضغة ، وفي نهاية الأسبوع الخامس يبدأ تكوين العظام واللحم وهي مرحلة تستغرق الأسابيع الخماس والسادس والسابع^(٧٨) ، ثم بعد ذلك مرحلة نفخ الروح .

ونعرض لهذه المراحل على النحو التالي :

أولا : مرحلة النطفة :

النطفة هي أول أطوار خلق الإنسان ، وقد ورد ذكرها في القرآن الكريم في إثني عشر موضعا^(٧٩) ، ومنها قوله تعالى ﴿ ولقد خلقنا الإنسان من سلالةٍ من طينٍ * ثم جعلناه نطفة في قرارٍ مكينٍ ﴾^(٨٠) ، وقوله تعالى : ﴿ إنا خلقنا الإنسان من نطفةٍ أمشاجٍ نبئليه فجعلناه سميعا بصيرا ﴾^(٨١) .

وقد ورد في لسان العرب في فصل النون حرف الفاء مادة (نطف) النطفة التي يكون منها الولد . والنطف بمعنى الصب ، والنطف : هو القطر ، يقال نطف الماء ونطف

(75) مصطفى عبد الفتاح لبنة ، جريمة إجهاض الحوامل ، دراسة في موقف الشرائع السماوية والقوانين المعاصرة ، دار أولى النهى للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، ط ١ ، ١٩٩٦م ، ص ٢٦٥ .

(76) الآيات (١٢ ، ١٣ ، ١٤) من سورة المؤمنون .

(77) من الآية (٥) من سورة الحج .

(78) د. محمد على البار ، خلق الإنسان بين الطب والقرآن ، مرجع سابق ، ص ٢٤٣ وما بعدها .

(79) محمد فؤاد عبد الباقي ، المعجم المفهرس لألفاظ القرآن ، مطبعة دار الكتب المصرية ، القاهرة ، ١٣٦٤ هـ - ١٩٤٥ م ، ص ٧٠٥ .

(80) الآيتان (١٢ ، ١٣) من سورة المؤمنون .

(81) الآية (٢) من سورة الإنسان .

الجب والكوز وغيرها ينطف وينطف نطفا ونطوفا ونطافا ونطافانا : أي قطر، والقربة تنطف أي تقطر ، ونطفان الماء سيلانه ، ونطف الماء ينطف إذا قطرا قليلا قليلا^(٨٢) .

وقد استعمل القرآن الكريم لفظ النطفة في مواضع كثيرة بمعنى الماء المهين الذي يمثل أصلا مباشرا في خلق ذرية آدم عليه السلام (حيث خلق الله آدم من طين وخلق ذريته من نطفة أو ماء مهين) ، وصدق عز وجل إذ يقول في ذلك ﴿ وَأَلَّهُ خَلَقَكُمْ مِنْ تَرَابٍ ثُمَّ مِنْ نَاطِفَةٍ ثُمَّ جَعَلَكُمْ أَزْوَاجًا وَمَا تَحْمِلُ مِنْ أَنْثَىٰ وَلَا تَضَعُ إِلَّا بِعِلْمِهِ ﴾^(٨٣) .

قال سعيد عن قتادة : يعنى آدم عليه السلام ، والتقدير على هذا : أن الله خلق أصلكم من تراب ، ثم أخرج ذريته من نطفة ، أي أخرجكم من ظهور آبائكم^(٨٤) حيث يقول الحق تبارك وتعالى ﴿ فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ . خَلِقَ مِنْ مَاءٍ دَافِقٍ . يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ ﴾^(٨٥) . وقوله كذلك ﴿ أَلَمْ يَرِ الْإِنْسَانُ أَنَا خَلَقْنَاهُ مِنْ نَاطِفَةٍ فَإِذَا هُوَ خَصِيمٌ مُبِينٌ ﴾^(٨٦) .

(82) ابن منظور ، لسان العرب ، مرجع سابق ، ج ٩ ، ص ٣٣٦ .

(83) الآية (١١) من سورة فاطر .

(84) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، مرجع سابق ، ج ١٧ ، ص ٣٦٠ .

(85) الآيات (٥ ، ٦ ، ٧) من سورة الطارق . وقد جاء بشأن هذه الآيات أن الله تعالى يخاطب بني آدم قائلا لهم فلينظر الإنسان أي : ابن آدم ، ﴿ مِمَّ خُلِقَ ﴾ وجه اتصال بما قبله توصية الإنسان بالنظر في أول أمر وسنته الأولى ، حتى يعلم أن من أنشأه قادر على إعادته جزائه ، فليعمل ليوم الإعادة والجزاء ، ولا يمل على حافظه إلا ما يسره في عاقبة أمره ، و ﴿ مِمَّ خُلِقَ ﴾ . استفهام ، أي : من أي شيء خلق؟ ثم قال: ﴿ خُلِقَ ﴾ وهو جواب الاستفهام ﴿ مِنْ مَاءٍ دَافِقٍ ﴾ أي : من المني ، والدفق : صب الماء ، دفقت الماء أدفقته دفقا : صببته ، فهو ماء دافق ، أي : مدفوق أي مصبوب في الرحم . وقال الزجاج : أي من ماء ذي اندفاق ، والدفاق هو المندفق بشدة لقوته . القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، مرجع سابق ، ج ٢٢ ، ص ٢٠٥ : ٢٠٦ .

(86) الآية (٧٧) من سورة يس . قال ابن عباس رضي الله عنهما أن المقصود بالإنسان في هذه الآية الكريمة هو عبد الله بن أبي ، وقال سعيد بن جبیر : هو العاص بن وائل السهمي ، وقال الحسن : هو أمية بن خلف . وقال مجاهد وقتادة : هو أبي بن خلف الجمحي . وقاله بن اسحق ، ورواه بن وهب عن مالك .

وأيا كان المخاطب بهذه الآية فإن خصوصية السبب - كما هو معروف - لا تمنع من عمومية الحكم ، الأمر الذي يجعل الخطاب موجها لكل من نزلت الآية بسببه ولغيره من الناس إلى أن تقوم الساعة ، حيث يقول له ولغيره ﴿ أَنَا خَلَقْنَاهُ مِنْ نَاطِفَةٍ ﴾ وهو اليسير من الماء ، نطف إذا قطر ، ﴿ فَإِذَا هُوَ خَصِيمٌ مُبِينٌ ﴾ أي : مجادل في الخصومة مبين للحجة يريد بذلك أنه صار بعد أن لم يكن شيئا مذكورا خصيما مبينا .

فقد روي أن واحدا - على أي من الأقوال السابقة - أتى النبي صلى الله عليه وسلم بعظم حائل فقال : يا محمد أترى ، أن الله يحيى هذا بعد ما رم ! فقال النبي صلى الله عليه وسلم « نعم ، ويبعثك الله ويدخلك النار » فنزل قول الله تعالى =

وقد اختلف المفسرون في معنى كلمة نطفة على مذهبين :

المذهب الأول :

ويرى أصحاب هذا المذهب أن النطفة هي المنى . سمي نطفة لقلته باعتباره النطفة القليل من الماء^(٨٧) . وهو ما يقذفه الصلب بالجماع إلى رحم المرأة^(٨٨) .

المذهب الثاني :

وهو الذي عليه غالبية المفسرين : أن النطفة التي تكون بداية للخلق هي النطفة التي تتكون من ماء الرجل والمرأة على حد سواء . وسند ذلك في قوله تعالى ﴿ خَلِقَ مِنْ مَاءٍ دَافِقٍ ، يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ ﴾^(٨٩) . أي أن النطفة تخرج من صلب الرجل وترائب المرأة ، وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم « يلتقي الماءان ، فإذا علا ماء الرجل ماء المرأة أذكرت ، وإذا علا ماء المرأة أنثت »^(٩٠) . وعلي ذلك فإن الجنين يتكون من النطفة الممتزجة من ماء الرجل وماء المرأة^(٩١) .

ويؤكد ذلك ما ذكره القرطبي في تفسيره لقول الله تعالى ﴿ خَلِقَ مِنْ مَاءٍ دَافِقٍ ، يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ ﴾ . حيث يقول " يخلق من ماء الرجل الذي يخرج من صلبه العظم والعصب ، ومن ماء المرأة التي يخرج من ترائبها اللحم والدم ، وقاله الأعمش . وقد قيل إن ماء الرجل ينزل من الدماغ ، ثم يجتمع في الأنثيين (الخصيتين) . وهذا لا يعارض : ﴿ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ ﴾ لأنه إن نزل من الدماغ ، فإنما يمر بين الصلب والترائب ، بل قيل أن النطفة من جميع أجزاء البدن ؛ ولذلك يشبه الرجل والديه كثيرا . وهذه الحكمة في غسل جميع الجسد من خروج المنى . وأيضا المكثر من الجماع يجد وجعا في ظهره ؛ وليس ذلك إلا لخلو صلبه عما كان محتبسا من الماء^(٩٢) .

= ﴿ وَضَرَبَ لَنَا مَثَلًا وَنَسِيَ خَلْقَهُ قَالَ مَنْ يَحْيِي الْعِظَامَ وَهِيَ رَمِيمٌ ، قُلْ يَحْيِيهَا الَّذِي أَنْشَأَهَا أَوَّلَ مَرَّةٍ وَهُوَ بِكُلِّ خَلْقٍ عَلِيمٌ ﴾ . آية (٧٩) من سورة يس . انظر : القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، مرجع سابق ، ج ١٧ ، ص ٤٨٩ .

(87) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، مرجع سابق ، ج ١٤ ص ٣١٣ .

(88) الفخر الرازي ، تفسير الرازي ، مرجع سابق ، ج ٢٣ ص ٨٥ .

(89) الأيتان (٦ ، ٧) من سورة الطارق .

(90) أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني (٢٤١هـ) ، مسند الإمام أحمد ، تحقيق (شعيب الأرنؤوط ، عادل مرشد) ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، دون تاريخ نشر ، ج ٤ ، الحديث رقم ٢٤٨٣ ، ص ٢٨٤ : ٢٨٥ .

(91) د.محمد سلام مذكور ، الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي ، بحث مقارنة ، دار النهضة العربية ، ط ١ ، ١٣٨٩ هـ - ١٩٦٩ م ، ص ١٧ .

(92) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، مرجع سابق ، ج ٢٢ ص ٢٠٩ : ٢١٠ .

وفي قوله تعالى ﴿ يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكرٍ وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله ﴾^(٩٣) ، يقول شيخ المفسرين - ابن جرير الطبري - : " يا أيها الناس إنا أنشأنا خلقكم من ماء ذكر من الرجال ، وماء أنثى من النساء " ^(٩٤) .

أما عن الطب الحديث فيقول الدكتور نجيب محفوظ " الحمل نتيجة اتحاد عنصري التوليد الذكر والأنثى أي الحيوان المنوي والبويضة ... وأن الحيوان المنوي هو العنصر الأكثر حركة لأنه هو الذي يسعى وراء البويضة ليلقحها " ^(٩٥) .

وعلى ذلك فإن أول مراتب الحمل هي النطفة وبحسب الرأي الراجح وما انتهى إليه الطب الحديث عبارة عن امتزاج ماء الرجل وماء المرأة ^(٩٦) .

ثانيا : مرحلة العلقه :

العلقه من علق الشيء بالشيء ، بمعنى نشب فيه واستمسك به ، يقال علق فلان فلانا ، وعلق به أي أحبه حبًا شديدًا ^(٩٧) ، وعلق الشوك بالثوب نشب فيه واستمسك ، وعلقت المرأة بالولد وكل أنثى أي حبلى به ^(٩٨) ، ويراد بالعلقه الدم الغليظ أو الجامد ^(٩٩) وهي طور من أطوار الجنين أو قطعة الدم التي يتكون منها ^(١٠٠) والقطعة من العلق للدم المذكور والمني ينتقل بعد طوره فيصير دما غليظا متجمدا ثم ينتقل طورا فيصير لحما وهو المضغه ^(١٠١) .

ورغم أن كلمة " علقه " تحمل معنيين من الوجهة اللغوية ؛ المعنى الأول : كل ما ينشب ويعلق ، والمعنى الثاني : الدم الغليظ ، إلا أنه لا يوجد دليل يحدد تفضيل المفسرين للمعنى الثاني على المعنى الأول الذي يشير إلى التعلق بجدار الرحم ، سوى ما يشاهد عند حدوث الإجهاض المبكر حيث لا يرى إلا دم غليظ ^(١٠٢) .

(93) الآية (١٣) من سورة الحجرات.

(94) أبي جعفر محمد بن جرير الطبري (٣١٠ هـ) ، تفسير الطبري المسمى جامع البيان عن تأويل أي القرآن ، تحقيق (بشار عواد معروف ، عصام فارس الحرساني) مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، ط ١ ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م ، مج ٧ ، ص ٨٥ .

(95) د.نجيب محفوظ ، فن الولادة ، دون ناشر ، ط ٢ ، ١٩٢٢م ، ص ٩١ .

(96) أ.مصطفى عبد الفتاح لبنه ، مرجع سابق ، ص ٢٦٧ .

(97) جبران مسعود ، الرائد ، دار العلم للملايين ، بيروت ، لبنان ، ط ٧ ، ١٩٩٢م ، ص ٥٦٢ .

(98) بطرس البستاني ، قطر المحيط ، بيروت ، لبنان ، ١٨٢٩م ، ص ١٤٢٥ .

(99) أبي حسين أحمد بن فارس بن زكريا (٣٩٥ هـ) ، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق (عبد السلام محمد هارون) ، ج ٤ ، ص ١٢٥ .

(100) المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية ، القاهرة ، مكتبة الشروق الدولية ، ط ٤ ، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م ، ص ٦٢٢ .

(101) بطرس البستاني ، قطر المحيط ، مرجع سابق ، ص ١٤٢٧ .

(102) د. أمال صادق ، د. فؤاد أبو حطب ، نمو الإنسان (من مرحلة الجنين إلى مرحلة المسنين) ، مكتبة الأنجلو المصرية ، ط ٥ ، ٢٠٠٨م ، ص ١٦٠ .

ولا يختلف المعنى الاصطلاحي للعلاقة عن حقيقة معناها اللغوي ، فمنهم من يعرفها بأنها " الدم الجامد ، والعلق هو الدم العبيط أو الطري، وقيل هو شديد الحمرة " (١٠٣) ، ومنهم من يعرفها بأنها " الدم الطري الذي خلق من النطفة سمي علقه لأنه أول أحوال العلق " (١٠٤) .

وقد ورد لفظ العلق في القرآن الكريم في خمسة مواضع ، منها قوله تعالى : ﴿ هو الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ تَرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ يُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ﴾ (١٠٥) وقوله ﴿ اِقْرَأْ بِأَسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ * خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ ﴾ (١٠٦) .

والعلقه هي المرحلة الثانية التي تلي النطفة الأمشاج (١٠٧) ، وتبدأ منذ تعلق النطفة بالامشاج بالرحم وتنتهي عند ظهور الكتل البدنية التي تعتبر بداية مرحلة المضغة (١٠٨) .

وأما الطب الحديث : يقول الدكتور خالص جبلي في كتابه الطب محراب الإيمان : " سميت علقه : لأنها تتعلق في جدار الرحم ، وتغمس أرجلها الأخطبوطية في برك الدم لتمتص الغذاء للجنين (١٠٩) .

ويقول الدكتور " موريس بوكاي " : " يتحقق استقرار البيضة في الرحم بنمو الزغابات لها ، والتي تمتد كالجذور في الأرض ، لتمتص من سماكة العضو ما هو

(103) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج ١٤ ، ص ٣١٣ ؛ وانظر كذلك : محمد محمود حجازي ، التفسير الواضح ، دار الجيل الجديد ، دون تاريخ نشر ، ج ٢ ص ٥٦٦ ، ج ٣ ، ص ٨٨٢ ؛ حسين محمد مخلوف ، كلمات القرآن تفسير وبيان ، دار ابن حزم ، بيروت ، لبنان ، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م ، ص ١٩٨ .

(104) أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري (٤٥٠ هـ) ، تفسير الماوردي المسمى " النكت والعيون " ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، دون تاريخ نشر ، ج ٤ ، ص ٤٨ .

(105) الآية (٦٧) من سورة غافر .

(106) الآيتان (٢ ، ٣) من سورة العلق .

(107) وقد جاء بكتاب التبيان في أقسام القرآن " ولما تكامل للنطفة أربعون يوماً فاستحكم نضجها ، وعقدتها حرارة الرحم استعدت لحالة هي أكمل من الأولى ، وهي الدم الجامد الذي يشبه العلقه " . انظر : ابن قيم الجوزية ، التبيان في أقسام القرآن ، مرجع سابق ، ص ٢٤١ .

وتسمية القرآن للجنين في هذا الطور (علقه) فيها إعجاز باهر وسبق علمي ظاهر ، لدلالته على شكل الجنين وحقيقته وطبيعته ، إذ أن دلالة كلمة (علق) على النشوب في الشيء والاستمساك به ، والجنين ينشب في جدار الرحم ويلصق به ، كما يتسع لفظ (علقه) ليشمل وصف الهيئة العامة للجنين كدودة عالقة . انظر : عبد المجيد الزندانى وآخرون ، علم الأجنة في ضوء القرآن والسنة ، من أبحاث المؤتمر العالمي الأول للإعجاز العلمي في القرآن والسنة ، إسلام آباد ، باكستان ، في الفترة من ٢٥ - ٢٨ صفر سنة ١٤٠٨ هـ ، الموافق ١٨ - ٢١ أكتوبر سنة ١٩٧٨ م ، ص ص : ٨٦ : ٨٧ ؛ د. محمد أحمد أبو ليل ، د. عبد الرحمن سلطان العلماء ، إجهاض المرأة الحامل بالجنين المشوه ، بحث في مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون ، كلية الشريعة والقانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، فندق هليتون العين ، ٢٢ - ٢٤ صفر ١٤٢٣ هـ . ٧-٥ مايو ٢٠٠٢ م ، مج ٤ ، ص ١٧٥٣ .

(108) د. هلالى عبد اللاه أحمد عبد العال ، حقوق الطفولة في الشريعة الإسلامية مقارنة بالقانون الوضعي ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة (فرع بني سويف) ، ١٥٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م ، ص ٢٧٠ .

(109) د. خالص جبلي ، مرجع سابق ، ص ٧٥ .

ضروري لنموها ، هذه التخلقات تعلق البيوضة في الرحم تعلقا قويا ، وهذه كلها لم نعرفها إلا في هذه الأزمان الحديثة " ، وقد قال الله تعالى ﴿ اقرأ بِأَسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ * خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ ﴾ ، وهذا المعنى مشتق من هذا الفعل وهو ما يتعلق ، أما القول المكرر في الترجمات الأخرى بأن الإنسان يمر بمرحلة الدم المتجمد ، فهذا غير صحيح ... " (١١٠).

ويجب التذكير بأن بعض المفسرين القدامى كابن الجوزي قد أشار إلى هذا المعنى في تفسيره للآية التي في سورة الحج ، حيث قال : " سميت علقة لرطوبتها وتعلقها بما تمر به ، فإذا جفت فليست علقة " (١١١).

ثالثا : مرحلة المضغة :

المضغة : اللحمة الصغيرة قدر ما يمضغ (١١٢) ، وقد جعل اسما للحالة التي ينتهي إليها الجنين بعد العلقة (١١٣).

وقد جاء في المعجم الوسيط (١١٤) والمنجد (١١٥) مضغ الطعام وغيره - مضغا أي : لأكه بأسنانه ، والمضغة هي القطعة التي تمضغ من لحم وغيره ، وجمعها مضغ ، و(مضغ الأمور) : صغارها .

وقد ورد لفظ المضغة في القرآن الكريم والأحاديث النبوية الشريفة في عدة مواضع منها ما جاء في سورة الحج : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِن كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِّن تَرَابٍ ثُمَّ مِّن نُّطْفَةٍ ثُمَّ مِّنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِّنْ مُّضْغَةٍ مُّخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُّخَلَّقَةٍ ﴾ (١١٦). وما جاء في سورة المؤمنون : ﴿ وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سَلَالَةٍ مِّن طِينٍ * ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي وُقُوفٍ مَّكِينٍ * ثُمَّ

(110) د. موريس بوكاي ، التوراة والإنجيل والقرآن والعلم، ترجمة (الشيخ : حسن خالد) ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، ط ٣ ، ١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م ، ص ٢٤٢ .

(111) عبد الرحمن بن علي الجوزي القرشي البغدادي أبو الفرج جمال الدين (٥٩٧هـ) ، زاد المسير في علم التفسير ، طبعة المكتب الإسلامي ودار ابن حزم ، بيروت ، لبنان ، ط ١ ، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م ، ص ٩٤٩ .

(112) أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي (٥٣٨هـ) ، الكشف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأفاويل في وجوه التأويل ، تحقيق (الشيخ : عادل أحمد عبد الموجود ، الشيخ : علي محمد معوض) ، مكتبة العبيكات ، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، ط ١ ، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م ، ج ٤ ، ص ١٧٧ ؛ الفخر الرازي ، تفسير الرازي ، مرجع سابق ، ج ٢٣ ، ص ٩ ؛ أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي (٧٠١ هـ) ، تفسير النسفي ، المسمى بـ " مدارك التنزيل وحقائق التأويل " ، تحقيق (سيد زكريا) ، مكتبة نزار مصطفى الباز ، دون تاريخ نشر ، مج ٣ ، ص ٧٢٢ .

(113) عبد الرؤوف بن المناوي (١٠٣١هـ) ، التوقيف على مهمات التعاريف ، تحقيق (د.عبد الحميد صالح حمدان) ، عالم الكتب ، القاهرة ، ط ١ ، ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م ، باب الميم ، فصل الضاد ، ص ٣٠٨ .

(114) المعجم الوسيط ، مرجع سابق ، ص ص ٨٧٤ : ٨٧٥ .

(115) لويس معلوف ، المنجد في اللغة ، ط ١٩ ، بيروت ، لبنان ، دون تاريخ نشر ، ص ٧٦٥ .

(116) الآية (٥) من سورة الحج .

خلقنا الأنطفة علقه فخلقنا ألعلة مضغة فخلقنا ألمضغة عظاما فكسونا ألعظام لحما ثم أنشأناه خلقا آخر فتبارك الله أحسن ألعالقين ﴿ (١١٧) .

وفي الصحيحين البخاري ومسلم عن أنس رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « وكل الله بالرحم ملكا، فيقول : أي رب نطفة، أي رب علقة، ... قال : أي رب، أذكر أم أنثى، أشقي أم سعيد، فما الرزق، فما الأجل، فيكتب كذلك في بطن أمه » (١١٨) . كما أخرج الإمامان البخاري ومسلم حديث عبد الله ابن مسعود قال : حدثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو الصادق المصدوق قال « إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوما. ثم يكون في ذلك علقة مثل ذلك. ثم يكون في ذلك مضغة مثل ذلك. ثم يرسل الملك فينفخ فيه الروح » (١١٩) .

وفي علم الأجنة، يبدأ ظهور الكتل البدنية التي تعتبر بداية المضغة في اليوم العشرين أو الواحد والعشرين منذ التلقيح، وتتوالى الكتل البدنية في الظهور على كل جانب حتى ليبلغ عددها عند اكتمالها ٤٢ إلى ٤٥ كتلة على كل جانب .. من القمة إلى المؤخرة ..، وتعرف الكتل الأربع الأولى العليا والتي في منطقة الرأس باسم الكتل المؤخرية تليها ٨ عنقية تليها ١٢ صدرية تليها ٥ قطنية تليها ٥ عجزية تليها ٨ إلى ١٠ اعصصية.

ويلاحظ أن الكتل البدنية هي أبرز ما في الجنين في هذه الفترة ويمكن التعرف عليها من خلال النظر إلى سطح الجنين الخارجي.. ومن هذه الكتل يتكون الجهاز الهيكلي والعصلي ويمكن معرفة عمر الجنين بمعرفة عدد الكتل البدنية.

ويظهر في هذه الفترة أيضا خمسة ميازيب أو شقوق في طبقة الأكتودرم من جهة الرأس ويقابل هذه الشقوق والميازيب نتوءات مماثلة تُعرف بالأقواس البلعومية.

وإذا نظر إلى الجنين في هذه المرحلة كان أشبه بقطعة لحم ممضوغة. ومن هنا فإن أدق وصف لهذه المرحلة هو وصف المضغة الذي جاء في القرآن الكريم والسنة المطهرة (١٢٠) .

واكتمال الكتل البدنية يكون في الغالب فيما بين اليوم الثلاثين والخامس والثلاثين منذ التلقيح. وإذا أجملنا التغيرات التي تحدث في هذه المرحلة لقلنا مع علماء الطب أن الأسبوع الرابع مخصص لظهور الكتل البدنية، والأسبوع الخامس والسادس لتحول الكتل البدنية إلى قطاع عظمي وعصلي، والأسبوع السادس والسابع لتكسي العظام بالعضلات (١٢١) . على النحو الذي سنعرض له في المرحلة التالية .

(117) (الآيات (١٢ ، ١٣ ، ١٤) من سورة المؤمنون .

(118) (الإمام مسلم ، صحيح مسلم ، مرجع سابق ، كتاب القدر ، ص ٢٠٣٨ ، الحديث رقم ٢٦٤٦ ؛ الإمام البخاري ، صحيح البخاري ، مرجع سابق ، كتاب القدر ، ص ١٦٣٥ ، الحديث رقم ٦٥٩٥ .

(119) (سبق تخريج هذا الحديث .

(120) (بل أكثر من ذلك ، فإن الجنين في نهاية هذا المرحلة يكون طوله هو واحد سنتمتر ، وهو ما يجسد المعنى الآخر للمضغة ، وهو صغار الأمور ، كما أن هذا الحجم هو أصغر ما يمكن للإنسان أن يلوكه بأسنانه . انظر : د. شريف كف الغزال ، مرجع سابق .

(121) (انظر : د. محمد على البار :

- خلق الإنسان بين الطب والقرآن ، مرجع سابق ، ص ٢٤٧ ، ٢٤٨ ، ٢٥٥ ، ٢٥٦ .

- الوجيز في علم الأجنة ، مرجع سابق ، ص ٤١ .

وذكر الله تعالى بأن المضغة تكون إما مخلقة وإما غير مخلقة في سورة الحج بقوله:
﴿يَأْيُهَا النَّاسُ إِنْ كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِّن تَرَابٍ ثُمَّ مِّن نُّطْفَةٍ ثُمَّ مِّن عِلْقَةٍ ثُمَّ
مِّن مِّضْغَةٍ مَّخْلُوقَةٍ وَغَيْرِ مَخْلُوقَةٍ﴾^(١٢٢)، وقد ذهب المفسرون في تفسير هذه الآية إلى ما
يلي :

جاء في تفسير القرطبي بأن المضغة المخلقة هي التامة الخلق، أما غير المخلقة
فهي السقط، وهو قول الفراء، فيما يعني أن المضغة المخلقة هي التي يكتب لها أن تستمر في
النمو إلى تمام ولادة الجنين ، أما غير المخلقة فهي التي لا يكتب لها ذلك. بينما في قول ابن
الأعرابي، المضغة المخلقة هي التي قد بدا خلقها، أي ظهرت فيها صورة الأدمي، أما غير
المخلقة فهي التي لم تصور بعد^(١٢٣).

وجاء في تفسير الفخر الرازي عدة أقوال، منها أن معنى ﴿مَخْلُوقَةٍ وَغَيْرِ مَخْلُوقَةٍ﴾،
من تمت فيه أحوال الخلق ومن لم تتم. فمنها ما خلقه الله إنسانا دون نقص في خلقته، ومنها ما
جعله ناقصا أو فيه عيوب، وعليه تفاوت الناس في خلقهم وصورهم وطولهم وقصرهم
وتمامهم ونقصانهم ، وهو قول الضحاك وقتادة. وتعني المضغة المخلقة، الجنين الذي يخرج
حيا، وغير المخلقة، الجنين الذي لا يخرج حيا، أي السقط، وهو قول مجاهد. والقول الثالث
هو أن المضغة المخلقة هي التي فيها تخطيط وتشكيل، وغير المخلقة التي ليس فيها ذلك. أما
القول الرابع للقفال، فيرى بأن التخليق مأخوذ من الخلق، لذا فما تتابع عليه الأطوار وتم فهو
المخلق، وما لم يتم فهو غير المخلق لأنه لم يتوارد عليه التخليقات^(١٢٤).

وجاء في تفسير ابن كثير أن المقصود بالمضغة المخلقة وغير المخلقة أن الأولى
التي فيها تخطيط وتشكل فيها أعضاء الجنين فيصور منها رأس ويدان وصدر وبطن
وفخذان ورجلان وسائر الأعضاء ، وغير المخلقة، التي ليس فيها ذلك ، وتارة تسقطها
المرأة قبل التشكيل والتخطيط ، وتارة تلقىها وقد صارت ذات شكل وتخطيط^(١٢٥).

فطور المضغة يمر بمرحلتين : المرحلة الأولى حيث لم يتشكل فيها أي عضو أو
جهاز وتسمى مرحلة المضغة غير المخلقة، والمرحلة الثانية حيث تم فيها تمييز الأجهزة
المختلفة وتسمى مرحلة المضغة المخلقة^(١٢٦).

وبالرجوع إلى ما سبق أن قدمناه بشأن ما توصل إليه علم الأجنة ، نجد أن طور
المضغة يبدأ بعد اليوم الرابع والعشرين ويستمر إلى غاية نهاية الأسبوع السادس. ففي بداية
هذا الطور لا تظهر ولا تتشكل الأعضاء ، فالفلقات لا تتمايز إلى خلايا تتطور إلى أعضاء
مختلفة. وفي نهاية هذا الطور أي في الأسبوع السادس تكون قد ظهرت أعضاء الجنين التي

(122) من الآية (٥) من سورة الحج .

(123) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق ، ج ١٤ ، ص ٣١٧ .

(124) الفخر الرازي، تفسير الرازي ، مرجع سابق ، ج ٢٣ ، ص ٩ .

(125) الحافظ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي (٧٧٤هـ) ، مختصر تفسير ابن كثير ،
تحقيق (محمد على الصابوني) ، دار القرآن الكريم ، بيروت ، لبنان ، ط ٧ ، ١٤٠٢هـ - ١٩٨١م ، مج ٢ ،
ص ٥٣٠ .

(126) د. عبد الحميد دياب ، د. أحمد قرقور ، مرجع سابق، ص ٨٢ .

تجعل منه آدميا واضح المعالم، وهذا يوافق القول الذي ذهب إليه ابن الأعرابي من أن المضغة المخلقة هي التي تم تصويرها وغير المخلقة هي التي لم تصور بعد، وهو ما يؤكد الحديث النبوي الشريف « إذا مر بالنطفة ثنتان وأربعون ليلة، بعث الله إليها ملكا. فصورها وخلق سمعها وبصرها وجلدتها ولحمها وعظامها »^(١٢٧)، أي أن التصوير يكون في الأسبوع السادس، في نهاية طور المضغة ، وقد يمتد ذلك التخلق حتى يصير في طور آخر بعد طور المضغة^(١٢٨) ، ففي نهاية الشهر الأول والجنين مضغة تظهر فيه أربعة براعم تمثل الأطراف ، وفي الشهر الثاني تتميز اليدان والأصابع وتظهر الأذن الخارجية وتتفصل فتحة الفم عن الأنف ويظهر مركز التنظيم في الترقوة والفك الأسفل ، وفي الشهر الثالث يظهر جفنا العينين ملتحمين وتظهر أعضاء التناسل الخارجية، وإن كان لا يمكن تمييزها ، وفي الشهر الرابع يبدأ ظهور الشعر والأظافر وتتضح الأعضاء التناسلية^(١٢٩).

رابعاً: إنشاز العظام وإكسانها باللحم .

لقد عبر القرآن الكريم والسنة النبوية عن هذه المرحلة في مواضع عديدة منها قوله تعالى : ﴿ فخلقنا العلقة مضغة فخلقنا المضغة عظاما فكسونا العظام لحما ﴾^(١٣٠) . وقوله ﴿ وانظر إلى العظام كيف ننشزها ثم نكسوها لحما فلما تبين له قال أعلم أن الله على كل شيء قدير ﴾^(١٣١) . وقوله ﴿ أحسب الإنسان ألن نجمع عظامه * بلى قادرين على أن نسوي بنانه ﴾^(١٣٢) . كما أخرج الإمام مسلم في صحيحه : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « إذا مر بالنطفة ثنتان وأربعون ليلة، بعث الله إليها ملكا. فصورها وخلق سمعها وبصرها وجلدتها ولحمها وعظامها »^(١٣٣).

وقد جاء في تفسير ابن كثير بأن معنى ﴿ فخلقنا المضغة عظاما ﴾ ، أي شكلناها ذات رأس ويدين ورجلين ، بعظامها وعصبها وعروقها^(١٣٤).

وورد في لسان العرب في فصل النون حرف الزاي مادة (نشز) أن نشز الشيء ينشزه نشوزا أي ارتفع ، ولذا يقال تل ناشز أي مرتفع ، وجمعه نواشز ، ويقال قلب ناشز إذا ما ارتفع هذا القلب عن مكانه من الرعب ، وأنشزت الشيء إذا رفعت عن مكانه ، ونشز الرجل ينشز إذا كان قاعدا فقام ، وإنشاز عظام الميت أي رفعها إلى مواضعها وتركيب

(127) سبق تخريج الحديث.

(128) د. محمد سلام مذكور، الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٦٣.

(129) د. نجيب محفوظ، مرجع سابق، ص ٦٤ ، ولتفصيلات أكثر عن درجة نمو الجنين، وأهم مميزاته في مختلف أشهر الحمل . انظر : ص ١١١-١١٣ بذات المؤلف .

(130) الآية (١٤) من سورة المؤمنون.

(131) الآية (٢٥٩) من سورة البقرة.

(132) الآيتان (٤، ٥) من سورة القيامة.

(133) سبق تخريج هذا الحديث.

(134) ابن كثير ، مختصر تفسير بن كثير، مرجع سابق، مج ٢، ص ٥٦١.

بعضها على بعض ، والإنشاز بالنسبة للعظام يعني نقلها من مواضعها ، وقيل معناه تركيب العظام بعضها على بعض (١٣٥).

ومعنى ننشزها في قوله تعالى ﴿ وانظر إلى العظام كيف ننشزها ثم نكسوها لحما ﴾ ، أي نرفع بعضها إلى بعض ، وأصل النشوز الارتفاع ، ومنه النشز اسم للموضع المرتفع من الأرض ، ومنه نشوز المرأة لارتفاعها عن طاعة الزوج (١٣٦).

وقوله تعالى ﴿ ... فخلقنا المضغة عظاما فكسونا العظام لحما ﴾ أي جعلنا غالب المضغة أو معظمها أو كلها ﴿ عظاما ﴾ بأن صلبناها عمودا للبدن على هيئات وأوضاع مخصوصة تقتضيها الحكمة ﴿ فكسونا العظام ﴾ المعهودة ﴿ لحما ﴾ من بقية المضغة أو مما أنبتنا عليها بقدرتنا مما يصل إليها أي كسونا كل عظم من تلك العظام ما يليق به من اللحم على مقدار لائق به وهيئة مناسبة له " (١٣٧) ، ونظرا لأن اللحم يستر العظم فجعله كالكسوة لها (١٣٨).

ومرحلة تكوين العظام واللحم تستغرق الأسبوع الخامس والسادس والسابع . وفي هذه المرحلة تتحول الكتل البدنية إلى نوعين : النوع الأول هو الكتل الهيكلية . وقد جعل الله تعالى لخلايا هذه الكتلة القدرة على التشكل فيجعل منها خلايا مكونة للألياف وخلايا مكونة للغضاريف وخلايا مكونة للعظم . وتنمو خلايا هذه الكتلة من الجانبين أمام القناة العصبية ، وبذلك تتكون الفقرات . وتمتد هذه الكتل من مؤخرة الرأس حيث تلتحم ٤ كتل بدنية مكونة جزء من قاع الجمجمة ومؤخرة الرأس ، ثم تأتي بعدها ٨ فقرات عنقية تليها ١٢ صدرية تليها ٥ قطنية تليها ٥ عجزية تليها ٨-١٠ عصبية يندثر معظمها وتلتحم في عظم العصبي . وتظهر هذه التحولات في الأسبوعين الخامس والسادس .

(135) ابن منظور ، لسان العرب ، مرجع سابق ، ج ٥ ، ص ص ٤١٧ : ٤١٨ .

(136) الماوردي ، تفسير الماوردي ، مرجع سابق ، ج ١ ، ص ص ٣٣٢ : ٣٣٣ .

وقد أشار الألويسي إلى نفس المعنى ، حيث يقول : " كيف ننشزها " بالزاي المعجمة من الإنشاز وهو الرفع أي كيف نرفعها من الأرض فنردها إلى أماكنها من الجسد ، وقال الكسائي : نلينا ونعظمها ، وقيل ننشزها (بالراء) من أنشر الله تعالى الموتى أحياء ، ﴿ ثم نكسوها لحما ﴾ أي نسترها به كما نستتر الجسد باللباس . انظر : أبي الفضل شهاب الدين السيد الألويسي البغدادي (١٢٧٠ هـ) ، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، دون تاريخ نشر ، ج ٣ ، ص ٢٣ .

(137) أبي السعود محمد بن محمد العمادي (٩٥١ هـ) ، تفسير أبي السعود ، المسمى " إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم " ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، دون تاريخ نشر ، ج ٦ ، ص ١٢٦ .

(138) الفخر الرازي ، تفسير الرازي ، مرجع سابق ، ج ٢٣ ، ص ٨٥ . ولعل هذا المعنى ذاته هو ما ذهب إليه العلامة الألويسي ، حيث يقول : " وجمع (العظام) دون غيرها مما في الأطوار لأنها متغايرة هيئة وصلابة بخلاف غيرها ، ألا ترى عظم الساق وعظم الأصابع وأطراف الأضلاع ، وعدة العظام مطلقا على ما قيل مائتان وثمانية وأربعين عظما وهي عدة رحم بالجمل الكبير ، وجعل بعضهم هذه عدة أجزاء الإنسان والله تعالى أعلم " . الألويسي ، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني ، مرجع سابق ، ج ١٨ ص ١٤ .

أما النوع الثاني فهو الكتلة الظهرية . وهذه الكتلة من الخلايا تظهر بعد تكوين الفقرات الأولية . وهي تنقسم بدورها إلى قسمين : قسم يشكل أدمة الجلد وما تحت الجلد من أنسجة وقسم يكون عضلات الهيكل . وتظهر هذه العضلات لتكسو العظم في الأسبوع السادس والأسبوع السابع منذ بدء التلقيح ، بينما تظهر العظام الأولية ذاتها في الأسبوع الخامس والأسبوع السادس (١٣٩) .

ويقول عز وجل في سورة المؤمنون ﴿ فخلقنا ألمضغة عظاما فكسونا لعظام لحماء ﴾ فهذه الآية تشير إلى بدء تشكل العظام قبل تشكل اللحم " العضلات " (١٤٠) .

خامسا : نشأة الخلق الآخر :

بعد أن كان الجنين نطفة ثم أصبح علقة، ثم مضغة، ثم عظاما، وبعد أن كسا العظام لحماء، وبدت مظاهر خلق الأدمي فيه ، قال تعالى : ﴿... ثم أنشأناه خلقا آخر﴾ (١٤١) ، فماذا قصد U هنا بنشأة الخلق الآخر؟

اختلف في تفسير هذه الآية، فنقل القرطبي في تفسيره أن ابن عباس والشعبي وأبو العالية والضحاك وابن زيد، قالوا: المقصود هنا هو نفخ الروح في الجنين بعد أن كان جمادا. وعن ابن عباس أيضا أنه خروجه إلى الدنيا أي ولادته، وقال قتادة عن فرقة : بأنه نبات شعره (١٤٢) .

وجاء في التفسير الكبير للفخر الرازي أن المقصود هنا أن الله جعل هذا مغايرا ومباينا للخلق الأول مباينة ما بعدها ، حيث جعله حيوانا وكان جمادا، وناطقا وكان أبكم ، وسميعا وكان أصم، وبصيرا وقد كان أكمه (١٤٣) ، وكل هذه الصفات لا تكون إلا بعد

(139) انظر : د. محمد على البار :

- خلق الإنسان بين الطب والقرآن ، مرجع سابق ، ص ص ٣٧٠ : ٣٧١ .

- الوجيز في علم الأجنة ، مرجع سابق ، ص ص ٤٥ : ٤٦ .

(140) د. عبد الحميد دياب ، د. أحمد قرقور، مرجع سابق ، ص ٨٣ .

(141) من الآية ١٤ من سورة المؤمنون .

(142) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، مرجع سابق ، ج ١٥ ، ص ١٩ ؛ وجاء بكتاب إحياء علوم الدين ﴿ ثم أنشأناه خلقا آخر ﴾ أي نفخنا فيه الروح . الإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي (٥٠٥ هـ) ، إحياء علوم الدين ، دار ابن حزم ، بيروت ، لبنان ، ط ١ ، ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م ، ص ٤٩٢ ؛ وجاء بكتاب " كلمات القرآن تفسير وبيان " في تفسير قوله تعالى ﴿ خَلَقْنَا آخَرَ ﴾ " أي مباينا لأول بنفخ الروح فيه . انظر في ذلك : حسنين مخلوف ، كلمات القرآن تفسير وبيان ، مرجع سابق ، ص ١٩٨ . وانظر كذلك : د. عمر سليمان الأشقر ، بدء الحياة ونهايتها ، بحث منشور ضمن دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة ، ج ١ ، دار النفائس للنشر والتوزيع ، الأردن ، ط ١ ، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م ، ص ٩٧ ، حيث يقول : " خلال مراحل النطفة والعلق والمضغة وخلق المضغة عظاما وكسوة العظام باللحم تبنى أجهزة الإنسان وتظهر معالمه الإنسانية ، ولكنه يكون فاقدا لأهم عنصر لا يكون إنسانا إلا به ، ألا وهو نفخ الروح ، فإذا نفخت فيه الروح أصبح خلقا آخر كما نصت على ذلك الآية الكريمة ﴿ ثم أنشأناه خلقا آخر فَبَارَكُ اللهُ أَحْسَنَ الْخَالِقِينَ ﴾ .

(143) الفخر الرازي، تفسير الرازي ، مرجع سابق ، ج ٢٣ ، ص ص ٨٥ : ٨٦ ؛ وانظر كذلك : النسفي ، تفسير النسفي ، مرجع سابق ، مج ٣ ، ص ٧٤٣ .

الولادة. وأمر بديهي أن الجنين بعد خروجه من بطن أمه يكون قد شق سمعه وبصره ونفخت فيه الروح .

وقت نفخ الروح في الجنين :

تطلق الروح في القرآن ويقصد به معان متعددة^(١٤٤) ، وما يهمننا في مقام بحثنا هو روح الإنسان .

وقد اختلف الفقهاء حول وقت نفخ الروح ، على النحو التالي :

الرأي الأول : نفخ الروح يكون بعد مائة وعشرين يوماً من بداية التلقيح :

يقول الإمام النووي : " قال العلماء نفخ الروح لا يكون إلا بعد تمام صورته ... ثم يكون للملك فيه تصوير آخر ، وهو وقت نفخ الروح عقب الأربعين الثالثة حين يكمل له أربعة أشهر ، واتفق العلماء على أن نفخ الروح لا يكون إلا بعد أربعة أشهر " ^(١٤٥) .

ويقول ابن حجر : " واتفق العلماء على أن نفخ الروح لا يكون إلا بعد أربعة أشهر " ^(١٤٦) .

ويقول القرطبي : " لم يختلف العلماء على أن نفخ الروح فيه يكون بعد مائة وعشرين يوماً ، وذلك بتمام أربعة أشهر ، ودخوله في الخامس " ^(١٤٧) .

وقد استدلل الفقهاء على أن نفخ الروح يكون بعد مائة وعشرين يوماً من بداية التلقيح بالحديث الصحيح الذي رواه ابن مسعود رضي الله عنه ، حيث قال : حدثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو الصادق المصدوق قال " « إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً. ثم يكون في ذلك علقة مثل ذلك. ثم يكون في ذلك مضغة مثل ذلك. ثم يرسل الملك فينفخ فيه الروح. ويؤمر بأربع كلمات: يكتب رزقه، وأجله، وعمله، وشقي أو سعيداً...» " ^(١٤٨) .

ووجه الدلالة من هذا الحديث " أن للملك ملازمة ومراعاة لحال النطفة وأنه يقول: يا رب هذه علقة هذه مضغة في أوقاتها فكل وقت يقول فيه ما صارت إليه بأمر الله تعالى وهو أعلم سبحانه ، ولكلام الملك وتصرفه أوقات أحدها حين يخلقها الله تعالى نطفة ثم ينقلها علقة وهو أول علم الملك بأنه ولد ؛ لأنه ليس كل نطفة تصير ولداً وذلك عقب الأربعين

(144) يراد بها : القرآن الكريم ، والوحي ، وعيسى عليه السلام ، والقوة والرحمة ، والريح ، والحياة ، انظر هذه المعاني بتفصيل : ابن حجر ، فتح الباري ، مرجع سابق ، ج ٨ ، ص ٤٠٢ ؛ د.عبد العال سالم مكرم ، المشترك اللفظي في ضوء غريب القرآن الكريم ، عالم الكتب ، القاهرة ، ط ١ ، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م ، ص ٢٠٩-٢١١ .

وقد عرف الإمام الأكبر محمود شلتوت الروح بأنها " القوة التي تحدث الحياة في الكائنات الحية من نبات وحيوان وإنسان ، وقد غلبت على كل ما به حياة الحس والحركة ، والعقل والتفكير ، وأضيفت إلى الحيوان والإنسان " . انظر : محمود شلتوت ، الفتاوى ، دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة ، دار الشروق ، ط ١٨ ، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م ، ص ١٧ .

(145) النووي، صحيح الإمام مسلم بشرح الإمام النووي، مرجع سابق ، ج ١٦ ، كتاب القدر ، ص ص ٢٩٤ : ٢٩٥ .

(146) ابن حجر ، فتح الباري ، مرجع سابق ، ج ١١ ، كتاب القدر ، ص ٤٨١ .

(147) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق ، ج ١٤ ، ص ٣١٦ .

(148) جزء حديث سبق تخريجه .

الأولى وحينئذ يكتب رزقه وأجله وعمله وشقاوته أو سعادته ثم للملك فيه تصرف آخر وهو تصويره وخلق سمعه وبصره وجلده ولحمه وعظمه وكونه ذكرا أم أنثى وذلك إنما يكون في الأربعين الثالثة وهي مدة المضغة وقبل انقضاء هذه الأربعين وقبل نفخ الروح فيه لأن نفخ الروح لا يكون إلا بعد تمام صورته^(١٤٩).

الرأي الثاني : نفخ الروح يكون بعد مائة وثلاثين يوما من التلقيح :

يرى ابن عباس رضى الله عنه أن الروح تنفخ في الجنين بعد مائة وثلاثين يوما من التلقيح، فقد ورد عن ابن عباس رضى الله عنه قوله إذا وقعت النطفة في الرحم مكثت أربعة أشهر وعشرا ثم ينفخ فيه الروح ، وأخرج الطبري عن سعيد بن المسيب رضى الله عنه أنه سئل عن عدة الوفاة فقال له : ما بال عشرة بعد الأربعة أشهر فقال تنفخ فيها الروح^(١٥٠).

الرأي الثالث : نفخ الروح يكون بعد الأربعين الأولى :

يرى الدكتور شرف القضاة إن نفخ الروح يكون بعد الأربعين يوما الأولى ، وقال إن صحيح حمل جمل الحديث الأول وهو حديث « إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوما » على الأحاديث الأخرى ، وقال إن هذا الحديث ليس فيه تصريح بأربعة أشهر ، أو بأن مرحلة النطفة تكون أربعين يوما وحدها ، بل إن قوله « إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوما » ، يفهم منه أن كل الخلق من نطفة إلى علقة إلى مضغة يتم في الأربعين يوما ، ولذلك لم ترد كلمة " نطفة " بعد هذه الجملة في أية رواية صحيحة أو حسنة ، أما قوله « ثم يكون علقة مثل ذلك. ثم يكون مضغة مثل ذلك » فليس صريحا في أن المقصود المدة ، وهي أربعون يوما ، بل يحتمل غيره كأن تقول مثلا إن العلقة ، والمضغة مثل النطفة في كون الجنين لا روح فيه ، وكونه لم يكتب قدره ، يشير إلى ذلك قوله بعد ذلك « ثم يرسل الملك فينفخ فيه الروح. ويؤمر بأربع كلمات » ، ومما يؤكد أن المقصود في قوله « مثل ذلك » ليس الوقت ، رواية مسلم لحديث بن مسعود نفسه ، فلا شك أن قوله : « في ذلك » أي في ذلك الوقت وهو الأربعون الأولى لا غير ، فينبغي تفسير قوله : « مثل ذلك » تفسيراً آخر غير الوقت ، فيصبح معناه ثم يكون في ذلك الوقت مثل ذلك الجمع ، فهناك شبه بين العلقة والمضغة ، وبين الجمع الأول وهو النطفة ، قد يكون عدم وجود الروح أو عدم كتابة قدر^(١٥١).

ومن وجهة نظر علم الأجنة فإن هناك دلائل لنفخ الروح ، حيث يرى الدكتور البار " أن الجنين يبدأ في حركات إرادية في نهاية الشهر الثالث : يمص أصابعه . يمسك بالحبل السري ويصبح كثير الحركة .. يتقلب في الرحم .. ينام ويصحو.

وفي نهاية هذا الشهر .. الجنين يسمع .. الجنين يتحرك إراديا .. الجنين ترتسم على وجهه علامات الرضا أو الضيق .. في نهاية هذا الشهر يعرف جنس الجنين .. وتظهر

(149) النووي ، صحيح الإمام مسلم بشرح الإمام النووي ، ج ١٦ ، كتاب القدر ، ص ٢٩٤ .

(150) ابن حجر ، فتح الباري ، مرجع سابق ، ج ١١ ، كتاب القدر ، ص ٤٨٦ .

(151) د. شرف القضاة ، متى تنفخ الروح في الجنين ، دار الفرقان ، عمان ، الأردن ، ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م ، ص ٤٥ : ٤٦ ؛ وفي نفس الاتجاه . عبد المجيد الزنداني وآخرون ، مرجع سابق ، ص ٦٦-٧١ .

ملاحظ شخصيته المتفردة المتميزة عن بقية البشر.. أليست هذه كلها دلائل على نفخ الروح ؟ " (١٥٢).

وتجدر الإشارة إلى أن نفخ الروح في هذا الصدد هو معنى مجازي إذ حقيقة النفخ مستحيلة في هذا المقام ، لأن النفخ معناه الحقيقي إجراء الريح من الفم أو غيره في تجويف جسم صالح لإمساكه والاحتفاظ به (١٥٣) ، وبمعنى آخر يجب أن يحمل النفخ على الإفاضة بشيء معين على نحو يحقق فيه معنى الحياة دون حدوث نفخ حقيقي (١٥٤) .
والآن وبعد أن فرغنا من دراسة ماهية الجنين ننتقل إلى دراسة الطبيعة القانونية له.

الفصل الأول

الطبيعة القانونية للجنين

تمهيد وتقسيم :

قدمنا أن مدى تمتع الجنين بحق معين يرتبط ارتباطا وثيقا بنطاق الشخصية القانونية له ، والبحث عن مدى تمتعه بهذه الشخصية يقتضي معرفة الطبيعة القانونية له .
ويقتضي البحث في الطبيعة القانونية لشخصية الجنين القانونية تحديد ماهية الشخصية القانونية بوجه عام ، ولهذا نفصل هذا المبحث إلى مطلبين . نتناول في الأول الشخصية القانونية بوجه عام ، ونعالج في الثاني نطاق الشخصية القانونية للجنين .
المبحث الأول : الشخصية القانونية بوجه عام.
المبحث الثاني : نطاق الشخصية القانونية للجنين.

المبحث الأول

الشخصية القانونية بوجه عام

تمهيد وتقسيم :

(152) د. محمد على البار ، خلق الإنسان بين الطب والقرآن ، مرجع سابق ، ص ص ٣٥٢ : ٣٥٣ .
(153) د. محمد سلام مذكور ، الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص ٩٩ .
(154) الألويسي ، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني ، مرجع سابق ، ج ١٤ ، ص ٣٦ .
كما يقول في تفسير قوله تعالى ﴿ وَنَفَخْت فِيهِ مِنْ رَوْحِي ﴾ . من الآية (٢٩) من سورة الحجر : " تمثيل لإفاضة ما به الحياة بالفعل على المادة القابلة لها فليست ثمة نفخ ولا منفوخ . أي فإذا أكملت استعداداه وأفضت عليه بما يحيا به من الروح الطاهرة التي هي أمري " . انظر : ج ٢٣ ، ص ٢٢٤ .
وقد ذكر الألويسي أيضا ، نقلا عن حجة الإسلام الإمام الغزالي هذا المعنى المجازي للنفخ قائلا : " عبر بالنفخ الذي يكون سببا لاشتعال فتيلة القابل من الطين الذي تعاقبت عليه الأطوار حتى اعتدل واستوى واستعد استعدادا تاما بنور الروح ، كما يكون سببا (أي النفخ) لاشتعال الحطب القابل للاشتعال مثلا بالنار رغم انفصال النفخ عن نتيجته ومسببه وهو ذلك الاشتعال ، وقد يكنى بالسبب عن الفعل المستفاد الذي يحصل منه على سبيل المجاز وإن لم يكن الفعل المستفاد على صورة الفعل المستفاد منه " . انظر : ج ١٤ ، ص ص ٣٦ : ٣٧ .

عرفت المجتمعات القديمة الشخصية القانونية، حيث استعمل مصطلح الشخصية لأول مرة في عصر الإمبراطورية الرومانية السفلى، كما عبر الفقهاء المسلمون عن الشخصية القانونية بمصطلح الذمة.

وقد عرف فقهاء القانون الوضعي الشخصية القانونية، وخلط بعض هذا الفقه بينها وبين أهلية الوجوب.

وترتيباً على ما تقدم نقسم دراستنا في هذا المبحث إلى فرعين، على النحو التالي:

المطلب الأول: الشخصية القانونية في المجتمعات القديمة.

المطلب الثاني: مفهوم الشخصية القانونية والفرق بينها وبين أهلية الوجوب.

المطلب الأول

الشخصية القانونية في المجتمعات القديمة

أولاً: الشخصية القانونية في العصر الروماني:

كانت كلمة الشخص - في القانون الروماني - تعني القناع الذي يضعه الممثل لتضخيم صوته أو الدور الذي يمثله على المسرح، وبعد ذلك أصبحت تطلق على الأفراد العاديين، ذلك أن كل فرد يؤدي دوراً معيناً في الحياة القانونية باعتباره عضواً من أعضاء المجتمع، كما لو كان مثلاً أباً أو زوجاً أو وصياً^(١٥٥).

والقانون الروماني - شأنه في ذلك شأن القوانين القديمة - لم يتوسع في فكرة الشخصية ولم يعترف بها مثل سائر القوانين الحديثة لسائر الناس. فقديمًا لم تكن الشخصية القانونية في روما معترفاً بها لكل إنسان، بل كان لا بد لوجودها من توافر عناصر خاصة جعلت من هذه الشخصية امتيازاً لبعض الأفراد دون البعض الآخر، وهذه العناصر ثلاثة، وهي الحرية بمعنى أن يكون الفرد حراً وليس من الرقيق، والصفة العائلية، أي يجب أن يكون الفرد متمتعاً باستقلال ذاتي، فيما يعني أنه غير تابع لأي فرد من أفراد الأسرة، والوطنية بمعنى أن يكون الفرد رومانياً^(١٥٦)، ومعنى ذلك أن الشخصية القانونية كانت مقصورة على أرباب الأسر عند الرومان^(١٥٧).

ومتى اكتملت العناصر الثلاثة - سألقة الذكر - اكتسب الفرد الشخصية القانونية، وإذا تخلف عنصر منها انتهت الشخصية، وهذا ما يسمى بالموت المدني^(١٥٨).

ثم اعترف القانون الروماني شيئاً فشيئاً في العصر العلمي وعصر الإمبراطورية السفلى بشخصية مقيدة للأفراد الخاضعين لسلطة رب الأسرة وللأجانب والأرقاء، ولكنه لم

(155) انظر: د. عمر ممدوح مصطفى، مرجع سابق، ص ١٢٠.

(156) لتفصيلات ذلك انظر: د. عمر ممدوح مصطفى، مرجع سابق، ص ١٢١: ١٢٢.

(157) د. عمر ممدوح مصطفى، مرجع سابق، ص ١٢٠: ١٢١.

(158) ويعرف الموت المدني بأنه "عبارة عن زوال الشخصية، بسبب فقد الشخص حريته أو وطنيته أو بسبب تغيير عائلته". انظر: د. محمد عبد المنعم بدر، القانون الروماني، الكتاب الأول، في الأشخاص، القاهرة، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، ١٩٣٧ م، رقم ١٨٢ ص ١٢٢.

يصل مع ذلك إلى الاعتراف بالشخصية القانونية لكل إنسان . بل ظل رب الأسرة ، حتى عصر جستنيان هو وحده الذي يتمتع بشخصية قانونية كاملة (١٥٩).

وقد أوضح الفقهاء الرومان مسألة بداية الشخصية القانونية ونهايتها، فقالوا بأنها تبدأ بالولادة وتنتهي بالوفاة، وأوردوا استثناء على ذلك، مفاده أنها قد توجد قبل الولادة، وهذا يكون في حالة ما إذا كانت هناك مصلحة للجنين، فيعتبر حينها - من باب الافتراض - مولوداً (١٦٠).

ثانياً : الشخصية القانونية في العصر الإسلامي :

عرف المسلمون الشخصية القانونية نظرياً وعملياً، فشملت المسلمين وغير المسلمين، فكانت على أوسع مدى، ويتضح ذلك من خلال الآيات العديدة التي وردت في القرآن الكريم، والتي تبتدئ بقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ ﴾ أو قوله : ﴿ يَا بَنِي آدَمَ ﴾ (١٦١) ، ويتبع هذه الآيات أحياناً أوامر أو نواهٍ تتضمن التزامات تقع على عاتق الإنسان ، ويستشف ذلك أيضاً من أحاديث النبي صلى الله عليه وسلم ، ومن قبيل ذلك ما جاء من حديث الأشر أن قال لعلي بن أبي طالب رضي الله عنه إن الناس قد تفشغ بهم ما يسمعون فإن كان رسول الله صلى الله عليه وسلم عهد إليك عهداً فحدثنا به . فقال : ما عهد إلي رسول الله عهداً لم يعهده إلى الناس غير أن في قراب سيفي صحيفة فإذا فيها « المؤمنون تتكافأ دماؤهم يسعى بذمتهم أدناهم لا يقتل مؤمناً بكاframe ولا ذو عهدٍ في عهدِهِ » (١٦٢) ، وهذا

(159) د . عمر ممدوح مصطفى ، مرجع سابق ، ص ١٢١ .

(160) أ . عبد العزيز فهمي ، مدونة جستنيان في الفقه الروماني يتبعها نظام المواريث وضعه جستنيان ويليه بعض قواعد وتقريرات فقهية رومانية وبعض تقريرات أخلاقية ، دار الكاتب العربي ، القاهرة ، ط ١ ، يوليو سنة ١٩٤٦م ، ص ٣٩٦ ؛ د . عمر ممدوح مصطفى ، مرجع سابق ، ص ١٢٢ ؛ د . حسام الأهواني ، مرجع سابق ، ص ٤٣٨ .

وقاعدة اعتبار الحمل المستكن مولوداً، نصها باللاتينية والفرنسية هو :

"Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur"

" l'infant simplement conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt"

(161) وقد ورد في القرآن الكريم ذكر ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ ﴾ مرات عدة ، منها قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمْ وَأَخْشَوْا يَوْمَ لَا يَجْزِي وَالِدٌ عَنْ وَلَدِهِ وَلَا مَوْلُودٌ هُوَ جَازٍ عَنِ وَالِدِهِ شَيْئاً ﴾ ، من الآية (٣٣) من سورة لقمان ، وقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ إِنَّ زَلْزَلَةَ السَّاعَةِ شَيْءٌ عَظِيمٌ ﴾ ، الآية (١) من سورة الحج . كما وردت الآيات التي تخاطب بني آدم عدة مرات منها قوله تعالى : ﴿ يَا بَنِي آدَمَ لَا يَفْتِنَنَّكُمُ الشَّيْطَانُ كَمَا أَخْرَجَ أَبَوَيْكُم مِّنَ الْجَنَّةِ ﴾ ، الآية (٢٧) من سورة الأعراف .

فالخطاب موجه للناس كافة ، وهذا يعني أن كل الناس متساوون في التكليف، لهم حقوق وواجبات تجاه بعضهم البعض، وتجاه خالقهم .

(162) سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي (٢٧٥هـ) ، سنن أبي داود ، تحقيق (محمد محيي الدين عبد الحميد) ، المكتبة العصرية ، بيروت ، لبنان ، دون تاريخ نشر ، ج ٣ ، الحديث رقم ٢٧٥١ ، ص ٨٠ : ٨١ ؛ أحمد بن شعيب أبو عبد الله النسائي (٣٠٣ هـ) ، سنن النسائي ، مؤسسة الرسالة = ناشرون ، بيروت ، لبنان ، ط ١ ، ١٤٣٥ هـ - ٢٠١٤ م ، الحديث رقم ٤٧٤٦ ، ص ١٠٧١ : ١٠٧٢ ؛ أحمد بن الحسين بن علي أبو بكر البيهقي (٤٥٨ هـ) ، سنن البيهقي الكبرى ، تحقيق (محمد عبد

الحديث ، من جهة، يجعل الناس متساوين، فلم يفرق بين عبد وحر، أو رجل وامرأة ، وهذا دليل على المساواة بين العبيد والأحرار في حكم القصاص كما قال السرخسي^(١٦٣) ، ومن جهة أخرى له معنى قانوني عام يفيد إمكان التعهد عن الغير، ذلك أن « يسعى بذمتهم أدناهم » تفيد أن إعطاء العهد والأمان من أي فرد من الأفراد يلزم البقية، وفي قوله : « أدناهم » إشارة إلى التقليل من شأن من يعطي العهد، وعلى البقية أن يكبروه في ذلك العهد ويحترموا فيه ، وهذا العهد والأمان هو ما نعبر عنه اليوم باللجوء السياسي الموجود بكثرة في القانون الدولي^(١٦٤).

وعلى هذا، فالناس جميعا مكلفون بأوامر الله تعالى، مطالبون بالانتماء بأوامره والانتها عن نواهيه ، وهذا يعني أن جميعهم لديهم شخصية ، وهي متساوية. وقد عبر الفقهاء المسلمون عن الشخصية القانونية بمصطلح الذمة^(١٦٥) ، والذمة في الفقه الإسلامي : " وصف شرعي اعتباري يصير به الإنسان له وعليه " ^(١٦٦) . والذمة تلازم الإنسان إذ يولد الإنسان وله ذمة بحكم أنه إنسان ، ومن ثم تثبت له أهلية الوجوب ، فأهلية الوجوب إذن تترتب على وجوب الذمة^(١٦٧).

المطلب الثاني

القادر عطا) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط ٣ ، ٢٠٠٣م - ١٤٢٤ هـ ، الحديث رقم ١٥٩١٠ ، ج ٨ ، ص ٥٣ .

(163) السرخسي ، المبسوط ، مرجع سابق ، ج ١٠ ، ص ٢٥ .

(164) في نفس المعنى : د. مفتاح محمد اقريط ، الحماية المدنية والجنائية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٦ م ، ص ص ٣٣ : ٣٤ .

(165) وانظر في التفرقة بين الشخصية القانونية والذمة المالية ، د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، المدخل للعلوم القانونية ، مرجع سابق ، الهامش رقم ١٨٣ ص ٧٩٣ .

(166) انظر : علي الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ٢٠٠٨م ، ص ٢٥٨ .

(167) " ولا يقتصر الفقه الإسلامي في الذمة على ما في الإنسان من الصلاحية للملك والكسب ، أي على نشاطه الاقتصادي فحسب ، بل الذمة وصف تصدر عنه الحقوق والواجبات جميعها وإن لم تكن مالية كالصلاة والصيام والحج ، أو كانت مالية ذات صبغة دينية ، كالزكاة وصدقة الفطر والعشر والخراج ، ومن ثم كان نطاق الذمة واسعا في الفقه الإسلامي حتى قال فخر الإسلام البيهقي إن الذمة لا يراد بها إلا نفس الإنسان " . د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، مج ١ ، ج ١ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، ط ١ ، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧ م ، ص ١٧ .

مفهوم الشخصية القانونية والفرق بينها وبين أهلية الوجوب

أولاً : مفهوم الشخصية القانونية ووقت ثبوتها :

يعرف الشخص بأنه كل كائن يكون صالحاً لأن يكون صاحب حق واحد على الأقل، أو مكلفاً بالتزام واحد. وعليه فالشخصية القانونية هي : " الصفة القانونية التي تثبت لكل كائن بمجرد صلاحيته لأن يكون ذا حق واحد، مهما كان ذلك الحق بسيطاً، وهي صفة غير " قابلة للانقسام، فيما أن توجد كاملة ، وإما ألا توجد على الإطلاق " (١٦٨).

كما يعرف البعض الشخصية القانونية بأنها " مكنة خص الله تعالى بها الإنسان بمقتضاها يصير أهلاً لاستخلافه في الأرض ويتمتع بالحقوق والالتزامات الدنيوية والأخروية والمترتبة على ذلك الاستخلاف " (١٦٩).

أما عن الوقت الذي تثبت فيه هذه الشخصية ، فإنه بالرجوع إلى نص الفقرة الأولى من المادة (٢٩) من القانون المدني المصري ، التي تنص على أنه " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً ... ". يتبين لنا أنه لا بد من توافر شرطين لثبوت الشخصية القانونية للإنسان ، وهما الميلاد الفعلي ، والميلاد حياً (١٧٠). وسنعرض لهذين الشرطين ، على النحو التالي :

(168) د.سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، المدخل للعلوم القانونية ، مرجع سابق ، رقم ٢٧١ ص ٦٥٤.

(169) د. مفتاح محمد اقريط ، مرجع سابق ، ص ٣٨.

(170) ويضيف القانون المدني الفرنسي إلى هذين الشرطين شرطاً ثالثاً ، وهو القابلية للحياة في المستقبل ، إذ أنه في القانون الفرنسي لا يكفي لثبوت الشخصية القانونية انفصال المولود حياً Vivant أو باستجماعه للمواصفات الضرورية للحياة Vitea Habilisable بل يستلزم قابليته للحياة الخلقية الطبيعية، أي مستكماً لسائر الأعضاء التي لا يمكن الحياة بدونها . د. محمد على عرفه ، مبادئ العلوم القانونية ، دون ناشر أو تاريخ نشر ، ص ٢٩٧ ؛ د. محمد حسام محمود لطفي، المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء ، نظرية القانون & نظرية الحق ، ط ١٢ ، القاهرة ، العام الجامعي ٢٠١٦ - ٢٠١٧ م ، ص ٦٤٦.

وفي القضاء الفرنسي انظر :

Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 29 juin 2001, N° de pourvoi : 99-85.973, Publié au bulletin

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007071215/>

والذي جاء به :

" il faut qu'il y ait un être vivant ... l'enfant dont le coeur battait à la naissance et qui a respire"

كما حكّم بأن كون الطفل لم يولد قابلاً للحياة ينفي وجود جريمة القتل بإهمال من جانب الطبيب.

Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 25 juin 2002, N° de pourvoi : 00-81.359, Publié au bulletin

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007069402/>

=

= والحقيقة أنه - ورغم التقدم العلمي في مجال الطب - ليس في استطاعة البشر القطع برأي مؤكد حول مدى قابلية المولود للحياة من عدمه ، وما يقوله الأطباء في هذا الشأن إنما هو من قبيل الاحتمال الذي قد

الشرط الأول : الميلاد الفعلي :

أي لا بد أن تكون الولادة تامة بأن ينفصل المولود عن أمه انفصالا تاما (١٧١)، إذ لا يكفي في هذا الصدد خروج أكثر المولود عن أمه (١٧٢).

الشرط الثاني : أن يكون المولود حيا :

بالنسبة لهذا الشرط نجد أن بعض أهل الخبرة يضع معيارا لحياة الجنين بأن يكون الطفل بعد تمام ولادته قد تنفس أو لوحظ ضربات قلبه وأن يزيد طوله على ثلاثين سنتيمترا (١٧٣). وفي الفقه الإسلامي يتفق جمهور الفقهاء على أن الاستهلال هو ما يعرف به حياة المولود ؛ أي البكاء ، أو الصراخ ، أو العطاس (١٧٤).

وفي الواقع فإن معيار الحياة مسألة طبية وليست قانونية ، ومن ثم فإنها تتطور بتطور الطب وتقدمه (١٧٥).

ثانيا : الفرق بين الشخصية القانونية وأهلية الوجوب :

يصدق وقد لا يصدق ، وليس من قبيل القطع واليقين ، وقد قال تعالى ﴿ وَلَنْ يُوْخِرَ اللَّهُ نَفْسًا إِذَا جَاءَ أَجَلَهَا وَاللَّهُ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ ﴾ . الآية (١١) سورة المنافقون. وقال تعالى ﴿ وَمَا كَانَ لِنَفْسٍ أَنْ تَمُوتَ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ كِتَابًا مُّؤَجَّلًا ﴾ . الآية (١٤٥) من سورة آل عمران.

ولذلك يمكن القول بأن المشرع المصري وقد اكتفى بشرط تمام ولادة الجنين حيا لاكتسابه الشخصية القانونية يكون قد سلك مسلكا يتفق مع ما تقضي به أحكام الشريعة الإسلامية .

(171) انظر : د. توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، ١٩٨١ م ، ص ٢٢١ .

(172) وهذا ما ذهب إليه أيضا جمهور الفقه الإسلامي . انظر : ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج ٩ ، ص ١٧٩ وما بعدها ؛ أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي ، الشهير بالصاوي المالكي (١٢٤١ هـ) ، بلغة السالك لأقرب المسالك ، دار المعارف ، مج ٤ ، ص ٤٢٨ ؛ أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب ، الشهير بالماوردي (٤٥٠ هـ) ، الحاوي الكبير ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط ١ ، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م ، مج ٣ ، ص ٣٠ .

وعلى خلاف ذلك يكتفي الحنفية بخروج أكثر الجنين حيا ، إذ أن حكم الغالب يأخذ حكم الكل عندهم . وقال الحنفية : يرث ويورث إن استهل بعد خروج أكثره ، لأن الأكثر له حكم الكل ، فكأنه خرج كله حيا . وقال الفقهاء من الشافعية وغيره : إن خرج بعضه حيا ورث . انظر : أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي (٨٠٠ هـ) ، المعروف بالحدادي ، الجوهرة النيرة ، المطبعة الخيرية ، ط ١ ، ١٣٢٢ هـ ، مج ١ ، ص ١١٠ ؛ كمال الدين محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدميري (٨٠٨ هـ) ، الملقب بالـ " الدميري " ، النجم الوهاج في شرح المنهاج ، دار المنهاج ، جدة ، ط ١ ، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م ، مج ٦ ، ص ١٨٢ .

(173) انظر : د. حسام الأهواني ، مرجع سابق ، رقم ٤٨٥ ص ٤٣٥ .

(174) انظر : ابن حزم ، المحلي ، مرجع سابق ، ج ٨ ، كتاب المواريث ، مسألة رقم ١٧٤٨ ، ص ٣٤٣ وما بعدها ؛ عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن تيمية الحراني (٦٥٢ هـ) ، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، مطبعة السنة المحمدية ، ١٣٦٩ هـ - ١٩٥٠ م ، ج ١ ، باب ميراث الحمل ، ص ٤٠٦ ؛ ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج ٩ ، كتاب الفرائض ، ص ١٨٠ : ١٨١ .

(175) انظر : د. حسام الأهواني ، مرجع سابق ، رقم ٤٨٥ ص ٤٣٦ . وحكمت محكمة النقض المصرية بأن " الجنين في شهره الرابع تكون قد بثت الحياة فيه " . نقض مدني ١٢ من يناير سنة ٢٠١٥ طعن رقم ٧٠٦٤ لسنة ٨٣ ق ، حكم منشور على الموقع المعلوماتي لمحكمة النقض .

لبيان هذا الفرق يتعين - وبعد أن عرضنا لمفهوم الشخصية القانونية - أن نعرض لمفهوم الأهلية .

والأهلية في اللغة بمعنى الصلاحية ^(١٧٦) ، أما في الاصطلاح فهي عبارة عن صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه ^(١٧٧) .

والأهلية على نوعين ؛ أهلية وجوب وأهلية أداء ، وكل واحدة منهما ، إما ناقصة وإما تامة ^(١٧٨) .

وينظر جانب من الفقه إلى أن اصطلاح الشخصية القانونية مرادف لاصطلاح أهلية الوجوب ؛ أي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق والالتزامات له وعليه ، لذلك نجدهم يصفون شخصية الجنين القانونية بأنها شخصية ناقصة ؛ لأن أهليته مقصورة على بعض أنواع الحقوق ^(١٧٩) .

والحقيقة أنه وعلى الرغم من أن كلا الاصطلاحين ومدلوليهما يتصل أحدهما بالآخر بصلة وثيقة ، فإنه تبقى هناك فروق تميز بينهما ^(١٨٠) ؛ إذ أن مدلول الشخصية القانونية يعني بالتحديد صلاحية الإنسان لأن تنسب إليه الحقوق والواجبات ؛ أي الصلاحية في ذاتها ، وهي موجودة أم غير موجودة ؟ ولكن لا يتصور أن تكون ناقصة ^(١٨١) ، فيكفي لوجود الشخصية القانونية ثبوت هذه الصلاحية في اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ، بغض النظر عن مقدار هذه الحقوق أو الالتزامات ، فحتى لو كان الأمر متعلقاً ببعض

(176) المعجم الوسيط ، مرجع سابق ، ص ٣٢ ؛ بطرس البستاني ، محيط المحيط ، مرجع سابق ، ص ٢٠ ؛ سعدي أبو جيب ، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً ، دار الفكر ، دمشق ، سورية ، ط ٢ ، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م ، ص ٢٩ .

(177) على بن محمد السيد الشريف الجرجاني (٨١٦ هـ) ، معجم التعريفات ، تحقيق (محمد صديق المنشاوي) ، دار الفضيلة ، مصر ، ٢٠٠٤ م ، رقم ٣٠٩ ص ٣٦ ؛ المناوي ، التوقيف على مهمات التعاريف ، مرجع سابق ، باب الألف ، فصل الهاء ، ص ٦٧ .

(178) يراجع في ذلك كتب الفقه الإسلامي العامة ، ومنها على سبيل المثال :

- د. محمد سلام مذكور ، المدخل للفقه الإسلامي ، تاريخه ومصادره ونظرياته العامة ، دار الكتاب الحديث ، القاهرة ، ط ٢ ، ١٩٩٦ م ، ص ٤٤٥ - ٤٥٩ .

- د. مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، دار القلم ، دمشق ، ط ٢ ، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م ، ج ٢ ، ص ٧٨١ وما بعدها .

- د. وهبة الزحيلي ، أصول الفقه الإسلامي ، ج ١ ، دار الفكر ، دمشق ، سورية ، ط ١ ، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م ، ص ١٦٣ وما بعدها .

(179) د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٩٦ .

(180) انظر : د. عبد المنعم الصدة ، مرجع سابق ، رقم ٢٦١ ص ٣٣٧ وما بعدها ، رقم ٢٩٩ ص ٣٨٣ وما بعدها . د. حسن كيره ، مرجع سابق ، ص ٥١٨ ؛ د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، المدخل للعلوم القانونية ، مرجع سابق ، هامش رقم ١١٠ ص ٧٤٤ وتكملته ص ٧٤٥ .

(181) انظر : د. حسن كيره ، مرجع سابق ، ص ٥١٨ : ٥١٩ .

الحقوق أو الالتزامات ، دون بعضها الآخر ، فإن ذلك يعني أن الشخصية القانونية موجودة (١٨٢) .

وقد قدمنا أن هذا المدلول يعرف عند فقهاء الشريعة الإسلامية بالذمة ، وهي " وصف شرعي اعتباري يصير به الإنسان له وعليه " (١٨٣) . أما مدلول أهلية الوجوب ، فإنه يتعلق بمدى هذه الصلاحية ؛ أي مقدار صلاحية الإنسان لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ، وهو الذي يكون كاملا عن بعض الأشخاص ، وناقصا عند بعضهم الآخر (١٨٤) .

وعلى ذلك يمكن القول بأنه إذا ما ثبت أي حق لإنسان معين فهذا يعني أن له الشخصية القانونية ، وفي الوقت نفسه له أهلية وجوب ناقصة بحدود هذا الحق الثابت له ؛ " ذلك أن الشخصية القانونية تتعلق بمبدأ الصلاحية لوجوب الحق أو الالتزام بصفة عامة دون تحديد ، بينما تتعلق أهلية الوجوب بمدى هذه الصلاحية من حيث قصورها أو شمولها لكل الحقوق والالتزامات " (١٨٥) .

وإذا كانت الأهلية لا توجد إلا بوجود الشخصية فهذا لا يعني أن وجود الشخصية يعني وجود الأهلية بصفة مطلقة ، بل يعني فقط أن الشخصية تتقدم - دائما - أهلية الوجوب من حيث الوجود (١٨٦) ، فيكون مناط الأهلية هو ثبوت الشخصية القانونية (١٨٧) .

(182) انظر : د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، المدخل للعلوم القانونية ، مرجع سابق ، ص ٦٥٥ ؛ د. حسن كيره ، مرجع سابق ، ص ٥١٨ .

(183) انظر : علي الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ، مرجع سابق ، ص ٢٥٨ .

(184) انظر : د. حسن كيره ، مرجع سابق ، ص ٥١٩ .

(185) نفس المرجع والمكان السابقان .

(186) د. علي فيلاي ، تعليق على قرار قضائي بشأن حق الجنين في التعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء وفاة والده طبقا للمادة ٢٥ - ٢ مدني ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، مج ٣٨ ، ع ٤ ، سنة ٢٠٠١ م ، ص ١٥١ .

(187) حكم محكمة التمييز الكويتية بجلسة ٢٧ من أكتوبر سنة ١٩٩٧ م في الطعن رقم ٩٧/٥٥ عمالي و ٦ من مارس سنة ٢٠٠٠ م في الطعن رقم ٩٨/٢١ تجاري ، مجموعة القواعد القانونية التي قررتتها محكمة التمييز الكويتية ، القسم الرابع ، مج ٢ ، ربيع الأول ١٤٢٥ هـ - مايو سنة ٢٠٠٤ م ، ص ٥٠٧ ، تحت عنوان " أهلية " .

المبحث الثاني
نطاق تمتع الجنين بالشخصية القانونية
وأساس ثبوت الحقوق المقررة له

تمهيد :

بعد أن عرضنا لمفهوم الشخصية القانونية بشكل عام والفرق بينها وبين أهلية الوجوب ، نعرض في هذا المبحث لنطاق تمتع الجنين بالشخصية القانونية وأساس ثبوت الحقوق المقررة له في كل من الفقه الروماني والإسلامي وكذا في القانونين الفرنسي والمصري .

أولا : شخصية الجنين وأساس ثبوت حقوقه في الفقه الروماني :

قدمنا أن القانون الروماني يعتبر من أول القوانين القديمة التي أقرت أحكاما خاصة للجنين وذهبت في اتجاه أنه إذا كان الأصل في الشخصية القانونية أنها تبدأ بميلاد الإنسان وتنتهي بوفاته فإن هناك حالة تبدأ فيها الشخصية القانونية قبل الميلاد وهي حالة الجنين الذي يتمتع قبل مولده بشخصية ناقصة، حيث تم إقرار هذه القاعدة في العصر العلمي وهي تقتضي بأن الحمل المستكن يعتبر مولودا متى كانت له مصلحة في ذلك . ولهذا الاستثناء عدة تطبيقات أهمها في باب المواريث ، فيعتبر الحمل وارثا إذا مات مورثه وقت الحمل ، لكن بشرط أن يولد حيا (١٨٨) .

وعلى ذلك يمكن القول بأن الفقهاء الرومان حددوا الولادة كنقطة انطلاق للشخصية القانونية ، فيما يعني أن هذه الشخصية - بالنسبة لهم - تتزامن مع فكرة الوجود الجسدي ، ولكنهم لجأوا إلى الخيال لتبرير بعض الحقوق المعترف بها للجنين كحق الإرث من أبيه إذا توفي قبل مولده، وبشرط تمام ولادته حيا (١٨٩) .

ثانيا : شخصية الجنين وأساس ثبوت حقوقه في الفقه الإسلامي :

قدمنا أن الشخصية القانونية يعبر عنها عند فقهاء الشريعة الإسلامية بالذمة ، وهي وصف شرعي اعتباري يصير به الإنسان له وعليه.

ومن المعروف أن أهلية الإنسان تمر بمراحل تتخلل أطوار حياته منذ كونه جنينا في بطن أمه حتى بلوغه ورشده ، وعليه فإن نشأة الإنسان تعترىها الأطوار الخمسة المعروفة : طور الاجتنان ، وطور الطفولة ، وطور التمييز ، وطور البلوغ ، وأخيرا طور الرشد (١٩٠) .

والمهم في هذا الصدد أهلية الوجوب الناقصة ، وطور الاجتنان ، وذلك لأن الفقهاء المسلمون أثبتوا للإنسان في هذا الطور - الاجتنان - أهلية الوجوب الناقصة ، إذ أن الجنين لا أهلية أداء له ، وإذا ولد حيا صار له أهلية وجوب تامة .

(188) د. محمد عبد المنعم بدر ، مرجع سابق ، رقم ٣ ، ص ٥ .

(189) راجع الموقع المعلوماتي التالي :

<https://www.jstor.org/stable/43850635>

(190) لتفصيلات أكثر عن هذه الأطوار انظر : د. مصطفى أحمد الزرقا ، مرجع سابق ، ص ٧٩٠ - ٨٣١ .

وبذلك يكون فقه الشريعة الإسلامية - كما أشرنا - قد اعتمد على الحل نفسه تقريبا الذي اعتمد عليه الفقه الروماني ، حيث أثبت للحمل في بطن أمه أهلية وجوب ناقصة تجعله قابلا للإلزام فقط دون الالتزام . فتثبت بعض الحقوق الضرورية له، ولا يثبت شيء عليه . وقد علل الفقهاء والأصوليون ذلك بأن " الجنين ليس له وجود مستقل من كل وجه ، بل يجب أن يكون جزءا من أمه كأنه عضو من أعضائها تابع لها...، وهو من وجه آخر يمكن أن يعتبر مستقلا عن أمه لأن له حياة خاصة، وهو يتهايا لأن يفصل عنها بعد حين ويصبح إنسانا مستقلا " (١٩١) ، فلذا اقتضت أهلية الحمل على الحقوق الضرورية له. ولا سيما أنه ربما لا يخرج إلى الدنيا حيا، فلا حاجة إلى التوسع في منحه حقوقا وربطه بالتزامات تكون كلها عرضة للانقراض إذا لم يكتب له استمرار الحياة حتى الولادة (١٩٢).

وعلى ذلك فإن القول بأن للجنين أهلية وجوب ناقصة يبنى عليه من ناحية العدم أنه لا يكون أهلا للالتزام أي لا يقع عليه طلب (١٩٣) ، لأنه لا فعل له ولا عبادة ، حتى يلزم شيء من هذا الطريق، ولا ولاية لأحد على الجنين في إيجاب عقد ولا في قبوله حتى يلزم بالتزام وليه ، لأن ثبوت الولاية لحاجة المولى عليه إلى النظر ، ولا حاجة للجنين إلى ذلك ، ثم إن الجنين هو جزء من أمه ، فكما لا تثبت ولاية على الأم ، فكذلك على ما هو من أجزائها (١٩٤) ، وكما يقول السرخسي في أصوله أن " الجنين في ما دام مجتئا في البطن ليس له ذمة صالحة لكونه في حكم جزء من أمه ، ولكنه منفرد بالحياة بعد ليكون نفسا له ذمة، فباختبار هذا الوجه يكون أهلا لوجوب الحق له من عتق أو إرث أو نسب أو وصية ، ولا اعتبار الوجه الأول لا يكون أهلا لوجوب الحق عليه " (١٩٥).

واتفقت المذاهب الاجتهادية على أهلية الحمل لحقوق أربعة تثبت له : وهي النسب من أبيه وأمّه ومن يتصل بهم بواسطة، والإرث ممن يموت من مورثيه لأنه متفرع عن النسب فيوقف للحمل من تركة مورثه أكبر النصبيين على التقدير واستحقاق ما يوصي له به، واستحقاق ما يوقف عليه (١٩٦) ، ومن المناسب الإشارة إلى هذه الحقوق :

(191) ابن رجب ، القواعد الفقهية ، مرجع سابق ، رقم ٨٤ ص ٢٢٩ ؛ عبد العزيز بن أحمد البخاري ، كشف الأسرار عن أصول البزدوي ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، دون تاريخ نشر ، ج ٤ ، ص ٢٣٩ .

(192) د. مصطفى أحمد الزرقا ، مرجع سابق ، ص ص ٧٩١ : ٧٩٢ .

(193) يرى الحنابلة أنه تجب زكاة الفطر في ماله . انظر : ابن رجب ، القواعد الفقهية ، مرجع سابق ، رقم ٨٤ ص ٢١٨ .

(194) السرخسي ، المبسوط ، مرجع سابق ، ج ١٧ ، ص ١٩٧ ؛ ابن عابدين ، رد المحتار ، مرجع سابق ، ج ١٠ ، ص ٢٥٠ . وقد ذهب بعض الفقهاء إلى عدم إقامة وصي على الجنين في التصرفات ، ولكنهم أجازوا نصب أمين للمحافظة على أمواله ، وفي ذلك يقول فقهاء الشافعية : " لا ولاية لهؤلاء - أي الأولياء حسب الترتيب - على ماله ما دام مجتئا أي بالنسبة للتصرف فيه لا لحفظه " ، وجاء عن ابن حجر قوله :

" لا ولاية لهم بالنسبة للتصرف لا للحفظ " . انظر : شطا البكري ، إعانة الطالبين ، مرجع سابق ، ج ٣ ، ص ٧١ ؛ البجيرمي ، حاشية البجيرمي ، ج ٢ ، ص ٤٤١ .

(195) محمد بن أبي سهل السرخسي أبو بكر (٤٨٣هـ) ، أصول السرخسي ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، دون تاريخ نشر ، مج ٢ ، ص ٣٣٣ .

(196) د. مصطفى أحمد الزرقا ، مرجع سابق ، ص ٧٩٢ .

أ- النسب :

إن من آيات الله في عباده أنه خلقهم بشرا ثم جعلهم نسبا ﴿ وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا ﴾ (١٩٧) ، وقد أمر الله تعالى بالانتساب إلى الآباء في قوله : ﴿ ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله ﴾ (١٩٨) ، وإلى الانتساب إلى الأمهات اللاتي ولدنهم في قوله : ﴿ إن أمهاتهم إلا اللاتي ولدنهم ﴾ (١٩٩) ، فالجنين ينسب لأبيه وأمه ومن يتصل بهم بواسطتهما .

ويحتل حق الجنين في النسب لأبيه المرتبة الأولى بين الحقوق الثابتة له ، وما ذلك إلا لأهميته . فبه يدفع عن نفسه الذل والضياع ، وهو ليس حقا للجنين فقط بل هو كذلك حق للوالدين . فهو حق للأب كي يحفظ به ابنه من أن ينسب إلى غيره ، وهو حق للأم تدفع به عن نفسها العار والتهم والذل ، ولا ينسب الولد لأبيه إلا إذا أتت به الأم خلال مدة معينة (٢٠٠) .

وقد حرم الإسلام على الرجل أن ينكر نسب ولده ويجحد صلته به ، وحرم على المرأة أن تنسب لزوجها من ليس ولدا له (٢٠١) ، وتوعد المخالف منهما لهذا التحريم بالعذاب

(197) من آية رقم (٥٤) من سورة الفرقان.

(198) من آية رقم (٥) من سورة الأحزاب.

(199) من آية رقم (٢) من سورة المجادلة.

(200) د. محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون ، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ط ٤ ، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م ، ص ٦٩٥ : ٦٩٦ . وحكم بأن " المقرر في قضاء محكمة النقض أنه وإن كان ثبوت النسب حق أصلي للأب لتدفع عن نفسها تهمة الزنا ، أو لأنها تعبير بولد ليس له أب معروف ، فهو في نفس الوقت حق أصلي للولد ، لأنه يرتب له حقوقا بينها المشرع والقوانين الوضعية كحق النفقة والرضاع والحضانة والإرث ، ويتعلق به أيضا حق الله تعالى لاتصاله بحقوق وحرمانات أوجب الله رعايتها ، فلا تملك الأم إسقاط حقوق ولدها أو المساس بحقوق الله تعالى . وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقرر " إن الاعتراف المنسوب إلى المطعون عليها بإنكار نسب البنت ، لا يؤثر على حق الصغيرة في ثبوت النسب ولا يدفع ما ثبت بالبينة الشرعية " ، فإن النعي عليه يكون في غير محله " . انظر : نقض مدني ٢٣ من مايو سنة ١٩٧٣ طعن رقم ٢٤ لسنة ٣٩ ق ، مجموعة المكتب الفني س ٢٤ ق ١٤٣ ص ٨١٦ .

(201) وحكمت محكمة النقض المصرية بأن " شهادة الميلاد بمفردها ليست حجة في إثبات النسب ، وإن كانت تعد قرينة عليه ، إذ لم يقصد بها ثبوته . وإنما جاء ذكره فيها تبعاً لما قصد منها ووضعته له ، ولأن القيد بالدفاتر لا يشترط فيه أن يكون بناء على طلب الأب أو وكيله بل يصح الإملاء من القابلة أو الأم ، فلا يعتبر نسبة الطفل فيها إلى شخص معين حجة عليه طالما لم يقر بصحة البيانات المدونة به " . نقض مدني ٣٠ مايو سنة ١٩٨٩ طعن رقم ١٥٥ لسنة ٥٨ ق ، مجموعة المكتب الفني س ٤٠ ع ٢ ق ٢٣٦ ص ٤٦٦ ونقض " دائرة الأحوال الشخصية " ٢٧ فبراير سنة ١٩٩٠ طعن رقم ١٤٢ لسنة ٥٨ ق ، مجموعة المكتب الفني س ٤١ ع ١ ق ١٠٦ ص ٦٢٥ . و " البيانات الواردة بشهادات الميلاد وإن كانت تعد قرينة لثبوت النسب إلا أنه لا يمتنع دحضها وإقامة الدليل على عكسها " . نقض مدني ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٧٥ طعن رقم ٩ لسنة ٤٤ ق ، مجموعة المكتب الفني س ٢٦ ع ٢ ق ٣١٦ ص ١٦٩٢ . وفي نفس المعنى حكم بأن " قيد الطفل المولود في ذاته ومنحه شهادة الميلاد الدالة على ذلك لا يعد في ذاته حجة في إثبات النسب وإنما مجرد قرينة بسيطة عليه قابلة لإثبات العكس " . حكم محكمة القضاء الإداري بجلسة ١٤ من سبتمبر سنة ٢٠١٩ م ، الدائرة الثانية ، في الدعوى ٣٨٥٣١ لسنة ٧٢ ق ، حكم منشور على الموقع المعلوماتي لمحكمة النقض .

الشديد والوعيد الأليم ، فعن أبي هريرة رضى الله عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لما نزلت آية الملاعنة ، قال صلى الله عليه وسلم : « أيما امرأة أدخلت على قومٍ من ليس منهم، فليست من الله في شيء، ولن يدخلها الله جنته ، وأيما رجل جحد ولده، وهو ينظر إليه، احتجب الله عنه، وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين » (٢٠٤).

كما توعد الإسلام الولد الذي ينتسب إلى غير أبيه وهو يعلم بذلك بالعذاب الشديد والطرده من رحمة الله تعالى . فعن أبي عثمان ، عن سعد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام » (٢٠٣) ، وعن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من انتسب إلى غير أبيه ، أو تولى غير مواليه ؛ فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين » (٢٠٤).

ب- الميراث :

ويقصد به ما يستحقه الوارث من نصيب في تركة المورث بعد إخراج الحقوق المتعلقة بها التي يجب إخراجها قبل التوزيع على الورثة كتجهيز المورث وسداد ديونه وتنفيذ وصاياه في الحدود التي رسمها الشارع (٢٠٥).

والحمل يرث من يموت من مورثيه بلا نزاع (٢٠٦) ، وقد اتفق الفقهاء (٢٠٧) على أن " الحمل " يعتبر من جملة الورثة إذا تيقن وجوده عند وفاة المورث ، وانفصل عن أمه حيا . ومن ذلك يتضح أن الحمل لا يستحق في الإرث عند ولادته حيا إلا إذا تيقن وجوده في بطن أمه وقت وفاة المورث حقيقة أو حكما (المفقود) (٢٠٨) ، باعتبار أن الإرث خلافة ، والمعدوم لا يتصور أن يكون خلفا عن أحد ، والجنين وإن لم تكن حياته متحققة وقت وفاة مورثه ، إلا أنه اعتبر حيا باعتبار المال ، لأن الموجود منه في طريقه لأن يتكون منه شخص حي، فيعطي له حكم الحياة.

وقد اختلف العلماء ، هل تثبت الملكية للجنين بمجرد موت مورثه أم بخروجه ؟.

(202) البيهقي ، السنن الكبرى للبيهقي ، مرجع سابق ، ج ٧ ، الحديث رقم ١٥٣٣٣ ، ص ٦٦٢ .

(203) البيهقي ، السنن الكبرى للبيهقي ، مرجع سابق ، ج ٧ ، الحديث رقم ١٥٣٣٦ ، ص ص ٦٦٢ : ٦٦٣ .

(204) أبي عبد الله بن محمد بن يزيد ابن ماجه القزويني (٢٧٣ هـ) ، سنن بن ماجه ، تحقيق (فريق من بيت الأفكار الدولية) ، بيت الأفكار الدولية ، عمان - الرياض ، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م ، كتاب الحدود ، الحديث رقم ٢٦٠٩ ، ص ٢٨٣ .

(205) د. محمد زكريا البرديسي ، الميراث ، دار النهضة العربية ، ١٣٩١ هـ - ١٩٧١ م ، ص ٣ .

(206) المرادوي ، الإنصاف ، مرجع سابق ، ج ٧ ، ص ٣٢٩ ؛ البهوتي ، كشف القناع ، مرجع سابق ، ج ٤ ، ص ٤٦١ .

(207) السرخسي ، المبسوط ، مرجع سابق ، ج ٣٠ ص ٥٠ ؛ ابن قدامه ، المغني ، مرجع سابق ، ج ٩ ص ص ١٧٩ : ١٨٠ ؛ القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، مرجع سابق ، ج ٦ ، ص ١٠٩ .

(208) انظر : د.محمد المرسي زهرة ، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية ، دراسة مقارنة ، جامعة الكويت ، ١٩٩٢ - ١٩٩٣ م ، ص ٤٨ . وفي هذا المعنى انظر : نص المادتين ٤٢ ، ٤٣ من قانون المواريث المصري رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ .

ذهب جمهور الفقهاء - كما أشرنا - إلى اشتراط خروج الجنين حيا من بطن أمه كي يستقر ملكه للإرث^(٢٠٩) ، إذ الأحكام لا تترتب على الحمل إلا بعد ولادته حيا ، لاحتمال قبل ذلك ، إذ يحتمل كونه ماء أو نفخا ، أو يحتمل خروجه من بطن أمه ميتا .

أما الحنابلة ، فإن الذي يقتضيه الإمام أحمد في الإنفاق على أمه من نصيبه أنه يثبت له الملك من حيث موت أبيه ، وقد صرح بذلك ابن عقيل وغيره من الحنابلة ، وقد نقل عن الإمام أحمد أيضا ما يدل على خلافه وأنه لا يثبت له الملك إلا بالوضع^(٢١٠) .

ويتفرع الإرث هنا عن الحق الذي قبله - النسب - إذ أكد علماء الشريعة الإسلامية على كون النسب سببا من أسباب الإرث^(٢١١) ، حيث يوقف للجنين من تركة مورثه أكبر النصيبين على تقدير كون الجنين ذكرا أو أنثى^(٢١٢) .

ج- الوصية :

ويقصد بها - في اصطلاح الفقهاء - تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ، سواء أكان المملك عينا أم منفعة^(٢١٣) ، وقد أجمع الفقهاء على جواز الوصية للحمل المستكن^(٢١٤) .

ويستحق الجنين ما يوصي له وهو في بطن أمه إن خرج حيا ، وإن لم يكن في بطنها حال الوصية فلا يستحقها عند الجمهور ، ويتبين ذلك بولادته لسته أشهر من تاريخ الوصية^(٢١٥) .

أما المالكية ، فلا يشترطون كونه في بطن أمه عند الإيصاء ، بل تصح عندهم لجنين يولد في المستقبل حتى ولو لم يكن في بطن أمه^(٢١٦) .

(209) انظر : ابن عابدين ، رد المحتار ، مرجع سابق ، ج ١٠ ص ٢٥٠ وما بعدها .

(210) ابن رجب ، القواعد الفقهية ، مرجع سابق ، ص ص ٢٢١ : ٢٢٢ .

(211) انظر : المرادوي ، الإنصاف ، مرجع سابق ، ج ٧ ص ٣٢٩ .

(212) ويعتبر الحمل من موانع الميراث ، حيث " يوقف به المال إلى الوضع " . انظر : محمد بن أحمد بن جزّي الغرناطي (٧٤١ هـ) ، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية ، تحقيق (ماجد الحموي) ، دار ابن جزم ، بيروت ، لبنان ، ط ١ ، ١٤٣٤ هـ - ٢٠١٣ م ، ص ٦٥٢ . وقد اختلفت الآراء الاجتهادية في نصيب الجنين الذي يوقف له من ميراث مورثه . انظر : السرخسي ، المبسوط ، مرجع سابق ، ج ٣٠ ص ٥٢ ؛ ابن قدامه ، الكافي ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٣١٠ وما بعدها .

(213) د. وهبة الزحيلي ، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي ، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م ، دار الفكر ، دمشق ، ص ١٢ .

(214) انظر : د. محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، مكتبة الأنجلو المصرية ، القاهرة ، دون تاريخ نشر ، ص ٨٥ .

(215) ابن عابدين ، رد المحتار ، مرجع سابق ، ج ١٠ ، ص ٣٣٧ و ٣٤٢ و ٣٤٣ ؛ المرادوي ، الإنصاف ، مرجع سابق ، ج ٧ ص ٢٢٦ - ٢٣٠ ؛ شطا البكري ، إعانة الطالبين ، مرجع سابق ، ج ٣ ص ٢٠٢ ، ٢٠٣ ؛ البهوتي ، كشف القناع ، مرجع سابق ، ج ٤ ، ص ٣٥٧ .

(216) الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، مرجع سابق ، ج ٤ ، ص ٤٢٣ ؛ العدوي ، حاشية العدوي ، مرجع سابق ، ج ٣ ص ٤٥٥ .

د- الوقف :

ويقصد به حبس العين بمنفعتها (٢١٧) ، وبالوقف يعد المال خارجا عن التعامل ، أو وفقا لتعبير فقهاء الشريعة الإسلامية يعد على حكم الله تعالى .

وقد اتفقت عبارة الفقهاء على أن الموقوف عليه المعين لا يصح الوقف عليه إلا إذا كان أهلا للتملك (٢١٨) ، ولكنهم اختلفوا في الوقف على المعدوم :

فذهب الحنفية والمالكية (٢١٩) إلى صحة وجواز الوقف على المعدوم ، وعليه فقد أجاز الحنفية الوقف على الجنين على اعتبار كونه نسل من الذرية ، والمالكية صححوا الوقف على من كان أهلا للتملك سواء أكان موجودا أم سيوجد كالجنين الذي سيولد.

وقد اشترط الطرفان لاستحقاق الجنين ما يتبرع به له خروج الجنين وولادته حيا (٢٢٠) .

أما الشافعية (٢٢١) فلا يصح الوقف على المعدوم عندهم بنزع ، وفيما يعني عدم صحة الوقف على الجنين لعدم صحة تملكه ، سواء أكان مقصودا أم تابعا ، حتى لو كان له أولاد وله جنين عند الوقف لم يدخل ، أما إذا انفصل حيا دخل معهم ، وذلك لإمكان تملكه في الحال بكونه موجودا في الخارج ، ولأن الوقف تسليط في الحال.

ومذهب الحنابلة توسط بين الرأيين السابقين ، فقد صححوا الوقف على المعدوم تبعا ، فلا يصح عندهم الوقف إلا على من يكون أهلا للتملك ملكا مستقرا ، ولا يصح الوقف عندهم على الجنين استقلالا بل تبعا ، كأن يقول : وقفت على أولادي ومن سيولد لي (٢٢٢) .

مدى حق الجنين في الغرة عن الضرر اللاحق به نتيجة الجناية عليه :

من الحقوق التي كفلتها الشريعة الإسلامية للطفل جنينا حفظ حياته داخل بطن أمه (٢٢٣) ، وينعم الجنين بحقه في الحياة منذ لحظة تكوينه كنطفة مخصبة ، وفقا للرأي

(217) د. محمد سلام مذكور ، الأسرة في الإسلام ، ج ٥ ، الوصية والوقف من الناحيتين الفقهيّة والتطبيقية ، ط ٢ ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٠م ، ص ٢٨٩ .

(218) شطا البكري ، إعانة الطالبين ، مرجع سابق ، ج ٣ ، ص ١٥٦ ؛ الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، مرجع سابق ، ج ٤ ، ص ٧٧ ؛ البهوتي ، كشف القناع ، مرجع سابق ، ج ٤ ، ص ٤٤٩ .

(219) أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المالكي المغربي ، الشهير بـ " الخطاب " (٩٥٤ هـ) ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، دار الرضوان ، نواكشوط ، موريتانيا ، دون تاريخ نشر ، مج ٦ ، ص ٢٢٦ : ٢٢٧ .

(220) انظر : عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني (١٠٩٩ هـ) ، شرح الزرقاني ، ج ٨ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط ١ ، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٢ م ، ص ٣١٢ .

(221) شطا البكري ، إعانة الطالبين ، مرجع سابق ، ج ٣ ، ص ١٥٦ ، ٢٠٣ .

(222) ابن رجب ، القواعد الفقهية ، مرجع سابق ، ص ٢٢٣ ؛ ابن مفلح ، المبدع ، مرجع سابق ، ج ٥ ، ص ١٦٠ ؛ البهوتي ، كشف القناع ، مرجع سابق ، ج ٤ ، ص ٣٥٧ ، ٤٤٩ ، ٤٥٠ .

(223) انظر : أ. رأفت فريد سويلم ، تربية الطفل ، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية ، دار اليسر ، القاهرة ، ط ١ ، ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م ، ص ٧٢ وما بعدها .

الراجح في فقه الشريعة الإسلامية^(٢٢٤) أو فقه القانون الوضعي^(٢٢٥)، فيما يعني أنه يحظر الاعتداء على هذا الحق في أي مرحلة من مراحل الجنين، سواء أكان في مستهل مرحله (أي في مرحلة النطفة) أم في آخر مراحل نموه وتطوره (أي مرحلة نفخ الروح فيه)، وذلك باعتباره كائناً حياً معصوم الدم، وله حق الحياة كجنين من بدايته كنطفة مخصصة إلى تمام ولادته حياً^(٢٢٦).

وقد اتفق الفقهاء المسلمون على تقرير الغرة (دية الجنين) في الجناية عليه، وإن اختلفوا في أي طور من أطوار حياته يستوجب الغرة^(٢٢٧).

وإذا استمرت حياة الجنين بعد الجناية وبقي في بطن أمه متماً مدة حملها، ولكن أدت الجناية إلى الإضرار به بما دون النفس، كما إذا انفصل جزء من أجزائه، كيد أو رجل...، ثم تابع نموه في بطن أمه إلى أن تم وضعه حياً، ففي هذه الحالة يجب في الجزء المصاب مثل ما يجب في الإنسان المولود الحي، ففي اليد نصف الدية، وفي اليدين دية كاملة... وهكذا في بقية أعضائه وأجزائه - عند الحنفية^(٢٢٨) والحنابلة^(٢٢٩) - إذا كان قد تخلق وعلم

(224) حيث يرى جمهور الفقهاء أن الجنين ينعم بالحماية الشرعية منذ لحظة نشأته وتكوينه داخل الرحم باعتباره نطفة مخصصة وتستمر معها تلك طوال فترة وجوده داخل الرحم، وذلك على أساس أنه كائن معد للحياة فتثبت له حرمة الحي قياساً عليه، وأن مثله في ذلك كمثل بيض الصيد الذي يقاس حرمة المساس به على المحرم على حرمة المساس بالصيد نفسه. في الفقه الحنفي. انظر: السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٠١؛ وفي الفقه المالكي. انظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٧٨؛ وفي الفقه الحنبلي. انظر: ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج ٥، ص ٤١٠-٤١٢؛ وفي الفقه الشافعي. انظر: أبو زكريا محيي الدين النووي (٦٧٦هـ)، روضة الطالبين، الناشر المكتب الإسلامي، بيروت، ط ٣، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م، مج ٣، ص ١٤٥؛ وفي الفقه الظاهري. انظر: ابن حزم، المحلى بالآثار، ج ٥، مرجع سابق، ص ٢٥٨. وفي الفقه الإمامي. انظر: الكليني، الفروع من الكافي، مرجع سابق، ج ٧، باب دية الجنين، ص ٢١٨.

ومعنى ذلك " أن أصل الصيد - وهو بيضة - حكمه حكم الصيد نفسه في التحريم، ومثل ذلك يقال في أصل أي صيد غير الطير من الحيوانات التي تلد، فإن اعتداء المحرم على جنينها كاعتداء عليها...، وإذا ثبت ذلك كان أصل الشيء أخذاً حكم الشيء نفسه ". انظر: حسن على الشاذلي، حق الجنين في الحياة في الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، مج ٣، ع ١، مارس - ربيع الآخر سنة ١٩٧٩م، ص ٢٧.

(225) د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٥٧٦ : ٥٧٧. حيث يقول سيادته " تبدأ حياة الجنين بالإخصاب، أي تلقيح الحيوان المنوي لبويضة المرأة، فيمجرد اندماج الخليتين المذكورة والمؤنثة يتكون الجنين ويستحق الحماية "؛ د. فوزية عبد الستار، مرجع سابق، ص ٥١٧ : ٥١٨، حيث تقول " ... والحمل هو البويضة الملقحة منذ لحظة التلقيح ".

(226) في نفس المعنى: د. خالد جمال أحمد حسن، ماهية الحقوق المدنية للجنين، دون ناشر، ٢٠١٤م - ١٤٥٣هـ، ص ٨٠.

(227) انظر: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بدر الدين العيني (٨٥٥هـ)، المعروف بالعيني، البناية شرح الهداية، الناشر دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤٢٠ - ٢٠٠٠م، ج ١٣، ص ٢١٩؛ ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج ٢، ص ٥٠٩؛ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج ١٢، ص ٧٥ وما بعدها؛ النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج ٩، ص ٣٦٦.

(228) جاء بكتاب الفتاوى الهندية " المعروفة بالفتاوى العالمانية " إذا ضرب رجل بطن حامل بسكين فأصاب يد الولد في بطنها فقطعها، ثم ولدته حياً، فنصف الدية على عاقلته لأنه خطأ ". انظر: الفتاوى الهندية في مذهب الحنفية، تأليف جماعة من علماء الهند، تحقيق (د. محمود مطرجي)، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط ١، ١٤٤٠هـ - ١٤٤١هـ، ٢٠١٩م، مج ٦، ص ٢٧٩٦؛ وانظر كذلك: محمد بن=

أنها يده ، أو رجله ... ، وأتم عند الحنفية أربعة أشهر ، وعند الحنابلة ستة أشهر ، وإلا ففي اليد نصف الغرة ، وفيهما الغرة الكاملة ... وهكذا .

أما الشافعية (٢٣٠) والإمامية (٢٣١) فإنهم يوجبون في الجزء المضار من الجنين جزءا من الغرة كالجزء الواجب من الدية في الجناية على الإنسان الحي ... ، ففي يده نصف الغرة ، كما في يد المولود الحي نصف الدية ، وفي يديه غرة كاملة كما في يدي هذا دية كاملة .

والحقيقة أننا ننحاز إلى جانب من يرى أنه " إذا استمرت حياة الجنين بعد الجناية عليه ، وولد حيا ، فإنه يجب في الجزء المصاب منه مثلما يجب في الإنسان المولود الحي من الدية ، لأن أثر الجناية من قطع يد أو رجل ، أو فقد عين ، أو حاسة من الحواس - سيلازمه طوال حياته ، ويؤثر عليه في الأنشطة التي تعتمد على هذا الجزء المصاب ... ، فالأضرار التي تصيبه ليست إلا أضراراً مرتبطة بحياته كلها ، ولا عبرة بتحديد عمر الجنين وقت الإصابة ، بل العبرة بمعرفة أثر الإصابة عليه ، وكون الجنين في بطن أمه وقت حدوث الجناية عليه لا يؤثر في ذلك ، لأنه يجب تبين حال المصاب بعد الإصابة ، حتى نعرف مدى تأثيرها - كلا أو بعضا- ثم نوجب العقوبة الملائمة عليه ، وهذا ما نفعله مع هذا الجنين ، حيث ننتظر ولادته ... وهو الحكم المتمشي مع قواعد العدالة ، لأنه من الناحية الواقعية والمنطقية ما الفرق بين جناية على جنين قطعت يده ثم نزل حيا وعاش ، وجناية

=محمود بن حسين بن أحمد الأبروشني (٦٣٢هـ) ، أحكام الصغار ، تحقيق (د. مصطفى صميده) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، دون تاريخ نشر ، ص ٣٢٤ .

(229) جاء في مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى " وإن سقط الجنين كله حيا لوقت يعيش لمثله وهو نصف سنة فصاعدا ولو لم يستهل صار خا إذا كان فيه حياة مستقرة ويعلم ذلك بنفسه أو ارتضاعه أو عطاسه ونحو ذلك لأن ذلك أدل على الحياة من الاستهلال ففيه دية كاملة لأنه مات بجنايته أشبه لو باشر مثله " . انظر : مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي الروحبياني الدمشقي الحنبلي (١٢٤٣ هـ) ، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى ، الناشر المكتب الإسلامي ، ط ٢ ، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م ، مج ٦ ، ص ١٠٦ .

(230) جاء في مغني المحتاج (بتصرف) أنه " إذا عاشت الأم بعد الجناية ولم تلق جنينا ، وإنما ألفت يدا أو رجلا ، فإنه لا يجب في يد أو رجل سوى نصف الغرة ، كما أن الحي لا يجب فيه إلا نصف دية ، ولا يضمن باقيه لعدم تحقق تلفة بالجناية " . انظر : الشربيني ، مغني المحتاج ، مرجع سابق ، ج ٥ ، ص ٣٧٠ . وانظر كذلك : سليمان بن عمر منصور العجيلي المصري الشافعي (١٢٠٤ هـ) ، المعروف بـ " الجمل " ، حاشية الجمل على شرح المنهج ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، دون تاريخ نشر ، ج ٧ ، ص ٥٢٩ . كما جاء بالوسيط للغزالي أنه " لو انفصل الجنين حيا ساقط اليدين وجبت دية تامة " . الغزالي ، الوسيط ، مرجع سابق ، مج ٤ ، ص ٩٧ . وجاء في المجموع شرح المهذب " وإن ضرب بطن امرأة فألقت يدا ثم أسقطت بعد ذلك جنينا ناقص يد نظرت - ... إن خرج الجنين حيا وعاش لم يجب عليه في الجنين شيء ووجب عليه ضمان اليد فتعرض اليد على القوالب أو عالمين في الأجنة ، فإن قلن أو قالوا أنها من جملته لم تنفخ فيها الروح وجبت فيها نفس الغرة ، وإن قلن أو قالوا أنها فارقت جملة تنفخ فيها الروح وجبت فيها نصف دية كاملة " . انظر : أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (٦٧٦ هـ) ، المجموع شرح المهذب للشيرازي ، تحقيق (محمد نجيب المطيعي) ، مكتبة الإرشاد ، جدة ، المملكة العربية السعودية ، دون تاريخ نشر ، مج ٢٠ ، ص ٤٧٢ .

(231) جاء في تكملة منهاج الصالحين " في قطع أعضاء الجنين قبل ولوج الروح وجراحاته دية على نسبة دية ففي قطع إحدى يديه مثلا خمسون ديناراً ، وفي قطع كليهما تمام دية مائة دينار " . انظر : السيد محمد صادق الحسيني الروحاني ، تكملة منهاج الصالحين ، مكتبة الشارقي للمعلومات الدينية ، دون تاريخ نشر ، مسألة ٣٨٧ ، ص ١٤٢ .

على حي مولود قطعت يده أيضا ... لا فرق لأن كل منهما سيعيش دون هذا العضو ، ويتضرر به ، ويؤثر على مستقبله ، بل قد يكون تأثيره على مستقبل هذا الجنين المولود حيا أكثر " (٢٣٢) .

ثالثا : شخصية الجنين وأساس ثبوت حقوقه في القانون الفرنسي :

قدمنا أن الأصل أن الشخصية القانونية - في القانون الفرنسي - تثبت للإنسان بتمام ولادته حيا قابلا للحياة ، وعليه لا يتمتع الجنين بالشخصية القانونية. لكن الفقه والقضاء في فرنسا يأخذان بالقاعدة الرومانية الشهيرة والتي تقضي بأن " الحمل المستكن يعتبر مولودا في كل ما فيه نفعه " .

وهذه القاعدة تفترض على سبيل المجاز أن الجنين يعتبر مولودا وقت الحدث المعني أي الذي يرتب الحق النافع له .

ووفقا للقانون الفرنسي يرث الجنين من يموت من مورثيه ، ويستحق ما يوصي له به ، ويستحق الهبة ، وكل ذلك بشرط ثبوت وجوده وقت الحدث المعني ، وولادته بعد ذلك حيا قابلا للحياة .

وإعمالا للقاعدة سالفة الذكر يكون للجنين الحق في التعويض عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد أقاربه قبل تمام ولادته حيا ، وسنزيد هذا الأمر تفصيلا في موضع لاحق إن شاء الله.

رابعا : شخصية الجنين وأساس ثبوت حقوقه القانون المصري :

بالرجوع إلى المادة (٢٩) مدني مصري - سالفة الذكر - نجد أن المشرع بعد أن بين الشروط الواجب توافرها لثبوت الشخصية القانونية في الفقرة الأولى من هذه المادة ، نص في الفقرة الثانية منها على أنه " ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون " .

وبالفعل فقد عين القانون حقوق الجنين وحددها على سبيل الحصر " (٢٣٣) ، وهي حقه في الولاية على ماله (قانون الولاية على المال) ، وحقه في جنسية الأب أو الأم (قانون الجنسية) ، وحقه في الإرث (قانون المواريث) ، وحقه في الوصية (قانون الوصية) (٢٣٤) ، واستحقاق ما يوقف عليه (قانون الوقف) (٢٣٥) ، وحقه في ثبوت نسبة لأبيه ، وحقه فيما يشترط لصالحه في عقد اشتراط لمصلحة الغير كتأمين الزوج على حياته لمصلحة من سينجبهم من الأولاد (٢٣٦) .

وهنا يثار التساؤل حول الأساس القانوني لثبوت هذه الحقوق للجنين ؛ بمعنى هل في اعتراف القانون للجنين بهذه الحقوق ما يشكل قاعدة عامة تتعلق بشخصية الجنين؟ أو أن

(232) د. حسن على الشاذلي ، مرجع سابق ، ص ص ٤٥ : ٤٦ .

(233) نقض مدني ٢٧ من يونيو سنة ١٩٩٥ طعن رقم ١٠٧٥ لسنة ٦٠ ق ، مجموعة المكتب الفني س ٤٦ ق ١٨١ ص ٩٢٥ .

(234) انظر : نقض مدني ٨ من فبراير سنة ٢٠٠٥ طعن رقم ٤٩٤٠ لسنة ٧٣ ق ، حكم منشور على الموقع المعلوماتي لمحكمة النقض .

(235) نقض مدني ١٠ من فبراير سنة ٢٠١٥ طعن رقم ٨٦٨٤ لسنة ٧٥ ق ، حكم مُشار إليه سلفاً .

(236) د. شكري سرور ، مرجع سابق ، رقم ١٦٤ ص ١٤٨ .

الأمر لا يعدو أن يكون استثناء على القاعدة العامة التي تحدد بدء شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا؟ أو أن الجنين في الواقع لم تثبت له هذه الحقوق من الأصل ومن ثم لا توجد قاعدة عامة بشأن شخصيته القانونية ولا استثناء على الأصل؟

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

الاتجاه الأول :

يرى أصحاب هذا الاتجاه^(٢٣٧) أن الجنين في الأصل لا يتمتع بأي حق من الحقوق ومن ثم لا يكتسب الشخصية القانونية، فلا يوجد استثناء على الأصل الذي يحدد بدء الشخصية القانونية بتمام ولادة الإنسان حيا، وذلك من خلال ترتيب استثناء على هذا الأصل. فالحمل المستكن ليس له أي كيان مستقل عن أمه فهو تابع لها في غذائه وتنفسه^(٢٣٨)، والنص القانوني الذي أشار إلى أن حقوق الحمل المستكن يعينها القانون لا يوحى إلى انصراف نية واضعيه إلى هدم الأصل المتعارف عليه في فقه الشريعة الإسلامية والفقه التقليدي بارتباط الشخصية القانونية بميلاد الجنين حيا^(٢٣٩).
وقد استند هذا الرأي إلى الحجج الآتية^(٢٤٠) :

الحجة الأولى :

أن نص المادة ٤٢ من قانون الموارد الميراث المصري رقم ٧٧ لسنة ١٩٣٤م - الذي يقضي بأن : " يوقف للحمل من تركة المتوفى أو فر النصيبين " - لم يتحدث عن اكتساب الجنين لنصيب من التركة بل في " وقف " لنصيبه حتى يولد حيا ، باعتبار أن حياة الجنين حياة احتمالية لن تتأكد إلا بتمام ولادته حيا .

الحجة الثانية :

إن القول بتمتع الشخص بمزايا يحصل عليها أو يمكن حصوله عليها يتناقض مع انتفاء وجود الجنين ككائن اجتماعي . فكيف يمكن مخاطبة الجنين بالقاعدة القانونية الخاصة باكتساب الحقوق وهو لم يوجد بعد في المجتمع ؟.

الحجة الثالثة :

أنه لا يوجد ارتباط بين وجود الحق الاحتمالي ونشأة الشخصية القانونية وليس أدل على ذلك من نصوص الاشتراط لمصلحة الغير التي تجيز أن يكون المشترك لمصلحته شخصا مستقبلا أو جهة مستقبلية ، فالاشتراط قد يتم في حالة وجود حمل أو في حالة عدم وجوده ، وكذلك الحال بالنسبة لعقود التأمين التي تلتزم فيها شركة التأمين (المؤمن) بدفع مبلغ التأمين لطفل المؤمن له الذي لم يولد بعد : إما لأن الحمل لم يحدث أصلا وإما لأن

(237) انظر : د. نعمان محمد خليل جمعة ، المدخل للعلوم القانونية ، القاهرة ، ١٩٧٧م ، ص ٤٠٢ ؛ د. حسام لطفي ، المدخل لدراسة القانون ، مرجع سابق ، ص ٦٥١ .

(238) د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٤٠٢ .

(239) د. حسام لطفي ، المدخل لدراسة القانون ، مرجع سابق ، ص ٦٥١ .

(240) د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٤٠٢ .

الحمل قد حدث ولكن الطفل لم يخرج إلى الوجود . ومن الثابت أن أحدا لم يقل بوجود شخصية قانونية لهؤلاء الأطفال المستقبليين .

الحجة الرابعة :

أن فكرة الأثر الرجعي لاكتساب الجنين الحقوق منذ تاريخ وفاة مورثه أو الموصي له هي محض افتراض من صنع القانون قصد بها تسوية وضع هذه الحقوق خلال فترة وفاة المورث أو الوصي وميلاد المولود حيا . ولا يجوز أن يطغى الافتراض القانوني على الواقع، الذي يتلخص في أن الحق لا يكتسب إلا اعتبارا من ولادة الطفل حيا .

ويؤخذ على هذا الرأي أنه يركز كل اهتمامه على الحقوق المالية للجنين على الرغم من أن تمتع الجنين بالحقوق تبدو أهميته في مجال حقوقه الشخصية كالحق في الحياة، والحق في الصحة (٢٤١) .

الاتجاه الثاني :

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الجنين يتمتع ببعض الحقوق مما يعني الاعتراف له بالشخصية القانونية وذلك استثناء على الأصل العام ، إلا أن الخلاف قد ثار بين أصحاب هذا الاتجاه حول نطاق الحقوق التي تثبت للجنين ؛ أي أن الخلاف قد ثار حول نطاق أهلية الوجوب بالنسبة للجنين ، وذلك على ثلاثة آراء :

الرأي الأول :

ويرى أصحابه (٢٤٢) ، أن للجنين أهلية وجوب قاصرة على الحقوق التي اعترف له بها القانون فحسب ، فالجنين عند أصحاب هذا الرأي ليس له من الحقوق إلا ما حدده القانون ، فالمشروع قد أحال إلى القانون بيان حقوق الحمل المستكن ، وقد بين القانون هذه الحقوق ومن ثم فإنها حقوق واردة في القانون على سبيل الحصر (٢٤٣) . فالاعتراف للجنين بهذه الحقوق هو خلاف للأصل ، وهذا الاستثناء اقتضته الضرورة لرفع الظلم عن الجنين .

ويبدو أن محكمة النقض قد تبنت هذا الرأي ، فقد حكمت في بعض أحكامها بأن " النص في المادة ٢٩ من القانون المدني على أن " (١) تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا ، وتنتهي بموته. (٢) ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون" يدل على أن المشروع أحال في بيان حقوق الحمل المستكن إلى القانون ، فليس له من حقوق إلا ما حدده القانون وقد نظم المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ في شأن الولاية على المال الولاية على الحمل المستكن، وأثبت له قانون الجنسية الحق في اكتساب جنسية أبيه، واعترف له قانون الموارد بالحق في الإرث، كما اعترف له قانون الوصية بالحق فيما يوصى له به، أما حقه

(241) انظر: د.حسام الأهواني ، مرجع سابق ، رقم ٤٨٩ ص ٤٣٩ .

(242) انظر: د.عبد المنعم البدر اوي ، مرجع سابق ، رقم ٢٢٧ ص ٣٢٩ : ٣٣٠ ؛ د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني ، المدخل للعلوم القانونية ، مرجع سابق، رقم ٢٧٥ ص ٦٥٨ وما بعدها .

(243) وقريب من ذلك ما ذهب إليه البعض من أن " القانون احتفظ لنفسه بتحديد الحالات التي يمكن أن توجد فيها شخصية احتمالية للإنسان - أي إنسان - وبناء على نص صريح منه " . د.أحمد شرف الدين ، مقدمة القانون المدني ، نظرية الحق، دون ناشر ، ١٩٨٧ م ، رقم ٢٣ ص ٤٤ .

في التعويض عن الضرر الشخصي المباشر الذي يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي يصيب مورثه قبل تمام ولادته حيا فلم يعينه القانون" (٢٤٤).

وحكمت بأن " المقرر في قضائها أن النص في المادة ٢٩ من القانون المدني على أن " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته ، ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون " يدل على أن الأصل أن المشرع لم يمنح الشخصية القانونية للشخص الطبيعي إلا بتمام ولادته حيا . وما يستتبع ذلك من صلاحيته لاكتساب جميع الحقوق ، وتحمل الالتزامات . وهو ما يعبر عنه بأهلية الوجوب . واستثناء منحها - الشخصية القانونية في نطاق هذه الأهلية - للحمل المستكن . إلا أنه قصرها على صلاحيته لاكتساب حقوق بعينها، هي التي بينها القانون . مثل ما نصت عليه قوانين الجنسية والوصية والوقف والمواريث . ولم يرد في القانون نص يعطى له حقا في التعويض عن الضرر الشخصي المباشر الذي يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي يصيب مورثه قبل تمام ولادته حيا (٢٤٥) .

الرأي الثاني :

ويرى أصحاب هذا الرأي أنه يثبت للجنين من الحقوق ما لا يتوقف ثبوته على قبول منه ، أما الحقوق التي يتوقف ثبوتها على قبول ممن تمنح له فلا تكون للجنين كالهبة (٢٤٦) .

(244) نقض مدني : ٢٧ من يونيه سنة ١٩٩٥ طعن رقم ١٠٧٥ لسنة ٦٠ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً ، و ١٥ من يونيه سنة ٢٠٠٤ طعن رقم ٦٨٠٢ لسنة ٧٢ ق ، حكم منشور على الموقع المعلوماتي لمحكمة النقض ، و ٨ من فبراير سنة ٢٠٠٥ طعن رقم ٤٩٤٠ لسنة ٧٣ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً ، و ٨ من يناير سنة ٢٠٠٦ طعن رقم ٧٧١٩ لسنة ٧٤ ق ، حكم منشور على الموقع المعلوماتي لمحكمة النقض ، و ١٢ من فبراير سنة ٢٠٠٦ طعن رقم ٣٧٠٥ لسنة ٧٤ ق ، حكم منشور على الموقع المعلوماتي لمحكمة النقض ، و ٢٢ من فبراير سنة ٢٠٠٦ طعن رقم ٤٨٧٩ لسنة ٧٥ ق ، حكم منشور على الموقع المعلوماتي لمحكمة النقض ، و ٢٤ من ديسمبر سنة ٢٠٠٦ طعن رقم ١٥١٣٩ لسنة ٧٥ ق ، حكم منشور على الموقع المعلوماتي لمحكمة النقض ، و ٧ من نوفمبر سنة ٢٠١٠ الطعن رقم ٤٦٨٢ لسنة ٧٩ ق ، حكم منشور على الموقع المعلوماتي لمحكمة النقض ، و ١٢ من فبراير سنة ٢٠١٢ طعن رقم ١٠٦٧٩ لسنة ٨٠ ق ، حكم منشور على الموقع المعلوماتي لمحكمة النقض و ٦ من يونيه سنة ٢٠١٧ طعن رقم ٨٨٨٠ لسنة ٨٦ ق ، حكم منشور على الموقع المعلوماتي لمحكمة النقض . وحكمت بأن " القانون عين حقوق الحمل المستكن على سبيل الحصر " . نقض مدني ٢٧ من يونيه سنة ١٩٩٥ طعن رقم ١٠٧٥ لسنة ٦٠ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً .

(245) نقض مدني ١٠ من فبراير سنة ٢٠١٥ طعن رقم ٨٦٨٤ لسنة ٧٥ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً .

(246) د . عبد المنعم البدر اوي ، مرجع سابق ، رقم ٢٢٧ ، ص ٢٣٠ ، د . توفيق حسن فرج ، مرجع سابق ، ص ٢٢٣ .

وقد ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي " إذا كانت الشخصية الطبيعية لا تبدأ إلا بتمام الولادة ، فإن مقتضى ذلك إلا يكون للحمل شخصية ، إذ يعتبر وهو موجود في بطن أمه جزءاً منها يتحرك بحركتها ويقر بقرارها . ولكنه إلى جانب ذلك جزء يوشك أن ينفصل انفصالا كاملاً مستقلاً بحياته . ولذلك نرى فقهاء الشريعة مجمعين على الاحتفاظ له ببعض الحقوق ، وهي التي يكون فيها نفع له ولا تحتاج في وجودها وصحتها وثبوتها إلى قبول ، مثل ثبوت نسبه من أبيه ، وإرثه من مورثه ، واستحقاقه ما أوصي له به . وكذلك استحقاقه من غلة الوقف الذي يكون من بين مستحقيه . فإذا ولد حيا ثبتت له هذه الحقوق ، وإن ولد ميتاً لم تثبت له . أما غير ذلك من الحقوق التي فيها نفع له ولكنها تحتاج إلى قبول ، كالهبة فلا تثبت له ... " . المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ، إصدارات وزارة العدل الكويتية ، فبراير سنة ٢٠١١م ، ص ٢٤ .

الرأي الثالث :

ويرى أصحاب هذا الرأي أن للجنين صلاحية اكتساب أي حق ما دام هذا الحق نافعا له نفعاً محضاً حتى لو أن القانون يتطلب لوجود هذا الحق أن يصدر قبولا من صاحبه ؛ إذ في حال تطلب القانون منه هذا القبول ، فإن الوصي يقبل نيابة عن الجنين^(٢٤٧).

ويؤخذ على هذا الاتجاه أنه إذا كان الاعتراف للجنين بالشخصية القانونية يمثل استثناء على الأصل ، فإن هذا يفترض بقاء القاعدة الأصلية ، بحيث يمكن أن تطبق على بعض الفروض ، ويطبق الاستثناء على البعض الآخر ، فمن من الأشخاص تبدأ شخصيته القانونية من وقت الميلاد ، ومن تبدأ شخصيته من وقت الحمل؟ فالشخصية القانونية إما أن تبدأ من وقت الميلاد ، وأما أن تبدأ من وقت الحمل ؛ لأن الإنسان دائماً يمر بفترة حمل ، فإما أن يكون صالحاً في هذه الفترة لأن يكون صاحب حق ، فتبدأ شخصيته من وقت الحمل ، وإما أن يكون غير صالح فتبدأ شخصيته من وقت الميلاد^(٢٤٨).

الاتجاه الثالث :

ويرى أصحابه أن للجنين شخصية قانونية منذ وقت الحمل^(٢٤٩) ، فالشخصية القانونية عند أصحاب هذا الرأي مرتبطة ببدء تكوين الجنين في الرحم ، فهي تبدأ من وقت الحمل لا من وقت الولادة ، ومن ثم فإن اكتساب الجنين للحقوق لا يشكل استثناء على الأصل غاية ما في الأمر أن الشخصية القانونية تمر بمرحلتين ؛ الأولى أثناء الحمل ، وفي هذه المرحلة وعلى الرغم من وجود الشخصية القانونية فإنها غير مستقرة ، والثانية تبدأ من وقت الميلاد، حيث تستقر هذه الشخصية .

فالميلاد عند أصحاب هذا الرأي ليس بداية الحياة البشرية ، وإنما يمثل إحدى مراحل هذه الحياة . ومن ثم فإن الشخصية القانونية تبدأ منذ الحمل .

ولكن قبل الميلاد لا تكون هذه الشخصية مستقرة ، فيجب أن يولد الجنين حياً حتى تستقر هذه الشخصية . فإن ولد ميتاً زال ما كان قد تقرر له من حقوق واعتبر كأنه لم يكن .

وقد قدمنا أن القاضي حسين - من الشافعية - جعل الضابط في تعريف الجنين أنه " شخص " فقال " شخص يرجى له كمال الحال بالحياة " .

فقد نظر القاضي حسين بنظره الثاقب وذلك قبل ألف عام أن الجنين - الذي تثبت له بعض الحقوق كالنسب والإرث والوصية والوقف ، والذي يلزم من التسبب في إسقاطه إيجاب الغرة - جدير بالحماية فأطلق عليه وصف " شخص " وتنبه رحمه الله تعالى إلى أن كون الجنين في بطن أمه يحيا حياة محتملة فيكون قابلاً للخروج من بطن أمه حياً أم لا ، فإن

(247) د. حسن كبره ، مرجع سابق ، ص ص ٥٢٥ : ٥٢٦ ؛ د. شفيق شحاته ، محاضرات في النظرية العامة للحق ، دار النشر للجامعات المصرية ، ١٩٤٨ - ١٩٤٩ م ، رقم ٤٨ ص ٤٣ ؛ د. عبد المنعم الصدة ، مرجع سابق ، رقم ٢٦٤ ص ٣٤١ .

(248) انظر : د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٥٤ .

(249) انظر : د. عبد المنعم الصدة ، مرجع سابق ، رقم ٢٦٤ ، ص ص ٣٤١ : ٣٤٢ ؛ د. حسام الأهواني ، مرجع سابق ، ص ٤٣٩ وما بعدها ؛ د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ص ٥٤ : ٥٥ .

ما يثبت له من حقوق بالمقابل تكون محتملة ، يتوقف ثبوتها له على كمال حاله بالحياة (٢٥٠) .

ومفاد ذلك أن شخصية الجنين في بطن أمه هي شخصية محتملة ، يتوقف ثبوتها القطعي على تمام ولادته حيا ، فإن تحقق ذلك ، فإن الجنين يعتبر شخصا منذ لحظات الحمل الأولى .

وقد تبنى هذا الرأي المشرع السوداني ، حيث نصت المادة ١/١٨ من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤ على أن " تبدأ شخصية الإنسان عند الحمل به بشرط تمام ولادته حيا وتنتهي بموته " .

ويبدو أن محكمة التمييز الأردنية كذلك قد تبنت هذا الرأي فقد حكمت في أحد أحكامها ، وذلك في دعوى تتلخص وقائعها في أن أحد الأشخاص توفي في حادث سير ، وكانت امرأة هذا الرجل حاملا بطفلة ، وتم الصلح بين أهل المتوفى وشركة التأمين ، وبعد ولادة الطفلة أقامت دعوى عن طريق وكيلها للمطالبة بالتعويض عن الضرر المادي والأدبي الذي أصابها نتيجة فقدانها لوالدها ، وقد رأت محكمة التمييز أنها تستحق التعويض عن الضرر المادي والأدبي الذي أصابها نتيجة فقدانها والدها ، حيث جاء في حيثيات الحكم " أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا ، ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن التي يعينها القانون هي أن للجنين أهلية وجوب قاصرة على صلاحيته لكسب الحقوق النافعة له نفعاً محضاً ، فإذا ولد حيا اعتبر شخصا من وقت الحمل ، وإذا ولد ميتا اعتبر كأن لم يكن " .

وقد أضافت المحكمة " إن ما يكسبه الجنين من حقوق يكون موقوفا على شرط تمام ولادته حيا ، وحيث أن الطفلة - حنين- قد ولدت حية فإنها تأخذ حقوقها من وقت الحمل " (٢٥١)

وهذه الحقيقة لا تخالف ما ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامي في التفرقة في بعض الأحكام بين الحمل الذي نفخت فيه الروح ، والحمل الذي لم تنفخ فيه الروح بعد ؛ وذلك لأن هناك فرقا بين الروح والحياة (٢٥٢) . ففقهاء الشريعة الإسلامية يعترفون بحياة الجنين قبل نفخ الروح فيه ، وكذلك يعترفون له بالعديد من الحقوق في تلك الفترة ، فهو مخلوق حي في طور الإعداد لاستقبال الروح الإنسانية (٢٥٣) .

وبداية الشخصية القانونية منذ الحمل ، يستلزم تحديد وقت الحمل أي وقت بداية الشخصية أو التاريخ الذي يرتد إليه حقوق الحمل متى ولد حيا وفقا للفقه التقليدي (٢٥٤) . ولا يوجد خلاف بين الفقهاء المسلمين في أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر مستدلين في ذلك

(250) د. رشاد صالح رشاد زيد الكيلاني ، مرجع سابق ، ص ٢١ .

(251) محكمة التمييز الأردنية : تمييز حقوق ٢٠٠٢/٤٩ هيئة عامة ، تاريخ ٢٥/٤/٢٠٠٢ ، منشورات عدالة . أشار لهذا الحكم د. جعفر محمود علي المغربي ، الحماية المدنية للجنين ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، مج ٣٠ ، ع ٢٤ ، يونيو سنة ٢٠٠٦م ، ص ١٣٥ .

(252) أ.عمر غانم ، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي ، دار الأندلس الخضراء ، جدة ، السعودية ، ط ١ ، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م ، ص ١٤٤ .

(253) د.محمد نعيم ياسين ، مرجع سابق ، ص ٩٢ : ٩٣ .

(254) د.حسام الأهواني ، مرجع سابق ، رقم ٤٩٥ ص ٤٤٥ .

بالنصوص القرآنية ، حيث قال تعالى في سورة الأحقاف ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ﴾^(٢٥٥) ، وقال تعالى في سورة لقمان ﴿ وفصاله في عامين ﴾^(٢٥٦) . ووجه الاستدلال بهاتين الآيتين الكریمتين أن الله تعالى جعل مدة الفصال ؛ أي الرضاع أربعة وعشرون شهرا ؛ وجعل مدة الحمل مع الرضاع ثلاثين شهرا ، وبطرح مدة الرضاع من مدة الحمل والرضاع يكون الناتج ستة أشهر ، وهي أقل مدة للحمل^(٢٥٧) .

كذلك فقد جاء الطب الحديث ليؤكد من خلال التجارب العلمية ، أن أقل مدة يمكن أن يعيشها المولود إذا ولد : هي ستة أشهر ، على أن قليلا ما يعيش مثل هذا المولود^(٢٥٨) .

أما بالنسبة إلى أقصى مدة للحمل ، فقد كانت محل خلاف بين الفقهاء المسلمين ، وقد أوصلها بعضهم إلى أربع سنوات . ومذهب الحنفية إن أقصى مدة للحمل سنتان^(٢٥٩) .

أما في الطب الحديث ، فإن أقصى مدة للحمل للطبيعي هي تسعة أشهر يمكن أن يضاف إليها من أسبوعين إلى شهر في الحد الأقصى^(٢٦٠) .

وبالرجوع إلى القانون المصري ، نجد أنه قد أخذ بالقول الذي يرى أن أقصى مدة للحمل هي ٣٦٥ يوما (مادة ١٥ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية)^(٢٦١) .

(255) الآية (١٥) من سورة الأحقاف .

(256) الآية (١٤) من سورة لقمان .

(257) وقد جاء في كتاب أحكام القرآن " روي أن امرأة تزوجت فولدت لستة أشهر من يوم تزوجت ، فأتى بها عثمان ، فأراد أن يرحمها ، فقال ابن عباس لعثمان : إنها إن تخاصمكم بكتاب الله تخصمكم ؛ قال الله U ﴿ وَحَمَلَهُ وَفِصَالَهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ الآية (١٥) من سورة الأحقاف . وقال : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يَرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ﴾ الآية ٢٣٣ من سورة البقرة ؛ فالحمل ستة أشهر ، والفصال أربعة وعشرون شهرا ؛ فخلى سبيلها . وفي رواية أن علي بن أبي طالب قال له ذلك " . انظر : أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي (٥٤٣ هـ) ، أحكام القرآن ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط ٣ ، ٢٠٠٣م - ١٤٢٤ هـ ، القسم الرابع ، ص ١٢٦ . وجاء بحكم لمحكمة النقض المصرية " اتفق الفقهاء على أن الزنا لا يثبت به نسب ، ورتبوا على ذلك عدم ثبوت نسب من جاءت به الزوجة لأقل من ستة أشهر من تاريخ عقد الزواج لما أجمعوا عليه من أن هذه المدة هي أقل مدة حمل أخذاً من قول الله تعالى " وحمله وفصاله ثلاثون شهرا " وقوله تعالى في آية أخرى " وفصاله في عامين " فبإسقاط مدة الفصال الواردة في الآية الأخيرة من مدة الحمل والفصال الواردة بالآية الأولى يتبقى للحمل ستة أشهر . وفرع الفقهاء على ذلك أنه إذا تزوج رجل امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من زواجها لا يثبت نسبه إليه لأن العلوق سابق على النكاح بيقين فلا يكون منه . ومن الراجح في مذهب الحنفية الواجب الاتباع عملاً بنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية سريان هذه القاعدة ولو كان العلوق من نفس الزوج نتيجة الزنا ، فيحق للزاني أن ينكح مزنيته الحبلية منه ويحل له أن يطأها في هذا النكاح ولكن لا يثبت نسب الولد إليه إذا أنت به لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد عليها لأنه لم يكن وليد حمل تام ما لم يدع هو النسب ولم يقل أنه من زنا " . انظر : نقض " دائرة الأحوال الشخصية " ٢٤ من يونيو سنة ١٩٩٧ طعن رقم ١٩٤ لسنة ٦٣ ق ، مجموعة المكتب الفني س ٤٨ ق ١٨٨ ص ٩٨٩ .

(258) د.محمد على البار ، خلق الإنسان بين الطب والقرآن ، مرجع سابق ، ص ٤٥١ .

(259) السرخسي ، المبسوط ، ج ١٧ ص ١٣٦ .

(260) أ.عمر غانم ، مرجع سابق ، ص ٧٥ .

ولا يمكن تحديد مدة الحمل تحديدا دقيقا ، وإنما يحدد على أساس أنه وقع خلال فترة زمنية ، وعلى ذلك فإن من يولد حيا يفترض أن حمليه يرجع إلى مدة تتراوح بين ستة أشهر أو عام سابق على الميلاد . وفي إطار هذه الحدود يكون تحديد تاريخ بدء الحمل باللجوء إلى الخبرة الطبية (٢٦٢) .

فإن تعذر ذلك، أو ثار الشك أو الخلاف حول تاريخ بدء الحمل فيجب الاعتداد بأطول مدة للحمل أي سنة سابقة على الميلاد . فالاعتداد بأطول مدة يكون أصح وأفضل للطفل ، فكما طالبت مدة الحمل ، فإن الشخصية تبدأ مبكرا (٢٦٣) ، وغنى عن البيان أن بداية الشخصية مبكرا تمكن الطفل من التمتع بحقوق يحرم منها لو قصرت مدة الحمل .

وفي حال التلقيح الاصطناعي، بالنسبة لأطفال الأنابيب (٢٦٤) (٢٦٥) ، فقد اختلف الرأي حول بدء الحمل ، هل من تاريخ بدء الإخصاب في الأنبوبة أم من تاريخ نقل النطفة المخلقة إلى الرحم (٢٦٦) .

(261) وقد جاء بالملحوظة التفسيرية لهذا المرسوم " أن وزارة العدل رأت عند وضع هذا القانون أخذ رأي الأطباء في المدة التي يمكنها الحمل ، فأفاد الطبيب الشرعي بأنه يرى أنه عند التشريع يعتبر أقصى مدة الحمل ٣٦٥ يوما حتى يشمل جميع الأحوال النادرة ، وعلى هذا الأساس ورد نص المادة ١٥ من هذا القانون " ، وتنص هذه المادة على أن " لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة " .

(262) خصوصا بعد تطور استخدام الأشعة بالموجات فوق الصوتية . وتحسب بداية الحمل عادة في الفترة ما بين الحيضة الأخيرة وبدء انقطاع الحيض بسبب الحمل .

(263) د. حسام الأهواني ، مرجع سابق ، رقم ٤٩٥ ص ٤٤٥ .

(264) أو جنين الأنابيب كما يطلق عليه البعض . انظر : د. خالد جمال أحمد حسن ، النظام القانوني للتلقيح خارج الرحم ، دراسة تحليلية للمركز القانوني لجنين الأنابيب ، دون ناشر ، ٢٠١٤م - ١٤٣٥هـ .

(265) ويتم التلقيح الاصطناعي الداخلي باستدخال المني من الذكر إلى الجهاز التناسلي للأنثى ، أما التلقيح الاصطناعي الخارجي فيتم فيه تلقيح البويضة (البويضة) من المرأة خارج جهازها التناسلي ويتم التلقيح بماء الذكر ، فإذا ما تم التلقيح أعيدت البويضات الملقحة إلى رحم المرأة أو رحم امرأة أخرى ، والنوع الأخير من التلقيح يطلق عليه طفل الأنبوب ، د. زهير أحمد السباعي ، د. محمد علي البار ، الطبيب أدبه وفقهه ، دار القلم - دمشق ، دار الشامية - بيروت ، ط ١ ، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م ، ص ٣٣٨ و ٣٤١ ؛ ، د. خالد جمال ، النظام القانوني للتلقيح خارج الرحم ، مرجع سابق ، ص ٦ هامش رقم (٢) ؛ أ. ناهدة بقمصي ، الهندسة الوراثية والأخلاق ، عالم المعرفة ، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب ، الكويت ، يونيو ١٩٩٣ ، ص ٧٦ - ٨٠ . واللجوء للتلقيح الصناعي يكون لدواعي جديّة تتعلق بالزوجين معا أو بأحدهما كضعف قدرة الخصية في إنتاج الحيوانات المنوية بالنسبة للرجل أو وجود انسداد في قناة فالوب بالنسبة للمرأة مما يحول دون الإخصاب . د. سليمان النحوي ، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ١ ، السنة الجامعية ٢٠١٠-٢٠١١م ، ص ٦٩ .

(266) حيث يرى غالبية الفقهاء أن الحماية القانونية للجنين يجب أن تبدأ مع بدء حياته كنطفة أمشاج لأي منذ اللحظة الأولى لتمام عملية التلقيح ، وتستمر ثابتة له طوال مراحل نموه داخل الرحم وحتى تمام ولادته حيا لتنتهي عند ذلك حمايته كجنين وتبدأ على إثر زوالها حماية قانونية جديدة بوصفه إنسانا كامل الإنسانية أو البشرية . انظر على سبيل المثال : د. محمود نجيب حسني ، مرجع سابق ، ص ٥٧٧ ، وفيما يعني أن جنين الأنابيب ينعم خلال فترة وجوده في الأنبوب بالحماية القانونية المقررة بالجنين . انظر مثلا: د. خالد جمال ، النظام القانوني للتلقيح خارج الرحم ، مرجع سابق ، ص ١٠٣ =

وفي مجال إثبات الحمل يجوز للزوجة اللجوء إلى القضاء المستعجل لإثبات الحمل المستكن حيث يجوز لها طلب توقيع الكشف الطبي عليها لإثبات الحمل حفاظا على حقوقه المالية . ولكن لا يجوز لغير الزوجة اللجوء إلى القضاء المستعجل لإثبات حالة المعاشرة الزوجية ، لأن مثل هذا الطلب ينطوي على طلب إلزام الزوجة بتقديم دليل ضد نفسها عن طريق الاعتداء على حرمتها وشخصها وتعقبها لإجراء الكشف الطبي كرها عنها رغبة في إثبات حالتها الجنسية ، (حامل من عدمه) ، فضلا عما في ذلك الطلب من إهدار لأدميتها واعتداء على كرامتها الإنسانية (٢٦٧) .

التكليف القانوني لحقوق الجنين :

انتهينا إلى أن للجنين شخصية قانونية وإن كانت غير مستقرة ، فهي تستقر بتمام ولادته حيا وتزول بأثر رجعي إن ولد ميتا ، بحيث يعتبر وكأن لم يكن . وإن هذا القول يستدعي البحث حول التكليف القانوني لما يثبت للجنين من حقوق خلال مدة الحمل ، هل هي من الحقوق المستقلة غير الموجودة ، بيد أن وجودها معلق على شرط واقف ، ألا وهو تمام ولادة الجنين حيا ، أم أنها من الحقوق الموجودة غير أن زوالها معلق على شرط فاسخ ، ألا وهو ولادة الجنين ميتا ، أم أنها من الحقوق الاحتمالية التي ينصب الاحتمال فيها على تحقق مسألة جوهرية وأصلية وليست عارضة مؤقتة ، ألا وهي تمام ولادة الجنين حيا ، وذلك كله على التفصيل التالي :

الرأي الأول : حقوق الجنين حقوق معلقة على شرط واقف :

يرى أصحاب هذا الرأي أن ثبوت الشخصية القانونية للجنين معلق على شرط واقف وهو تمام ولادته حيا ، وبحسب هذا القول فإن الشخصية القانونية للجنين تكون غير مستقرة إلى أن يولد حيا ، فإذا ولد حيا (تحقق الشرط الواقف) كانت له شخصية قانونية منذ الحمل ، أما إذا ولد ميتا (تخلف الشرط الواقف) اعتبر كأن لم يكن .

وعلى ذلك - ووفقا لهذا الاتجاه - فإن حقوق الجنين خلال مدة حملهم مجرد حقوق مؤقتة ، أي حقوق معلق وجودها على شرط واقف ، ويسمى الحق حينئذ بالحق الشرطي (٢٦٨) ، لأنه حق مشروط في وجوده واكتساب صاحبه له وهو الجنين - على واقعة مستقبلية غير محققة الوقوع (أي قد تقع وقد لا تقع) ألا وهي ولادة الجنين كاملا وانفصاله حيا عن بطن أمه (٢٦٩) فإذا ثبتت ولادته الكاملة وهو ميت أعيد توزيع هذه الحقوق الموقوفة على أساس أن الحمل لم يكن موجودا أبدا (٢٧٠)

=بينما يميل بعض الفقهاء إلى نفي صفة الجنين عن النطفة الملقحة خارج الرحم ، وأنه لا ينبغي أن تسري عليها أحكامه . انظر في عرض ذلك . د. محمد المرسي زهرة ، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية ، مرجع سابق ، ص ٩٩ - ١٠٣ .

(267) انظر : د. حسام الأهواني ، مرجع سابق ، رقم ٤٩٥ ص ٤٤٦ . وانظر كذلك : نقض مدني ٢١ من يونيه سنة ١٩٥٦ طعن رقم ٤٣٠ لسنة ٢٢ ق ، مجموعة المكتب الفني س ٧ ق ١٠٣ ص ٧٣٧ ، والذي جاء به أنه " إذا كان المقصود من الطلب المرفوع إلى قاضي الأمور المستعجلة بإثبات حالة المعاشرة الزوجية هو إلزام الزوجة بتقديم دليل ضد نفسها عن طريق الاعتداء على حرمتها وشخصها فإن هذا الطلب يكون غير مقبول" .

(268) د. عبد الحي حجازي ، نظرية الحق ، دون ناشر ، ط ٢ ، ١٩٥١ - ١٩٥٢ ، ص ١٠٠ .

(269) د. عبد المنعم الصدة ، أصول القانون ، مرجع سابق ، رقم ٢٦٤ ، ص ٣٤١ : ٢٤٢ ؛ حسام لطفي ، المدخل للعلوم القانونية ، مرجع سابق ، ص ٦٤٩ ، د. شكري سرور ، مرجع سابق ، =

ويبدو أن محكمة التمييز الأردنية كذلك قد تبنت هذا الرأي ، حيث حكمت بأن " ما يكسبه الجنين من حقوق يكون موقوفاً على شرط تمام ولادته حياً ، وحيث أن الطفلة - حنين- قد ولدت حية فإنها تأخذ حقوقها من وقت الحمل " (٢٧١).

وتبدو أهمية القول بفكرة الشرط الواقف عند أصحاب هذا الرأي في أن الجنين بولادته تتأكد شخصيته القانونية بأثر رجعي من وقت الحمل ، وإن ولد ميتاً يعتبر كأن لم يكن . فهو يفسر الظواهر القانونية تفسيراً صحيحاً ، إلا أنه يؤخذ على هذا الرأي :

١- إن فكرة الشرط الواقف هي أمر اختياري متوقف على إرادة الملتزم ، والتعليق في حالة الجنين لا يرجع إلى إرادة الأفراد ، وإنما إلى حكم القانون.

٢- الشرط الواقف دائماً أمر عارض لا يلحق الحق إلا بعد تكامل عناصره فيضاف إليه ويمكن تصور الحق بدونه ، وميلاد الطفل أمر أصلي لا يمكن تصور الحق بدونه.

وقد أوضحت محكمة النقض المصرية ذلك ، بقولها " الشرط الواقف من شأنه أن يوقف نفاذ الالتزام إلى أن تتحقق الواقعة فيكون الالتزام في فترة التعليق موجوداً ، غير أن وجوده ليس مؤكداً (٢٧٢) ، وأحكام هذا الشرط الواقف إنما تقتصر على الشرط الذي ينشأ عن إرادة الملتزم ، أما إذا كان القانون هو الذي فرض الشرط وعلق عليه حكماً من الأحكام فذلك لا يعتبر شرطاً بمعناه الصحيح ، إذ الشرط أمر عارض لا يلحق الحق إلا بعد تكامل عناصره فيضاف إليه ويمكن تصور الحق بدونه ، وذلك بعكس الشرط الذي يكون القانون مصدره ، لأنه في هذه الحالة يعد عنصراً من عناصر الحق ذاته ولا يتصور قيام الحق بدونه " (٢٧٣).

كما حكمت بأنه " إذا كان القانون هو الذي قرر الشرط وعلق عليه حكماً من الأحكام فإنه يعد عنصراً من عناصر الحق ذاته ولا يتصور قيام الحق بدونه ، ومن ثم لا يوجد الحكم المشروط ولا يثبت إلا عند تحقق شرطه أما قبله فلا لأن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر " (٢٧٤).

رقم ١٦٨ ص ١٥٠ د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، المدخل للعلوم القانونية ، مرجع سابق ، رقم ٢٧٥ ص ص ٦٦٠ : ٦٦١ . د. محمود جمال الدين زكي ، دروس في مقدمة الدراسات القانونية ، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ، القاهرة ، ط ٢ ، ١٣٨٩ هـ - ١٩٦٩ م ، رقم ٢٦٨ ص ٤١١ .

(270) د. حسام لطف ، المدخل للعلوم القانونية ، مرجع سابق ، ص ٦٤٩ .

(271) محكمة التمييز الأردنية : تمييز حقوق ٢٠٠٢/٤٩ هيئة عامة ، تاريخ ٢٥/٤/٢٠٠٢ ، حُكم مُشار إليه سلفاً .

(272) نقض " دوائر الإجراءات " : ١٨ من يناير سنة ١٩٨٧ طعن رقم ٩١٤ لسنة ٤٣ ق ، مجموعة المكتب الفني س ٢٩ ق ٥٠ ص ٢٣٤ و ١٠ من يناير سنة ١٩٩١ طعن رقم ١٦٧٩ لسنة ٥٤ ق ، مجموعة المكتب الفني س ٤٢ ق ٢٧ ص ١٣٨ ، ونقض مدني : ٢٩ من مايو سنة ١٩٩٦ طعن رقم ٤٢٩١ لسنة ٦٢ ق ، مجموعة المكتب الفني س ٤٧ ق ١٦٨ ص ٨٩١ و ٢٦ من أكتوبر سنة ٢٠٠٨ طعن رقم ١٥٤٨٧ لسنة ٧٧ ق ، مجموعة المكتب الفني س ٥٩ ق ١٤١ ص ٧٩٣ .

(273) نقض مدني ٢٤ من يناير سنة ١٩٨٥ طعن رقم ٢٠٧٠ لسنة ٥١ ق ، مجموعة المكتب الفني س ٣٦ ق ٣٤ ص ١٤٢ .

(274) نقض مدني ٢٩ من مايو سنة ١٩٩٧ طعن رقم ١١٣ لسنة ٦١ ق ، مجموعة المكتب الفني س ٤٨ ق ١٦٤ ص ٨٤٠ .

ومفاد ذلك أنه إذا كان تمام ولادة الجنين حيا هو أمر اشترطه القانون لإمكان ثبوت الشخصية القانونية للجنين ، وثبوت الحقوق المقررة له تبعا لذلك ، فإن هذا التمام - والحال كذلك - يعد من عناصر الحق ذاته لا يتصور قيامه بدونه .

٣- إن فكرة الشرط الواقف مجازا قانونيا وهو إرجاع وجود أمر إلى الماضي لتبرير اكتساب الشخصية القانونية من وقت الحمل (٢٧٥) .

وترتبا على ما تقدم فإن الحقوق المعلقة على شرط ولادة الجنين حيا لا يجوز أن تعتبر مشروطة بشرط واقف (٢٧٦) .

الرأي الثاني : حقوق الجنين حقوق معلقة على شرط فاسخ :

يرى أصحاب هذا الرأي أن ثبوت الشخصية القانونية للجنين معلق على شرط فاسخ، وبحسب هذا القول ، فإن الشخصية القانونية للجنين تثبت له وهو في بطن أمه . غير أن تلك الشخصية تعتبر كأن لم تكن إن ولد ميتا (تحقق الشرط الفاسخ) ، أما إذا ولد حيا (تخلف الشرط الفاسخ) تأكدت شخصيته واستقرت.

ومفاد ذلك أن حقوق الجنين - وفقا لهذا الاتجاه - معلقة على شرط فاسخ ، أي حقوق حالة وموجودة ، لكن وجودها معلق على شرط فاسخ ألا وهو عدم ولادة الجنين حيا، ومن ثم إذا ولد الجنين ميتا اعتبر كأن لم يكن ، وأعيد توزيع ما أوقف له بين ورثة مورثه وليس بين ورثته كجنين (٢٧٧) .

وخلاصة هذا الرأي : أن الحقوق التي تثبت للجنين وهو في بطن أمه مشروطة بشرط فاسخ أي أنها حقوق حالة إلا أنها قد تزول بأثر رجعي إذا تحقق ذلك الشرط وهو ولادة الجنين حيا (٢٧٨) .

فشخصية الجنين إذن ثابتة له وهو في بطن أمه ولو أنها شخصية ناقصة ، وكذلك الحقوق المعترف بها للجنين تعتبر حقوقا موجودة . غير أن تلك الشخصية الناقصة وتلك الحقوق المترتبة عليها قد تزول إذا ولد الجنين ميتا ويستند هذا الزوال إلى الماضي بمعنى أن هذه الشخصية وتلك الحقوق تعتبر أنها لم تكن موجودة من قبل ، وهذا هو الأثر الرجعي للشرط الفاسخ (٢٧٩) .

وتبدو أهمية هذا القول عند القائلين به في أمرين : الأول في حماية الجنين ؛ إذ إن الشرط الفاسخ لا يحول دون التمتع الفوري بالحقوق ؛ ذلك أن المشروط بشرط فاسخ يعتبر حالا وموجودا ومؤكدا وناظرا (٢٨٠) مما يكفل الحماية القانونية الفورية للجنين . والثاني : أن

(275) في نفس المعنى : د. عبد الحي حجازي ، مرجع سابق ، ص ١٠٢ .

(276) د. عبد الحي حجازي ، مرجع سابق ، ص ١٠٠ .

(277) د. عبد الحي حجازي ، مرجع سابق ، ص ١٠٢ .

(278) نفس المرجع والمكان السابقان .

(279) د. مصطفى السباعي ، د. عبد الرحمن الصابوني ، الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات ، مطبعة جامعة دمشق ، ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م ، ص ١٢٣ .

(280) في نفس المعنى : د. محمد لبيب شنب ، دروس في نظرية الالتزام ، أحكام الالتزام ، دار نصر للطباعة الحديثة ، ٢٠١١ / ٢٠١٢م ، رقم ٣٢٧ ص ص ٣٢٣ : ٣٢٤ .

القول بفكرة الشرط الفاسخ يغني عن اللجوء إلى المجاز القانوني في فكرة الشرط الواقف بإرجاع أمر إلى وقت لم يكن موجودا فيه^(٢٨١) ، إلا أنه يؤخذ على هذا الرأي :

١- أن التسليم به يؤدي إلى نتيجة تجافي حقيقة الواقع ، ذلك أن الحق المشروط بشرط فاسخ هو حق حال وموجود ، لكن يكون معلقا على شرط فاسخ ، بعكس حقوق الجنين^(٢٨٢) فهي ليست حقوق حالة وموجودة وزوالها معلق على تحقق شرط فاسخ وهو ولادة الجنين ميتا ، وإنما هي حقوق غير موجودة أصلا ، نظرا لأن وجودها ذاته معلق على تمام ولادة الجنين حيا .

٢- أن الشرط الفاسخ يكون دائما عنصرا عرضيا من صنع طرفي العقد مثله في ذلك مثل الشرط الواقف ، في حين أن شرط تمام ولادة الجنين حيا هو شرط فرضه القانون وليس لإرادة الأفراد دخل فيه ، ومن ثم لا يعتبر شرطا بمعناه الصحيح.

الرأي الثالث : حقوق الجنين حقوق احتمالية :

وفقا لهذا الرأي فإن شخصية الجنين شخصية احتمالية ينصب الاحتمال فيها على تمام ولادة الجنين حيا .

وعلى ذلك فإن حقوق الجنين - وفقا لهذا الرأي - حقوق مستقبلية (أي ليست حالة وغير موجودة) ، احتمالية (أي غير مؤكدة) ينصب الاحتمال فيها على عنصر أصيل وهو تمام ولادة الجنين حيا ، إذ لا يتصور وجود الحق بدون تحققه .

ويرى البعض أن هذا الرأي يضع الأمور في وضعها الصحيح من حيث إنه ينزل العنصر الشارط (وهو الولادة حيا) منزلته الصحيحة ، وبذلك يمتاز عن الرأي الأول الذي أنزل عنصر الولادة حيا منزلة العنصر العرضي ، ولكنه مع ذلك لا يرى التعويل على هذا الرأي باعتبار أن الحق المستقبلي إذ ينقلب حقا كاملا بتوافر العنصر الناقص لا يستند إلى الماضي ، والفقهاء المسلمون مجمعون على أن الجنين إذا ولد حيا يعتبر مكتسبا لهذه الحقوق ليس من وقت الولادة حيا فحسب بل كذلك من وقت وفاة المورث ، وينتهي صاحب هذا الرأي إلى القول بأن الحقوق المقررة للجنين هي حقوق ذات وصف خاص^(٢٨٣) .

(281) د. حسام الأهواني ، مرجع سابق ، رقم ٤٩٣ ص ٤٤٢ وما بعدها ؛ د. عبد الحي حجازي : مرجع سابق ، ص ١٠٢ .

(282) د. عبد الحي حجازي ، مرجع سابق ، ص ١٠٢ : ١٠٣ .

(283) د. عبد الحي حجازي ، مرجع سابق ، ص ١٠١ ، ١٠٣ .

الفصل الثاني

المسئولية عن الضرر اللاحق بالجنين نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه

تمهيد وتقسيم :

من المسلم به أنه يتعين تعويض كل ضرر أصاب الغير، باعتبار أن شاغل المشرع المدني هو علاج آثار هذا الضرر.

وعلى ذلك يتعين تعويض كل ضرر يصيب الجنين ، سواء أكان الجنين هو الضحية الرئيسية لهذا الضرر أم كان ضحية غير مباشرة له .

فقد يضر الجنين بصورة غير مباشرة على إثر الإضرار بالأُم الحامل مثلا ، سواء وقع الإضرار عليها من قبل الطبيب المعالج لها أو من قبل زوجها أو من قبل أي شخص آخر ارتكب في مواجهة الأم الحامل سلوكا غير مشروع أضرب بها ثم ارتد أثره على الجنين فأضر بنائه الجسدي أو النفسي . متى كان هذا الضرر محقق الوقوع وكان نتيجة طبيعية للسلوك غير المشروع الصادر عن الشخص المسئول ، سواء أكان هذا السلوك غير المشروع يصدق عليه وصف الخطأ العقدي فانعقدت بسببه المسئولية العقدية أم كان خطأ تقصيريا - لكونه منبت الصلة عن العقد أو لانعدام وجود العقد الصحيح بين المسئول والمضروب - فانعقدت على إثره المسئولية التقصيرية^(٢٨٤).

تطبيقا لذلك إذا أعطى الطبيب المعالج للأُم دواء " Thalidomide " (وهو دواء يستعمل لعلاج القىء وكذلك فيروس الحصبة الألمانية) خطأ فيما بين الأسبوع الخامس والأسبوع التاسع من بداية الحمل ، فأصيب الجنين على إثر ذلك بتشوه خلقي ، كان هذا الطبيب مسئولا عن تعويض الجنين عن هذا التشوه . ذلك أنه من الناحية العلمية يوجد احتمال كبير عند إعطاء الأم هذا الدواء خلال هذه الفترة الزمنية من الحمل من أن يصاب الجنين بتشوه خلقي ، كأن يكون له كفان من غير زراعين أو قدمان من غير ساقين ، وقد يصاب بانسطار العمود الفقري ، أو عدم اكتمال نموه^(٢٨٥).

كذلك فإن الشخص الذي يقوم بضرب امرأة حامل على بطنها فيأتي الطفل معاقا نتيجة هذه الضربة ، فإنه يلتزم بتعويض الطفل عن الضرر الذي لحق به^(٢٨٦).

كما قد يكون الجنين هو الضحية الرئيسية للضرر ، ومثال ذلك خطأ الطبيب أثناء عملية جراحية معينة ، كإصابة الطفل بجروح أثناء عملية التوليد مما أدى إلى إعاقة ، إذ يجوز للطفل أن يطلب التعويض في هذه الحالة^(٢٨٧) ، وكذلك الحال بالنسبة للطبيب الذي

(284) انظر: د. خالد جمال، ماهية الحقوق المدنية للجنين ، مرجع سابق ، ص ١٣٣ هامش رقم (٢) .

(285) انظر: د. أحمد بن محمد مكي الكردي ، كيف أتأكد من صحة جنيني ، ترجمة بتصرف عن (لاكلا دي كرسبني ، راندا ريدج) ، مكتبة العبيكان ، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، ط ١ ، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م ، ص ٢٠ .

(286) د. جعفر المغربي ، مرجع سابق ، ص ١٥١ .

(287) د. شحاته غريب شلقامي ، التعويض عن ميلاد طفل من ذوي الاحتياجات الخاصة ، دراسة تحليلية للتطور القضائي الفرنسي والموقف في القانون المصري والفقهاء الإسلامي ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٤ م ، ص ٧٤ .

يخطئ في تشخيص بعض الإعاقات أو الأمراض التي يمكن علاجها أو التخفيف منها ، فإنه يكون مسئولاً عن تعويض الطفل بعد ولادته^(٢٨٨)، ويعد الطبيب المخطئ مسئولاً في هذه الحالات ولو كان هو والد الطفل المضرور^(٢٨٩) .

كما تقع المسؤولية كذلك - في مجال بحثنا المائل - عن الضرر اللاحق بالجنين نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه على عاتق من تسبب في هذا الفعل ، وتطبيقاً لذلك يستطيع الطفل ، الذي ولد فاقدًا لوالده ، المطالبة بالتعويض من المسئول عن وفاة والده^(٢٩٠) .

وقد يمثل هذا الفعل جريمة مثل جرائم القتل العمد والتي يكون المجني عليه فيها هو أحد والدي الجنين أو جرائم القتل الخطأ والتي تقع إثر حوادث المرور مثلاً ، وقد لا يمثل هذا الفعل جريمة، وفي كلمة واحدة يقصد بهذا الفعل كل فعل ضار أصاب أحد والدي الجنين .

ويمكن القول بأن الفرض محل البحث يتحقق بشكل خاص حال وقوع حادث طريق وأيضا حال وفاة الأمهات أثناء الولادة بعد حدوث خطأ طبي محتمل^(٢٩١) .

ومتى توافرت أركان المسؤولية في جانب المسئول ، فإن الأثر المترتب على ذلك هو التزامه بدفع التعويض الجابر للضرر الذي أصاب الجنين .

وعلى ذلك نقسم دراستنا في هذا الفصل إلى مبحثين ، على النحو التالي :

المبحث الأول : أركان المسؤولية عن الضرر اللاحق بالجنين نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه.

المبحث الثاني : أثر قيام المسؤولية عن الضرر اللاحق بالجنين نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه.

(288) د.جعفر المغربي ، مرجع سابق ، ١٥٠ .

(289) في نفس المعنى : د. خالد جمال ، ماهية الحقوق المدنية للجنين ، مرجع سابق ، ص ص ١١٤ : ١١٥ .

(290) د.جعفر المغربي ، مرجع سابق ، ١٥١ .

(291) V . " La Cour de Cassation consacre l'indemnisation du préjudice moral de l'enfant à naître " .

<https://www.vjp-avocat.com/fr/actualites/id-47-indemnisation-prejudice-moral-enfant-ne>

المبحث الأول

أركان المسؤولية عن الضرر اللاحق بالجنين نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه

تمهيد:

يشترط لقيام المسؤولية تقصيرية كانت أو عقدية توافر أركان ثلاثة الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما .

وقد نصت المادة ١٦٣ من القانون المدني المصري على أن "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض" ، ويبين من هذا النص أن عناصر المسؤولية المدنية هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية (٢٩٢) .

ومن الملاحظ أن قواعد المسؤولية المدنية بنوعها العقدي والتقصيري ذات نطاق واسع ورحب يتسع لاستيعاب كافة مظاهر وصور الخطأ العقدي والتقصيري ، بحيث لا يتصور معها إفلات مرتكب الخطأ من خطئه الذي أضر بغيره ، وذلك باعتبار أن المسؤولية أيا كانت طبيعتها أو نوعها (أي سواء أكانت عقدية أم تقصيرية) تخضع للمبدأ العام الذي رددته المادة ١٦٣ مدني مصري - سالف الذكر - وهو كل خطأ يسبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض .

وعلى ذلك يشترط لتعويض الجنين عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه توافر أركان المسؤولية في جانب المسئول ، فيما يعني أنه متى توافرت هذه الأركان وجب التعويض . ولا يمكن رفض طلب التعويض بحجة أن الخطأ قد وقع في الفترة التي كان فيها المضرور جنيناً ، مما يعني أنه لم يكن يتمتع بالشخصية القانونية في تلك الفترة ، باعتبار أن الجنين - وفقاً للرأي الذي أيدناه - له شخصية قانونية منذ الحمل . وسوف نعرض لمدى توافر هذه الأركان بالقدر الذي تقتضيه الدراسة، وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول

ركن الخطأ

لا جرم أنه حال وقوع أي مظهر من مظاهر الاعتداء على الغير تتعقد في إطار القانون الوضعي مسؤولية المعتدي مدنياً عن خطأه العقدي أو خطئه التقصيري (بحسب طبيعة مسؤوليته المدنية) فيلتزم على إثر ذلك بتعويض المضرور عن الضرر اللاحق به .

ويغلب أن يكون خطأ المسئول عن الفعل الضار الذي ارتكبه وأدى إلى إصابة أحد والدي الجنين بالضرر من قبيل الخطأ التقصيري ، ولا تقوم المسؤولية التقصيرية - كما قدمنا- إلا بتوافر أركانها الثلاثة من خطأ ثابت في جانب المسئول إلى ضرر واقع في حق المضرور وعلاقة سببية تربط بينهما .

ويعرف الخطأ التقصيري بأنه الإخلال بواجب قانوني عام مقترن بإدراك المخل بهذا الواجب ، فيما يعني أن هذا الخطأ يقوم على ركنين ؛ أولهما : مادي وهو التعدي ويتمثل

(292) نقض جنائي ١٤ من سبتمبر سنة ١٩٩٧ م طعن رقم ٢٧١٥ لسنة ٦٥ ق ، مجموعة المكاتب الفني س ٤٨ ق ١٣٩ ص ٩٠٦ .

في الإخلال بواجب قانوني سواء مما تفرضه النصوص التشريعية أو تلك التي تستمد من المبادئ العامة، ويتحدد مدى هذه الواجبات بمسلك الرجل المعتاد ، وقد يكون عمديا ، كما قد يكون إهمالا ، وقد يكون جسيما كما قد يكون يسيرا ، وإيجابيا أو سلبيا في صورة امتناع ، والثاني: معنوي أو نفسي وهو الإدراك ويتمثل في اشتراط أن يكون من يُنسب إليه الخطأ مميزا . وإذا كان التعدي كعمل مادي يعتبر من مسائل الواقع ، إلا أن وصفه القانوني بأنه تعدٍ لأنه انحراف عن المألوف من سلوك الشخص العادي المدرك لأفعاله يعتبر من مسائل القانون^(٢٩٣) التي تخضع بالتالي لرقابة محكمة النقض .

وعلى ذلك يتحقق الخطأ التقصيري في جانب المسئول - في مجال دراستنا - متى توافر ركنيه - في الفعل الضار الذي أصاب أحد والدي الجنين - وهما التعدي والإدراك ويستوي أن يكون هذا الخطأ عمديا أو إهمالا ، جسيما أو يسيرا ، وإيجابيا أو سلبيا في صورة امتناع . فثمة التزام يفرض على الكافة عدم الإضرار بالغير ، ومخالفة هذا النهي هي التي ينطوي فيها الخطأ ، ويقتضي هذا الالتزام تبصرا في التصرف يوجب إعماله بذل عناية الرجل العادي المدرك لأفعاله ، فإذا انحراف في سلوكه عن المألوف في سلوك الشخص العادي فقد تعدى وثبت عليه الخطأ بما يرتب المسؤولية في ذمته^(٢٩٤) .

والقاعدة أنه إذا اختلف وقت تحقق الضرر عن وقت الفعل المعتبر أساسا للمسؤولية التقصيرية ، فالعبرة هي بوقت تحقق الضرر ، باعتبار أن أهمية الخطأ في قيام هذه المسؤولية محدودة ، فالخطأ قد يكون مفترضا ، بل قد ينبني الحق في التعويض على مجرد تحمل التبعة^(٢٩٥) .

وعلى ذلك إذا كانت بعض الأضرار التي تلحق بالجنين لا تتحقق وقت وقوع الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه ، وإنما تتحقق في وقت لاحق بعد تمام ولادته فالعبرة بالوقت الأخير .

وقد يكون هذا الخطأ مفترضا في بعض الحالات ، بل قد ينبني الحق في تعويض الجنين - عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه - على مجرد تحمل التبعة .

(293) نقض مدني ١٣ من مارس سنة ٢٠١٢ طعن رقم ١٥٢٦٠ لسنة ٧٩ ق ، المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية في الفترة من أول أكتوبر ٢٠١١ لغاية سبتمبر ٢٠١٢ ، إصدارات المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية ، القاهرة ، نوفمبر سنة ٢٠١٢ ، ق ١٢٢ ص ١٤١ .

(294) نفس الحكم المشار إليه بالهامش السابق .

(295) نقض مدني ١٤ من مايو سنة ٢٠١٥ طعن رقم ٨٠١٦ لسنة ٨٤ ق ، حكم منشور على الموقع المعلوماتي لمحكمة النقض .

تطبيقا لذلك وفي تعويض حوادث السيارات عن حالات الوفاة أو العجز الكلي المستديم أو العجز الجزئي المستديم تلتزم شركة التأمين بأداء مبلغ التأمين إلى المضرور أو ورثته ، وبغض النظر عن توافر ركن الخطأ في جانب مرتكب الحادث اكتفاء بتحقيق الخطر المؤمن منه والمتمثل في الضرر الذي يلحق المستفيدين من هذا التأمين ، دون حاجة إلى اللجوء للقضاء ضمانا لأن تبسط التغطية التأمينية مظلتها تخفيفا للعبء عن كاهل المضرورين من طول إجراءات التقاضي لإثبات الخطأ في جانب المسئول . انظر : نقض مدني ٢٦ من مايو سنة ٢٠١١ طعن رقم ١٨٩٦ لسنة ٨٠ ق ، المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية في الفترة من أول أكتوبر ٢٠١٠ لغاية آخر سبتمبر ٢٠١١ ، إصدارات المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية ، القاهرة ، نوفمبر سنة ٢٠١١ ، ق ٣٢ ص ٥٥ .

وقد يكون خطأ المسئول عن إصابة أحد والدي الجنين بالضرر من قبيل الخطأ العقدي ، ويلزم لقيام المسئولية في هذه الحالة وجود علاقة عقدية بين المسئول والمضرور ، فضلا عن كون الفعل الذي ارتكبه المسئول يمثل إخلالا بالالتزام العقدي الملقى على عاتق المسئول .

ونشير إلى أنه إذا كان تقدير الخطأ المستوجب لمسئولية مرتكبه جنائيا أو مدنيا مما يتعلق بموضوع الدعوى ولا يقبل المجادلة فيه أمام محكمة النقض^(٢٩٦) ، إلا أن تكييف قاضي الموضوع للأفعال المؤسس عليها طلب التعويض بأنها خطأ أو نفي هذا الوصف عنها هو من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة النقض^(٢٩٧) .

المطلب الثاني

ركن الضرر

من المقرر أن الضرر هو حجر الزاوية في قيام الحق في التعويض ، وهو على نوعين ؛ مادي : وهو الذي يترتب على الإخلال بحق أو مصلحة مادية مشروعة ، وأدبي : وهو الذي يترتب على الإخلال بحق أو مصلحة معنوية مشروعة، ويشترط في الضرر ماديا كان أم أدبيا شروطا ثلاثة ، ونشير إليها في إيجاز وبالقدر الذي تقتضيه الدراسة ، على النحو التالي :

الشرط الأول : أن يكون الضرر محققا :

ولا يعني ذلك أن يكون الضرر حالا ، أي وقع فعلا ، وإنما يمكن أن يكون مستقبلا شريطة أن يكون وقوعه أكيدا . أما إذا كان الضرر محتملا فلا يمكن التعويض عنه . والضرر الذي وقع فعلا هو الضرر الذي تحدد سببه وآثاره كلها . في حين أن الضرر المستقبل هو ضرر تحدد سببه إلا أن آثاره كلها أو بعضها قد تراخت إلى المستقبل^(٢٩٨) .

الشرط الثاني : أن يكون الضرر شخصيا :

ويعني ذلك أن يكون الضرر قد أصاب من يطالب بالتعويض عنه . ويعد الضرر المرتد ضررا شخصيا بالنسبة لمن ارتد عليه .

الشرط الثالث : أن يكون الضرر مباشرا :

والضرر المباشر هو ما يكون نتيجة طبيعية لخطأ المسئول إذا لم يكن من الاستطاعة توقيه ببذل جهد معقول.

وقد أيدنا الرأي القائل باعتبار الجنين شخصا قانونيا منذ الحمل ، ومن ثم تكون له الشخصية المستقلة عن شخصية أمه . وتطبيقا لذلك فإن الجنين يتمتع بحماية سلامة جسمه منذ الحمل ، ويتمتع بذلك كحقوق مباشر له وليس من خلال حقوق أمه ، فهناك استقلال بين

(296) نقض جنائي ١٠ من ديسمبر ١٩٧٣ م ، طعن رقم ١٠١٤ لسنة ٤٣ ق ، مجموعة المكتب الفني ٢٤٦ ع ٣ ق ٢٤٦ ص ١٢١٣ .

(297) نقض مدني ٢٦ من أكتوبر سنة ٢٠٠٨ طعن رقم ١٥٤٨٧ لسنة ٧٧ ق ، حكم مُشار إليه سلفاً .

(298) د . سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني - ١ - ، في الالتزامات ، مج ١ ، في الفعل الضار والمسئولية المدنية ، القسم الأول ، الأحكام العامة ، ط ٥ ، ١٩٩٢ م ، رقم ٦٢ ص ١٣٩ .

شخصية الأم وشخصية الحمل^(٢٩٩)، فالطب الحديث يتيح علاج الجنين وإجراء جراحات له^(٣٠٠)، ومن ثم لا يجب المبالغة في اعتبار الجنين مجرد جزء من أمه لأن هذا يحول دون

(299) انظر : أ. سلام عبد الزهرة الفتلاوي ، أثر التطور العلمي على توسع المفهوم القانوني للجنين ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون ، جامعة بابل ، العراق ، مج ٩ ، ع ٢ ، ٢٠١٧ م ، ص ص ٢٤٤ : ٢٤٥ ، حيث يرى أن الجنين كاننا بشريا مستقلا عن أبيه ، ولا يكون جزءا منهما أو من أحدهما ، وغير مملوك لهما ، وقد ساق لصحة ذلك الأدلة الآتية :

- ١- لا يمكن أن يكون الجنين جزءا من الأم صاحبة البويضة ، لنجاح عمليات الإخصاب خارج جسدها ، فلم يعد نمو الجنين متوقفا على الأم صاحبة البويضة ، إذ يمكن زراعته في رحم بديلة.
- ٢- ولوج الروح في الجنين دليل على أنه كائن مستقل عن أمه ، وليس من الممكن حلول أكثر من روح في جسد واحد.
- ٣- الجناية على الجنين تعد جنائية على نفس محترمة ، وتعد جنائية على جسد الجنين وهو غير جسد الأم ، كما أن دية المرأة واحدة أما دية الجنين فإن مقدارها يختلف باختلاف المرحلة العمرية له.
- ٤- في الميراث يتم عزل حصة الجنين له مستقلة وليس مع أمه .
- ٥- تجوز الوصية للجنين مستقلا عن أمه .

٦- من الناحية التكوينية لم يمتلك الجنين صفات أي عضو من أعضاء الأم ليكون جزءا منها ، وفي آخر مراحل الحمل يكون بشكل إنسان كامل ولكنه أصغر حجما ، وبهذا يكون نظيرا لأمه وليس جزء منها .

٧- للجنين أهلية وجوب ناقصة ويدل هذا على استقلاليته عن أبيه ، اللذين يكونا كاملتي الأهلية عادة.

٨- لا يمكن تصور كون الجنين جزءا من أبيه ، باعتبار أنه بخروج الحيوان المنوي وتتمام عملية الإخصاب يخرج عن كونه من أجزاء جسم الأب ، هذا إلى أن الحيوان المنوي يعتبر من منتجات الجسم البشري وليس من أعضائه.

٩- لا يمكن تصور أن يكون الجنين جزءا من الأبوين معا ، باعتبار استحالة أن يكون جزءا من جسدين مستقلين عن بعضهما .

(300) " ومن أوائل البشر الذين أجريت لهم عملية جراحية تصحيحية خارج الرحم كان جنينا يبلغ من العمر ٢١ أسبوعا ويعانى من انسداد بولي أظهره كشف بالموجات فوق صوتية في برنامج لعلاج الأجنة أجري في جامعة كاليفورنيا بسان فرنسيسكو ، وقد أوضح هذا الكشف قلة في السائل الأمنيوتي الذي يتكون أساسا من بول الجنين ، والذي يعني قلته عدم قدرة الجنين على إخراج البول وأخرج هذا الجنين المصاب جزئيا من بطن أمه وأعيد تشغيل حالبيه وأعيد مرة أخرى إلى مكانه ، وقد تمكن هذا الجنين من إكمال نموه حتى الولادة ولكنه مات بعد ٩ ساعات من ولادته بعملية قيصرية نتيجة لإصابة رئتيه إصابة لا يمكن شفائها من تراكم البول الذي عانى منه في فترة نموه الأولى قبل إجراء العملية واعتبرت هذه العملية الجراحية ناجحة من الناحية الطبية ولكنها أجريت في فترة متأخرة نسبيا فلم تمكن من إنقاذ الجنين المريض.

وعند فحص ربة بيت أمريكية من متشجان تدعى ترى بنيت بالموجات فوق الصوتية أظهرت الصورة أن جنينها يعاني من استسقاء بالمخ مما جعل رأسه يبدو ككرة قدم منتفخة مما يهدد بإصابة الجنين بتخلف عقلي يجعله نزيل المؤسسات العلاجية مدى الحياة ما لم يقرر الأبوان الكاثوليكين الموافقة على إجهاض الأم . وقد بحث الزوجان عن حل بديل حتى وصلا إلى مركز أبحاث الصحة بجامعة كلورادو حيث أدخلت أنبوبة شبيهة بالمكرونة الاسباجتي ذات صمام ذو اتجاه واحد من خلال إبرة ملفوفة إلى جمجمة الجنين لتكون ممرا لخروج السائل الضاغط على المخ إلى السائل الأمنيوتي المحيط بالجنين وقد أجريت هذه العملية دون فتح الرحم حيث أخترقت الإبرة الأم ثم الجنين واستعان فيها الجراحين بحاسة اللمس والموجات فوق صوتية فقط . وقد نجحت هذه العملية وعاش الجنين وبدا طبيعيا . .. وقد وضعت أمه كتابا مصورا سجلت فيه بداية حياته في ثمانين صفحة.

ومن أغرب العمليات الجراحية الجنينية عملية الإجهاض الاختياري التي أجريت في عام ١٩٨١ في مستشفى الولادة بنيويورك حين علمت الأم من اختبارات مبكرة دورية أنها تحمل توأما أحدهما مصاب=

توفير الحماية له . والجنين له حق الرعاية الطبية وكل ما يصيبه في تلك الفترة يؤثر على حياته وصحته بعد الميلاد (٣٠١) .

وبتطبيق ما سبق على الأضرار المتصور لحوقها بالجنين نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه لا سيما الأب ، يتضح أن الجنين من الممكن أن يصاب - في هذا الصدد- بأضرار مادية أو أدبية ، وكما أوضحت محكمة النقض فإن " حق الابن في التعويض عن وفاة أبيه لا يقتصر على الأضرار التي أصابته لحظة الحادث وقت أن كان حملا ، وإنما يمتد إلى الأضرار التي أصابته بعد ولادته وثبوت أهلية الوجوب كاملة له وما يستجد في المستقبل متى كان محقق الوقوع ، بل وله الحق في الاحتفاظ بإعادة النظر في التقدير عملا بنص المادة ١٧٠ من القانون المدني " (٣٠٢) .

ومفاد ذلك أن الجنين من الممكن أن تصيبه أضرار وقت الحادث الذي أصاب أحد والديه أو بعد ولادته وثبوت أهلية الوجوب كاملة له ، بالتالي يكون له الحق في التعويض عن هذا الأضرار الشخصية المباشرة التي تلحق به ما دام قد ولد حيا .

وبعد تمام ولادة الجنين حيا قد يلحق به أضرار مادية أو أدبية نتيجة الفعل الضار الذي أصاب والده وقت أن كان حملا مستكنا . فالمعلوم بالضرورة أن الطفل تصيبه شخصيا أضرار جراء إصابة أبيه حتى لو كان ميلاده في تاريخ لاحق للفعل الذي أصاب الأب وقت أن كان هذا الطفل حملا مستكنا ، وشاغل المشرع المدني هو علاج آثار الضرر الذي أصاب الغير .

ويمكن اعتبار الضرر الذي يصيب الطفل بعد تمام الولادة من قبيل الضرر المستقبل بالنسبة للجنين ، وأبرز الأضرار المادية - حال وفاة الأب - فقد عائلته الذي تجب عليه النفقة قانونا ، وعدم توافر عائل آخر عوضا عنه ، وأبرز الأضرار الأدبية نتائج اليتيم وهي أجل من احتياج إلى بيان .

وجميع هذه الأضرار تستوجب التعويض دون أدنى شك ، ولا يحتج في هذا الصدد بأن حق الابن في التعويض مقصور على الحق في التعويض الموروث ، لأن قانون الموارد احتفظ له بالحق في الإرث كالحقوق التي كفلها له القانون بشأن الوصية والجنسية

=بظاهرة داو . وأخبرها الأطباء أنها تستطيع الاحتفاظ بجنينها السليم وتجهض المصاب بسحب دمه بواسطة إبرة . ونجحت العملية ووضعت الأم جنينا سليما وآخر أثري غشائي متبقي من الكائن المصاب " . انظر : د. منى فريد عبد الرحمن ، تجارب على الجنين ، المكتبة الأكاديمية ، القاهرة ، سنة ١٩٩٢م ، ص ٦٦ : ٦٧ .

(301) د. حسام الأهواني ، مرجع سابق ، رقم ٤٩٣ ، ص ٤٤٣ .

وقد جاء في ديباجة اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩ م : (إن الدول الأطراف في هذه الاتفاقية ،... وإذ تضع في اعتبارها " أن الطفل، بسبب عدم نضجه البدني والعقلي، يحتاج إلى إجراءات وقاية ورعاية خاصة، بما في ذلك حماية قانونية مناسبة، قبل الولادة وبعدها ") .

<https://www.ohchr.org/ar/professionalinterest/pages/crc.aspx>

(302) نقض مدني : ٢٢ من أكتوبر سنة ٢٠٠٧ طعن رقم ٦٨٩١ لسنة ٧٥ ق ، ، مجموعة المكتب الفني س ٥٨ ق ١١٦ ص ٦٧٧ ، و ٢٣ من فبراير سنة ٢٠١٣ طعن رقم ١٧٥٨٧ لسنة ٨٠ ق ، حكم منشور على الموقع المعلوماتي لمحكمة النقض ، ١١ من يناير سنة ٢٠١٤ طعن رقم ٢٣٧٧ لسنة ٧٤ ق ، حكم منشور على الموقع المعلوماتي لمحكمة النقض و ١٤ من مايو سنة ٢٠١٥ طعن رقم ٨٠١٦ لسنة ٨٤ ق ، حكم مُشار إليه سلفاً .

، فيما يعني أن الضرر الذي يلحق بالجنين ، هو ضرر شخصي مستقل عن الضرر الذي أصاب مورثه، ولا يقدر التعويض عنه بحسب نصيبه في الإرث ، بل يراعي في تحديده ما حصل له من ضرر، باعتبار أن التعويض - في هذه الحالة - لا يعد مستحقاً للجنين بسبب خلافته لمورثه - الذي توفى نتيجة الفعل الضار الذي أصابه - في حقوق يتقاسمها مع الورثة ، بل مستحقاً له عن ضرر أصابه بصفة شخصية ، فالأمر هنا لا يتعلق بميراث بل تعويض عن ضرر لحق الجنين .

المطلب الثالث

ركن السببية

لا يكفي وجود ركني الضرر والخطأ لقيام المسؤولية المدنية ، بل يجب فضلاً عن ذلك وجود علاقة مباشرة بين هذين الركنين ، أي أن يكون الخطأ سبباً في حدوث الضرر ، وهو ما يطلق عليه العلاقة السببية أو رابطة السببية وهي الركن الثالث لقيام المسؤولية المدنية.

وحكمت الدوائر الجنائية بمحكمة النقض المصرية بأنه يكفي لتوافر رابطة السببية بين خطأ المتهم والضرر الواقع أن تستخلص المحكمة من وقائع الدعوى أنه لولا الخطأ المرتكب لما وقع الضرر (٣٠٣) ، فيجب إذن لتوافر رابطة السببية أن يكون الخطأ في ظل الظروف التي أحاطت بالحادث ضرورياً لتحقيق الضرر، فيما يعنى أن " علاقة السببية بين الخطأ والضرر تؤكد وتفيد أنه لولا الخطأ ما تحقق الضرر على النحو الذي حدث به " (٣٠٤) .

وقد رأينا أن الأضرار التي تصيب الجنين كالضرر المادي الذي يصيبه بفقده عائلته دون وجود عائل آخر عوضاً عنه على سبيل المثال ، وكذا الضرر الأدبي - الذي يصيبه بعد تمام ولادته حياً - المتمثل في فقدان الأب وهو المربي والمؤدب والقوة والسند العطوف الحامي من عاديّات الزمن ، كل هذه الأضرار ترتبط بلا شك بعلاقة سببية بالفعل الضار الذي أصاب والد الجنين ، وباعتبار أن هذا الفعل يشكل ركن الخطأ الذي هو في ظل الظروف التي أحاطت بالحادث ضرورياً لتحقيق الضرر اللاحق بالجنين ، فيما يعنى أنه لولا هذا الخطأ لما وقع هذا الضرر.

(303) نقض جنائي : ١٠ من ديسمبر ١٩٧٣ م ، طعن رقم ١٠١٤ لسنة ٤٣ ق ، حكم مشار إليه سلفاً ، و٧ من نوفمبر سنة ١٩٧٧ م ، طعن رقم ٦٥١ لسنة ٤٧ ق ، مجموعة المكتب الفني س ٢٨ ع ١ ص ٩٢١ ، و٢٧ من مارس سنة ١٩٧٨ م ، طعن رقم ١٢٥٤ لسنة ٤٧ ق ، س ٢٩ ع ١ ص ٣٢٢ ، و ٧ من مايو سنة ١٩٧٨ م ، طعن رقم ٢٦٨ لسنة ٤٨ ق ، س ٢٩ ع ١ ص ٤٧٩ ، و ٢٦ من ديسمبر سنة ١٩٧٩ م ، طعن رقم ١٢٥٠ لسنة ٤٩ ق ، س ٣٠ ع ١ ص ٩٨٠ ، و ٥ من مارس سنة ١٩٩٨ م ، طعن رقم ٢١١١ لسنة ٦٧ ق ، س ٤٩ ق ٤٩ ص ٣١٦ و ٢٢ من أبريل سنة ٢٠٠٤ م ، طعن رقم ٢١٥٤٠ لسنة ٦٥ ق ، س ٥٥ ق ١ ص ٤٤٢ .

(304) المحكمة الإدارية العليا : حكمها في الأول من يناير سنة ١٩٩٥ م ، طعن رقم ٥٠١ لسنة ٣٣ ق ، مجلس الدولة ، مجموعة المكتب الفني ، س ٤٠ ج ١ ق ٨٤ ص ٨١٣ .

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية وعلاقة السببية بينه وبين الضرر هو مما يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ما دام هذا الاستخلاص سائغاً ومستمداً من عناصر تؤدي إليه من وقائع الدعوى (٣٠٥).

المبحث الثاني

أثر قيام المسؤولية عن الضرر اللاحق بالجنين

نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه

تمهيد :

يترتب على قيام المسؤولية عن الضرر اللاحق بالجنين - نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه - ثبوت حقه في الحصول على التعويض عن هذا الضرر ، باعتبار أن ارتكاب أي فعل ضار أو غير مشروع يؤدي إلى نشوء الحق في التعويض لصالح المضرور .

ودراسة حق الجنين في هذا التعويض تقتضي التعرض لتقديره ، والوقت الذي يعتد به في عملية التقدير ، والمدة التي يمكن أن تؤدي إلى تقادم دعوى التعويض ، وذلك على النحو التالي :

أولاً : تقدير التعويض عن الضرر اللاحق بالجنين نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه .

تنص المادة ١٧٠ من التقنين المدني المصري على أنه " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين ٢٢١ ، ٢٢٢ ، مراعيًا في ذلك الظروف الملابسة ... " .

(305) نقض مدني : ٢٠ من ديسمبر سنة ١٩٧٩ طعن رقم ١٥٢٧ لسنة ٤٨ ق ، مجموعة المكتب الفني س ٣٠ ق ٤٠١ ص ٣٣٧ ، و ٢٥ من يونيو سنة ١٩٨١ طعن رقم ١٣١٨ لسنة ٤٨ ق ، س ٣٢ ق ٣٥٤ ص ١٩٥٢ ، و ١٥ من يناير سنة ١٩٨٩ طعن رقم ١٨٣ لسنة ٥٥ ق ، س ٤٠ ق ٣٠ ص ١٣٢ ، و ٢٢ من يوليو سنة ١٩٩١ طعن رقم ٤٧٣ لسنة ٥٦ ق ، س ٤٢ ق ٢٢٩ ص ١٤٧٧ ، و ٢٨ من نوفمبر سنة ١٩٩٤ طعن رقم ٣٤٣ لسنة ٥٨ ق ، س ٤٥ ق ٢٨٣ ص ١٥٠٥ ، و ٤ من أبريل سنة ٢٠١٠ طعن رقم ٣١٩٩ لسنة ٧٩ ق ، س ٦١ ق ٧٥ ص ٤٥٨ ، و ٢٦ من ديسمبر سنة ٢٠١٠ طعن رقم ٢٤١٥ لسنة ٦٧ ق ، س ٦١ ق ١٧٥ ص ١٠٣١ و ٩ من يونيو سنة ٢٠١٣ طعن رقم ١١٧٥٤ لسنة ٨١ ق ، س ٦٤ ق ١٠٧ ص ٧٢٠ . وفي نفس المعنى حكم بأن " استخلاص ثبوت الخطأ الموجب للمسئولية وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر هو من أمور الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع بغير معقب ما دام استخلاصه سائغاً وله سند في الأوراق " انظر : حكم محكمة التمييز الكويتية بجلسة ٥ من يناير سنة ٢٠١٥ م ، في الطعن رقم ٢٠١٣/٤٠٦ مدني ، مجلة القضاء والقانون ، مارس سنة ٢٠١٩ م ، س ٤٣ ج ١ ق ٣٠ ص ١٩٧ .

وواضح من هذا النص أن التعويض يقدر بقدر الضرر ، بحيث يكون متكافئاً معه ليس دونه وغير زائد عليه، ويشمل ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب، والتعويض لا يكون إلا عن الضرر المباشر ، وهو ما كان نتيجة طبيعية لخطأ المسئول ، وهو يكون كذلك إذا لم يكن في الاستطاعة توقيه ببذل جهد معقول.

ونطاق التعويض في مجال المسؤولية التقصيرية أكثر اتساعاً من نظيره في المسؤولية العقدية ، إذ يمتد الأول ليشمل التعويض عن الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع ، بينما يقتصر نطاق التعويض في المسؤولية العقدية على عناصر الضرر التي كان من الممكن توقعها وقت إبرام العقد، طالما لم يرتكب المدين غشاً أو خطأ جسيماً.

وعلى ذلك يقدر التعويض عن الضرر اللاحق بالجنين - نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه - وفقاً لما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب ، وقد أشرنا من قبل إلى أمثلة للأضرار التي يمكن أن تلحق به في هذا الصدد والتي تستوجب التعويض.

وقد اختلف في تحديد المقصود بالظروف الملازمة التي يجب الاعتداد بها لتقدير التعويض هل يقصد بها الظروف الخاصة بالمسئول أم المضرور ، وبصرف النظر عن الخلاف الفقهي حول المقصود بهذه الظروف ، فإننا نؤيد الرأي الذي يذهب إلى أن المقصود بذلك " كل ظرف ملابس للفعل الضار تقضي العدالة بوجود مراعاته في تقدير التعويض سواء كان هذا الظرف خاصاً بالمسئول أم المصاب وسواء كان مما يوجب التشديد أو التخفيف ... بما في ذلك جسامه خطأ المسئول " (٣٠٦) ، لأن المشرع المصري عندما وجه القاضي - من خلال النص في المادة ١٧٠ مدني سالف الذكر - إلى الاستهداء بالظروف الملازمة في تقدير التعويض المستحق للمضرور استخدم عبارة مطلقة بغير تخصيص ، وجاء مصطلح " الظروف الملازمة " من السعة والإطلاق بحيث لا يجوز تقييده ، باعتبار أن اللفظ متى ورد عاماً ولم يقم دليل على تخصيصه وجب حمله على عمومته وإثبات حكمه قطعاً لجميع أفرادها (٣٠٧) .

فيجب على القاضي إذن مراعاة جميع الظروف الملازمة ، وعلى الأخص مدى ما أصاب المضرور الرئيسي من ضرر نتيجة الفعل الضار الذي أصابه ، باعتبار أن مدى الضرر اللاحق بالجنين في هذا الصدد يرتبط بمدى الضرر اللاحق بأحد والديه ، وعلى سبيل المثال فإن الضرر اللاحق بالجنين نتيجة إصابة والده بالإعاقة إثر الفعل الضار لا يتساوى - بلا شك - مع الضرر اللاحق به نتيجة وفاة والده إثر هذا الفعل ، وثبوت توافر عائل فعلى على نحو دائم ومستمر للجنين عوضاً عن أبيه (عائلته) المتوفي نتيجة الفعل الضار الذي أصابه يختلف - بلا شك - عن عدم ثبوت توافره ، كما أن تقدير جسامه خطأ المسئول هي من بين العناصر التي يجب مراعاتها عند تقدير التعويض (٣٠٨) ، ويجب كذلك

(306) د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، في الالتزامات ، مرجع سابق ، ص ٥٥٢ ، ومن هذا الرأي ، م.حسين عامر ، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية ، ط ١ ، مطبعة مصر ، ١٩٥٦م ، رقم ٧٠٢ ، ص ٥٣٨ وما بعدها ؛ د.منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بأراء الفقه وأحكام القضاء ، دار نارس للطباعة والنشر ، كردستان العراق ، ط ١ ، ٢٠٠٦م ، ص ٣٣١ وما بعدها .

(307) نقض مدني ٢٥ من يونيه سنة ١٩٩٢ طعن رقم ٩٦٣ لسنة ٥٨ ق ، مجموعة المكتب الفني س ٤٣ ق ١٨٣ ص ٨٨٣ .

(308) تطبيقاً لذلك حكم بأنه يؤخذ في الاعتبار عند تقدير التعويض " خطأ سائق السيارة المتمثل في الإفراط في السرعة والحال أن السرعة القانونية المحددة بمكان الحادث ٥٠ كلم في الساعة ، فضلاً عن =

مراعاة ظروف المسئول المالية ومدى وجود التأمين من المسؤولية من عدمه ، وفي كلمة واحدة يجب مراعاة كل ظرف من شأنه أن يؤثر في مقدار ما لحق الجنين من ضرر .

ثانيا : الوقت المعتد به في تقدير التعويض .

قلنا أنه إذا اختلف وقت تحقق الضرر عن وقت الفعل المعتبر أساسا للمسئولية التقصيرية ، فالعبرة هي بوقت تحقق الضرر ، فيما يعني أن الوقت الذي يعتد به لثبوت الحق في التعويض هو وقت وقوع الضرر ، باعتبار أن العمل غير المشروع (الفعل الضار) هو مصدر الحق في التعويض .

أما الوقت الذي يعتد به لتقدير التعويض فهو وقت صدور الحكم^(٣٠٩) ، وكما أوضحت محكمة النقض فإن " تعيين العناصر المكونة للضرر والتي تدخل في حساب التعويض من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة النقض ، والعبرة في تقدير التعويض هي بقيمته وقت الحكم بالتعويض وليس بقيمته وقت وقوعه ، إذ يلتزم المسئول عن الخطأ بجبر الضرر كاملا ، ولا يكون التعويض كافيا لجبره إذا لم يراع في تقديره قيمة الضرر وقت الحكم^(٣١٠) ، ما لم يكن المضرور قد أصلح الضرر بمال من عنده ، فلا يكون له عندئذ أن يرجع إلا بقدر ما دفعه " ^(٣١١) .

وقد صرح المشرع المدني المصري في المادة ١٧٠ - سالفه الذكر - بأنه إذا لم يتيسر للقاضي وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيينا نهائيا ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير^(٣١٢) .

تجنبه واجب الحيطة والحذر حتى التحق بالمتضرر سائق الدراجة النارية وداهمه من الخلف فحصل الحادث " . قرار محكمة التعقيب التونسية في ٦ من يولييه سنة ٢٠٢٠ م ، عدد ٧٥٢٣٢ ، متاح على الموقع المعلوماتي التالي :

http://www.cassation.tn/fileadmin/user_upload/75232.pdf

(309) انظر : د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، دون تاريخ نشر ، رقم ٦٤٩ ، ص ٩٧٥ . وقد أشار سيادته إلى أنه يجوز للقاضي أثناء نظر دعوى المسؤولية أن يحكم بنفقة مؤقتة للمضرور يدفعها المسئول من حساب التعويض الذي سيحكم به فيما بعد ، ولكن بشرط - أن يكون مبدأ المسؤولية قد تقرر ولم يبق إلا تقدير التعويض ، وأن تكون عناصر التعويض لا تزال في حاجة إلى مدة طويلة لإعدادها ، وأن يكون المضرور في حاجة ملحة إلى هذه النفقة ، وأن يكون المبلغ المقدر للنفقة أقل من مبلغ التعويض الذي ينتظر أن يقدر به الضرر . انظر ص ٩٧٦ وما بعدها .

(310) نقض مدني ٢٤ من يناير سنة ٢٠٢١ طعن رقم ١٨٩١ لسنة ٧٠ ق ، حكم منشور على الموقع المعلوماتي لمحكمة النقض .

(311) نقض مدني : ٢٧ من ديسمبر سنة ١٩٩٤ طعن رقم ٢٤٤٥ لسنة ٥٩ ، مجموعة المكتب الفني س ٤٥ ق ٣١٧ ص ١٦٩٧ و ٢١ من أبريل سنة ٢٠١٨ طعن رقم ٢٠٥٦٥ لسنة ٨٤ ق ، حكم منشور على الموقع المعلوماتي لمحكمة النقض .

(312) وتنص المادة ١٣١ من القانون المدني الجزائري على أن " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق بالمصاب طبقا لأحكام المادة ١٨٢ مع مراعاة الظروف الملازمة فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال فترة معينة بالنظر من جديد في التقدير " . وانظر تطبيقا لذلك : قرار المجلس الأعلى بالجزائر في ١٧ من يونيو سنة ١٩٨٧ م ، ملف رقم : ٥٠١٩٠ ، قضية : (ب ح ز) ضد : (ب ح أ) ، المجلة القضائية ، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا ، وزارة العدل ، الجزائر ، ع ٤ ، ١٩٩٠ م ، ص ١١ : ١٢ .

هذا مع ملاحظة أن " سبق القضاء للمضروب بالتعويض الكامل لا يجيز إعادة النظر في تقدير التعويض عن الضرر ما دامت المحكمة التي قدرت التعويض الكامل لم تغفل في تقديرها التغيرات المحتملة للضرر ولم تحفظ للمضروب الحق في المطالبة عن تفاقم الضرر خلال مدة معقولة كل ذلك ما لم يثبت المضروب أن ضررا طارئاً أو ضرراً متغيراً في ذاته قد لحقه من جراء خطأ المسئول بعد الحكم السابق صدوره بالتعويض " (٣١٣).

وعلى ذلك إذا حكم القاضي بالتعويض للطفل المولود والذي كان حملاً مستكناً وقت وقوع الفعل الضار الذي أصاب والده بإعاقة جزئية مثلاً ، فإن يجوز لهذا الطفل معاودة طلب تقدير هذا التعويض إذا تفاقمت إعاقة والده وتحولت من إعاقة جزئية إلى إعاقة كلية ومن باب أولى حال وفاته ، وبشرط أن يثبت أن هذا الضرر الطارئ أو المتغير في ذاته قد لحق الأب من جراء خطأ المسئول بعد الحكم السابق صدوره بالتعويض ، وليس إلى إهمال الأب في العلاج مثلاً والذي أدى إلى تفاقم إصابته ، باعتبار أن التعويض يقدر بقدر الضرر الذي حدث بسبب فعل المسئول الخاطئ ، أما المساهمة في إحداث تفاقم الضرر فتؤدي إلى إمكانية المشاركة في دفع التعويض ، وكما أوضحت محكمة النقض المصرية فإن " حق الابن في التعويض عن وفاة أبيه لا يقتصر على الأضرار التي أصابته لحظة الحادث وقت أن كان حملاً ، وإنما يمتد إلى الأضرار التي أصابته بعد ولادته وثبوت أهلية الوجود كاملة له وما يستجد في المستقبل متى كان محقق الوقوع ، بل وله الحق في الاحتفاظ بإعادة النظر في التقدير عملاً بنص المادة ١٧٠ من القانون المدني " (٣١٤).

ثالثاً : مدى تقادم الحق في التعويض عن الضرر اللاحق بالجنين .

تنص المادة ١٧٢ من القانون المدني المصري على أنه "١- تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضروب بحادث الضرر وبالشخص المسئول عنه ، وتسقط هذه الدعوى في كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع ٢- على أنه إذا كانت الدعوى ناشئة عن جريمة وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة ، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية " .

ومفاد هذا النص أن دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع تسقط بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه المضروب بالضرر الحادث وشخص من أحدثه، فإذا لم يعلم بذلك فإن تلك الدعوى تسقط بانقضاء خمس عشرة سنة من وقوع العمل غير المشروع ، وإذا علم المضروب بالضرر ومحدثه وكان العمل الضار يستتبع قيام دعوى جنائية إلى جانب الدعوى المدنية ، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد فإن الدعوى المدنية لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية ، فإذا كانت الدعوى الجنائية تسقط بمدة أطول سرت هذه المدة في شأن سقوط الدعوى المدنية ، وإذا كانت مدة تقادم دعوى التعويض قد بدأت في

(313) نقض مدني ٢٥ من مايو سنة ٢٠١٥ ، الطعن رقم ١٨٥٤٧ لسنة ٨٣ ق ، حكم منشور على الموقع المعلوماتي لمحكمة النقض .

وانظر مثلاً لحكم بالتعويض عن تفاقم ضرر المدعية بعد الحكم الأولى لها بالتعويض عن الأضرار البدنية التي أصابتها إثر حادث مرور. قرار محكمة التعقيب التونسية في ١٢ من نوفمبر سنة ٢٠١٩ م ، عدد ٦٧٠٥٤ ، متاح على الموقع المعلوماتي التالي :

http://www.cassation.tn/fileadmin/user_upload/67054.pdf

(314) نقض مدني ١٤ من مايو سنة ٢٠١٥ طعن رقم ٨٠١٦ لسنة ٨٤ ق ، حكم مُشار إليه سلفاً.

السريان من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر والشخص المسئول عنه وكانت الدعوى الجنائية قد رفعت على الجاني ولم يشأ المضرور أن يطالب بالتعويض المدني أمام المحكمة الجنائية فإن مدة التقادم في هذه الحالة تقف بحكم القانون طوال مدة المحاكمة الجنائية ، ولا يعود التقادم الثلاثي إلى السريان إلا عند صدور الحكم النهائي بإدانة الجاني أو عند انتهاء المحاكمة لأي سبب آخر ويكون للمضرور بعد ذلك وقبل أن تكتمل مدة التقادم الثلاثي أن يرفع دعواه المدنية بالتعويض أمام المحاكم المدنية (٣١٥).

والمراد بالعلم الذي يبدأ منه سريان التقادم الثلاثي المقرر بنص المادة ١٧٢ السالف البيان - وعلى ما جرى عليه قضاء محكمة النقض - هو العلم الحقيقي الذي يحيط بوقوع الضرر وبشخص المسئول عنه باعتبار أن انقضاء ثلاث سنوات من يوم هذا العلم ينطوي على تنازل المضرور عن حق التعويض الذي فرضه القانون على المسئول بما يستتبع سقوط دعوى التعويض بمضي المدة (٣١٦) ، ولا وجه لافتراض هذا التنازل من جانب المضرور وترتيب حكم السقوط في حالة العلم الظني الذي لا يحيط بوقوع الضرر أو بشخص المسئول عنه (٣١٧) ، والأصل عدم العلم (٣١٨) ، ولا يكفي فيه مجرد ثبوت العلم بالحادثة ، ويقع على عاتق من يتمسك بهذا السقوط عبء إثبات العلم بمعناه المقصود قانونا ، واستخلاص علم المضرور بحدوث الضرر وبمن أحدثه هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع متى أقام قضاءه على أسباب سائغة (٣١٩).

وإذا كانت الدعوى المدنية مرفوعة مع الدعوى الجنائية بالتبع فإن " مضي المدة سبب للانقضاء تختص به الدعوى الجنائية دون الدعوى المدنية ؛ إذ تظل هذه الدعوى في أي مرحلة من مراحلها قائمة أمام المحكمة الجنائية لتستمر في نظرها إلى النهاية ما دام لم يصدر فيها حكم بات " (٣٢٠).

وعلى ذلك يجب على من ينوب عن الطفل الذي كان حملا مستكنا وقت وقوع الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه أن يرفع دعوى التعويض خلال ثلاث سنوات من تاريخ العلم بالضرر وبالشخص المسئول عنه ، فإذا ثبتت مسؤولية مرتكب الفعل الضار ، وجب رفع

(315) نقض مدني ٢٥ من مايو سنة ١٩٧٥م طعن رقم ٤٨٦ لسنة ٣٩ ق ، مجموعة المكتب الفني س ٢٦ ق ٢٠٣ ص ١٠٦٨ .

(316) نقض " الدوائر التجارية " ١٣ من يونيه سنة ٢٠٠٢م طعن رقم ٧١٩ لسنة ٧١ ق ، مجموعة المكتب الفني س ٥٣ ق ١٥٧ ص ٨٠٠ .

(317) نقض مدني ٢٣ من مارس سنة ٢٠٠٠ طعن رقم ٣٢١ لسنة ٦٠ ق ، مجموعة المكتب الفني س ٥١ ق ٨١ ص ٤٦٠ .

(318) نقض مدني ٢٣ من يناير سنة ١٩٨٣ طعن رقم ٣٩٢ لسنة ٥٢ ق ، مجموعة المكتب الفني س ٣٤ ق ٦٤ ص ٢٨٢ .

(319) حكم محكمة التمييز الكويتية بجلسة ١٥ من يونيه سنة ١٩٩٧ في الطعنين رقما ٩٦/٣٢، ٦٢ تجاري ، و ١٨ من مايو سنة ١٩٩٨ في الطعن رقم ٩٥/٦٠ تجاري و ١٥ من يونيه سنة ١٩٩٨ في الطعن ٩٧/٩٩ مدني ، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز الكويتية ، القسم الرابع ، مج ٣ ، ربيع الأول ١٤٢٥ هـ - مايو سنة ٢٠٠٤م ، ص ٤٥١ ، تحت عنوان " تقادم " .

(320) نقض مدني ٥ من يناير سنة ٢٠١١ طعن رقم ٢٤٣٦ لسنة ٦٨ ق ، المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية في الفترة من أول أكتوبر ٢٠١٠ لغاية آخر سبتمبر ٢٠١١ ، مرجع سابق ، ق ٥٢ ص ٧٤ .

دعوى التعويض خلال ثلاث سنوات من تاريخ العلم بالضرر وبالمسئول ، فإذا لم يتم مراعاة ذلك ، فإن دعوى التعويض تسقط بالتقادم .

ونشير إلى أن الشريعة الإسلامية لا تعرف تقادم الحقوق الشرعية كأصل عام ، فيما يعني أن التقادم - مهما طال مدته - لا يسقط الحق في الشريعة الإسلامية^(٣٢١) ، إلا أنه يجوز شرعا لولي الأمر أن يخصص القضاء من حيث الزمان أو المكان أو الأشخاص أو نوع من الدعاوى^(٣٢٢).

(321) انظر : زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم (٩٧٠هـ) ، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط ١ ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م ، ص ١٨٨ ، حيث عبر عن ذلك ، بقوله " الحق لا يسقط بتقادم الزمان " .

(322) حكم محكمة التمييز الكويتية بجلسة ١٢ من ديسمبر سنة ٢٠١١م في الطعون أرقام ٨٣٥ ، ٨٤١ ، ٨٤٤ ، ٨٥٠ ، ٨٥٩ ، ٨٦٢ / ٢٠٠٩ " أحوال شخصية " ، مجلة القضاء والقانون ، أغسطس سنة ٢٠١٣م ، س ٣٩ ج ٣ ق ٥٩ ص ٣٥٤ .

الفصل الثالث

مسلك القضاء بشأن مدى أحقية الجنين في التعويض عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه

تمهيد :

عرضت على القضاء المصري والمقارن الكثير من الدعاوى المتعلقة بمدى حق الجنين في تعويض الضرر الشخصي المباشر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد أقاربه - لا سيما الأب - يمكن أن يستدل منها على اعترافه باستحقاق الجنين لهذا التعويض بضوابط معينة.

ونورد في هذا الفصل من تلك التطبيقات بعض النماذج البارزة التي عرضت على كل من القضاء الفرنسي والمصري والجزائري والتونسي بشأن حق الجنين في التعويض عن الضرر الشخصي المباشر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد أقاربه كالأب والأخوة الأشقاء والجد .

وعلى ذلك نقسم الحديث في هذا الفصل على مبحثين ، النحو التالي :

المبحث الأول : موقف القضاء الفرنسي.

المبحث الثاني : موقف القضاء في بعض الدول العربية.

المبحث الأول موقف القضاء الفرنسي

تمهيد وتقسيم :

قدمنا أنه وفقا للقانون الفرنسي تكتسب الشخصية القانونية وقت الولادة ، عندما يولد الطفل قابلا للحياة ، وعليه لا يتمتع الجنين بشخصية قانونية ، وبالتالي لا يكون قادرا على كسب أي حق من الحقوق .

لكن الفقه والقضاء في فرنسا يأخذان بالقاعدة الرومانية الشهيرة التي تقضي بأن " الحمل المستكن يعتبر مولودا في كل ما فيه نفعه " (٣٢٣) ، وذلك بغية التغلب على اشتراط الشخصية القانونية كمتطلب لاستحقاق التعويض ، وقد اعتنقت محكمة النقض الفرنسية هذه القاعدة في ٢٤ من أبريل سنة ١٩٢٩م بحق طفل - ولد بعد وفاة والده إثر إصابة عمل - في تعويض طالبت به والدته (٣٢٤) ، ثم توالى الأحكام في هذا الصدد (٣٢٥) .

وعلى ذلك إذا كان الحمل المستكن لا يتمتع بالشخصية القانونية ، إلا أن السوابق القضائية الفرنسية تقر بأنه يعتبر مولودا ، متى كان ذلك يتمحض عن مصلحة ومنفعة له (٣٢٦) ، وبمعنى آخر يكتسب الطفل شخصية قانونية منذ الحمل (وليس منذ الولادة) ، متى كان ذلك في مصلحته .

ويعرف هذا المبدأ بـ " **l'infans conceptus** " ، ويشترط لإعماله عدة شروط ، وقد طبقت محكمة النقض الفرنسية في مناسبات عديدة ، وما يهمنا منها هي التطبيقات القضائية الخاصة بتعويض الجنين عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد أقاربه قبل تمام ولادته قابلا للحياة .

وعلى ذلك نقسم الحديث في هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب ، على النحو التالي :

المطلب الأول : مدي تمتع الجنين بالشخصية القانونية في القانون الفرنسي في ظل مبدأ اعتباره مولودا في كل ما فيه نفعه .

(323) انظر : د. حسام الأهواني ، مرجع سابق ، رقم ٤٨٨ ص ٤٣٨ ؛ د. محمد حسام محمود لطفي ، النظرية العامة للالتزام بين آراء الفقه وأحكام القضاء ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، القاهرة ، ٢٠٢١ م ، ص ص ٣٣٩ : ٣٤٠ ؛ د. علي فيلالي ، مرجع سابق ، ص ١٦١ .

(324) حيث أكدت محكمة النقض الفرنسية في هذا الحكم على أن الحمل المستكن يعد مولودا بالفعل كلما استوجبت مصلحته ذلك ، على ألا ينظر لمصلحة إلى يوم ميلاده إلا في شأن حق يكتسبه بسبب موت والده ، شريطة ألا يترتب على ذلك أثر حاسم إلا بميلاده قابلا للحياة " .

La Cour déclara à cette occasion que " l'enfant conçu est considéré comme étant déjà né en tant que son intérêt l'exige et qu'on ne saurait, sans nuire à son intérêt, reporter au jour de sa naissance seulement le bénéfice d'un droit qui lui est acquis dès la mort de son père, sauf à ne produire d'effet définitif que s'il naît viable"

Civ., 24 avril 1929, D.H., 1929.298.

(325) سنعرض لهذه الأحكام لاحقا .

(326) انظر الموقع المعلوماتي التالي : <https://books.openedition.org/puam/1133>

المطلب الثاني : شروط تطبيق هذا المبدأ.

المطلب الثالث : التطبيقات القضائية لهذا المبدأ بشأن تعويض الجنين عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد أقاربه.

المطلب الأول

مدي تمتع الجنين بالشخصية القانونية في القانون الفرنسي

في ظل مبدأ اعتباره مولودا في كل ما فيه نفعه

قدمنا أن الحميل هو جنين في المرحلة المبكرة من نموه ، أي أول ثمانية أسابيع تقريبا بعد إخصاب البويضة ، أما الجنين فهو نتاج الحمل، بدءا من نهاية الأسبوع الثامن من الحمل.

وللاستفادة من الشخصية القانونية ، يجب أن يولد المرء حيا وقابلا للحياة ، ومقتضى ذلك عدم إدراج الحميل " l'embryon " والجنين " le foetus " تحت مسمى الشخص^(٣٢٧) ، إذ يعتبر كل منهما - من الناحية القانونية - " أشياء " ، وأساس هذا التكييف هو عدة نصوص وردت بالقانون المدني الفرنسي ، على النحو التالي :

الأساس الأول :

يستنتج من المادة ١٦ من القانون المدني الفرنسي أن الحميل والجنين "شيان" لأن هذه المادة تنص على أن " يكفل القانون منح الأولوية للإنسان ، ويحظر أي انتهاك لكرامته بما يكفل الاحترام له منذ بداية حياته " ^(٣٢٨).

ويتضح من هذا النص أن المشرع الفرنسي استخدم تعبير " إنسان " ، فيما يعني أنه اختار صراحة عدم تصنيف الحميل والجنين تحت مسمى إنسان .

الأساس الثاني :

تضع المواد ٣١٨ و ٧٢٥ و ٩٠٦ من القانون المدني الفرنسي عدة شروط لاكتساب الشخصية القانونية ، وهي :

الشرط الأول : أن يكون المستفيد من الشخصية القانونية هو الإنسان : فالبشر فقط هم من يمكنهم الاستفادة من الشخصية القانونية. وهذا يفسر سبب عدم تمتع الحيوانات بشخصية قانونية.

"Pour bénéficier de la personnalité juridique il faut naître vivant et viable, ce qui exclut l'embryon et le foetus de la catégorie de personne"

Serge Braudo, op .cit.

" (328) " La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie".

Création Loi n°94-653 du Article 16, Version en vigueur depuis le 30 juillet 1994, 29 juillet 1994 - art. (2) JORF 30 juillet 1994

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006419320

الشرط الثاني : أن يولد الجنين : إذ يشترط لثبوت الشخصية الاعتبارية تمام ولادة الجنين .
الشرط الثالث : أن يكون الجنين حيا وقت الولادة ، فيما يعني أنه إذا ولد الجنين ميتا لا يتمتع بالشخصية القانونية.

الشرط الرابع : القابلية للحياة : إذ يجب أن يولد الجنين قابلا للحياة في المستقبل ، فلا يكفي لثبوت الشخصية القانونية - كما قلنا - انفصال المولود حيا أو باستجماعه للمواصفات الضرورية للحياة بل يستلزم القانون الفرنسي قابليته للحياة الخلقية الطبيعية ، أي استكماله لسائر الأعضاء التي لا يمكن الحياة بدونها .

وفي هذا الصدد تنص المادة ٣١٨ من القانون المدني الفرنسي على أن " لا تقبل دعوى النسب لطفل ما دام غير قابل للحياة " (٣٢٩) ، فيما يعني أن الطفل ليس له الحق في النسب إلى أبيه إذا افتقد شرط القابلية للحياة بعد تمام ولادته .

يتضح مما سبق أن القانون الفرنسي مبني على تمييز أساسي بين الأشخاص والأشياء ؛ فئة الشخص هي الفئة الرئيسية ، ويندرج تحت فئة الشيء كل ما ليس بشخص ، وعدم استيفاء الحمل والجنين للعديد من الشروط - سالف الذكر - يبني عليه أنهما لا يستفيدان من الشخصية القانونية ، باعتبار أنهما يعدان من قبيل الأشياء (٣٣٠) .

والأثر القانوني المترتب على انعدام الشخصية القانونية لكل من الحمل والجنين هو أن أيهما لا يكتسب ثمة حقوقا ولا يخضع لأية التزامات، باعتبار أن كل النصوص التي تستهدف "الناس" لا تنطبق عليهما .

ومن الأمثلة الشهيرة التي تدل على إقصاء كل من الحمل والجنين من الاستفادة من الشخصية القانونية - في القانون الفرنسي - رفض تطبيق جريمة القتل في حالة وفاة الجنين من خلال نوعين من القواعد ؛ النوع الأول ، يتعلق بالإنتهاء الإرادي للحمل : نظرا لأن الاعتراف بالشخصية القانونية للجنين قد يؤدي إلى التشكيك في النصوص التي تركز الإنتهاء الإرادي للحمل (الإجهاض) ، ولذا فإن من أنهت حملها طوعا - وفقا للقانون - لا يمكن إدانتها بارتكاب جريمة قتل بالمعنى القانوني (٣٣١) . النوع الثاني : يتعلق بعدم إدانة من

(329) " Aucune action n'est reçue quant à la filiation d'un enfant qui n'est pas né viable" .

Modifié par Article 318, Version en vigueur depuis le 01 juillet 2006 ,
Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 - art. (2) JORF 6 juillet 2005 en vigueur
le 1er juillet 2006.

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006425055

(330) Serge Braudo, op .cit.

(331) إذ يسمح القانون الفرنسي للأم بالتخلص من الحمل خلال مدة معينة ، فتتجو بذلك من كافة مظاهر المؤاخذه جنائيا ومدنيا على حد سواء . =

=ويعتبر قانون ١٧ يناير ١٩٧٥ المعدل لقانون الصحة العامة أول قانون ينص صراحة على حق المرأة في الإنتهاء الإرادي للحمل في فرنسا ، حيث سمح بإجرائه في حالتين حددتهما ، وعالج أحكامهما قانون الصحة العامة ، على النحو التالي : **الحالة الأولى : الإنتهاء الإرادي للحمل دون أسباب طبية ،** الذي يتوقف إجراؤه على موافقة الأم الحامل شريطة أن يتم خلال فترة زمنية لا تزيد عن اثني عشر أسبوعا منذ اليوم الأول لانقطاع الطمث . **الحالة الثانية : الإنتهاء الطبي للحمل ،** والذي لم يحدد المشرع وقتا محددًا لإجرائه

، حيث يمكن ممارسته في أي مرحلة من مراحل الحمل في حالات تشوه الجنين أو الحالات التي تهدد حياة المرأة الحامل مقيدا بممارسته بشروط واضحة المعالم يتمثل جوهرها في ضرورة حصول الأم التي تجد نفسها في حالة الضيق والشدة على إذن الطبيب المختص . انظر : د. أميرة عبد الله السيد بدر ، الإطّار الدستوري للحق في الخصوصية الإنجابية وأثره على حق الجنين في الحياة ، دراسة مقارنة ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، ع ٦٢ ، أبريل سنة ٢٠١٧م ، ص ١٣٩٠-١٣٩٣ .

وانظر كذلك :

Code de la santé publique, Article L2213-1, Version en vigueur depuis le 04 août 2021.

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000043896164

وعلى ذلك يواجه مبدأ احترام بداية الحياة الإنسانية في فرنسا - ومنذ عام ١٩٧٥م - بممارسات عملية مستحدثة من قبل الأبوين لصالح مصالح أبوية مشروعة أخرى ، فيحق اليوم للمرأة الحامل التي ترفض أن تصبح أما أن تلجأ إلى الإجهاض .

"Le principe de respect de l'être humain dès le commencement de la vie, qui date de 1975, est confronté aux pratiques parentales modernes. La valeur de la vie embryonnaire et foetale est devenue relative, au profit d'autres légitimités parentales. Aujourd'hui, une femme enceinte qui refuse de devenir mère peut recourir à une interruption de sa grossesse". Jérôme Leborne, ' L'embryon et le fœtus, entre personne et chose, entre science et droit : des protections d'intérêts, ' : Revue générale du droit on line, 2020, numéro 51180.

<https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2020/01/26/lembryon-et-le-foetus-entre-personne-et-chose-entre-science-et-droit-des-protections-dinterets/>

أما القانون المصري فقد اعتبر أن إخراج الجنين من الرحم بوسيلة صناعية قبل الموعد الطبيعي للولادة حتى ولو كان الحمل في ساعاته الأولى ، إسقاطا للجنين .

وتعرف محكمة النقض المصرية الإجهاض " الإسقاط " بأنه " تعمد إنهاء الحمل قبل الأوان " نقض جنائي ٢٧ من ديسمبر سنة ١٩٧٠ طعن رقم ١١٢٧ لسنة ٤٠ ق ، مجموعة المكتب الفني س ٢١ ق ٣٠٢ ص ١٢٥٠ . وقد جاء بهذا الحكم أن " أركان الجريمة تتوافر ولو ظل الحمل في رحم الحامل بسبب وفاتها وليس في استعمال القانون لفظ " الإسقاط " ما يفيد أن خروج الحمل من الرحم - في مثل هذه الحالة - ركن من أركان الجريمة ، ذلك بأنه يستفاد من نصوص قانون العقوبات المتعلقة بجريمة الإسقاط أن المشرع افترض بقاء الأم على قيد الحياة ولذلك استخدم لفظ الإسقاط ، ولكن ذلك لا ينفى قيام الجريمة متى انتهت حالة الحمل قبل الأوان و لو ظل الحمل في الرحم بسبب وفاة الحامل " .

كما رفضت محكمة النقض إباحة إجهاض الجنين الذي لم يتجاوز عمره أربعة أشهر رغم أن الشريعة الإسلامية تبيح ذلك ، مقررة بأن ما ورد عن الشريعة في هذا الخصوص ليس أصلا ثابتا في أدلتها المتفق عليها ، وإنما هو اجتهاد للفقهاء انقسم حوله الرأي فيما بينهم . نقض جنائي ٢٣ من نوفمبر سنة ١٩٥٩ طعن رقم ١١٩٣ لسنة ٢٩ ق ، مجموعة المكتب الفني س ١٠ ق ١٩٥ ص ٩٥٢ . وقد ذكرت المحكمة في هذا الحكم بأن " المادة ٦٠ من قانون العقوبات إنما تبيح الأفعال التي ترتكب عملا بحق قرره القانون بصفة عامة ، وتحريم الشارع للإسقاط يحول دون اعتبار هذا الفعل مرتببا بحق وإنما يجعل منه إذا وقع جريمة = يستحق جانبيها العقاب الذي فرضه الشارع لفعلته ، فلا يكون مقبولا ما عرض إليه المتهم في دفاعه أمام محكمة الموضوع من أن الشريعة الإسلامية تبيح إجهاض الجنين الذي لم يتجاوز عمره أربعة شهور وأن المادة ٦٠ من قانون العقوبات تبيح ما تبيحه الشريعة " .

ويعاقب المشرع المصري على الإجهاض في جميع مراحلها ، سواء في ذلك أن يكون مرتكبه هو المرأة الحبلية نفسها ، أو أن يكون شخصا آخر أوقع عليها العدوان لهذا الغرض بدون رضاها ، أو أن يكون قد

تسبب في وفاة جنين بارتكاب جريمة قتل : إذ ترفض محكمة النقض الفرنسية تطبيق جزاء جريمة القتل بالمعنى المقصود في المادة ٢٢١ - ٦ من قانون العقوبات الفرنسي بشأن من تسبب في حالة وفاة الجنين، إعمالاً لمبدأ التفسير الصارم للقانون الجنائي^(٣٣٢)، لأن هذا النص يستهدف الأشخاص فقط، والجنين ليس بشخص، وتطبيقاً لذلك حكمت محكمة النقض الفرنسية بأن " كون الطفل لم يولد قابلاً للحياة ينفي وجود جريمة القتل بإهمال من جانب الطبيب المولد " (٣٣٣).

وإذا كان الجنين في القانون الفرنسي لا يتمتع - على النحو السابق - بالشخصية القانونية، إلا أنه - وعلى سبيل الاستثناء - يمكن أن يكتسب هذه الشخصية إعمالاً للقاعدة الرومانية - سالف الذكر - التي تقضي بأن الطفل يعتبر مولوداً متى كان ذلك في مصلحته، وذلك على سبيل المجاز القانوني .

وقد أخذ الفقه الفرنسي بهذا المبدأ بمنح الحمل المستكن شخصية اعتبارية مؤقتة مشروطة بالميلاد " قابلاً للحياة " ، فأفاده من إثبات النسب منذ الحمل^(٣٣٤).

كما استنتجت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ من عدة أحكام في القانون المدني الفرنسي (المواد ٣١١ و ٧٢٥ و ٩٠٦) ، وتتعلق الأولى بتحديد تاريخ الحمل ، وتتعلق الثانية باستحقاق الميراث ، وتتعلق الثالثة باستحقاق التبريع والوصية^(٣٣٥) ، وعموماً فإن هذا المبدأ اليوم هو " من المبادئ القانونية العامة " (٣٣٦).

ارتكبه برضاها ، أو دلها على وسائل ارتكابه ، وإن كان المشرع قد ميز بين إجهاض الحامل نفسها وإجهاض الغير لها حيث اعتبر الجريمة الأولى جنحة ذات عقوبة واحدة ، وهي الحبس في مطلق الأحوال ، وجعل الثانية عقوبتها الأشغال الشاقة المؤقتة ، إذا وقع فعل الإجهاض بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء وبدون رضا المرأة ، أو إذا كان مرتكبه ذا صفة خاصة بأن كان طبيباً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابلة ، أما إذا جردت الوسيلة التي يستخدمها الغير في الإجهاض من العنف ، ولم يكن المجهض متصفاً بأحد الصفات المتقدمة كانت الجريمة جنحة عقوبتها الحبس ، وفي جميع الأحوال لا عقاب على الشروع في الإجهاض وفقاً لأحكام القانون المصري . د. حسن ربيع ، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي ، دراسة مقارنة ، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر ، دون تاريخ نشر ، ص ص ٢٩ : ٣٠ .

(332) V. Code pénal, Version en vigueur depuis le 19 mai 2011, Article 221-6.

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000024042647/

(333) Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 29 juin 2001, N° de pourvoi : 99-85.973 , op .cit.

(334) AUBRY et RAU, Droit civil français, Tome 1, Paris, Librairie de la cour de cassation , 7ème éd. par André Ponsard , 1964, p.362. « dans le sein de sa mère, l'enfant n'a point encore de personnalité juridique. Mais s'il naît vivant et viable, il sera rétrospectivement considéré comme étant déjà né, en tant au moins que son intérêt l'exige » en « vertu de cette fiction, l'enfant simplement conçu jouit d'une capacité juridique provisoire, subordonnée quant à ses effets définitifs, à sa naissance en vie et avec viabilité ».

(335) سنعرض لهذه المواد لاحقاً عند تناول شروط تطبيق هذا المبدأ .

(336) " La règle de l'infans conceptus est un principe général du droit "

Cour de cassation, Chambre civile 1, du 10 décembre 1985, N° de pourvoi : 84-14.328, Publié au bulletin.

المطلب الثاني

شروط تطبيق هذا المبدأ

يشترط لتطبيق مبدأ اعتبار الجنين مولوداً ، متى كان في ذلك مصلحته ، شروط عدة ، نعرض لها على النحو التالي :

الشرط الأول : توافر مصلحة للجنين .

يشترط لإعمال مبدأ اعتبار الجنين مولوداً أن يكون للطفل المولود حق أو مصلحة كالحق في الحصول على معاش ، الحق في المشاركة في الميراث ، تلقي الهبات ، الحق في تنفيذ عقد التأمين على الحياة ، وبعبارة أخرى ، فإن هذا المبدأ لن يكون قابلاً للتطبيق إلا إذا كان من المرجح أن يستفيد الطفل من حق ، وليس في حالة وجود التزام سيتم فرضه عليه .

ولا شك في أن الجنين - وإعمالاً لهذا المبدأ - له الحق في التعويض عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه قبل تمام ولادته حياً ، باعتبار أنه يتعين تعويض كل ضرر أصاب الغير⁽³³⁷⁾ .

الشرط الثاني : ولادة الجنين حياً قابلاً للحياة .

قدمنا - عند عرضنا شروط اكتساب الشخصية القانونية في القانون الفرنسي- أنه يشترط لذلك تمام ولادة الجنين حياً قابلاً للحياة ، فيما يعني عدم تمتع المولود الميت بالشخصية القانونية .

وقابلية المولود للحياة تقتضي أن يولد بأعضاء مكونة بشكل كافٍ ليتمكن من العيش، لذلك يجب ألا يعاني من أي تشوهات تجعل وفاته حتمية، وبمفهوم المخالفة إذا كانت وفاته أمراً لا مفر منه ، فلا يتوافر هذا الشرط ، وبالتالي ينتفى مناط أعمال هذه المبدأ ، والمعول عليه في هذا الصدد هو القدرة على العيش خارج جسم الأم .

الشرط الثالث : حدوث الحمل في موعد أقصاه وقت الحدث المعني .

يشترط كذلك أن يكون الحق الذي من مصلحة الجنين الاستفادة منه قد وُلِدَ عندما كان الطفل حملاً مستكناً ، وبعبارة أخرى يشترط ثبوت الحمل وقت الحدث المعني ، فيما يعني أن المشرع الفرنسي يضع حداً زمنياً لتطبيق القاعدة سالفة الذكر .

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007015640/>

(337) حيث تنص المادة ١٢٤٠ من القانون المدني الفرنسي على أن " أي فعل ينسب إلى الإنسان ويلحق ضرراً بالغير، يلزم فاعله بتعويض هذا الضرر " .

"Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer"

Article 1240, Version en vigueur depuis le 01 octobre 2016. 'Code civil

Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art.

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000032041571

تطبيقا لذلك ، وبصدد استحقاق الجنين للميراث ، تنص المادة ٧٢٥ من القانون المدني الفرنسي على أنه " ليتم التوريث يجب أن يكون المرء موجودا وقت افتتاح التركة أو قد تكون بالفعل في هذا الوقت ثم يولد قابلا للحياة ... " (٣٣٨) .

لذلك عند افتتاح التركة ، لا يشترط في الوارث أن يكون قد ولد وقت هذا الافتتاح لاستحقاق الميراث ، بل يحق لمن كان حاملا مستكنا في هذا الوقت أن يحصل على ميراثه إذا ولد حيا قابلا للحياة ، أما إذا فتحت التركة قبل حدوث الحمل فلن يرث الطفل ولو ولد قابلا للحياة .

ولاستحقاق التبوع والوصية ، تنص الفقرة الأولى من المادة ٩٠٦ من القانون المدني ، على أنه " للتمتع بأهلية الوجوب فيما بين الأحياء يكفي أن يكون الحمل قد تكون في لحظة الهبة " (٣٣٩) ، وتنص الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه " للتمتع بأهلية الوجوب لتلقي الوصية ، يكفي أن يكون الحمل قد تكون وقت وفاة الموصي " (٣٤٠) ، فيما يعني أنه لا يشترط في الموهوب له أو الموصى له أن يكون قد ولد وقت التبوع أو وفاة الموصي ليتمكن من تلقي الهبة أو الوصية ، بل يكفي للتمكن من ذلك كون الطفل حاملا وقت التبوع أو وقت وفاة الموصي بحسب الأحوال ، ومع التأكيد على أن هذا الطفل لن يتمكن من تلقي الهبة أو الوصية إلا إذا ولد قابلا للحياة (المادة ٩٠٦ الفقرة ٣ من القانون المدني) (٣٤١) ، وعموما يطبق مبدأ *l'infans concept* بشكل تقليدي في مسائل الميراث والتبوع ، حيث يسمح للطفل الذي تم تصوره بالاستفادة من الميراث أو تلقي تبوع (٣٤٢) ، وبمفهوم المخالفة

(338) " Pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable..."

Modifié par Loi n°2001-Article 725 ,Version en vigueur depuis le 01 juillet 2002, 1135 du 3 décembre 2001 - art. (19) JORF 4 décembre 2001 en vigueur le 1er juillet 2002.

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006430764

(339) " Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation" .

Article 906 ,Version en vigueur depuis le 01 janvier 2007 ,Modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 9 () JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007.

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006433644

(340) " Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur"

(341) " Néanmoins, la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable"

(342) Bérénice de Bertier-Lestrade, Le préjudice moral de l'enfant à naître lors du décès de son père, Publié le 24/05/2018,

<https://www.actu-juridique.fr/civil/personnes-famille/le-prejudice-moral-de-lenfant-a-naître-lors-du-deces-de-son-pere/>

إذا حدث الحمل بعد التبrec أو بعد وفاة الموصي فإنه لن يستفيد من التبrec أو الوصية ، ولو ولد قابلا للحياة .

وفي مجال بحثنا إذا كان الطفل قد حمل وولد بعد تاريخ الحدث الضار ، وفيما يعني عدم توافر هذا الشرط ، فإن محكمة النقض الفرنسية ترفض الحكم بتعويضه عن الضرر الأدبي المدعى به نتيجة هذا الحدث لعدم توافر رابطة السببية.

وقد استند تبرير هذا الرفض إلى القاعدة التي تقضي بأن اكتساب الشخصية القانونية - والتي هي مناط اكتساب الحقوق - يكون من حيث المبدأ عند ميلاد الشخص ، وبالتالي لا يفتح حقه في التعويض حتى ذلك التاريخ ، وإعمالاً لهذه القاعدة تم استبعاد الحق في التعويض عن الضرر الأدبي للطفل الذي لم يكن قد ولد بعد في تاريخ الفعل الذي يزعم أنه سبب ذلك ، وباعتبار أنه إذا كانت قواعد المسؤولية المدنية تجيز التعويض عن الضرر الأدبي الذي يعاني منه الضحية بسبب الارتداد ، فإنه يشترط لذلك أن يكون هذا الضرر نتيجة حتمية ومباشرة للأحداث التي وقعت فيها الأضرار التي لحقت بالضحية الرئيسية.

وتطبيقاً لذلك حكمت بأنه لا توجد علاقة سببية بين إعاقة الأب التي حدثت إثر حادث مرور عام ١٩٧٤ والأضرار الأدبية التي يدعيها أطفاله الذين ولدوا في الأعوام ١٩٧٧ و ١٩٨٥ و ١٩٨٧ والمتمثلة في شعورهم بأنهم " لم يتمكنوا أبداً من إقامة علاقات مرحة وعاطفية طبيعية مع والدهم ، وأنهم عانوا من معاناته اليومية بسبب إعاقته " ، وألغت بذلك حكم محكمة الاستئناف ، والذي كان قد قضى بتعويض هذه الأضرار (٣٤٣).

وحكمت بأنه لا توجد علاقة سببية بين وفاة الجد إثر مرض مهني ، والأضرار الأدبية المدعى لحقوقها بأحفاده الذي حملوا وولودا بعد أكثر من ثماني سنوات من تاريخ هذه الوفاة ، وألغت بذلك حكم محكمة استئناف Aix-en-Provence الصادر في ١٧ من مايو سنة ٢٠٠٥ م ، والذي كان قد قضى بتعويض هذه الأضرار (٣٤٤).

وحكمت بأنه لا توجد علاقة سببية بين مقتل الجدة ، والأضرار المدعى لحقوقها بأحفادها الذين حملوا وولودا بعد هذه الوفاة ، باعتبار أن الحمل والولادة بعد وفاة الأجداد إثر فعل ضار لا يشكلان خسارة قابلة للتعويض ، وبالتالي رفضت دعوى الحفيدة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها نتيجة حرمانها من فرصة التعرف على جدتها وإقامة علاقة عاطفية معها، لأن الحفيدة حملت وولدت بعد مقتل الجدة (٣٤٥).

(343) Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 24 février 2005, N° de pourvoi : 02-11.999, Publié au bulletin

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007052699>

(344) Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 24 mai 2006, N° de pourvoi 05-18.663, Publié au bulletin.

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007050570>

(345) Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 3 mars 2011, N° de pourvoi : 10-16.284, Inédit

https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000023667039?init=true&page=1&query=10-16.284&searchField=ALL&tab_selection=all

وتقضي الفقرتان الأولى والثانية من المادة ٣١١ من القانون المدني الفرنسي بأن القانون يفترض أنه تبعاً لما تقتضيه المصلحة الفضلى للطفل ، يعتبر الحمل قد تم في لحظة بعينها خلال الفترة الممتدة ما بين اليوم ٣٠٠ واليوم ١٨٠ السابق لتاريخ ميلاد الجنين (٣٤٦).

مع ملاحظة أن هذه القرائن بسيطة يمكن نقضها بإثبات عكسها (الفقرة الثالثة من المادة ٣١١ من القانون المدني الفرنسي) (٣٤٧) ، فيما يعني أنه من الممكن إثبات أن الطفل قد حمل أكثر من ٣٠٠ يوم أو أقل من ١٨٠ يوماً قبل ولادته.

تطبيقاً لذلك ، إذا ولد طفل في ٣٠ من نوفمبر سنة ٢٠٢١ م ، فهناك قرينة بسيطة على أن الحمل قد حدث بين اليوم الأول من فبراير سنة ٢٠٢١ م واليوم الأول من يونيو سنة ٢٠٢١ م ، وهذه القرينة تقبل إثبات العكس ، وإثبات حدوث الحمل يعتمد في المقام الأول على النتائج الطبية.

وإذا افترضنا أنه قد تم افتتاح تركة قبل ٣٠٥ يوماً من ولادة الطفل ، فالقانون الفرنسي يقيم قرينة بسيطة على أن الطفل لم يكن قد حمل وقت افتتاح التركة ، وبالتالي فإنه لا يرث ، لكن هذه القرينة تقبل إثبات العكس ، فيجوز مثلاً تقديم دليل طبي على أن الطفل قد حمل لمدة ٣٠٥ يوماً قبل ولادته ، فيكون له - عندئذ - الحق في الميراث.

المطلب الثالث

التطبيقات القضائية لهذا المبدأ بشأن تعويض الجنين

عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد أقاربه

فضلاً عن فرضيات الميراث والتبرع الوصية الواردة في القانون المدني الفرنسي ، طبق القضاء الفرنسي هذا المبدأ بشأن حق الجنين في التعويض عن الضرر اللاحق به نتيجة

(346) "La loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la date de la naissance.

La conception est présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de cette période, suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant" Article 311, Version en vigueur depuis le 01 juillet 2006, Modifié par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 - art. (3) JORF 6 juillet 2005 en vigueur le 1er juillet 2006.

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006424630

(347) " La preuve contraire est recevable pour combattre ces presumptions"

الفعل الضار الذي أصاب أحد أقاربه كالأبَاء والأجداد^(٣٤٨) ، ونعرض فيما يلي بعضاً من أحكام محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد :

التطبيق الأول : حكم الغرفة المدنية الأولى بتاريخ ١٠ من ديسمبر سنة ١٩٨٥ م ، رقم ٨٤-٣٢٨-١٤٣٢٨^(٣٤٩) :

استخدمت محكمة النقض - في هذا الحكم - المبدأ الذي يقضي بأن الجنين يعتبر مولوداً إذا كان ذلك في مصلحته ، وذلك بشأن مسائل التأمين ، حيث مات رجل في حادث تحطم طائرة ، وكان لديه تأمين على الحياة ينص على أنه في حالة الوفاة ، فإن شركة التأمين

(348) وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الفرنسي قد منح الطفل المعاق لخطأ طبي في التشخيص - حال كونه حملاً مستكناً - الحق في التعويض ، باعتبار أنه كان في الإمكان تجنب استمرار الحمل لو صح التشخيص بما يجنبه معاناة الإعاقة ، وكان ذلك بمناسبة مبدأ تبناه حكم شهير (Affaire - Perruche) ، صدر من الدوائر مجتمعة بمحكمة النقض الفرنسية ، وقد جاء بهذا الحكم :

" dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec une femme enceinte ont empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues"

Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 17 novembre 2000, N° de pourvoi : 99-13.701, Publié au bulletin

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007041543/>

ثم توالت الأحكام في هذا الصدد ، انظر على سبيل المثال :

Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 24 janvier 2006, N° de pourvoi : 01-16.684, Publié au bulletin.

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007050357/>

Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 24 janvier 2006, 02-12.260, Publié au bulletin.

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007050774/>

Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 24 janvier 2006, N° de pourvoi : 02-13.775, Publié au bulletin.

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007050587/>

Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 14 novembre 2013, 12-21.576, Publié au bulletin

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000028204879/>

(349) Cour de cassation, Chambre civile 1, du 10 décembre 1985, N° de pourvoi : 84-14.328 ,op .cit.

ستدفع له مبلغا معيناً سيتم زيادته بنسبة ٣٠ ٪ لكل طفل معال يعيش في بيت المؤمن عليه ، وبعد شهرين و ٢٤ يوماً من وفاته ، ولدت أرملته توعمين ، ورفضت شركة التأمين زيادة تعويض التأمين، لأنه - وفقاً لها - لا يمكن اعتبار التوعمين طفلين معالين ، باعتبار أنهما لم يولدا وقت الوفاة ، وبالتالي ، من حيث المبدأ ، لم تكن لهما شخصية قانونية.

وقد كان لمحكمة النقض الفرنسية رأياً آخر ، حيث طبقت ما اعتبرته مبدأ عام في القانون^(٣٥٠) ، واعتبرت التوعمين قد ولدا وقت وفاة والدهما ، طالما أنهما كانا حملاً وقت هذه الوفاة وولدوا لاحقاً قابلين للحياة ، وإعمالاً لهذه القاعدة ، وجب أخذهما في الاعتبار عند حساب التعويض .

وقد جاء بهذا الحكم أنه " ينظر في أعمال الأحكام الواردة في عقد التأمين من خطر الموت إلى لحظة تحقق الخطر وتحديد الأطفال المعالين من قبل رب البيت ، وذلك كله بما يتفق مع المبادئ العامة للقانون ، لا سيما تلك التي تؤكد حق الحمل المستكن في أن يعد مولوداً كلما كان له مصلحة في ذلك " ^(٣٥١).

ومفاد ذلك أن محكمة النقض الفرنسية - وتطبيقاً للقاعدة التي بموجبها يعتبر الحمل المستكن مولوداً متى كان ذلك في مصلحته ، قد اعتبرت التوعمين - وقد ولدا قابلين للحياة بعد شهرين و ٢٤ يوماً من وفاة والدهما ، فيما يعنى أنهما كانا حملاً وقت هذه الوفاة - كأنهما قد ولدا وقت الوفاة ، باعتبار أن ذلك يحقق مصلحتهما في أن يندرجا في عداد الأطفال المعالين الذين يعيشون في بيت المؤمن عليه ، وبالتالي يحق لهما الحصول على التعويض المطالب به لتسهيل إعالتهم^(٣٥٢) ، باعتبار أن الزيادة في مجموع المخصصات المالية الممنوحة للطفل تهدف إلى تربية الأطفال بشكل أفضل ، لذلك فهو في مصلحتهم .

(350) François Dresse (1999) : La situation juridique de l'enfant à naître en droit français : entre pile et face. Revue général de droit, 30(4) , 606-661.

<https://www.erudit.org/fr/revues/rgd/1999-v30-n4-rgd01627/1027762ar.pdf>

(351) "si les conditions d'application du contrat d'assurance décès doivent être appréciées au moment de la réalisation du risque, la détermination des enfants à charge vivant au foyer, doit être faite en se conformant aux principes généraux du droit, spécialement à celui d'après lequel **l'enfant conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt**".

Cour de cassation, Chambre civile 1, du 10 décembre 1985, N° de pourvoi : 84-14.328 ,op .cit.

(352) Commentaire d'arrêt de la Première Chambre civile de la Cour de cassation du 10 décembre 1985 : l'Infans conceptus.

<https://www.doc-du-juriste.com/droit-prive-et-contrat/droit-civil/commentaire-d-arret/commentaire-arret-premiere-chambre-civile-cour-cassation-10-decembre-1985-464714.html>

التطبيق الثاني : حكم الغرفة المدنية الثانية بتاريخ ١٤ من ديسمبر سنة ٢٠١٧ م ، رقم
١٦-٢٦.٦٨٧ (٣٥٣) :

في هذه الدعوى ، توفي عامل مؤقت إثر حادث عمل ، وكانت زوجته حامل ، ثم رفعت أرملته دعوى على صاحب العمل للتعويض عن الأضرار التي أصابته وأصابت أطفاله القصر ، الذين كان أحدهم حملا مستكنا يوم الوفاة ، وقد قامت بذلك باسمها وبصفتها الممثل القانوني لطفليها القاصرين ، بما في ذلك " Zachary " ، المولود بعد الحادث و وفاة والده .

وقد اعترفت محكمة Vosges ، في حكمها الصادر في ١٨ من سبتمبر سنة ٢٠١٣ م ، بالخطأ غير المبرر من صاحب العمل وأدانتته بتعويض جميع النتائج الضارة المترتبة على هذا الخطأ .

وفي ٢٣ من أبريل سنة ٢٠١٤ م ألغت محكمة استئناف Nancy هذا الحكم ونفت وجود سبب للتعويض عن ضرر أدبي للطفل المولود بعد وفاة والده .

وفي ١٠ من سبتمبر سنة ٢٠١٥ م نقضت محكمة النقض الحكم الصادر من محكمة استئناف Nancy ، حيث اعتبرت أن هذه المحكمة انتهكت المبدأ العام لمفهوم الحق ، وتم إحالة الدعوى للحكم فيها من جديد .

وبشأن الإحالة بعد النقض ، أيدت محكمة استئناف Metz ، بحكم صادر في ٢٩ من سبتمبر سنة ٢٠١٦ م ، الحكم الابتدائي الذي أقر الضرر الأدبي للطفل ، حيث لاحظت المحكمة " أن الطفل ، الذي لم يولد وقت وفاة والده ، لم يتمتع أبدا بأن يحيا معه ، ولا يعد قد لحقه ضرر عاطفي من أي نوع عن فقد الوالد " ، مع ذلك فإنه " يعاني من غيبة أبدية للوالد حيث لن يعرفه إلا من خلال ما يرويهِ الغير عنه ، وهذه المعاناة تشكل ضررا أدبيا " (٣٥٤) ، وقد تم الطعن على هذا القرار .

وكان منعى الطاعن أنه يشترط للحصول على التعويض أن يكون الضرر مؤكدا ؛ وقد تم تحديد مبلغ ٢٥٠٠٠ يورو كضرر أدبي لحق الطفل Zachary ، البالغ من العمر ٨ سنوات آنذاك ، بسبب وفاة والده قبل ولادته ، وأن المحكمة رأت أنه " يعاني من الغياب الأبدي لوالده ، الذي لن يعرفه إلا من خلال ما يرويهِ الغير عنه " ، دون تحليل أي عنصر من شأنه إثبات الواقع الموضوعي للمعاناة المزعومة ، هذا إلى أنه لا توجد علاقة سببية بين الوفاة العرضية لشخص والضرر المزعوم الذي لحق بابنه المولود بعد هذه الوفاة .

(353) Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 14 décembre 2017, N° de pourvoi : 16-26.687, Publié au bulletin.

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000036216902/>

(354) « l'enfant, qui n'était pas né au moment du décès de son père, n'a jamais eu de communauté de vie avec ce dernier, et n'a donc subi aucun préjudice d'affection du fait de la perte de son père ». Cependant, il « souffre de l'absence définitive de son père, qu'il ne connaîtra jamais qu'au travers des récits des tiers. Cette souffrance constitue un préjudice moral»

وفي ١٤ من ديسمبر سنة ٢٠١٧ م أصدرت محكمة النقض حكما برفض الطعن وتأييد الحكم الصادر في ٢٩ من سبتمبر سنة ٢٠١٦ م ، باعتباره عادلا ويجب احترامه ، حيث اعترفت بأنه " يحق للطفل منذ ولادته المطالبة بالتعويض عن الضرر الناجم عن الوفاة العرضية لوالده أثناء الحمل " . وأيدت محكمة الاستئناف فيما ذهبت إليه من اعتبار الطفل "عانى من الغياب الأبدي لوالده المتوفى" ووصفها " وجود ضرر أدبي بالإضافة إلى العلاقة السببية بين وفاة الأب وهذا الضرر " . وبذلك تكون محكمة النقض قد اعترفت بكل من الضرر الأدبي الذي لحق الطفل وعلاقة السببية التي اعترض عليها المستأنف (٣٥٥) ، باعتبار أن مجرد حقيقة الحرمان الأبدي من الأب يشكل في حد ذاته ضررا أدبيا للطفل .

والسؤال الذي كان مطروحا على القضاء في هذا الصدد هل يمكن لطفل متى كان حملا وقت وفاة والده عرضا ، ثم ولد بعد ذلك قابلا للحياة ، أن يطالب بتعويض أدبي عن عواقب الاختفاء المبكر لوالده ؟ .

وكانت الإجابة بأنه منذ ولادة هذا الطفل قابل للحياة يمكن له المطالبة بالتعويض عن الضرر الناجم عن هذه الوفاة (٣٥٦) ، باعتبار أنه يعاني من الغياب الأبدي لوالده المتوفى في الحادث ، وانتهت محكمة استئناف Metz - وأيدتها في ذلك محكمة النقض الفرنسية - إلى وجود ضرر أدبي وتوافر العلاقة السببية بين وفاة والد الطفل وهذا الضرر ، فيما يعني أن الحق في التعويض مقبول قبل الولادة ولكن تنفيذه يكون بمراعاة الشروط المتطلبية لذلك . وبذلك يكون القضاء الفرنسي هنا قد أقر بإصلاح الضرر الأدبي الذي لا يتزامن وجوده مع تاريخ الحادث (٣٥٧) .

ويرى البعض - بحق - أن هذا الحكم " يدافع عن مصالح الطفل الذي لم يولد بعد بتكريسه لتوسيع نطاق الأضرار التي يمكن جبرها والعلاقة السببية (٣٥٨) وينتقد ما ذهبت إليه محكمة Nancy - لدى نظرها الدعوى - من رفض تعويض الضرر الأدبي للطفل

(355) Bérénice de Bertier-Lestrade, op .cit.

(356) "...dès sa naissance, l'enfant peut demander réparation du préjudice résultant du décès accidentel de son père survenu alors qu'il était conçu".

Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 14 décembre 2017, N° de pourvoi : 16-26.687, op .cit.

(357) Le préjudice moral de l'enfant à naître,

<https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-vos-copies/article/le-prejudice-moral-de-lenfant-a-naître/h/6ca1a2c455b76d4e280bd150aed1a739.html>

en ce sens, V. Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 24 février 2005, N° de pourvoi : 02-11.999, op .cit

et ,Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 4 novembre 2010, N° de pourvoi : 09-68.903, Publié au bulletin,

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000023012880/>

(358) " Il défend l'intérêt de l'enfant à naître en consacrant un élargissement des préjudices réparables et du lien de causalité".

Bérénice de Bertier-Lestrade, op .cit.

المولود بعد وفاة والده ، وفي ذلك يقول " يصعب إنكار معاناة طفل توفي والده قبل ولادته بثلاثة أشهر بحجة عدم معرفته به...وليس من الإنصاف المغايرة بين الأشقاء بشأن تعويضهم عن هذه المعاناة ، اعتمادا على أن وفاة والدهم كانت قبل ولادتهم بثلاثة أشهر أو بعدها بثلاثة أشهر ... وإن أعمال هذه المغايرة يثير الصدمة لدى نفس الأشقاء ، ولا يبدو عادلا ، وهو ما فعلته محكمة استئناف Nancy في هذه القضية، حيث غايرت بين أبناء المتوفى بتعويض معاناة الأكبر وإنكار معاناة الأصغر ، على أساس أن الأخير لم يولد بعد عندما مات والده ، رغم أن كلا الطفلين ينمو ويكبر كل يوم بدون أب ، وكلاهما حرم من إمكانية العيش إلى جانبه ، وكلاهما ضحية ظروف استثنائية لا مفر منها ... وهل يستساغ القول بأن المرء لا يعاني من فقدان من لم يعرفه ؟. وهل الطفل المولود بعد وفاة والده يحتاج إليه بدرجة أقل من أخيه الذي كان مولودا وقت تلك الوفاة ؟ " (٣٥٩).

ولا شك في عدالة ما انتهت إليه محكمة النقض الفرنسية في هذا الحكم من تعويض الطفل الذي كان حملا وقت وفاة والده نتيجة الفعل الضار الذي أصابه ، فقد حرم هذا الطفل من والده ، وولد في ظروف محزنة فهو لم يشهد حزن والدته فقط بل غياب والده إلى الأبد ، وأصبح يعاني من اضطرابات في ظروفه المعيشية ، باعتبار أن والدته قد تزلزلت واضطرت إلى إعالته بمفردها ، ونتائج اليتيم أجل من أن تحتاج إلى بيان .

التطبيق الثالث : حكم الغرفة المدنية الثانية بتاريخ ١١ من فبراير سنة ٢٠٢١ ، رقم 19-23.525 (٣٦٠) :

في هذه الدعوى قتل أحد الأشخاص ، وصدر حكم بإدانة الجاني ، وقدمت ابنة المجني عليه - وبصفتها الممثل القانوني لأولادها القصر - طلبا لتعويض ابنتها القاصر- التي كانت حملا وقت وفاة الجد - عن الأضرار الأدبية الناجمة عن تلك الوفاة.

ومن ثم ، فقد تجددت المسألة المعروضة على محكمة النقض ، بالمقارنة بالسوابق القضائية، حيث كان التساؤل عما إذا كان الضرر الأدبي اللاحق بالحمل المستكن محددًا ومباشرا حال موت الأجداد بين الحمل والولادة .

وهكذا كانت المسألة ذات شقين : هل توجد علاقة سببية كافية بين وفاة الأجداد والأضرار الأدبية الناجمة عن غيابهم الأبدي ، من ناحية أخرى هل يمكن أن ينشأ ضرر يصيب العاطفة بسبب فقدان بعض أفراد الأسرة الذين لا ينتمون إلى أقارب الأطفال المباشرين ؟ .

وانتهت المحكمة إلى أنه في حال مقتل الجد يجوز لحفيده الذي كان حملا وقت الوفاة ، أن يطالب بتعويض عن الضرر الناجم عن تلك الوفاة ، باعتبار أن فقدان الجد يشكل ضررا قابلا للتعويض ، والطفل الذي ولد بعد مقتل جده قد حرم من وجوده ، وكان من الممكن أن يستفيد من هذا الوجود ، ولا يحتاج الطفل في ذلك إلى إثبات أنه لو تلاقى مع هذا

(359) Ibid.

(360) Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 11 février 2021, N° de pourvoi : 19-23.525, Publié au bulletin.

https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000043168231?init=true&page=1&query=19-23.525&searchField=ALL&tab_selection=all

الجد لكون علاقة عاطفية خاصة به ، فهو - على أية حال - قد عانى من الغياب الأبدي لهذا الجد.

ويلاحظ أنه ورغم أن الطفلة حفيذة القتل لم تر جدّها ، فإن محكمة النقض الفرنسية أكدت على أنها لا تحتاج إلى إثبات أنها لو عرفت لكانت لها علاقة عاطفية خاصة به ، وبالتالي فإن الحجة التي ساقها المستأنف وهي أن الضرر اللاحق بالطفل والقابل للإصلاح يجب أن يقتصر على فقدان والديه بسبب العلاقة الوثيقة بينهما ، وأنه لا يمكن توسيع نطاق هذا الضرر ليشمل أفراد الأسرة الآخرين ، لا أساس لها من الصحة ، باعتبار أنه يمكن تعويض الطفل عن فقدان أقارب بعيدين ، خاصة وأن مضروري الارتداد ليسوا بحاجة إلى إثبات وجود صلة عاطفية طبيعية مع المضرورين المباشرين ، ولا يمكن أن تعوق درجة قرابة الجد وهو المضرور الرئيسي ، ولا الطابع الافتراضي للضرر الأبدي ، تعويض الحفيد عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أودى بحياة جده⁽³⁶¹⁾ .

التطبيق الرابع: حكم الغرفة الجنائية بتاريخ ١٠ من نوفمبر سنة ٢٠٢٠م، رقم ١٩-٨٧.١٣٦⁽³⁶²⁾ :

وفي هذا الحكم قتل رجل في ٢٢ من مايو سنة ٢٠١٦ م في حادث مروري ، وصدر حكم بإدانة الجاني .

وأنجبت رقيقة المتوفى طفلا في ٢٩ من يونيو سنة ٢٠١٦ م ، فيما يعني أن والد الطفل قد توفي قبل ولادته بشهر وسبعة أيام .

وقد طلبت الرقيقة تعويضا عن الضرر الذي تعرضت له باسمها وتعويضا عن الضرر الأبدي الذي لحق بابنها بوصفها ممثل قانوني عنه .

وأقرت محكمة النقض حكم محكمة الاستئناف فيما ذهبت إليه من تعويض الضرر الأبدي لطفل المتوفى بمبلغ ١٠٠٠٠ يورو ، معتبرة أن هذا الطفل ، الذي حمل قبل الوفاة وولد بعدها ذلك ، سيشعر بالألم ، وسيضطر إلى الاكتفاء بروايات والدته وأقاربه من أجل التعرف على والده وبناء هويته ، وسيعاني من الغياب الأبدي لوالده الذي لن يعرفه طوال حياته⁽³⁶³⁾ ، وأن هناك علاقة سببية بين الوفاة العرضية وهذه الأضرار.

(361) Indemnisation du préjudice moral de l'enfant né après le décès de son grand-père, op .cit.

(362) Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 10 novembre 2020, N° de pourvoi : 19-87.136, Publié au bulletin

https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000042551845?init=true&page=1&query=19-87.136&searchField=ALL&tab_selection=all

(363) " Les juges retiennent que l'absence de S... Q... auprès de son fils G... sera toujours ressentie douloureusement par l'enfant qui devra se contenter des souvenirs de sa mère et de ceux de ses proches pour connaître son père et construire son identité, et que G... souffrira de l'absence définitive de son père qu'il ne connaîtra jamais, toute sa vie"

Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 10 novembre 2020, 19-87.136, Publié au bulletin. , op .cit.

الخلاصة :

إذا كانت الشخصية القانونية - وفقا للقانون الفرنسي - تبدأ بالولادة وتنتهي بالوفاة ، فيما يعني أن الجنين لا يتمتع بالشخصية القانونية ، وهو ما يصعب تصوره ، ومن هنا أثار حالة الخاصة للجنين مشاكل متعددة منذ فترة طويلة.

وفي سبيل التغلب على هذه المشاكل اعتمد القضاء الفرنسي مبدأ اعتبار الجنين مولودا متى كان ذلك في مصلحته ، وهذا المبدأ ليس نصا في القانون الفرنسي ، وإنما هو قاعدة مستمدة من القانون الروماني ، والسوابق القضائية الفرنسية هي أصل الاستخدام المتكرر والمتنوع لهذا المبدأ ، ولهذا الاستخدام ما يبرره ، باعتبار أنه ليس من العدل حرمان الطفل من ممارسة أي حق من حقوقه التي لها تأثير مفيد على حياته المستقبلية استنادا إلى أنه كان حملا مستكنا وقت الحدث المنشأ لهذا الحق ولم يكن متمتعا بالشخصية القانونية.

ويشترط لاستفادة الجنين من مبدأ اعتباره مولودا منذ بداية الحمل ، أن يتوافر له مصلحة في ذلك ، وأن يولد حيا وقابلا للحياة ، وأن تكون الحقوق التي يطالب بها قائمة بالفعل وقت أن كان حملا مستكنا^(٣٦٤) .

ومفاد ذلك أن اكتساب الشخصية القانونية لا يرجع فقط إلى ما بعد الولادة ، ولكن أيضا من بداية الحمل ، حيث يمكن توقع الولادة ، وكما يقول أوبري وراو " أن الطفل في رحم الأم ليس له شخصية قانونية ، ولكن إذا ولد حيا قابلا للحياة ، فإنه يكتسب هذه الشخصية بأثر رجعي ليس فقط منذ الميلاد بل أيضا منذ بدء الحمل ، على الأقل في الحالات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك " ^(٣٦٥) .

(364) " Pour bénéficier de cette règle... l'enfant doit naître vivant et viable de même que le droit qu'il demande à obtenir doit avoir existé alors qu'il était déjà conçu" .

Indemnisation du préjudice moral de l'enfant né après le décès de son grand-père,

https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/indemnisation-du-prejudice-moral-de-lenfant-ne-apres-le-deces-de-son-grand-pere/h/af63906ee329aec8aee88045bdf1bd94.html?tx_ttnews%5Blink%5D=actualite%2Fa-la-une%2Fh%2Fd43a86066b%2Fbrowse%2F3%2Farticle%2Fouverture-des-jeux-en-ligne-a-la-concurrence.html

(365) La pratique juridique révèle que non seulement il est possible, rétroactivement, de faire remonter les effets de la personnalité juridique en-deçà de la naissance mais aussi que, dès la grossesse, on peut anticiper sur la naissance et donc sur la personnalité juridique. Si, par exemple, Aubry et Rau disent que « dans le sein de sa mère, l'enfant n'a point encore de personnalité juridique. Mais s'il naît vivant et viable, il sera rétrospectivement considéré comme étant déjà né, en tant au moins que son intérêt l'exige ». M.Aude Bertrand –Mirkovic , La nation de personne(Étude visant à clarifier la statut juridique de l'enfant à naître). Préface M.François Terré,press Universitaires d'Aix En Marseille, 2003: Chapitre I. L'humanité permet d'anticiper sur la personnalité juridique, pp. 317- 335.

<https://books.openedition.org/puam/1108>

وقد أصدر القضاء الفرنسي العديد من الأحكام تطبيقاً لهذا المبدأ ، ومنها الأحكام الصادرة بتعويض الجنين عن الضرر الشخصي المباشر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد أقاربه كالأب والجد ، وكان من المتوقع أن يكرس المشرع الفرنسي هذا المبدأ بموجب نص صريح في القانون الفرنسي بهدف تسهيل تطبيقه ومعرفته.

وغني عن البيان أن منح الجنين الشخصية القانونية مقدما ينبغي عليه الاعتراف ضمناً بوضعه كشخص ، وبالتالي فإن تحويل هذا المبدأ إلى نص قانوني سيؤدي إلى إعادة إثارة الجدل حول مشروعية الإجهاض والإنجاب الاصطناعي ، ولعل هذا السبب هو الذي حدا بالمشرع الفرنسي إلى ترك تطبيق هذا المبدأ لتقدير القاضي وحده.

المبحث الثاني

موقف القضاء في بعض الدول العربية

تمهيد وتقسيم :

نعرض في هذا المبحث لموقف القضاء في مصر والجزائر وتونس من مسألة تعويض الجنين عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه قبل تمام ولادته حياً .

وعلى ذلك نقسم الحديث في هذا المبحث على ثلاثة مطالب ، على النحو التالي :

المطلب الأول : موقف محكمة النقض المصرية.

المطلب الثاني : موقف المحكمة العليا بالجزائر.

المطلب الثالث : موقف محكمة التعقيب التونسية .

المطلب الأول

موقف محكمة النقض المصرية

بالرجوع إلى الأحكام الصادرة عن محكمة النقض المصرية يتضح أن بعضاً من هذه الأحكام قد اتجهت إلى رفض تعويض الجنين عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد أقاربه ، ولو بعد تمام ولادته حيا ، بينما اتجهت أحكام أخرى إلى إقرار هذا الحق وبشرط تمام ولادته حيا .

وعلى ذلك نقسم الحديث في هذا المطلب على ثلاثة فروع ، على النحو التالي :

الفرع الأول : الاتجاه المعارض لتعويض الجنين .

الفرع الثاني : الاتجاه المؤيد لتعويض الجنين بشرط تمام ولادته حيا .

الفرع الثالث : تقييماً لاتجاهي المحكمة بشأن تعويض الجنين .

الفرع الأول

الاتجاه المعارض لتعويض الجنين

صدر عن محكمة النقض المصرية العديد من الأحكام التي ترفض تعويض الحمل المستكن عن الضرر الشخصي المباشر الذي يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي يصيب والده قبل تمام ولادته حيا ، استناداً إلى أن حقوق هذا الحمل قد حددها القانون على سبيل الحصر ، وليس من بينها حقه في هذا التعويض.

ومن قبيل ذلك ما حكمت به محكمة النقض من أن " النص في المادة ٢٩ من القانون المدني على أن " (١) تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا ، وتنتهي بموته. (٢) ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون" يدل على أن المشرع أحال في بيان حقوق الحمل المستكن إلى القانون ، فليس له من حقوق إلا ما حدده القانون وقد نظم المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ في شأن الولاية على المال الولاية على الحمل المستكن ، وأثبت له قانون الجنسية الحق في اكتساب جنسية أبيه ، واعترف له قانون المواريث بالحق في الإرث ، كما اعترف له قانون الوصية بالحق فيما يوصى له به ، أما حقه في التعويض عن الضرر الشخصي المباشر الذي يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي يصيب مورثه قبل تمام ولادته حيا فلم يعينه القانون" (٣٦٦) ، وترك أمره للقواعد العامة والتي تأبى على الحمل المستكن الذي لم يولد بعد ، وقد انعدم إدراكه ، أن يكون محلاً لضرر أدبي قوامه الشعور والعاطفة (٣٦٧) .

(366) نقض مدني : ٢٧ من يونيه سنة ١٩٩٥ طعن رقم ١٠٧٥ لسنة ٦٠ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً ، و ١٥ من يونيه سنة ٢٠٠٤ طعن رقم ٦٨٠٢ لسنة ٧٢ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً ، و ٨ من فبراير سنة ٢٠٠٥ طعن رقم ٤٩٤٠ لسنة ٧٣ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً ، و ٨ من يناير سنة ٢٠٠٦ طعن رقم ٧٧١٩ لسنة ٧٤ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً ، و ١٢ من فبراير سنة ٢٠٠٦ طعن رقم ٣٧٠٥ لسنة ٧٤ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً ، و ٢٢ من فبراير سنة ٢٠٠٦ طعن رقم ٤٨٧٩ لسنة ٧٥ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً ، و ٢٤ من ديسمبر سنة ٢٠٠٦ طعن رقم ١٥١٣٩ لسنة ٧٥ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً ، و ٧ من نوفمبر سنة ٢٠١٠ طعن رقم ٤٦٨٢ لسنة ٧٩ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً ، و ١٢ من فبراير سنة ٢٠١٢ طعن رقم ١٠٦٧٩ لسنة ٨٠ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً و ٦ من يونيه سنة ٢٠١٧ طعن رقم ٨٨٨٠ لسنة ٨٦ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً .

(367) نقض مدني : ٩ من مارس سنة ٢٠٠٨ الطعن رقم ٣٤ لسنة ٧٥ ق ، حكم منشور على الموقع المعلوماتي لمحكمة النقض ، و ٢٣ من مارس سنة ٢٠١٣ طعن رقم ٣٠٢٠ لسنة ٧٢ ق ، حكم منشور

وحكمت بأن " المقرر في قضائها أن النص في المادة ٢٩ من القانون المدني على أن " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته ، ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون " يدل على أن الأصل أن المشرع لم يمنح الشخصية القانونية للشخص الطبيعي إلا بتمام ولادته حيا . وما يستتبع ذلك من صلاحيته لاكتساب جميع الحقوق ، وتحمل الالتزامات. وهو ما يعبر عنه بأهلية الوجوب. واستثناء منحها - الشخصية القانونية في نطاق هذه الأهلية - للحمل المستكن . إلا أنه قصرها على صلاحيته لاكتساب حقوق يعينها، هي التي بينها القانون. مثل ما نصت عليه قوانين الجنسية والوصية والوقف والمواريث. ولم يرد في القانون نص يعطى له حقا في التعويض عن الضرر الشخصي المباشر الذي يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي يصيب مورثه قبل تمام ولادته حيا. ولا محل للرجوع في ذلك - بعد ولادته حيا - مع صراحة نص المادة ٢٩ سالفه البيان إلى القواعد العامة المنظمة لاستحقاق التعويض وقت ثبوت الضرر. وإلا صارت إحالة النص المذكور في شأن حقوق الحمل المستكن إلى القانون لغوا ينتزه عنه المشرع الذي لو قصد لغير هذا المفهوم لأغفل الإشارة أصلا إلى تلك الحقوق ، تاركا تعيينها إذا ما ولد الحمل حيا للقواعد العامة في أهلية الوجوب للإنسان الطبيعي ، يؤيد ذلك ما نصت عليه المادة ٢٢٢ / ٢ من القانون المدني في شأن الحكم بالتعويض لأزواج وأقارب المصاب إلى الدرجة الثانية ، عما يصيبهم من ألم نتيجة موته . إذ جرى قضاء المحكمة على أن المشرع " قصر هذا الحق على من كان من هؤلاء موجود على قيد الحياة في تاريخ الوفاة ، دون أن يتسع نطاقه إلى من لم يكن له وجود حين الوفاة . سواء كان لم يولد بعد . أو كان مات قبل موت المصاب . لأن أيا من هؤلاء يستحيل تصور أن يصيبه ضرر أدبي نتيجة موته " ، يعضد ذلك أن الحمل المستكن لا يندرج ضمن طائفة الأقارب أيا كانت درجة القرابة ولا يطلق عليه من ثم لفظ قريب " (٣٦٨).

وحكمت بأن " شخصية الإنسان وهي صلاحيته لوجوب الحقوق له أو عليه لا تبدأ - كأصل عام وطبقا لما نصت عليه المادة ٢٩ من القانون المدني - إلا بولادته حيا ، ومن ثم فإن لم يكن موجودا على قيد الحياة عند وفاة آخر لا تكون له ذمة مالية ولا دعوى شخصية يطالب فيها بتعويض عن ضرر لم يصبه - ماديا كان هذا الضرر أو أدبيا - حتى ولو كان من أقاربه للدرجة الثانية الذين أجازت المادة ٢٢٢ من القانون ذاته تعويضهم عما قد يصيبهم من ألم من جراء تلك الوفاة ، لأن المشرع بهذا النص قصر الحق في التعويض عن الضرر المادي والأدبي المباشر على من كان من هؤلاء موجودا على قيد الحياة في تاريخ الوفاة دون أن يوسع من نطاق هذا الحق بحيث يشمل من لم يكن له وجود حين الوفاة ، سواء كان لم يولد بعد أو كان قد مات قبل موت المصاب ، فإن أيا من هؤلاء يستحيل تصور أن يصيبه ضرر مادي أو أدبي نتيجة موته " (٣٦٩).

تطبيقا لذلك " إذا كان الثابت من الأوراق أن المجني عليه - توفي بتاريخ ٢٥ / ١٢ / ١٩٨٦ قبل ولادة ابنته .. في ١٠ / ٩ / ١٩٨٧ ومن ثم فإنها كانت في هذا التاريخ حملا

على الموقع المعلوماتي لمحكمة النقض و ٢٣ من ديسمبر سنة ٢٠١٣ طعن رقم ٧٨٨٧ لسنة ٧٤ ق، حكم منشور على الموقع المعلوماتي لمحكمة النقض .

(368) نقض مدني ١٠ من فبراير سنة ٢٠١٥ طعن رقم ٨٦٨٤ لسنة ٧٥ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً.

(369) نقض مدني ٣ من نوفمبر سنة ٢٠١٣ طعن رقم ٣٠٨٤ لسنة ٧٤ ق ، حكم منشور على الموقع المعلوماتي لمحكمة النقض .

مستكنا فلا تستحق بعد ولادتها التعويض الأدبي المطالب به (المدعى لحوقه بها من جراء وفاة والدها) " (٣٧٠) " . وإذا كان الثابت بالأوراق أن القاصرة ٠٠٠٠٠ كانت حملا مستكنا في تاريخ الحادث الواقع في ٩ / ٤ / ٢٠٠٢ وأنها لم تولد إلا في ٢٦ / ٩ / ٢٠٠٢ وبعد وفاة والدها المجني عليه فإنه لا ينشأ لها الحق في التعويض عن الضرر الأدبي الذي يصيبها من الحادث " (٣٧١) .

ومن الواضح أن الدعاوى - سالفه الذكر - والتي عرضت على محكمة النقض المصرية ، كانت تطرح سؤالين متتاليين ومتعاقبين . وهما : هل الجنين صالح أو أهل لاكتساب الحقوق ؟ وإذا كانت الإجابة بنعم يطرح في مرحلة تالية سؤال ثان وهو : هل تشمل هذه الحقوق حق الجنين في التعويض عن الضرر الشخصي المباشر الذي يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب والده قبل تمام ولادته حيا ؟ .

وباستقراء الأحكام السابقة - والتي صدرت في تلك الدعاوى - يتبين إن هذا الاتجاه من قضاء محكمة النقض المصرية قد ذهب إلى أنه إذا كان مورث الجنين قد أصيب أو مات قبل ميلاده ، فيما يعنى إنه كان - آنذاك - حملا مستكنا ، فلا يستحق بعد ولادته التعويض عن الفعل الضار الذي أصاب مورثه ، يستوي في ذلك أن تكون الأضرار الشخصية المباشرة المدعاة مادية أو أدبية ، وقد استند هذا القضاء إلى ما يلي :

١- إن الأصل أن المشرع لم يمنح الشخصية القانونية للشخص الطبيعي إلا بتمام ولادته حيا . وما يستتبع ذلك من صلاحيته لاكتساب جميع الحقوق ، وتحمل الالتزامات . وهو ما يعبر عنه بأهلية الوجوب . واستثناء منحها - الشخصية القانونية في نطاق هذه الأهلية - للحمل المستكن . إلا أنه قصرها على صلاحيته لاكتساب حقوق بعينها ، هي التي بينها القانون . مثل ما نصت عليه قوانين الجنسية والوصية والوقف والمواريث . ولم يرد في القانون نص يعطى له حقا في التعويض عن الضرر الشخصي المباشر الذي يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي يصيب مورثه قبل تمام ولادته حيا .

٢- إنه لا محل للرجوع في ذلك - بعد ولادة الحمل حيا - مع صراحة نص المادة ٢٩ مدني إلى القواعد العامة المنظمة لاستحقاق التعويض وقت ثبوت الضرر ، للأسباب الآتية :

أ- أعمال هذا الرجوع يصير معه إحالة النص المذكور في شأن حقوق الحمل المستكن إلى القانون لغوا ينتزه عنه المشرع الذي لو قصد لغير هذا المفهوم لأغفل الإشارة أصلا إلى تلك الحقوق ، تاركا تعيينها إذا ما ولد الحمل حيا للقواعد العامة في أهلية الوجوب للإنسان الطبيعي .

ب - ما نصت عليه المادة ٢٢٢ / ٢ من القانون المدني في شأن الحكم بالتعويض لأزواج وأقارب المصاب إلى الدرجة الثانية ، عما يصيبهم من ألم نتيجة موته ، وما جرى عليه قضاء محكمة النقض من أن المشرع " قصر هذا الحق على من كان من هؤلاء موجودا على قيد الحياة في تاريخ الوفاة ، دون أن يتسع نطاقه إلى من لم يكن له وجود حين الوفاة . سواء كان لم يولد بعد . أو كان مات قبل موت المصاب ، فيما يعني أن من لم يكن موجودا

(370) نقض مدني ١١ من فبراير سنة ٢٠٠٧ طعن رقم ٣٩٤٥ لسنة ٧٤ ق ، حكم منشور على الموقع المعلوماتي لمحكمة النقض .

(371) نقض مدني ١٥ من فبراير سنة ٢٠٠٧ طعن رقم ١٦٤٢٩ لسنة ٧٥ ق ، حكم منشور على الموقع المعلوماتي لمحكمة النقض .

على قيد الحياة عند وفاة آخر لا تكون له ذمة مالية ولا دعوى شخصية يطالب فيها بتعويض عن ضرر لم يصبه - ماديا كان هذا الضرر أو أدبيا - حتى ولو كان من أقاربه للدرجة الثانية الذين أجازت المادة ٢٢٢ من القانون ذاته تعويضهم عما قد يصيبهم من ألم من جراء تلك الوفاة ، لأن أيا من هؤلاء يستحيل تصور أن يصيبه ضرر مادي أو أدبي نتيجة موته.

ج - أن الحمل المستكن لا يندرج ضمن طائفة الأقارب أيا كانت درجة القرابة ، ولا يطلق عليه من ثم لفظ قريب.

تعقيب :

يتضح مما سبق أن محكمة النقض المصرية قد أجابت على السؤالين اللذين طرحا عليها والمشار إليهما سلفا بأنه وبخصوص السؤال الأول فإن الجنين صالح أو أهل لاكتساب حقوق بعينها، هي التي بينها القانون ، وبخصوص السؤال الثاني فإنه لم يرد في القانون نص يعطى للجنين حقا في التعويض عن الضرر الشخصي المباشر الذي يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي يصيب مورثه قبل تمام ولادته حيا.

وقد انتقد البعض - بحق - هذا القضاء ، باعتبار أن لا محل لحرمان المولود من الحق في التعويض عن ضرر ، مادي أو أدبي ، وقع عليه (٣٧٢) ، وسنعرض تقييم هذا الاتجاه من القضاء في موضع لاحق بإذن الله .

الفرع الثاني

الاتجاه المؤيد لتعويض الجنين بشرط تمام ولادته حيا

إذا كانت بعض الأحكام الصادرة عن محكمة النقض المصرية - وعلى نحو ما عرضنا بالفرع السابق - قد رفضت تعويض الحمل المستكن عن الضرر الشخصي المباشر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب والده قبل تمام ولادته حيا ، حتى ولو ولد هذا الحمل حيا ، فإن هناك بعضا من الأحكام قد أقرت تعويضه هذا الضرر بشرط تمام ولادته حيا .

ومن قبيل ذلك ما حكمت به محكمة النقض من أنه " إذا اختلف وقت تحقق الضرر عن وقت الفعل المعتبر أساسا للمسئولية التصيرية ، فالعبرة هي بوقت تحقق الضرر ، ذلك أن أهمية الخطأ في قيام هذه المسئولية محدودة ، فالخطأ قد يكون مفترضا ، بل قد ينبني الحق في التعويض على مجرد تحمل التبعة ، أما الضرر فهو حجر الزاوية في قيام هذا الحق ، يدل على ذلك ما جاء بنص المادة ١٦٣ من القانون المدني ثم ما تلاه من أن كل خطأ سبب ضررا للغير يلتزم مرتكبه بالتعويض وما ورد بالمذكرة الإيضاحية من أن المشرع اكتفى بمجرد لفظ الخطأ ليترك تحديده لتقدير القاضي حسب كل حالة لأن سرد الأعمال التي يتحقق فيها معنى الخطأ لا يكون من ورائه إلا إشكال وجه الحكم ، فثمة التزام يفرض على الكافة بعدم الإضرار بالغير ، ومخالفة هذا النعي هي التي ينطوي فيها الخطأ . فشغل المشرع المدني هو علاج آثار الضرر الذي أصاب الغير وليس تقويم سلوك مرتكب الفعل ، إذ لا تقوم المسئولية المدنية مهما كانت جسامة الخطأ إلا إذا تحقق الضرر ، ولهذا عنى القانون المدني في المادتين ٢٢١ ، ٢٢٢ منه ببيان الضرر المادي والأدبي وعناصرهما وحالات انتقال الحق في التعويض إلى الغير ، ثم فرض بنص المادة ١٦٩ التضامن عند

(372) د. حسام لطفي ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص ٣٤٠ .

تعدد المسؤولين ضمانا للحق في التعويض ، وصرح في المادة ١٧٠ بأنه إذا لم يتيسر للقاضي وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيينا نهائيا ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير ، ونص في المادة ١٧٢ على أن تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه لأن الحق في رفع الدعوى لا يقوم إلا إذا تحقق وقوع الضرر ، بمعنى أن يكون قد وقع بالفعل أو أن يثبت أنه سيقع حتما في المستقبل ، ومن المعلوم بالضرورة أن الطفل تصيبه شخصا أضرار جراء وفاة أبيه حتى لو كان ميلاده في تاريخ لاحق للفعل الذي توفي بسببه الأب وقت أن كان هذا الطفل حملا مستكنا ، ولا وجه للقول بأن حقه في التعويض مقصور على الحق في التعويض الموروث ، لأن قانون المواريث احتفظ له بالحق في الإرث كالحقوق التي كفلها له القانون بشأن الوصية والجنسية ، ذلك أن حق الابن في التعويض عن وفاة أبيه لا يقتصر على الأضرار التي أصابته لحظة الحادث وقت أن كان حملا ، وإنما يمتد إلى الأضرار التي أصابته بعد ولادته وثبوت أهلية الجواب كاملة له وما يستجد في المستقبل متى كان محقق الوقوع ، بل وله الحق في الاحتفاظ بإعادة النظر في التقدير عملا بنص المادة ١٧٠ من القانون سالف البيان " (٣٧٣) .

تطبيقا لذلك " إذا كانت المطعون ضدها الأولى قد أقامت الدعوى بعد ميلاد ابنة المتوفى التي كانت حملا مستكنا وقت الحادث وطالبت لها بالتعويض عن الأضرار الأدبية التي أصابتها جراء وفاة أبيها باعتبارها ابنة له وليست حملا وهو ما قضى به الحكم المطعون فيه فإن النعي عليه بهذا السبب يكون على غير أساس " (٣٧٤) .

باستقراء الأحكام السابقة يتبين إن هذا الاتجاه من قضاء محكمة النقض المصرية قد ذهب إلى أحقية الجنين في تعويض الضرر الذي يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي أودى بحياة والده قبل تمام ولادته حيا ، وبشرط تمام ولادته حيا ، وقد استند هذا القضاء إلى أنه :

١- إذا اختلف وقت تحقق الضرر عن وقت الفعل المعتبر أساسا للمسئولية التقصيرية ، فالعبرة هي بوقت تحقق الضرر ، باعتبار أن أهمية الخطأ في قيام هذه المسئولية محدودة ، فالخطأ قد يكون مفترضا ، بل قد ينبني الحق في التعويض على مجرد تحمل التبعة ، أما الضرر فهو حجر الزاوية في قيام هذا الحق .

٢- من المعلوم بالضرورة أن الطفل تصيبه شخصا أضرار جراء وفاة أبيه حتى لو كان ميلاده في تاريخ لاحق للفعل الذي توفي بسببه الأب وقت أن كان هذا الطفل حملا مستكنا ، وشاغل المشرع المدني هو علاج آثار الضرر الذي أصاب الغير .

٣- لا وجه للقول بأن حق الابن في التعويض مقصور على الحق في التعويض الموروث ، لأن قانون المواريث احتفظ له بالحق في الإرث كالحقوق التي كفلها له القانون بشأن الوصية والجنسية ، ذلك أن حق الابن في التعويض عن وفاة أبيه لا يقتصر على الأضرار التي

(373) نقض مدني : ٢٢ من أكتوبر سنة ٢٠٠٧ طعن رقم ٦٨٩١ لسنة ٧٥ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً ، و ٢٣ من فبراير سنة ٢٠١٣ طعن رقم ١٧٥٨٧ لسنة ٨٠ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً ، و ١١ من يناير سنة ٢٠١٤ طعن رقم ٢٣٧٧ لسنة ٧٤ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً و ١٤ من مايو سنة ٢٠١٥ طعن رقم ٨٠١٦ لسنة ٨٤ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً .

(374) نقض ٢٠ من يناير سنة ٢٠١٠ الطعن رقم ٢٨٢٧ لسنة ٦٧ ق ، حكم منشور على الموقع المعلوماتي لمحكمة النقض .

أصابته لحظة الحادث وقت أن كان حملاً ، وإنما يمتد إلى الأضرار التي أصابته بعد ولادته وثبوت أهلية الوجوب كاملة له وما يستجد في المستقبل متى كان محقق الوقوع ، بل وله الحق في الاحتفاظ بإعادة النظر في التقدير عملاً بنص المادة ١٧٠ من القانون المدني .

تعقيب :

يتضح مما سبق أن أغلب الأحكام الصادرة في هذا الصدد^(٣٧٥) قد اتفقت على التأكيد على النقاط التالية :

أولاً : أن دعوى التعويض قد رفعت بعد تمام ولادة الجنين حياً :

حيث أكدت المحكمة على أنه وإن كان المضرور حملاً مستكناً وقت الحادث الذي نجم عنه موت والده ، إلا أن دعوى التعويض قد رفعت بعد تمام ولادته حياً ، وطالب المضرور بالتعويض عن الأضرار التي أصابته جراء وفاة أبيه ، باعتباره ابناً للمتوفى له وليس حملاً.

والمادة ١٧٢ مدني مصري تنص على أن تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه ، والحق في رفع الدعوى لا يقوم إلا إذا تحقق وقوع الضرر ، بمعنى أن يكون قد وقع بالفعل أو أن يثبت أنه سيقع حتماً في المستقبل.

وهذا التأكيد يتفق والأصل العام الذي يقضي بأن المشرع لم يمنح الشخصية القانونية للشخص الطبيعي إلا بتمام ولادته حياً ، ولذلك فإن التعويض المقضي به في هذا الصدد يمنح للقاصر باعتباره ابناً للمتوفى - اكتسب الشخصية القانونية بمجرد تمام ولادته حياً - وليس حملاً مستكناً.

ثانياً : أن المطالب بالتعويض هو وصي القاصر بصفته ، باعتبار هذا القاصر ابناً للمتوفى .

أشارت محكمة النقض كذلك إلى المطالب بالتعويض للقاصر هو وصيه بصفته ، باعتبار هذا القاصر ابناً للمتوفى وليس حملاً كما أشرنا سلفاً.

والأصل أنه يحظر على الوصي مباشرة أعمال التصرف إلا بعد الحصول على إذن مسبق من المحكمة ، لذا نصت المادة ٣٩ من القانون المصري رقم ١١٩ سنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال على أنه " لا يجوز للوصي مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن من المحكمة " ... (١٢) رفع الدعاوى إلا ما يكون في تأخير رفعه ضرر بالقاصر أو ضياع حق له " (١٣) التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العادية في الأحكام...".

وفي هذا الصدد أكدت محكمة النقض المصرية على أن " للوصي حق رفع الدعاوى والطعن في الأحكام التي تصدر لغير مصلحة من يقوم على ماله بطرق الطعن العادية وغير العادية . أما ما ورد في الفقرتين ١٢ و ١٣ من المادة ٣٩ من القانون رقم ١١٩ سنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال من وجوب استئذان محكمة الأحوال

(375) نقض مدني : ٢٣ من فبراير سنة ٢٠١٣ طعن رقم ١٧٥٨٧ لسنة ٨٠ ق ، ، حكم مُشار إليه سلفاً، و١١ من يناير سنة ٢٠١٤ طعن رقم ٢٣٧٧ لسنة ٧٤ ق ، حكم مُشار إليه سلفاً و١٤ من مايو سنة ٢٠١٥ طعن رقم ٨٠١٦ لسنة ٨٤ ق ، حكم مُشار إليه سلفاً.

الشخصية إذا أراد الوصي رفع دعوى أو إقامة طعن من الطعون غير العادية فهو ليس بشرط لقبول الدعوى أو الطعن وإنما قصد به إلى رعاية حقوق ناقصي الأهلية والمحافظة على أموالهم فهو إجراء شرع لمصلحة هؤلاء دون خصومهم ومن ثم فلا يصح لهؤلاء الخصوم التمسك به " (٣٧٦) .

وعلى ذلك يستطيع الوصي رفع دعوى تعويض القاصر المشمول بوصايته ، عن الأضرار التي أصابته جراء وفاة والده وقت أن كان حملا مستكنا ، والتي أصابته بوصفه ابنا للمتوفى، وله الطعن في الحكم التي يصدر لغير مصلحة القاصر بطرق الطعن العادية وغير العادية، وذلك كله رعاية لحق هذا القاصر والمحافظة على أمواله.

ثالثا : أن الثابت عدم توافر عائل فعلى على نحو دائم ومستمر لهذا القاصر عوضا عن أبيه.

وهذا التأكيد يعد سندا لمنح القاصر تعويض عن ضرر مادي ، تمثل في حرمانه من عائله الذي تجب عليه النفقة قانونا ، وعدم توافر عائل آخر عوضا عنه .

فالمقرر أن الضرر يتحقق في حالة مساس الفعل الضار بحق للمضرور ، ولما كانت نفقة الابن حسب الأصل واجبة علي أبيه ، بمعنى أن إعالة الأب لابنه ثابتة قانونا ، وقد تحقق بوفاته فقد تلك الإعالة ، ولا يتوافر عائل آخر عوضا عنه ، ومن ثم يكون الضرر المادي قد تحقق ، مما يستوجب معه التعويض.

رابعا : أن نتائج اليتيم أجل من أن تحتاج إلى بيان وتمتد آثاره حتما إلى عاطفة الطفل وتكوينه النفسي.

أكدت المحكمة أيضا على أن نتائج اليتيم أجل من أن تحتاج إلى بيان وتمتد آثاره حتما إلى عاطفة الطفل وتكوينه النفسي ، وهذا التأكيد يعد سندا لمنح القاصر تعويض عن ضرر أدبي أصاب عاطفته وشعوره ، تمثل في إدخال الغم والأسى والحزن واللوعة إلى قلبه بحرمانه من أبيه.

فالتعويض كما يكون عن ضرر حال فإنه يكون أيضا عن الضرر المستقبل متى كان محقق الوقوع ، والضرر الأدبي الذي يصيب الطفل الصغير نتيجة فقدان أبيه لا يقتصر على ألم الحزن والفراق الذي يستشعره الكبار وقت الحادث وإنما يمتد إلى فقدان المربي والمؤدب والقُدوة والسند العطوف الحامي من عاديات الزمن، ونتائج اليتيم وحتميتها أجل من أن تحتاج إلى بيان، وحق الابن في التعويض عن وفاة أبيه لا يقتصر على الأضرار التي أصابته لحظة الحادث وقت أن كان حملا ، وإنما يمتد إلى الأضرار التي أصابته بعد ولادته، فيما يعني أن يشمل التعويض المقضي به الأضرار التي أصابت الابن لحظة الحادث وقت أن كان حملا ، والأضرار التي أصابته بعد ولادته.

(376) نقض مدني : ٢٥ من أكتوبر سنة ١٩٥٦ طعن رقم 6 لسنة ٢٣ ق ، مجموعة المكتب الفني س ٧ ق ١٢١ ص ٨٤٧ ، و ١٨ من مايو سنة ١٩٦٧ طعن رقم ٤١ لسنة ٣٤ ق، س ١٨ ق ١٥٦ ص ١٠٥٤ ، و ١٩ من فبراير سنة ١٩٧٦ طعن رقم ٥٣٧ لسنة ٣٩ ق، س ٢٧ ق ٩٧ ص ٤٧١ ، و ٩ من أبريل سنة ١٩٨١ طعن رقم ١٤٥ لسنة ٤٨ ق، س ٣٢ ق ٢٠٢ ص ١٠٨٥ و ٢٨ من يونيو سنة ١٩٩٥ طعن رقم ٢٧٤٨ لسنة ٦٤ ق، س ٤٦ ق ١٨٤ ص ٩٣٦ .

الفرع الثالث

تقييمنا لاتجاهي محكمة النقض المصرية بشأن تعويض الجنين

نعرض في هذا الفرع تقييمنا لاتجاهي محكمة النقض المصرية بشأن تعويض الجنين عن الضرر الذي يصيبه نتيجة الفعل الضار الذي يصيب والده قبل تمام ولادته حيا ، وإبراز نقطة التلاقي بينهما ، على النحو التالي :

أولاً: تقييم الاتجاه الأول :

من الملاحظ أن هذا الاتجاه قد استند على عدة أمور ، وهي محل نظر ، هذا إلى أن الأخذ به قد يؤدي إلى نتائج غير عادلة في مجال التعويض.

١- مناقشة الأسانيد التي استند إليها هذا الاتجاه :

أ- بالنسبة لما استند عليه هذا الاتجاه من أنه " لا محل للرجوع - بعد ولادة الجنين حيا - مع صراحة نص المادة ٢٩ مدني إلى القواعد العامة المنظمة لاستحقاق التعويض وقت ثبوت الضرر " .

الحقيقة أن هذا السند محل نظر من ناحيتين ؛ الأولى : أن بعضا من أحكام النقض الصادرة في ذات هذا الاتجاه - وعلى العكس من ذلك - قد أشارت إلى أن " حق الجنين في التعويض عن الضرر الشخصي المباشر الذي يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي يصيب مورثه قبل تمام ولادته حيا لم يعينه القانون ، وترك أمره للقواعد العامة ^(٣٧٧) ، ومفاد الإحالة للقواعد العامة بالنسبة إليه الاجتهاد بالرأي بما لا يخالف قواعد العدالة ^(٣٧٨) ، والثانية : أن المقرر أن " ما جاء بنص المادة ١٦٣ من القانون المدني ثم ما تلاه من أن كل خطأ سبب ضررا للغير يلتزم مرتكبه بالتعويض ...، فثمة التزام يفرض على الكافة بعدم الإضرار بالغير ... فشاغل المشرع المدني هو علاج آثار الضرر الذي أصاب الغير ...، ولهذا عنى القانون المدني في المادتين ٢٢١ ، ٢٢٢ منه ببيان الضرر المادي والأدبي وعناصرهما وحالات انتقال الحق في التعويض إلى الغير، ثم فرض بنص المادة ١٦٩ التضامن عند تعدد المسؤولين ضمانا للحق في التعويض ، وصرح في المادة ١٧٠ بأنه إذا لم يتيسر للقاضي وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيينا نهائيا، فله أن يحتفظ للمضروور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير " ^(٣٧٩) ، فيما يعني أنه يتعين وجوب تعويض كل ضرر أصاب الغير ، بما في ذلك الضرر اللاحق بالجنين .

ب- بالنسبة لما استند عليه هذا الاتجاه من أن " الحمل المستكن لا يندرج ضمن طائفة الأقارب أيا كانت درجة القرابة ، ولا يطلق عليه من ثم لفظ قريب " .

الحقيقة أن الأخذ بهذا القول مؤداه اعتبار الحمل المستكن غير قريب للوالد ، ومن ثم لا يجوز الحكم بتعويض الوالد عن الضرر الأدبي الذي يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي

(377) نقض مدني : ٩ من مارس سنة ٢٠٠٨ طعن رقم ٣٤ لسنة ٧٥ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً ، و ٢٣ من مارس سنة ٢٠١٣ طعن رقم ٣٠٢٠ لسنة ٧٢ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً و ٢٣ من ديسمبر سنة ٢٠١٣ طعن رقم ٧٨٨٧ لسنة ٧٤ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً .

(378) د. حسام لطفي ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص ٣٣٨ .

(379) نقض مدني ١٤ من مايو سنة ٢٠١٥ طعن رقم ٨٠١٦ لسنة ٨٤ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً .

أدى إلى فقدان هذا الحمل قبل ولادته ، باعتبار ما نصت عليه المادة ٢/٢٢٢ من القانون المدني في شأن الحكم بالتعويض لأزواج وأقارب المصاب إلى الدرجة الثانية ، عما يصيبهم من ألم نتيجة موته ، وما جرى عليه قضاء محكمة النقض من أن المشرع قصر الحق في المطالبة بهذا التعويض على هؤلاء فقط دون سواهم .

والواقع أن محكمة النقض المصرية قد حكمت بغير ذلك ، بقولها " لا شك أن التعجيل بإنهاء الحمل قبل الأوان يتحقق به الأضرار الحالية والمستقبلية التي يتعين جبرها بالقضاء بالتعويض للوالد أو الوالدة عن فقدان هذا الحمل قبل ولادته سواء كان تعويضاً مادياً أو أدبياً ، باعتبار أن فرصة ولادة الجنين في نهاية مدة الحمل وأن يكون طفلاً أمراً قائماً والإفادة من هذه الفرصة لها ما يُبررها " (٣٨٠) .

ومفاد ذلك أن محكمة النقض تقر بحق الوالد في التعويض عن الضرر الأدبي الذي يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي أدى إلى فقدان الحمل قبل ولادته ، وترفض في الوقت ذاته تعويض هذا الحمل عن الضرر الأدبي الذي يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي أدى إلى فقدان والده قبل تمام ولادته حياً ، حتى ولو ولد حياً يتيماً في تاريخ لاحق على هذه الوفاة ، استناداً إلى أن الحمل المستكن لا يندرج ضمن طائفة الأقارب أيًا كانت درجة القرابة ، ولا يطلق عليه من ثم لفظ قريب! .

وإذا كانت محكمة النقض المصرية تعتبر أن فرصة ولادة الجنين في نهاية مدة الحمل وأن يكون طفلاً أمراً قائماً والإفادة من هذه الفرصة لها ما يبررها ، فيما يعني وجوب القضاء بالتعويض للوالد عن فقدان هذا الحمل قبل ولادته ، فلماذا يستفيد والد الجنين من فرصة ولادته في نهاية مدة الحمل وأن يكون طفلاً ، ويحرم الجنين من الاستفادة من فرصة بقاء والده حياً؟ .

ج - بالنسبة لما استند عليه هذا الاتجاه من أن " الجنين قبل تمام ولادته حياً يستحيل تصور أن يصيبه ضرر مادي أو أدبي نتيجة موت والده " .

من الملاحظ أن هذا الذي استندت إليه محكمة النقض محل نظر ، باعتبار أن للجنين - كما قدمنا - الحق في أن يولد سليماً معافاً ، ولن يتحقق ذلك إلا بالتغذية السليمة للأم الحامل ، والرعاية الصحية لها وللجنين ، ولا شك أن كل ذلك يحتاج إلى توفير النفقة للأم والحمل، والمقرر شرعاً أنه يجب على الأب الإنفاق على الحمل ، فقد قال تعالى في شأن المطلقات ﴿ أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضييقنا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ﴾ (٣٨١) ، فيما يعني أن الإنفاق يستوجب والطفل ما يزال جنيناً في بطن أمه (٣٨٢) ، وتجب النفقة - عند فقد الأب أو إعساره - على سائر من تجب عليه نفقة الأقارب بعده (٣٨٣) .

(380) نقض مدني ١٢ من يناير سنة ٢٠١٥ طعن رقم ٧٠٦٤ لسنة ٨٣ ق، حُكم مُشار إليه سلفاً .

(381) من الآية (٦) من سورة الطلاق .

(382) محكمة التعقيب التونسية: قرار تعقيبي مدني في ٣ من أبريل سنة ١٩٨٦م ، عدد ١٥١٠١ ، أشارت إليه . أ. رباب الخبثاني ، مرجع سابق.

(383) د. حسن على الشاذلي ، مرجع سابق ، ص ٢٢ .

وبفقد العائل (الزوج) حال عدم وجود عائل آخر عوضا عنه ، لا يجد الحمل من ينفق عليه ، وقد أكدت البحوث وجود علاقة وثيقة بين غذاء الأم وكثيرا من الظروف السيئة التي يتعرض لها الطفل قبل الولادة وبعدها (٣٨٤) ، فيما يعني أن عدم تغذية الأم الحامل على الوجه الأمثل - حال فقد النفقة إثر فقد العائل - يصيب الطفل بأضرار قبل الولادة وبعدها (٣٨٥) .

كما أن انفعالات الأم الحامل وشعورها بالأسى واللوعة لوفاة زوجها تنعكس على الجنين وتخلف له اضطرابات نفسية قد ترافقه على امتداد حياته، وهذا ما يؤكد علم النفس الحديث الذي يتناول بالدرس المرحلة السابقة للولادة ، وهو ما يحمل على التساؤل عن إمكانية اعتبار هذا الضرر غير المباشر ضررا معنويا يخول للجنين المطالبة بالتعويض عنه (٣٨٦) .

ولعل محكمة النقض قد أشارت إلى هذه الأضرار ، في بعض أحكامها ، بقولها " إن حق الابن في التعويض عن وفاة أبيه لا يقتصر على الأضرار التي أصابته لحظة الحادث وقت أن كان حملا ، وإنما يمتد إلى الأضرار التي أصابته بعد ولادته ... " .

فالمحكمة هنا تشير إلى احتمالية وجود أضرار تصيب الجنين لحظة وقوع الفعل الضار الذي أودى بحياة والده قبل تمام ولادته حيا .

ونشير إلى أن الاتجاه الرافض لتعويض الحمل المستكن - عن الضرر الشخصي اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد أقاربه (٣٨٧) - لا يعترف بتعويض الضرر

(384) د. أمال صادق ، د. فؤاد أبو حطب ، مرجع سابق ، ص ١٨٤ .

(385) ويشير البعض إلى أن " البحوث تدل أن نقص غذاء الأم خاصة نقص البروتين وعدم اتزانه ونقص الفيتامينات خاصة فيتامين " ب " المركب يؤدي إلى تعب الأم الحامل وإلى نقص جسمي لدى الجنين كالكساح أو البلاجرا وفقر الدم أو الهزال ، ويؤدي إلى تأثر الجهاز العصبي والضعف العقلي والاضطرابات النفسية والتعرض للأمراض ، وقد لوحظ أن نقص وزن الأم الشديد مع بداية الحمل وأثناء الحمل قد يؤثر تأثيرا سينا على نمو الجنين وقد يحدث الإخداج (الولادة المبكرة) ، وقد يصل الحال إلى الإجهاض " . د. حامد عبد السلام زهران ، علم نفس النمو " الطفولة والمراهقة " ، دار المعارف ، ١٩٨٦ م ، ص ٨٧ .

(386) أ. رباب الخبثاني ، مرجع سابق .

وانظر د. أمال صادق ، د. فؤاد أبو حطب ، مرجع سابق ، ص ١٧٤ ، حيث يقولان " ويؤثر في نمو الجنين الحالة الانفعالية للأم ... وحالما يولد الطفل من أم شديدة القلق وعلى درجة درجة من الاعتمادية على الآخرين ولديها اتجاهات متناقضة أو سلبية إزاء الحمل فإن طفلها يكون زائد النشاط مفرط الحساسية وغير منتظم في طعامه ونموه وعادات الإخراج عنده ، بالإضافة إلى ما قد يعانيه من أمراض خلال السنوات الثلاث الأولى من حياته " .

والجنين يتأثر بأمه وبمواصفاتها النفسية ، وما يطرأ عليها في مرحلة الحمل من عوامل إيجابية أو سلبية ، فالاضطرابات العصبية للأم توجه ضربات قاسية إلى مواهب الجنين قبل مولده ، إلى درجة أنها تحوله إلى موجود عصبي لا أكثر ، ومن هنا يجب التوصل إلى مدى أهمية التفات الأم في دور الحمل إلى الابتعاد عن الأفكار المقلقة ، والهـم والغـم ، والاحتفاظ بجو الهدوء والاستقرار . انظر : أ. محمد تقي فلسفي ، الطفل بين الوراثة والتربية ، تعريب (فاضل الحسيني الميلاني) ، دون ناشر ، ١٣٨٦ هـ ، ج ١ ، ص ٩٧ .

(387) رفضت محكمة النقض المصرية تعويض الحمل المستكن عن الضرر الشخصي المباشر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أودى بحياة والده قبل تمام ولادته حيا . انظر : نقض مدني : ١٥ من يونيو سنة ٢٠٠٤ طعن رقم ٦٨٠٢ لسنة ٧٢ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً ، و ٨ من فبراير سنة ٢٠٠٥ طعن رقم ٤٩٤٠

الذي لا يتزامن وجوده مع تاريخ الحادث ، باعتبار أنه يرفض تعويض الجنين - حتى بعد تمام ولادته حيا - عن هذا الضرر .

وقد قدمنا أن محكمة النقض الفرنسية - وعلى خلاف ذلك - قد انتهت إلى أنه في حال مقتل الجد يجوز لحفيده الذي كان حاملا وقت الوفاة ، أن يطالب بتعويض عن الضرر الشخصي المباشر اللاحق به جراء تلك الوفاة^(٣٨٨) ، باعتبار أن الطفل الذي ولد بعد مقتل جده قد حرم من وجوده ، وكان من الممكن أن يستفيد من هذا الوجود ، ولا يحتاج الطفل في ذلك إلى إثبات أنه لو تلاقى مع هذا الجد لكون علاقة عاطفية خاصة به ، فهو - على أية حال - قد عانى من الغياب الأبدي لهذا الجد ، ورفضت المحكمة الدفع بأن الضرر اللاحق بالطفل والقابل للتعويض يجب أن يقتصر على فقدان والديه بسبب العلاقة الوثيقة بينهما ، وأنه لا يمكن توسيع نطاق هذا الضرر ليشمل أفراد الأسرة الآخرين ، استنادا إلى أنه يمكن تعويض الطفل عن فقدان أقارب خارج نطاق الأسرة الضيقة ، خاصة وأن مضرور الارتداد ليس بحاجة إلى إثبات وجود صلة عاطفية طبيعية مع المضرور الرئيسي ، ولا يمكن أن تعوق درجة قرابة الجد وهو المضرور الرئيسي ، ولا الطابع الافتراضي للضرر الأدبي ، تعويض الحفيد عن الضرر الشخصي المباشر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أودى بحياة جده .

وإذا كانت محكمة النقض الفرنسية قد وسعت نطاق الأضرار الواجب التعويض عنها في هذا الصدد ، باعتبار أنها قبلت تعويض الحمل المستكن عن الضرر الشخصي المباشر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أودى ليس فقط بأحد والديه ، وإنما أيضا بجده ، فإننا ندعو محكمتنا العليا - أسوة بذلك - إلى قبول تعويض الحمل المستكن - على الأقل - عن الضرر الشخصي المباشر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه ، ما دام قد ولد حيا ، لا سيما حال وفاة المضرور الرئيسي (الأب أو الأم) إثر هذا الفعل .

٢ - من الملاحظ أن الأخذ بهذا الاتجاه من القضاء قد يؤدي إلى نتائج غير عادلة في مجال التعويض عن الضرر الأدبي .

وبيان ذلك ما قدمناه من أن أحد الأحكام التي تدرج تحت لواء هذا الاتجاه قد قرر أن " مؤدى نص المادة ٢٢٢ من القانون المدني أنه يجوز الحكم بالتعويض للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب ، مما مؤداه أن المشرع نص على استحقاق هؤلاء للتعويض عن الضرر الأدبي متى تحقق حصول هذا

لسنة ٧٣ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً ، و ٨ من يناير سنة ٢٠٠٦ طعن رقم ٧٧١٩ لسنة ٧٤ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً ، و ٢٣ من مارس سنة ٢٠١٣ طعن رقم ٣٠٢٠ لسنة ٧٢ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً ، و ٣ من نوفمبر سنة ٢٠١٣ طعن رقم ٣٠٨٤ لسنة ٧٤ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً ، و ٢٣ من ديسمبر سنة ٢٠١٣ طعن رقم ٧٨٨٧ لسنة ٧٤ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً ، و ١٠ من فبراير سنة ٢٠١٥ طعن رقم ٨٦٨٤ لسنة ٧٥ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً و ٦ من يونيو سنة ٢٠١٧ طعن رقم ٨٨٨٠ لسنة ٨٦ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً .

كما رفضت ذات المحكمة تعويض الحمل المستكن عن الضرر الشخصي المباشر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أودى بحياة شقيقته قبل تمام ولادته حيا . انظر : نقض مدني : ٢٣ من ديسمبر سنة ٢٠١٣ طعن رقم ٧٨٨٧ لسنة ٧٤ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً .

(388) Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 11 février 2021, N° de pourvoi : 19-23.525 ,op .cit.

الضرر ، وأن التعويض هو مقابل الضرر الذي يلحق المضرور من الفعل الضار، ولم يشترط القانون سنا معينا بالمضرور في حالة القضاء بالتعويض في هذا الخصوص ، وأن الأمر متروك لتقدير قاضي الموضوع الذي له التحقق من وقوع هذا الضرر للمضرور أو نفى ذلك وفقا للظروف والملابسة وطبقا لما نصت عليه المادة ١٧٠ من ذات القانون ، والتعويض عن الضرر الأدبي إنما يكون عن ضرر حال وبالتالي يتعين تعويض الأزواج وهؤلاء الأقارب عن الضرر الحقيقي الذي يصيبهم ، ولا شك في أن الطفل في مرحلة المهد يصيبه الضرر الأدبي من جراء وفاة والده أو والدته أو أي من أخوته لأن الطفل في هذه الحالة يرتبط بمن حوله من هؤلاء ومن الصعوبة فصله عنهم ويتحقق بفراقهم الألم والضرر الأدبي الذي يستحق عنه التعويض " .

كما قرر ذات الحكم أن "حق الحمل المستكن في التعويض عن الضرر الشخصي المباشر الذي يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي يصيب مورثه قبل تمام ولادته حيا لم يعينه القانون وترك أمره للقواعد العامة والتي تأبى على الحمل المستكن الذي لم يولد بعد ، وقد انعدم إدراكه أن يكون محلا لضرر أدبي قوامه الشعور والعاطفة " (٣٨٩) .

ومفاد ذلك أنه إذا كان القاصر حملا مستكنا في تاريخ الحادث الذي أودى بحياة والده مثلا ، وأنه لم يولد إلا في تاريخ لاحق لهذه الوفاة ، فإنه لا ينشأ له أي حق في التعويض عن الضرر الأدبي الذي يصيبه من الحادث.

وإعمالا لمنطق هذا الاتجاه من القضاء ، وفي نطاق الأسرة الواحدة ، فإن بعض الأخوة الأشقاء يثبت لهم الحق في التعويض عن الضرر الأدبي اللاحق بهم نتيجة الفعل الضار الذي أودى بحياة والدهم لكونهم ولدوا قبل وفاته ، ولا يثبت هذا الحق لبعضهم الآخر نظرا لكونهم أجنة وقت وفاته ثم ولدوا أحياء في تاريخ لاحق لهذه الوفاة !.

هذا بالرغم من أن كل طفل في الفروض السابقة قد فقد والده ، وغني عن البيان ما ينتج عن ذلك من إحساسه بمرارة اليتيم ، ولا شك أنها ستكون أشد وطأة على التوازن النفسي للطفل الذي حرم من والده قبل ولادته ، ومع ذلك لا يثبت لهذا الطفل - وفقا لهذا الاتجاه - أي حق في التعويض عن الضرر الأدبي الذي أصابه !.

لا شك في مخالفة هذا الاتجاه لقواعد العدل والإنصاف والاتجاهات التشريعية الحديثة في تعويض كل ضرر يصيب الغير ، فيما يعني أن القاصر الذي كان حملا مستكنا وقت الحادث الذي أودى بحياة أبيه ثم ولد حيا بعد ذلك يستحق التعويض كسائر أولاد المتوفى الآخرين ، إذ يجب وضع الجنين في مكانة مساوية لإخوته الآخرين - بشأن استحقاق هذا التعويض - ما دام قد ولد حيا.

ولنضرب مثلا تطبيقيا للنتائج غير العادلة المترتبة على الأخذ بهذا الاتجاه من القضاء بعرض أحد الأحكام التي تدرج تحت لواء هذا الاتجاه ، والتي قبلت تعويض أحد الأشقاء عن إصابة والده ورفضت تعويض الآخر ، وتخلص وقائع هذا الحكم في أن قائد سيارة (مؤمن عليها إجباريا) قد تسبب بخطئه في إصابة الأب وقضي بإدانته وبتعويض مؤقت وأصبح هذا الحكم نهائيا ، وقد طالب كل من القاصرة ليلي (التي كان سنها أقل من عامين وقت إصابة والدها) ، والقاصر محمد (الذي كان حملا مستكنا وقت إصابة والده) . بالتعويض عن الضرر الأدبي الذي لحق بكل منهما من جراء هذه الإصابة .

(389) نقض مدني ٢٣ من ديسمبر سنة ٢٠١٣ طعن رقم ٧٨٨٧ لسنة ٧٤ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً.

وقبلت محكمة النقض تعويض القاصرة ليلي ، وذلك استنادا إلى " أن الضرر الأدبي الذي يصيب العاطفة والشعور فيدخل إلى القلب أسي وحزنا ولوعه يرد وعلى ما انتهت إليه الدراسات النفسية المعاصرة لخصائص النمو الإنساني إلى الإدراك الحسي والسلوك الانفعالي الذي يلزم الإنسان منذ طفولته ويتجه في البداية إلى أفراد أسرته الذين يشبعون حاجاته ثم يصل إلى مرحلة النضج والثبات فتتسع دائرته ليشمل من عدا هؤلاء ، وكان البين من الأوراق أن القاصرة ليلي من مواليد ١٨ / ١ / ١٩٩٧ وأن أصابه والدها كانت بتاريخ ٣ / ١٢ / ١٩٩٨ فاقترب منها من العامين فيكون قد تكونت لديها الإدراك الحسي والسلوك الانفعالي تجاه والدها باعتباره من أفراد الأسرة الذين يشاركون في إشباع حاجاتها في مثل هذه السن وتستحق تعويضا عن الضرر الأدبي الذي أصابها من جراء إصابة والدها " .

إلا أن المحكمة رفضت تعويض القاصر محمد ، استنادا إلى " أن النص في المادة ٢٩ من القانون المدني يدل على أن المشرع أحال في بيان حقوق الحمل المستكن إلى القانون فليس له من حقوق إلا ما حدده القانون على وجه الحصر ... وليس من بينها الحق في التعويض عن الضرر الشخصي المباشر - ماديا كان أو أدبيا - الذي يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي يصيب والده قبل تمام ولادته حيا ، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن والد القاصر أصيب في الحادث بتاريخ ٣ / ١٢ / ١٩٩٨ قبل ميلاد ابنه القاصر الحاصل في ١٢ / ٨ / ١٩٩٩ ومن ثم فإنه كان حملا مستكنا في هذا التاريخ فلا يستحق بعد ولادته التعويض المطالب به لأن الحق في التعويض عن الأضرار الشخصية المباشرة التي يدعى إصابته بها وقت أن كان حملا مستكنا ليس من بين الحقوق التي عينها القانون للحمل المستكن وحددها على سبيل الحصر وإذ خالف الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه هذا النظر والتفتت عن دفاع الشركة الطاعنة المبين بوجه النعي وقضى رغم ذلك بأحقية القاصر في التعويض الأدبي فإنه يكون معيبا بالخطأ في تطبيق القانون والإخلال بحق الدفاع بما يوجب نقضه نقضا جزئيا في هذا الخصوص " (٣٩٠) .

وفضلا عن ذلك ، وفي نطاق الأسر المتعددة ، وتمشيا مع المنطق ذاته ، قد يولد طفل ينتمي لأسرة معينة بعد تاريخ وفاة أحد أقاربه - في حادث - بمدة تقل عن شهرين مثلا ، فلا يثبت له الحق في التعويض عن الضرر الأدبي الذي أصابه نتيجة الفعل الضار الذي أودى بحياة هذا القريب قبل تمام ولادته حيا (٣٩١) ، بينما يثبت هذا الحق لطفل ينتمي لأسرة أخرى عمره بضعة أيام مثلا لمجرد كونه قد ولد قبل تاريخ وفاة أحد أقاربه إثر الفعل الضار الذي أصابه ! (٣٩٢) .

(390) نقض مدني ٢٢ من فبراير سنة ٢٠٠٦ طعن رقم ٤٨٧٩ لسنة ٧٥ ق ، حكم مُشار إليه سلفاً .

(391) انظر : نقض مدني ٢٣ من ديسمبر سنة ٢٠١٣ طعن رقم ٧٨٨٧ لسنة ٧٤ ق ، حكم مُشار إليه سلفاً . ، وقد جاء به " إذا كان الثابت من الأوراق أن المجني عليها التي أصيبت في الحادث سبب دعوى التعويض الماثلة قد ماتت بتاريخ ١٦ / ١ / ٢٠٠٠ قبل ميلاد شقيقتها القاصر " دعاء " الحاصل في ٢٢ / ٥ / ٢٠٠١ على نحو ما ثبت من شهادة قيد ميلادها ، فإنها كانت حملا مستكنا فلا تستحق بعد ولادتها التعويض المطالب به ، لأن الحق في التعويض عن الأضرار الشخصية المباشرة التي تدعى أنها أصابها لم يكن من بين الحقوق التي حددها القانون للحمل المستكن وحددها على سبيل الحصر ولا يتصور أن يصيبها ثمة ضرر من جراء وفاة شقيقتها السابق على ولادتها " .

(392) حكمت محكمة النقض بتعويض أدبي لقاصرتين عن مقتل شقيقتيهما رغم أنهما لم تكونا في سن التمييز وقت وفاة الشقيقة ، وذلك استنادا إلى أن القانون لم يشترط سنا معيناً بالمضروب في حالة القضاء

وإذا كان القضاء الفرنسي قد أقر تعويض الجنين عن الضرر الذي يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد أقاربه كالأب والجد وقت أن كان حاملاً مستكناً ، إعمالاً لمبدأ أن الحمل يعتبر مولوداً متى كان ذلك في مصلحته ، ودون وجود نص تشريعي بهذا المبدأ ، فإن مبدأ تغليب مصلحة الطفل الفضلى نصت عليه المادة ٨٠ من الدستور المصري الحالي ، بقولها " يعد طفلاً كل من لم يبلغ الثامنة عشرة من عمره ... وتعمل الدولة على تحقيق المصلحة الفضلى للطفل في كافة الإجراءات التي تتخذ حياله " .

كما طبق المشرع المصري العادي هذا المبدأ ، ومن قبيل ذلك ما نصت المادة ٢/٥٤ من القانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ ، بتعديل قانون الطفل رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ ، بقولها " وتكون الولاية التعليمية على الطفل للحاضن ، وعند الخلاف على ما يحقق مصلحة الطفل الفضلى يرفع أي من ذوي الشأن الأمر إلى رئيس محكمة الأسرة ، بصفته قاضياً للأمر الوقتية ، ليصدر قراره بأمر على عريضة ... " (٣٩٣) .

وقد حكم مجلس الدولة المصري بأن " المشرع الدستوري قد ألزم الدولة بكافة أجهزتها الإدارية والتنفيذية والتشريعية تغليب مصلحة الطفل الفضلى في جميع الإجراءات التي تتخذ حياله ، ومن ثم بات لازماً على الدولة أن يكون هاجسها ومحركها الأساسي في كل ما تتخذه من إجراءات حيال الطفل هو تحقيق المصلحة الفضلى له ورعاية حقوقه المقررة دستورياً والتي غدت حقوقاً شخصية للطفل بوصفه كذلك لا يجوز الانتقاص منها أو التعدي عليها بأي قانون تتخذه الدولة " (٣٩٤) .

وترتيباً على ما تقدم يمكن القول بأنه لا محل لحرمان المولود من الحق في التعويض عن ضرر، مادي أو أدبي، وقع عليه ، باعتبار ثبوت الحق لصالحه فيما فيه نفعه ، وبمعنى آخر تغليباً لمصلحته ، وبالتالي فإننا لا نؤيد ما ذهب إليه هذا الاتجاه من رفض تعويض الجنين عن الضرر الشخصي المباشر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد أقاربه قبل تمام ولادته حياً .

ثانياً : تقييم الاتجاه الثاني :

لما كان المقرر أن شاغل المشرع المدني هو علاج آثار الضرر الذي أصاب الغير ، وكانت الغاية النهائية التي يتوخاها حق التقاضي تمثلها الترضية القضائية التي يناضل المتقاضون من أجل الحصول عليها لجبر الأضرار التي أصابتهم من جراء العدوان على الحقوق التي يطلبونها " (٣٩٥) .

وكان حق الجنين في التعويض عن الضرر الشخصي المباشر الذي يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي يصيب مورثه قبل تمام ولادته حياً لم يعينه القانون ، وترك أمره للقواعد العامة، وكان مفاد الإحالة للقواعد العامة بالنسبة إليه الاجتهاد بالرأي بما لا يخالف قواعد

بالتعويض في هذا الخصوص .نقض مدني ٢٣ من ديسمبر سنة ٢٠١٣ طعن رقم ٧٨٨٧ لسنة ٧٤ ق ، حكم مُشار إليه سلفاً .

(393) قانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ بإصدار قانون الطفل والمعدل بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ .

(394) حكم محكمة القضاء الإداري بجلسة ١٤ من سبتمبر سنة ٢٠١٩ م ، حكم مُشار إليه سلفاً .

(395) نقض مدني ٢٣ من فبراير سنة ٢٠١٢ ، طعن رقم ١٣٧٣٨ لسنة ٨٠ ق ، مجموعة المكتب الفني س ٦٣ ق ٤٤ ص ٢٩٦ .

العدالة ، فإن ما يحسب لهذا الاتجاه هو اجتهاده - استنادا لهذه القواعد - هو إقرار حق الجنين - بعد تمام ولادته حيا - في هذا التعويض .

والملاحظ أن هذا الاتجاه من القضاء لا يعترف للجنين بالشخصية القانونية أيا كان وصفها ، بل كل ما في الأمر أنه اعتبر وضع الجنين وضعاً استثنائياً لا غير ، ومفاد هذا الاستثناء أو مضمونه هو تثبيت حق للشخص الطبيعي نشأ وهو لا زال جنيناً في بطن أمه ، وهو حقه في التعويض عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب والده وقت أن كان هو حملاً مستكناً ، باعتبار أن المادة ٢٩ من القانون المدني المصري تنص على شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا ، فيما يعني أن الجنين ما لم يولد حيا فكأنه لم يكن ولا ينسب إليه أي حق كان ، فالعبرة ليس بالجنين في حد ذاته فهو بهذه الصفة لا يمكن أن يكون صاحب حق ، وإنما عندما يكتسب الشخصية القانونية ، بعد ولادته حيا .

ويمكن القول بأن هذا الاتجاه المؤيد وإن كان قد اتخذ خطى جديدة في تعويض الجنين عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصابه والده، إلا أنه لا يزال يحاول تحديد الأمر في نطاق ضيق ، ولعل ما يؤيد ذلك ما أوضحناه من أن أغلب الأحكام التي تندرج تحت لواء هذا الاتجاه قد أكدت على عدة أمور أبرزها أن المطالب بالتعويض هو الوصي على القاصر بصفته ، باعتبار هذا القاصر ابناً للمتوفى ، وأن الثابت عدم توافر عائل فعلى على نحو دائم ومستمر لهذا القاصر عوضاً عن أبيه .

وترتيباً على ما سبق يمكن القول بأن الاتجاه الرافض لتعويض الجنين بمحكمة النقض المصرية يتفق مع الاتجاه المؤيد له بها في إقرار مبدأ مضمونه تعويض الطفل المولود حيا - أيا كان سنه - عن الضرر الأدبي اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أودى بحياة والده ، ومع ملاحظة أن الاتجاه الأول يشترط لذلك تمام ولادة الجنين حيا قبل تاريخ وقوع هذا الفعل ، بينما يشترط الاتجاه الثاني تمام ولادته حيا فقط ، وبصرف النظر عن تاريخ هذه الولادة .

ودليل ذلك ما ذهب إليه الاتجاه الأول من الحكم بتعويض أدبي لقاصرة عن مقتل والدها في حين أنها وقت وفاته لم يتجاوز عمرها ثلاث سنوات ، باعتبار أن القانون لم يشترط سناً معيناً بالمضروب في حالة القضاء بالتعويض في هذا الخصوص ، وقد جاء بهذا الحكم أن " الضرر الأدبي الذي يصيب العاطفة والشعور فيدخل إلى القلب أسى وحزناً ولوعة يرد وعلى ما انتهت إليه الدراسات النفسية المعاصرة لخصائص النمو الإنساني إلى الإدراك الحسي والسلوك الانفعالي الذي يلزم الإنسان منذ طفولته ويتجه في البداية إلى أفراد أسرته الذين يشبعون حاجاته ، ثم يصل إلى مرحلة النضج والثبات فتتسع دائرته ليشمل من عدا هؤلاء ، كما أن التعويض كما يكون عن ضرر حال فإنه يكون أيضاً عن الضرر المستقبل متى كان محقق الوقوع ، والضرر الأدبي الذي يصيب الطفل الصغير نتيجة فقدان أبيه لا يقتصر على ألم الحزن والفراق الذي يستشعره الكبار وقت الحادث وإنما يمتد إلى فقدان المربي والمؤدب والقُدوة والسند العطوف الحامي من عاديّات الزمن، ونتائج اليتيم وحتميتها أجل من أن تحتاج إلى بيان ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى للقاصرة ياسمين بتعويض عن الضرر الأدبي الذي أصابها عن مقتل والدها ، فإنه يكون قد طبق صحيح القانون ، ويكون النعي عليه في هذا الخصوص على غير أساس " (٣٩٦) .

(396) نقض مدني ٢٣ من مارس سنة ٢٠١٣ طعن رقم ٣٠٢٠ لسنة ٧٢ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً. وفي ذات النهج حكمت محكمة النقض بتعويض أدبي لقاصرتين عن مقتل شقيقتيهما رغم أنهما لم تكونا في

وما ذهب إليه الاتجاه الثاني من أنه " لما كانت الدعوى قد رفعت بعد ميلاد القاصرة " مريم " التي كانت حملا مستكنا وقت الحادث الذي نجم منه وفاة أبيها وطالبت لها المطعون ضدها الثانية بصفقتها وصية عليها بالتعويض باعتبارها القاصرة ابنة للمتوفى وليست حملا ، وكانت نتائج اليتيم أجل من أن تحتاج إلى بيان وتمتد آثاره حتما إلى عاطفة الطفل وتكوينه النفسي ، ولم يثبت من الأوراق توافر عائل فعلى على نحو دائم ومستمر لهذه القاصرة عوضا عن أبيها ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه ذلك النظر بقضائه للمطعون ضدها بصفقتها بتعويض عن الأضرار المادية والأدبية للقاصرة المذكورة فإن النعي يكون على غير أساس " (٣٩٧) .

فالملاحظ أن الحكمين السابقين يقران مبدأ تعويض المولود ولو لم يتجاوز عمره بضعة أيام عن الضرر الأدبي الذي يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي أودى بحياة والده ، وعلى النحو الموضح سلفا ، بالرغم من الحكم الأول يندرج تحت لواء الاتجاه الأول بينما يندرج الحكم الثاني تحت لواء الاتجاه الثاني ، وهو ما يجعلنا ننادي بأن توحد محكمة النقض كلمتها في هذا الصدد ، بأن تقر حق الجنين في التعويض عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه ، بصرف النظر عما إذا كان حملا مستكنا وقت الحادث أم طفلا ، طالما أنه قد ولد حيا وطالب بالتعويض عن طريق نائبه.

المطلب الثاني

موقف المحكمة العليا بالجزائر

عرضت على القضاء الجزائري منازعات بشأن مدى أحقية الجنين في التعويض عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أودى بحياة والده قد تمام ولادته حيا ، ونعرض فيما يلي لتطبيقات في هذا الصدد .

التطبيق الأول : قرار المجلس الأعلى بالجزائر (المحكمة العليا حاليا) في ١٠ من أكتوبر سنة ١٩٨٤ م (٣٩٨) .

سن التمييز ، وذلك استنادا إلى أن " مؤدى نص المادة ٢٢٢ من القانون المدني أنه يجوز الحكم بالتعويض للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب ، مما مؤداه أن المشرع نص على استحقاق هؤلاء للتعويض عن الضرر الأدبي متى تحقق حصول هذا الضرر ، وأن التعويض هو مقابل الضرر الذي يلحق المضرور من الفعل الضار ، ولم يُشترط القانون سنا معينا بالمضرور في حالة القضاء بالتعويض في هذا الخصوص ، وأن الأمر متروك لتقدير قاضي الموضوع الذي له التحقق من وقوع هذا الضرر للمضرور أو نفي ذلك وفقا للظروف والملابسة وطبقا لما نصت عليه المادة ١٧٠ من ذات القانون ، والتعويض عن الضرر الأدبي إنما يكون عن ضرر حال وبالتالي يتعين تعويض الأزواج وهؤلاء الأقارب عن الضرر الحقيقي الذي يصيبهم ، ولا شك في أن الطفل في مرحلة المهد يصيبه الضرر الأدبي من جراء وفاة والده أو والدته أو أي من أخوته لأن الطفل في هذه الحالة يرتبط بمن حوله من هؤلاء ومن الصعوبة فصله عنهم ويتحقق بفراقهم الألم والضرر الأدبي الذي يستحق عنه التعويض ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى للقاصرتين بالتعويض عن الضرر الأدبي الذي أصابهما عن مقتل أختهما فإنه يكون قد طبق صحيح القانون . نقض مدني ٢٣ من ديسمبر سنة ٢٠١٣ طعن رقم ٧٨٨٧ لسنة ٧٤ ق ، حكم مُشار إليه سلفاً.

(397) نقض مدني ٢٣ من فبراير سنة ٢٠١٣ طعن رقم ١٧٥٨٧ لسنة ٨٠ ق ، حكم مُشار إليه سلفاً.

(398) ملف رقم ٣٥٥١١ ، قضية : ب ذ ضد : شركة التأمين الجزائرية ، المجلة القضائية ، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا ، وزارة العدل ، الجزائر ، ع ١ ، سنة ١٩٨٩ م ، ص ٥٣ : ٥٤ .

المبدأ القانوني الذي أقره هذا القرار هو أن " شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا ، وعلى هذا الأساس يتمتع الجنين بحقوقه المدنية ويكتسب أهلية الوجوب، بشرط ولادته حيا " .

الوقائع :

تخلص الوقائع في أن شخصا توفي على إثر حادث مرور تاركاً زوجته حاملاً وأولاده ، وبعد وضع الزوجة حملها وازدياد الولد بتاريخ ١١ من ديسمبر سنة ١٩٨٠ رفعت دعواها أمام المحكمة وبصفتها الولية الشرعية لابنها بطلب التعويض له عن الضرر الذي أصابه جراء موت أبيه ، وقد حكمت المحكمة برفض الدعوى بتاريخ ١٣ من أكتوبر سنة ١٩٨١ م.

استأنفت الطاعنة هذا الحكم أمام مجلس قضاء الجلفة الذي قضى بدوره بتاريخ ١٧ من مايو سنة ١٩٨٢ بتأييد الحكم المستأنف.

تقدمت الطاعنة بطعن بالنقض أمام المجلس الأعلى في قرار مجلس الجلفة سالف الذكر ، واستندت في طلبها إلى وجه وحيد مأخوذ من خرق المادة ٢٥ من القانون المدني فقرة ٢ والمادة ١٢٤ مدني وكذا المادة ٤٥٩ من ق أ م^(٣٩٩) ، وفي بيان ذلك تقول الطاعنة أنه ثبت من الشهادة الطبية المؤرخة في ١٤ من مايو سنة ١٩٨٠ وورقة الازدياد أن الابن كان جنينا وقت الحادث الذي أودى بحياة أبيه . هذا وأن القانون يقضي بأن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا، وبالتالي فإنه محق بعد ازدياده أن يطلب التعويض طبقاً للقانون .

قرار المجلس الأعلى :

قرر المجلس الأعلى أن " هذا النعي صحيح .حيث أن المادة ٢٥ من القانون المدني تنص أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا وبالتالي له أهلية الوجوب هذا .حيث يتبين من شهادة ميلاد الابن المزداد يوم ١١ ديسمبر ١٩٨٠ أن هذا الولد كان جنينا وقت الحادث الذي أودى بحياة أبيه وبما أنه ولد حيا فإنه يستحق التعويض كسائر الأولاد الآخرين .

هذا لما قضى مجلس الجلفة بصرف الطاعنة لما تراه مناسبا فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما يستوجب النقض " .

التطبيق الثاني : قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا الجزائرية في ١٥ من أبريل سنة ٢٠٠٩ م^(٤٠٠) .

المبدأ القانوني الذي أقره هذا القرار هو أن " يستحق التعويض الجنين المولود حيا بعد وفاة والده في حادث مرور " .

الوقائع :

(399) المادة ٤٥٩ من قانون الإجراءات المدنية الجزائرية ، المؤرخ في ٨ من يونيو سنة ١٩٦٦ م ، والتي تنص على أن " لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزاً لصفة وأهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك... " .

(400) ملف رقم ٤٧٨١٧٤ ، قضية (بف) ضد مدير الشركة الوطنية للتأمين وكالة ندرومة، مجلة المحكمة العليا الجزائرية ، سنة ٢٠٠٩ م ، ع ٢ ، قسم الوثائق ، ص ١٥٩ - ١٦١ .

بتاريخ ٢٠٠٢/١/١٨ توفي المرحوم (ش.ع) زوج الطاعنة ، على إثر حادث المرور ، وقد أحيل المتسبب في الحادث إلى محكمة الجرح وأدين بموجب الحكم المؤرخ في ٢٠٠٢/٤/٢٨ م عن جريمة القتل الخطأ .

وعندما توفي المرحوم (ش.ع) ترك الطاعنة حاملا ، وقد وضعت حملها ، ورفعت دعواها بطلب تعويض مولودها عن الضرر المادي الذي أصابه جراء الوفاة ، وحكمت المحكمة بتاريخ ٢٠٠٤/٥/٢٥ بتعويض المولود الجديد.

غير أن محكمة الاستئناف قد انتهت إلى رفض دعوى التعويض ، استنادا إلى أن الطفل المولود كان في بطن أمه يوم وقوع الحادث ، ولم يصبه أي ضرر من جراء هذه الوفاة ، وطعنت الطاعنة بالنقض على قرار محكمة الاستئناف تعيب عليه بأن المادة ٢٥ من القانون المدني تنص على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية ، إذا ولد حيا ، وأن رفض دعوى التعويض في هذه الحالة ، يعد خرقا لأحكام هذه المادة .

قرار المحكمة العليا الجزائرية :

أصدرت المحكمة العليا الجزائرية قرارها بأن " ما تعيبه الطاعنة على القرار المطعون فيه في محله ، ذلك أن الجنين سيصيبه الضرر جراء وفاة والده ، إذا ولد حيا ، وبسبب الوفاة سيفقد معيل له ، مما يلحق به الضرر .

وحيث إن قضاة الاستئناف قد انتهوا إلى رفض دعوى الطاعنة استنادا إلى أن الجنين كان في بطن أمه وقت الوفاة ولم يصبه ضرر ، فإن ذلك يعد خطأ في تطبيق أحكام المادة ١٢٤ و ٢٥ من القانون المدني مما يعرض القرار المطعون فيه للنقض ."

تعقيب :

من الملاحظ أن المحكمة العليا بالجزائر تقر حق الجنين في التعويض ما دام قد ولد حيا ، وفي الحكم الأخير لم تقر ما ذهب إليه محكمة الاستئناف من الجنين كان في بطن أمه وقت الوفاة ولم يصبه ضرر ، باعتبار أن ذلك يعد مخالفا لحكم المادة ٥٢ ، ١٢٤ من القانون المدني الجزائري^(٤٠١) .

فوفقا للمادة ٢٥ من القانون المدني الجزائري تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته ، ويتمتع الجنين بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا ، وبالتالي يكون له أهلية الوجوب ، وتطبيقا لذلك فإن الجنين الذي يولد حيا يصبه الضرر جراء وفاة والده ، لأنه بسبب هذه الوفاة سيفقد معيل له . والمقرر أن " كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض ، والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق

(401) تنص المادة ٥٢ من القانون المدني الجزائري الصادر عام ١٩٧٥ على أن " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا " .

وتنص المادة ١٢٤ من ذات القانون على أن " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض " .

الفانون " (٤٠٢) ، وبالتالي يتعين تعويض الجنين - ما دام قد ولد حيا - عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أودى بحياة والده.

ويرى البعض - بحق - أن الحل الذي انصرفت إليه نية المشرع الجزائري- في هذا الصدد - ليس الاعتراف للجنين بالشخصية القانونية أيا كان وصفها . بل كل ما في الأمر أنه اعتبر وضع الجنين وضعا استثنائيا لا غير . ومفاد هذا الاستثناء أو مضمونه هو تثبيت بعض الحقوق للشخص الطبيعي نشأت وهو لا زال جنينا في بطن أمه ، باعتبار أن المادة ٢/٢٥ من القانون المدني الجزائري تنص على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية . ولكن متى ذلك؟ عندما يولد حيا. أي بعد اكتسابه الشخصية القانونية - أي عند ما يصبح شخصا طبيعيا بمفهوم القانون - ومن باب المخالفة فما لم يولد الجنين حيا فكأنه لم يكن ولا ينسب إليه أي حق كان . وهذا يعني أن العبرة ليس بالجنين في حد ذاته فهو بهذه الصفة لا يمكن أن يكون صاحب حق . وإنما عندما يكتسب الشخصية القانونية . بعد ولادته حيا (٤٠٣).

المطلب الثالث

موقف محكمة التعقيب التونسية

عرضت علي محكمة التعقيب التونسية بعض المنازعات بشأن مدى حق الجنين في التعويض عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أودى بحياة والده قبل تمام ولادته حيا ، ونعرض فيما يلي لموقفها في هذا الصدد.

أولا - تعويض الضرر المادي :

لم تتردد محكمة التعقيب التونسية في الإقرار بحق الجنين في التعويض عن الضرر المادي اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أودى بحياة والده قبل تمام ولادته حيا .

فقد جاء في قرار صادر عن محكمة التعقيب التونسية (٤٠٤) : " إن القيام في حق من تضرر مباشرة من خطأ مؤمن المعقب ضدها الأولى، وهو جنين في بطن أمه بفقده والده الذي كان يرعاه ويوفر له جميع لوازمه الحياتية من نفقة وتعليم وغيرها حتى بلوغه سن الرشد، وبفقدته نتيجة الخطأ غير المباشر فقد خسر تلك المكاسب المادية، الأمر الذي يوجب تعويضه عنها من طرف المتسبب فيها " .

ويبين من هذا القرار أن المحكمة قد أكدت على ضرورة توافر شرطين لتحقيق الضرر المادي ، وهما الإخلال بمصلحة مالية للمضروب والطابع المحقق للضرر (٤٠٥) :

الشرط الأول : الإخلال بمصلحة مالية للمضروب :

(402) قرار المجلس الأعلى في ١٩ من أكتوبر سنة ١٩٨٨ م ، ملف رقم ٥٦.٩٥٩ ، قضية : (ل ر) ضد (ف ب) ، المجلة القضائية ، سنة ١٩٩١ م ، قسم المستندات والنشر ، وزارة العدل ، الجزائر ، ع ٣ ، ص ٣٢ .

(403) د. علي فيلاي ، مرجع سابق ، ص ١٥٩ .

(404) محكمة التعقيب التونسية : قرار تعقيبي مدني في ٣ من أبريل سنة ١٩٨٦ م ، عدد ١٥١٠١ ، قرار مشار إليه سلفا .

(405) أ. رباب الخبثاني ، مرجع سابق .

من الواضح أن الإخلال بالمصلحة المالية ثابت في هذه الحالة، ويتمثل في حرمان الطفل من النفقة والرعاية المادية التي تكون حقا للأبناء على الأولياء، حيث نص الفصل ٤٦ م.أ.ش. (٤٠٦) على أنه: " يجب على الأب الإنفاق على أولاده... " ولا شك أن موت المعيل يمثل خسارة لهذه المكاسب المادية.

الشرط الثاني : الطابع المحقق للضرر :

ويتحقق هذا الشرط بمجرد الوضع أي ولادة الطفل حيا، ومع ملاحظة أن الإنفاق يستوجب والطفل ما يزال جنينا في بطن أمه، نتيجة حاجته إلى معيل (٤٠٧) ، باعتبار أن الضرر في هذه الحالة ليس محتملا، فبثبوته يستحق الجنين التعويض دون النظر إلى أهلية المتضرر إذ يكفي الفصل ٨٣ م.أ.ع. (٤٠٨) بالروابط التقليدية للمسؤولية ، حيث ينص على : " أن من تسبب في مضرة غيره خطأ سواء كانت المضرة حسية أو معنوية فهو المسؤول بخطئه إذا ثبت أنه هو السبب الموجب للمضرة مباشرة". وعبارة " الغير " الواردة في هذا النص، يقصد بها المتضرر، وهذا الأخير قد يكون رشيدا ، طفلا أو جنينا في بطن أمه ، يستحق التعويض عن الضرر اللاحق به.

ثانيا- تعويض الضرر الأدبي :

من المسلم به أن الطفل الذي يتوفى والده إثر الفعل الضار الذي أصابه وقت أن كان حملا مستكنا ، سيشعر بالحسرة - على الأقل بعد بلوغه سن التمييز - وهو ما يشكل ضررا أدبيا في حد ذاته. ذلك أن فقدانه لأبيه إلى الأبد ينتج عنه إحساس بمرارة اليتيم الذي سيرافقه طيلة مراحل عمره ، والتي هي أجل من أن تحتاج إلى بيان.

وبالنسبة لموقف محكمة التعقيب التونسية من تعويض الجنين عن الضرر الأدبي اللاحق نتيجة الفعل الضار الذي أودى بحياة والده ، فقد مر بمرحلتين :

المرحلة الأولى : الموقف الرفض :

تبنت محكمة التعقيب التونسية - في مرحلة أولى - عدم تعويض للجنين عن وفاة والده ، وذلك بموجب قرارها الصادر في ٢٠ من مايو سنة ١٩٨٢ ، حيث رأت أن " لا يستحق ابن الهالك تعويضا عن الأضرار الأدبية إذ لا وجود لها طالما أنه كان يوم وفاة والده جنينا في بطن أمه ، وحتى بعد ولادته فإنه لا يحس بأي شيء من المرارة والألام نتيجة اقتقاده لوالده قبل ولادته " (٤٠٩).

وبالنسبة للصغير غير المميز (أقل من سنة) ، فقد أصدرت المحكمة قرارا في ٣ من مارس سنة ١٩٨٢ ، حيث رأت أن " الطفل الصغير السن لا يلحقه أي ضرر أدبي من

(406) انظر : مجلة الأحوال الشخصية بتونس ، الصادرة في ١٣ من أغسطس سنة ١٩٥٦ م .

(407) محكمة التعقيب التونسية : قرار تعقيبي مدني في ٣ من أبريل سنة ١٩٨٦ م ، عدد ١٥١٠١ ، قرار مشار إليه سلفا .

(408) انظر : مجلة الالتزامات والعقود بتونس ، الصادرة في ١٥ من ديسمبر سنة ١٩٥٦ م.

(409) محكمة التعقيب التونسية : قرار تعقيبي مدني في ٢٠ من مايو ١٩٨٢ م ، عدد ٤٨٨٢ . أشارت لهذا القرار : أ. رباب الخبثاني ، مرجع سابق .

وفاة والده لعدم شعوره بالعاطفة نحوه ولعدم إدراكه له ، ولا يستحق غرامة عن هذا الضرر" (٤١٠).

ومن الواضح أن هذا الاتجاه يرفض تعويض الجنين عن الضرر الأدبي اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أودى بحياة والده ، سواء أكان - وقت الوفاة - حاملا مستكنا أم طفلا عمره أقل من سنة ، باعتبار أن الأضرار الأدبية لا وجود لها سواء لدى الجنين أو هذا الطفل ، لأن أيا منهما لا يشعر بالعاطفة نحو والده المتوفى ولا يدركها .

المرحلة الثانية : الموقف المؤيد :

في مرحلة تالية ومن خلال قرارها الصادر في ٤ من يونيو سنة ١٩٩٦م اتخذت المحكمة التعقيب التونسية موقفا آخر حيث أقرت بحق الجنين (بعد تمام ولادته حيا) في التعويض عن الضرر الأدبي الذي يصيبه نتيجة الفعل الضار الذي أودى بحياة والده قبل تمام ولادته حيا ، باعتبار أن الطفل سيشعر " بالحرمان من عطف والده وإشرافه على رعايته هذا بالإضافة إلى مرارة الإحساس باليتم الذي سيلزمه طيلة حياته " (٤١١).

وقد أكدت محكمة التعقيب التونسية على هذا الموقف في قرار حديث (٤١٢) صدر بشأن قضية تخلص وقائعها في أن المدعية في الأصل " س . ب . ب . ع " في حق ابنها القاصر " م . خ . ع " أقامت دعواها لدى محكمة ناحية الرقاب بأنه بتاريخ ٢٦/٢/٢٠١١ تعرض مورث المقام في حقه لحادث مرور أدى إلى وفاته تسببت فيه العربة المؤمنة لدى شركة " ت.ت.ت.ت " ، وطلبت الصلح أو إلزام المدعي عليها بأن تؤدي لها في حق ابنها المذكور تعويضا لجبر ضرره المعنوي .

وقد حكمت محكمة البداية باعتبار مؤمن المطلوبة متحملا لكامل مسؤولية الحادث وتعريمه مبلغ ٤٢٣٠٠٠٠ دينار لفائدة المدعية في حق ابنها لقاء ضرره المعنوي . فاستأنفته المدعى عليها ، وأصدرت محكمة الدرجة الثانية حكمها فعقبته المستأنفة ناعية على القرار مخالفته أحكام الفصل ١٤٦ م ت (٤١٣) ، وفي ذلك تقول أن الأبناء المنصوص عليهم بهذا الفصل والذين خول لهم المشرع حق التعويض عن الضرر المعنوي هم الأبناء الذين اكتسبوا الشخصية القانونية في تاريخ وفاة الأب.

وقد رفضت محكمة التعقيب هذا النعي ، وقالت : " حيث أسند الفصل ١٤٦ م ت للقرين والأبناء والأبوين تعويضا بعنوان الضرر المعنوي الذي لحق بهم بسبب الوفاة .

(410) محكمة التعقيب التونسية : قرار تعقيبي مدني في ٣ من مارس سنة ١٩٨٢ م ، عدد ٦٠٢٢ ، أشارت لهذا القرار : أ. رباب الخبثاني ، مرجع سابق.

(411) محكمة التعقيب التونسية : قرارها التعقيبي المدني في ٤ من يونيو سنة ١٩٩٦ م ، عدد ٥٢٧٥٢ ، في نفس السياق قرارها التعقيبي المدني في ٩ من فبراير سنة ٢٠٠١ م ، عدد ٥٩٥٧ . " قرار غير منشور ، والذي رفض الطعن في قرار استئنافي قضى بالتعويض عن الضرر المعنوي للجنين " . أشارت لهذين القرارين : أ. رباب الخبثاني ، مرجع سابق .

(412) محكمة التعقيب التونسية : قرارها في ٢٩ من يناير سنة ٢٠١٩ م ، عدد ٥٧٤٦٦ ، متاح على الموقع المعلوماتي التالي :

http://www.cassation.tn/fileadmin/user_upload/57466.pdf

(413) انظر : مجلة التأمين بتونس ، الصادرة بالقانون عدد ٢٤ لسنة ١٩٩٢ ، المؤرخ ٩ مارس سنة ١٩٩٢ م.

وحيث نص الفصل ٥٣٣ م أ ع أنه إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها . وطالما وردت عبارة الأبناء بالفصل ١٤٦ المذكور مطلقة ولم يرد بأحكام مجلة التأمين ما يفيد حرمان الابن المولود بعد وفاة أبيه من التعويض ، فإن التمسك بعدم استحقاق الطفل المقام في حقه للتعويض المعنوي مخالف لأحكام الفصلين ١٤٦ م ت والفصل ٥٣٣ م أ ع ولقواعد العدل والإنصاف ومناقض لفلسفة المشرع من اسناد التعويض المعنوي والتي تهدف إلى تعويض الابن عن فقدان والده ، وما سينجر عن ذلك من إحساس بمرارة اليتيم الذي سيرافقه طيلة مراحل عمره ، ولا شك أنها سوف تكون أشد وطأة على التوازن النفسي للطفل الذي حرم من أبيه قبل ولادته ."

تعقيب :

يتضح مما سبق أن محكمة التعقيب التونسية قد تجاوزت الموقف الراض والقبيلت تعويض الجنين عن الضرر الأدبي الذي يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي أودى بحياة والده قبل تمام ولادته حيا ، وبشروط تمام ولادة هذا الجنين حيا.

وبذلك يمكن القول بأن فقه القضاء التونسي قد أقر حق الجنين في التعويض المادي والأدبي عن الضرر اللاحق نتيجة الفعل الضار الذي أودى بحياة والده قبل تمام ولادته حيا ، وذلك حسب ما تقتضيه مصلحته ، وتكريس القضاء التونسي لهذا الحق يجعل الجنين في مكانة مساوية لإخوته المولودين (٤١٤).

تعقيب عام :

قدمنا أن القضاء الفرنسي قد اعتمد القاعدة الرومانية الشهيرة التي تقضي بأن الحمل يعتبر مولودا إذا كان ذلك في مصلحته ، وأصدر عديدا من الأحكام التي أقرت تعويض الجنين عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد أقاربه كالأب والجد ، إذ اعتبر الجنين مولودا وقت الحدث الضار ، باعتبار أن ذلك يحقق مصلحته ما دام قد ولد حيا قابلا للحياة.

وبالنسبة لقضاء محكمة النقض المصرية فقد ذهب اتجاه إلى رفض تعويض الحمل المستكن عن الضرر الشخصي المباشر الذي يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي يصيب أحد أقاربه كالأب والأخوة الأشقاء ، استنادا إلى أن حقوق هذا الحمل قد حددها القانون على سبيل الحصر ، وليس من بينها حقه في هذا التعويض عن الضرر الشخصي المباشر الذي يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي يصيب أحد أقاربه قبل تمام ولادته حيا ، ومن ثم رفضت تعويض هذا الضرر، ولو ولد الجنين حيا .

بينما أقر اتجاه آخر بذات المحكمة تعويض الجنين عن الضرر المادي والأدبي اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أودى بحياة والده ، بشرط تمام ولادته حيا ، وأكدت غالبية هذه الأحكام على أن دعوى التعويض قد رفعت بعد تمام ولادة الجنين حيا ، وأن المطالب بالتعويض هو وصي القاصر بصفته، وباعتبار هذا القاصر ابنا للمتوفى وليس حملا ، وأن الثابت عدم توافر عائل فعلى على نحو دائم ومستمر لهذا القاصر عوضا عن أبيه ، وأن نتائج اليتيم أجل من أن تحتاج إلى بيان وتمتد آثاره حتما إلى عاطفة الطفل وتكوينه النفسي.

(414) أ. رباب الخبثاني ، مرجع سابق .

وبالنسبة للمحكمة العليا بالجزائر فقد أقرت تعويض الجنين عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أودى بحياة والده ، ما دام قد ولد حيا ، باعتبار أن الجنين بسبب هذه الوفاة سيفقد معيل له ، وهو ما يصيبه بضرر بلا شك.

وبالنسبة لمحكمة التعقيب التونسية فإنها لم تتردد في الإقرار بحق الجنين في التعويض عن الضرر المادي الذي يصيبه نتيجة الفعل الضار الذي أودى بحياة والده قبل تمام ولادته حيا، بينما ترددت ذات المحكمة في إقرار حق الجنين في التعويض عن الضرر الأدبي المترتب على هذا الفعل ، إذ ذهبت في البداية إلى رفض تعويض هذا الضرر استنادا إلى أنه لا وجود له ، حيث إن الطفل المولود حيا كان يوم وفاة والده جنينا في بطن أمه ، وحتى بعد ولادته فإنه لا يحس بأي شيء من هذه المرارة والألام نتيجة افتقاده والده قبل ولادته ، بل ذهبت إلى أن الطفل الصغير السن (أقل من سنة) لا يلحقه أي ضرر أدبي من وفاة والده لعدم شعوره بالعاطفة نحوه وعدم إدراكه له ، ومن ثم لا يستحق تعويضا عن هذا الضرر.

ولكن وفي مرحلة لاحقة أقرت المحكمة حق الجنين في التعويض عن الضرر الأدبي اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أودى بحياة والده ، استنادا إلى أن هذه الوفاة سينجر عنها إحساس بمرارة اليتيم الذي سيرافق الطفل طيلة مراحل عمره ، والتي هي بلا شك سوف تكون أشد وطأة على التوازن النفسي للطفل الذي حرم من أبيه قبل ولادته .

ويتضح مما سبق أن كل من القضاء الفرنسي والجزائري والتونسي يقر حق الجنين في التعويض عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أودى بحياة والده قبل تمام ولادته حيا ، بينما يوجد اتجاهين لمحكمة النقض المصرية يقر الأول منهما ذلك في نطاق ضيق ، بينما يرفض الآخر ذلك مطلقا.

وقد قمنا بمناقشة الاتجاه الرافض ، وانتهينا إلى أنه لا محل لحرمان الابن المولود بعد وفاة أبيه من التعويض ، والقول بغير ذلك مخالف لقواعد العدل والإنصاف ومناقض لفلسفة التشريعات الحديثة في تعويض كل ضرر يصيب الغير.

الفصل الرابع

نحو تفعيل حق الجنين في التعويض عن الضرر اللاحق به

نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه

تمهيد وتقسيم :

لتفعيل حصول الجنين على تعويضه عن الضرر الشخصي المباشر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه قبل تمام ولادته حيا ، يجب التعرف على

المشكلات التي تواجه حق الجنين في الحصول على هذا التعويض والحلول المقترحة لحلها

وعلى ذلك نقسم الحديث في هذا الفصل على مبحثين ، على النحو التالي :

المبحث الأول : المشكلات التي تواجه تعويض الجنين عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه.

المبحث الثاني : الحلول المقترحة لمواجهة تلك المشكلات.

المبحث الأول

المشكلات التي تواجه تعويض الجنين عن الضرر اللاحق به

نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه

تمهيد :

يواجه تعويض الجنين عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه العديد من المشكلات التي قد تؤدي في النهاية إلى عدم حصول الجنين على هذا التعويض ، ونعرض فيما يلي أهم هذه المشكلات :

المشكلة الأولى : مشكلة اشتراط الشخصية القانونية كمتطلب لاستحقاق التعويض :

قلنا إن الأصل أن المشرع المصري لم يمنح الشخصية القانونية للشخص الطبيعي إلا بتمام ولادته حيا . وما يستتبع ذلك من صلاحيته لاكتساب جميع الحقوق ، وتحمل الالتزامات . وهو ما يعبر عنه بأهلية الوجوب . واستثناء منحها - الشخصية القانونية في نطاق هذه الأهلية - للحمل المستكن . إلا أنه قصرها على صلاحيته لاكتساب حقوق بعينها ، هي التي بينها القانون .

ووفقا لبعض الأحكام الصادرة عن محكمة النقض المصرية فإنه لم يرد في القانون نص يعطى للجنين حقا في التعويض عن الضرر الشخصي المباشر الذي يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي يصيب مورثه قبل تمام ولادته حيا .

لذا فإن أولى المشكلات التي تواجه دعوى تعويض الجنين - عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه قبل تمام ولادته حيا - هي مشكلة اشتراط الشخصية القانونية كمتطلب لاستحقاق هذا التعويض ، فحتى ومع ثبوت ولادة الجنين حيا ورفع دعواه - عن طريق ممثليه - بالتعويض ، فإن المدعى عليه - في هذه الدعوى - يدفع بأن الأبناء الذين يجوز لهم المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بهم نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديهم هم الأبناء الذين اكتسبوا الشخصية القانونية في تاريخ هذه الإصابة ، وأن المدعى كان حاملا مستكنا وقت إصابة أحد والديه فلا يستحق ثمة تعويض عن ضرر شخصي مدعى به (٤١٥) .

وتتضح هذه المشكلة بجلاء من خلال العبارات التي تضمنتها الأحكام القضائية في هذا الصدد ، ونكتفي هنا بعرض بعضا من أحكام محكمة النقض المصرية .

الحكم الأول :

وقد جاء به " وحيث إن الطعن أقيم على سبب واحد تنعى به الشركة الطاعنة على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون ذلك أنه قضى بتعويض مادي للقاصر صابرين حال أنها

(415) انظر على سبيل المثال :

- في القضاء الفرنسي :

Cour de cassation, Chambre civile 1, du 10 décembre 1985, N° de pourvoi : 84-14.328 ,op .cit.

في هذه الدعوى دفعت شركة التأمين بأن الحمل المستكن الذي لم يكن مولودا وقت وفاة والده ، لم تكن له شخصية قانونية وقتئذ ، وبالتالي لا يمكن اعتباره من قبيل الأطفال المعالين في بيت الأب ، فلا يستحق مبلغ التأمين المطالب به ، ولو ولد حيا قابلا للحياة .

- في القضاء التونسي : قرار محكمة التعقيب التونسية في ٢٩ من يناير سنة ٢٠١٩ م ، عدد ٥٧٤٦٦ ، قرار مشار إليه سلفا . " في هذه الدعوى توفي الأب إثر حادث مرور ودفعت المدعى عليها بأن الأبناء الذين خول لهم المشرع التونسي حق التعويض عن الضرر المعنوي هم الأبناء الذين اكتسبوا الشخصية القانونية في تاريخ وفاة الأب ، فيما يعني عدم استحقاق الابن المولود بعد تلك الوفاة للتعويض " .

كانت في تاريخ وفاة أبيها حملا مستكنا لا يقوم له حق في التعويض عن الفعل الضار الذي يصيب مورثه قبل تمام ولادته حيا .

وحيث إن هذا النعي سديد... لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن القاصر صابرين ولدت بعد وفاة والدها في الحادث الذي أودى بحياته فلا تستحق بعد ولادتها ثمة تعويض عن ضرر شخصي مدعى به ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بإلزام الشركة الطاعنة بالتعويض عما ارتآه ضررا ماديا لحق بالقاصر من جراء وفاة أبيها السابقة على ولادتها فإنه يكون قد خالف صحيح القانون بما يوجب نقضه جزئيا في هذا الخصوص " (٤١٦) .

الحكم الثاني :

وقد جاء به " وحيث إن الطعن أقيم على سبب واحد تنعى به الشركة الطاعنة على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون ، والخطأ في تطبيقه وفي بيان ذلك تقول إن الحكم المطعون فيه قضى للقاصرة " فاطمة " بتعويض عن الضرر المادي مقداره سبعة آلاف وخمسمائة جنيه رغم أنها كانت حملا مستكنا وقت وفاة مورثها مما يعيبه ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي سديد... لما كان ذلك وكان الثابت في الأوراق أن المجني عليه الذي قتل في الحادث . سبب دعوى التعويض الراهنة ، قد توفي بتاريخ ٢٠ / ٥ / ٢٠٠٠ قبل ميلاد ابنته القاصرة " فاطمة " التي كانت في هذا التاريخ حملا مستكنا ومن ثم فلا تستحق بعد ولادتها التعويض المادي المطالب به " (٤١٧) .

الحكم الثالث :

وقد جاء به " وحيث إن الطعن أقيم على سبب واحد تنعى به الطاعنة على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون إذ قضى للقاصرة سهير بتعويض مادي رغم أنها كانت حملا مستكنا وقت وفاة مورثها مما يعيبه ويستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعي سديد... لما كان ذلك وكان الثابت من مذكرة دفاع المطعون ضدها المقدمة بجلسة ١٤ / ٤ / ٢٠٠٤ - أن القاصرة سهير ولدت بعد وفاة والدها فلا تستحق ثمة تعويض عن ضرر شخصي مدعى به وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بإلزام الشركة الطاعنة بمبلغ ١٨٠٠ جنيه تعويضا عما ارتآى أنه ضرر مادي لحق بالقاصرة من جراء وفاة والدها السابقة على ولادتها فإنه يكون قد أخطأ في القانون بما يوجب نقضه جزئيا بالنسبة للطاعنة في هذا الخصوص " (٤١٨) .

الحكم الرابع :

وقد جاء به " وحيث إن الطعن أقيم على سبب واحد ينعى به الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسيب والإخلال بحق الدفاع وفي بيانه يقول أنه دفع أمام محكمة الاستئناف بعدم استحقاق القاصر محمد للتعويض عن الضرر

(416) نقض مدني ١٥ من يونيو سنة ٢٠٠٤ طعن رقم ٦٨٠٢ لسنة ٧٢ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً .

(417) نقض مدني ٨ من فبراير سنة ٢٠٠٥ طعن رقم ٤٩٤٠ لسنة ٧٣ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً .

(418) نقض مدني ٨ من يناير سنة ٢٠٠٦ طعن رقم ٧٧١٩ لسنة ٧٤ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً .

الأدبي لأن إصابة والده كانت بتاريخ ٣ / ١٢ / ١٩٩٨ ومحمد من مواليد ١٢ / ٨ / ١٩٩٩ ، فيما يعني أنه كان حملاً مستكناً وقت الحادث .

وحيث إن هذا النعي سديد ... لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن والد القاصر أصيب في الحادث بتاريخ ٣ / ١٢ / ١٩٩٨ قبل ميلاد ابنه القاصر الحاصل في ١٢ / ٨ / ١٩٩٩ ومن ثم فإنه كان حملاً مستكناً في هذا التاريخ فلا يستحق بعد ولادته التعويض المطالب به " (٤١٩) .

الحكم الخامس :

وقد جاء به " وحيث إن الطاعنة تنعى على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه إذ إنه قضى بتعويض مادي وأدبي للقاصرة " آء " عن وفاة أبيها وقت أن كانت حملاً مستكناً لا يقوم له حق في التعويض عن الفعل الضار الذي يصيب مورثه قبل تمام ولادته حياً مما يعيبه ويستوجب نقضه .

وحيث إن النعي سديد... لما كان ذلك ، وكان الثابت من الأوراق أن القاصرة " آء " ولدت بعد وفاة والدها إثر الحادث الذي أودى بحياته فلا تستحق بعد ولادتها ثمة تعويض عن ضرر شخصي مدعى به " (٤٢٠) .

الحكم السادس :

وقد جاء به " وحيث إن الطاعنة تنعى بالسبب الأول على الحكم المطعون فيه - الخطأ في تطبيق القانون - إذ قضى للقاصرة زكريات عصمت مرطاز بتعويض مادي - رغم أنها كانت حملاً مستكناً وقت وفاة مورثها - مما يعيبه ويستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعي سديد ... لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن القاصرة زكريات عصمت مرطاز ولدت في ١ / ٩ / ١٩٩٣ - بعد وفاة والدها في ١٨ / ١٢ / ١٩٩٢ فلا تستحق ثمة تعويض عن ضرر شخصي مدعى به " (٤٢١) .

صفوة القول : أن هناك مشكلة تواجه القضاء بشأن دعاوى تعويض الجنين عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه قبل تمام ولادته حياً إلا وهي مشكلة اشتراط الشخصية القانونية كمتطلب لاستحقاق التعويض ، فالقضاء يرفض هذه الدعاوى لعدم تمتع الجنين بالشخصية القانونية وقت تلك الإصابة ، وكما أوضحت محكمة النقض المصرية فإن " شخصية الإنسان وهي صلاحيته لوجوب الحقوق له أو عليه لا تبدأ - كأصل عام وطبقاً لما نصت عليه المادة ٢٩ من القانون المدني - إلا بولادته حياً، ومن ثم فإن من لم يكن موجوداً على قيد الحياة عند وفاة آخر لا تكون له ذمة مالية ولا دعوى شخصية يطالب

(419) نقض مدني ٢٢ من فبراير سنة ٢٠٠٦ طعن رقم ٤٨٧٩ لسنة ٧٥ ق ، حكم مُشار إليه سلفاً .

(420) نقض مدني ٣ من نوفمبر سنة ٢٠١٣ طعن رقم ٣٠٨٤ لسنة ٧٤ ق ، حكم مُشار إليه سلفاً .

كما جاء بهذا الحكم " أن شخصية الإنسان وهي صلاحيته لوجوب الحقوق له أو عليه لا تبدأ - كأصل عام وطبقاً لما نصت عليه المادة ٢٩ من القانون المدني - إلا بولادته حياً، ومن ثم فإن من لم يكن موجوداً على قيد الحياة عند وفاة آخر لا تكون له ذمة مالية ولا دعوى شخصية يطالب فيها بتعويض عن ضرر لم يصبه - مادياً كان هذا الضرر أو أدبياً ، سواء كان لم يولد بعد أو كان قد مات قبل موت المصاب ، فإن أياً من هؤلاء يستحيل تصور أن يصيبه ضرر مادي أو أدبي نتيجة موته " .

(421) نقض مدني ٦ من يونيو سنة ٢٠١٧ طعن رقم ٨٨٨٠ لسنة ٨٦ ق ، حكم مُشار إليه سلفاً .

فيها بتعويض عن ضرر لم يصبه - ماديا كان هذا الضرر أو أدبيا ، سواء كان لم يولد بعد أو كان قد مات قبل موت المصاب ، فإن أيا من هؤلاء يستحيل تصور أن يصيبه ضرر مادي أو أدبي نتيجة موته " (٤٢٢) .

المشكلة الثانية : مشكلة افتراض أن الجنين يعاني من أضرار أدبية :

قد تبرز إشكالية تاريخ ميلاد مطالبة الجنين بالتعويض بقدر ما يفترض معها أنه يعاني من أضرار أدبية وهو في رحم أمه ، وقد ظهرت هذه الإشكالية بوضوح من خلال دعاوى المرفوعة في هذا الصدد ، فالمدعى عليه - مثلا في دعوى تعويض الجنين عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أودى بحياة والده - يطعن في مدى كفاية الضرر وعدم تحديده ، لأن الطفل لم يحيا قط مع والده ، باعتبار أنه كان حملا وقت الوفاة ، ومن ثم لم تصب عاطفته بأي ضرر .

تطبيقا لذلك - وفي إحدى الدعاوى التي عرضت على القضاء الفرنسي - انتهت محكمة استئناف Nancy بحكمها الصادر في ٢٣ من أبريل سنة ٢٠١٤م إلى أنه لا يوجد سبب للتعويض عن الضرر الأدبي للطفل المولود بعد وفاة والده ، وألغت بذلك الحكم الصادر في ١٨ من سبتمبر سنة ٢٠١٣م من محكمة Vosges (٤٢٣) .

وفي دعوى أخرى عرضت على القضاء الجزائري انتهت محكمة الاستئناف إلى رفض دعوى التعويض ، استنادا إلى أن الطفل المولود كان في بطن أمه يوم وقوع الحادث ، ولم يصبه أي ضرر من جراء هذه الوفاة (٤٢٤) .

وباستقراء قضاء محكمة النقض المصرية تتضح هذه المشكلة بجلاء من خلال العبارات التي تضمنتها الأحكام الواردة في هذا الصدد .

ومن قبيل ذلك ما جاء بأحد الأحكام من أنه " وحيث إن الطعن أقيم على سبب واحد تنعى به الشركة الطاعنة على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبب إذ قضى للمطعون ضدها الثانية بصفقتها وصية على القاصر " رزق " بالتعويض عن الضرر الأدبي ، في حين أنه وقت وفاة والده إثر الحادث كان حملا مستكنا إذ ولد في تاريخ لاحق على تلك الوفاة ، وكان الإدراك لديه منعما وقت وقوع الفعل الضار ، ومن ثم فإذا انتفى موجب الضرر الأدبي انتفى تبعا لذلك التعويض عنه ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون معيبا بما يستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعي سديد ... لما كان ذلك ، وكانت الثابت من الأوراق أن مورث المطعون ضدهم قد توفى بتاريخ ٤ / ١١ / ١٩٩٨ قبل ميلاد ابنه القاصر / رزق الحاصل في ٢٠ / ٢ / ١٩٩٩ على نحو ما ثبت من إعلام الوراثة وشهادة قيد ميلاده ، ومن ثم فإنه كان

(422) نقض مدني ٣ من نوفمبر سنة ٢٠١٣ طعن رقم ٣٠٨٤ لسنة ٧٤ ق ، حكم مشار إليه سلفاً .

(423) Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 14 décembre 2017, N° de pourvoi : 16-26.687, op .cit

(424) قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا الجزائرية في ١٥ من أبريل سنة ٢٠٠٩م ، قرار مشار إليه سلفاً .

في هذا التاريخ حملا مستكنا ، ولم يكن له ثمة وجود على قيد الحياة وعليه فلا يستحق بعد ولادته التعويض المطالب به عن الضرر الأدبي " (٤٢٥).

وجاء بحكم ثان أنه " وحيث إن الطعن أقيم على سبب واحد تنعى به الشركة الطاعنة على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وذلك حين ألزمها بأن تؤدي تعويضا أدبيا لكل من القاصرين - أحلام ضوى سعد ، أحمد سعد حسن ، عما حاق بهما من آلام نتيجة إصابة المرحوم / ضوى سعد حسن ، والد الأولى وشقيق الثاني رغم أن كلا منهما كان حملا مستكنا ولم يكن موجودا على قيد الحياة وقت الحادث فلا يستفيد من هذا النوع من التعويض ، مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعي سديد... لما كان ذلك ، وكان الثابت من الأوراق أن إصابة - ضوى سعد حسن - الذي أصيب في الحادث - سند الحكم بالتعويض قد حدثت بتاريخ ١١ / ٦ / ١٩٩٧ في وقت سابق على ميلاد نجلته وشقيقه القاصرين سالي الذكر والحاصل أولهما بتاريخ ٢١ / ٧ / ١٩٩٧ وثانيهما بتاريخ ١ / ١ / ١٩٩٨ م حسبما هو ثابت بشهادتي قيد ميلادهما فيستحيل أن يكون قد أصاب أيهما ضرر أدبي ... وبالتالي فلا يستحق أي منهما بعد ولادته تعويضا من هذا القبيل " (٤٢٦).

كما حكمت ذات المحكمة بأن " القواعد العامة تأبى على الحمل المستكن الذي لم يولد بعد ، وقد انعدم إدراكه ، أن يكون محلا لضرر أدبي قوامه الشعور والعاطفة " (٤٢٧).

ومن الملاحظ أنه حتى ومع اعتراف المدعى عليه - في دعوى تعويض الجنين عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه - بأن الأبحاث قد أثبتت أن الجنين قد يعاني من مثل هذه الأضرار ، فإنه يدفع بأن القانون لم يقرر الحق في تعويضها ، وقد جاء بحكم لمحكمة النقض المصرية " أن الطاعنة نعت على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون ... ، وفي بيان ذلك تقول ... أنه وإن كانت الأبحاث قد أثبتت أن الجنين يستشعر قرابة الوالد ويتألم في بطن أمه إلا أن القانون لم يقرر له الحق في ذلك التعويض " (٤٢٨).

صفوة القول :

أن هناك إشكالية تقف حجر عثرة في سبيل الحكم بأحقية الجنين في دعواه بالتعويض عن الضرر الأدبي اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه قبل تمام ولادته حيا ، إلا وهي مشكلة افتراض أن الجنين يعاني من أضرار أدبية وهو في رحم أمه ، فالمدعي يدفع الدعوى بأن الحمل المستكن قد ولد في تاريخ لاحق لهذه الإصابة ، فيما يعني

(425) نقض مدني ٢٣ من مارس سنة ٢٠١٣ طعن رقم ٣٠٢٠ لسنة ٧٢ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً .

(426) نقض مدني ١٠ من فبراير سنة ٢٠١٥ طعن رقم ٨٦٨٤ لسنة ٧٥ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً .

(427) نقض مدني : ٩ من مارس سنة ٢٠٠٨ الطعن رقم ٣٤ لسنة ٧٥ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً ، و ٢٣ من مارس سنة ٢٠١٣ طعن رقم ٣٠٢٠ لسنة ٧٢ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً و ٢٣ من ديسمبر سنة ٢٠١٣ طعن رقم ٧٨٨٧ لسنة ٧٤ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً .

(428) نقض مدني ٢٣ من فبراير سنة ٢٠١٣ طعن رقم ١٧٥٨٧ لسنة ٨٠ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً .

أن الإدراك لديه كان منعدما وقت وقوع الفعل الضار ، وإذا انتفى موجب الضرر الأدبي انتفى تبعاً لذلك التعويض عنه ، والقضاء غالباً ما يؤيد ذلك مستنداً إلى أن القواعد العامة تأبى على الحمل المستكن الذي لم يولد بعد ، وقد انعدم إدراكه ، أن يكون محلاً لضرر أدبي قوامه الشعور والعاطفة.

المشكلة الثالثة : مشكلة صعوبة إثبات رابطة السببية بين الخطأ والضرر :

قد يدفع المسئول دعوى تعويض الجنين - عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه - بأنه لا توجد علاقة سببية بين إصابة شخص والضرر المزعم الذي لحق بابنه المولود بعد تلك الإصابة^(٤٢٩) ، ومن هنا تثور مشكلة صعوبة إثبات رابطة السببية بين الخطأ والضرر.

المشكلة الرابعة : عدم ثبوت المسؤولية تجاه شخص معين :

تكمن هذه المشكلة في عدم توافر شروط المسؤولية أو توافر السبب الأجنبي بصدد بعض الحالات ، مما يعني عدم ثبوت المسؤولية تجاه شخص معين ، وبالتالي ضياع حق الجنين في مطالبة المسئول بالتعويض عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه ، لا سيما في ظل الغياب التشريعي المصري تجاه هذه المسألة ؛ حيث تتطلب القواعد العامة في القانون المدني ضرورة توافر عناصر المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية لإقرار الحق في التعويض ، وعليه إذا توافرت إحدى حالات السبب الأجنبي التي تقطع رابطة السببية ، فإن المسؤولية لا تتعقد ، ومن ثم لا يكون هناك مجال للحكم بالتعويض .

وإزاء المشكلات سالفة الذكر والتي تواجه حق الجنين في تعويضه عن الضرر الشخصي المباشر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي يصيب أحد والديه قبل تمام ولادته حياً ، كان ولا بد أن نبحث عن الحلول المقترحة للقضاء على هذه المشكلات أو التخفيف من آثارها ، وهو ما سنعرض له في المبحث التالي .

المبحث الثاني

الحلول المقترحة لمواجهة تلك المشكلات

تمهيد :

(429) V. Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 14 décembre 2017, N° de pourvoi : 16-26.687, op .cit.

أوضحنا في المبحث السابق أن أهم المشكلات التي قد تواجه تعويض الجنين عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه ، هي مشكلة اشتراط الشخصية القانونية كمتطلب لاستحقاق هذا التعويض ، ومشكلة افتراض أن الجنين يعاني من أضرار أدبية ، ومشكلة صعوبة إثبات رابطة السببية بين الخطأ والضرر ، ومشكلة عدم ثبوت المسؤولية تجاه شخص معين في بعض الحالات ، ونعرض فيما يلي الحلول المقترحة لمواجهة تلك المشكلات .

أولا - بالنسبة لمشكلة اشتراط الشخصية القانونية كمتطلب لاستحقاق التعويض :

بنتبع أحكام القضاء التي أوردناها والتي أقرت حق الجنين في التعويض في هذا الصدد يلاحظ أنها قد حاولت التغلب على هذه المشكلة بأحد الحلول الآتية :

الحل الأول : إعمال القاعدة الرومانية الشهيرة التي تقضي بأن " الحمل المستكن يعتبر مولودا في كل ما فيه نفعه " .

قدمنا أن الفقه والقضاء في فرنسا يأخذ بالقاعدة الرومانية الشهيرة التي تقضي بأن " الحمل المستكن يعتبر مولودا في كل ما فيه نفعه " ، وذلك بغية التغلب على اشتراط الشخصية القانونية كمتطلب لاستحقاق التعويض ، وقد عرضنا العديد من الأحكام الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية والتي طبقت فيها هذه القاعدة بشأن تعويض الجنين عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد أقاربه قبل تمام ولادته حيا .

كما قدمنا أن فقه الشريعة الإسلامية قد اعتمد على نفس هذا الحل تقريبا ، حيث أثبت للحمل في بطن أمه أهلية وجوب ناقصة تجعله قابلا للإلزام فقط دون الإلتزام. فتنشبت بعض الحقوق الضرورية له، ولا يثبت شيء عليه ، واتفقت المذاهب الاجتهادية على أهلية الحمل لحقوق أربعة تثبت له علي سبيل الحصر : وهي النسب من أبيه وأمه ومن يتصل بهم بواسطتهما، والإرث ممن يموت من مورثيه لأنه متفرع عن النسب فيوقف للحمل من تركة مورثه أكبر النصيبين على التقدير واستحقاق ما يوصي له به ، واستحقاق ما يوقف عليه (٤٣٠) .

ويؤيد البعض إعمال القاعدة سالفة الذكر (٤٣١) بشأن قبول تعويض الجنين عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه ، باعتبار أنه لا يجب حرمان من كان حملا مستكنا من التعويض عن الضرر بنوعيه تمشيا مع ما انتهى إليه فقه الشريعة الإسلامية من حقه في الميراث والوصية حيث يحجز له نصيب الذكر حتى يولد ، فإن كان ذكر أخذه وإن كان أنثى رد الباقي من حصته للمستحقين من ورثة المتوفى بنسبة حصصهم الشرعية ، وهما من الحقوق المالية المتفق منحه لهما حال ولادته ، والمنطق السليم يأبى أن يقبض بعض هذه الحقوق من ميراث أو وصية ويحرم من بعضها الآخر المتحصل من فعل ضار ، لا سيما أن محكمة النقض قبلت التعويض عن " فقد الحمل المستكن " ، باعتبار " أن

(430) كما أشرنا إلى أنه إذا استمرت حياة الجنين بعد الجناية وبقي في بطن أمه متما مدة حملته ، ولكن أدت الجناية إلى الإضرار به بما دون النفس ، كما إذا انفصل جزء من أجزائه ، كيد أو رجل ...، ثم تابع نموه في بطن أمه إلى أن تم وضعه حيا ، ففي هذه الحالة فإنه - ووفقا لرأي الحنفية والحنابلة - يجب في الجزء المصاب مثل ما يجب في الإنسان المولود الحي من الدية ، ووفقا لرأي الشافعية والإمامية يجب في الجزء المضار من الجنين جزءا من الغرة كالجزء الواجب من الدية في الجناية على الإنسان الحي . راجع تفصيلات ذلك ص ٥٦ وما بعدها .

(431) د. حسام لطفى ، النظرية العامة للإلتزام ، مرجع سابق ، ص ٣٣٨ .

فرصة ولادة الجنين في نهاية مدة الحمل وأن يكون طفلاً أمراً قائماً والإفادة منها لها ما يبررها " (٤٣٢) .

ومن الملاحظ إن هذا الحل يفصل بين اكتساب الشخصية القانونية ، وهو ما يرتبط في مصر بانفصال المولود عن جسم الأم حياً وفي فرنسا بالانفصال عن جسمها قابلاً للحياة ، وبين ثبوت الحق لصالحه فيما فيه نفعه ، باعتبار أنه لا محل لحرمان المولود من الحق في التعويض عن ضرر ، مادي أو أدبي ، وقع عليه (٤٣٣) ، ومفاد ذلك أن " الحق في التعويض يثبت من وقت وقوع الحادث إذا كان الحمل مستكناً " (٤٣٤) .

الحل الثاني : تعويض الجنين بعد تمام ولادته حياً بوصفه ابناً لمن أصابه الفعل الضار .

مضمون هذا الحل هو تعويض الجنين عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه ، ولكن ليس بوصفه جنيناً ، وإنما بعد ولادته وثبوت أهلية الوجوب كاملة له ، وقد قدمنا أن محكمة النقض المصرية قد تبنت هذا الحل في بعض أحكامها ، وهو لا يمس الأصل في أن المشرع لم يمنح الشخصية القانونية للشخص الطبيعي إلا بتمام ولادته حياً ، وما يستتبع ذلك من صلاحيته لاكتساب جميع الحقوق ، وتحمل الالتزامات .

ووفقاً لهذا الرأي فإن للجنين بعد تمام ولادته حياً - وصيروته عندئذ ابناً لمن أصابه الفعل الضار له أهلية وجوب كاملة - الحق في التعويض عن الأضرار التي أصابته لحظة الحادث وقت أن كان حملاً والأضرار التي أصابته بعد ولادته ، ويكون للممثل القانوني المطالبة بهذا التعويض نيابة عن القاصر (٤٣٥) ، باعتبار أن " حق الابن في التعويض عن وفاة أبيه لا يقتصر على الأضرار التي أصابته لحظة الحادث وقت أن كان حملاً ، وإنما يمتد إلى الأضرار التي أصابته بعد ولادته وثبوت أهلية الوجوب كاملة له وما يستجد في المستقبل متى كان محقق الوقوع ، بل وله الحق في الاحتفاظ بإعادة النظر في التقدير عملاً بنص المادة ١٧٠ من القانون المدني " (٤٣٦) .

كما تبنت هذا الحل - كما قدمنا - المحكمة العليا الجزائرية ، حيث حكمت بأن " الجنين سيصيبه الضرر جراء وفاة والده على إثر حادث ، إذا ولد حياً ، وبسبب الوفاة سيفقد معيل له ، مما يلحق به الضرر " (٤٣٧) ، وبأن " الولد الذي كان جنيناً وقت الحادث

(432) نقض مدني ١٢ من يناير سنة ٢٠١٥ طعن رقم ٧٠٦٤ لسنة ٨٣ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً .

(433) د. حسام لطفي ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص ٣٤٠ .

(434) د. حسام الأهواني ، مرجع سابق ، رقم ٤٨٨ ص ٤٣٩ .

(435) قد يكون المطالب بالتعويض نيابة عن القاصر هو الولي الطبيعي عليه . نقض مدني ٢٣ من ديسمبر سنة ٢٠١٣ طعن رقم ٧٨٨٧ لسنة ٧٤ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً . وقد يكون هو الوصي عليه . نقض مدني : ٢٣ من فبراير سنة ٢٠١٣ طعن رقم ١٧٥٨٧ لسنة ٨٠ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً ، و ١١ من يناير سنة ٢٠١٤ طعن رقم ٢٣٧٧ لسنة ٧٤ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً و ١٤ من مايو سنة ٢٠١٥ طعن رقم ٨٠١٦ لسنة ٨٤ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً .

(436) نقض مدني : ٢٢ من أكتوبر سنة ٢٠٠٧ طعن رقم ٦٨٩١ لسنة ٧٥ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً ، و ٢٣ من فبراير سنة ٢٠١٣ طعن رقم ١٧٥٨٧ لسنة ٨٠ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً ، و ١١ من يناير سنة ٢٠١٤ طعن رقم ٢٣٧٧ لسنة ٧٤ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً و ١٤ من مايو سنة ٢٠١٥ طعن رقم ٨٠١٦ لسنة ٨٤ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً .

(437) قرار المحكمة العليا الجزائرية الصادر عن الغرفة المدنية في ١٥ أبريل سنة ٢٠٠٩م ، قرار مشار إليه سلفاً .

الذي أودى بحياة أبيه وولد حيا يستحق التعويض عن الضرر الذي أصابه جراء هذا الحادث كسائر الأولاد الآخرين " (٤٣٨).

كما أخذت بهذا الحل - كما قدمنا- محكمة التعقيب التونسية في عدة قرارات - أشرنا إلى بعضها منها سلفا - ولعل أبرزها القرار الصادر في الدعوى التي أقامتها والددة طفل تعرض والده لحادث مرور أدى إلى وفاته وقت أن كان حملا ، وتمسك المدعى عليه بعدم استحقاق هذا الطفل للتعويض المطالب به ، استنادا إلى أن الأبناء الذين خول لهم المشرع التونسي حق التعويض عن الضرر المعنوي هم الأبناء الذين اكتسبوا الشخصية القانونية في تاريخ وفاة الأب ، ولم يكن هذا الطفل - آنذاك - من بينهم ، وقد رفضت محكمة التعقيب التونسية هذا الدفع ، باعتبار أن التمسك به "مخالف للقانون التونسي ولقواعد العدل والإنصاف ومناقض لفلسفة المشرع من اسناد التعويض المعنوي والتي تهدف إلى تعويض الابن عن فقدان والده ، وما سينجر عن ذلك من إحساس بمرارة اليتيم الذي سيرافقه طيلة مراحل عمره ، ولا شك أنها سوف تكون أشد وطأة على التوازن النفسي للطفل الذي حرم من أبيه قبل ولادته " (٤٣٩).

والملاحظ أنه وفقا لهذا الرأي فإن الجنين يتمتع بحقه في التعويض عن الأضرار التي أصابته لحظة الحادث وقت أن كان حملا. ولكن متى ذلك ؟ عندما يولد حيا . أي بعد اكتسابه للشخصية القانونية - أي عندما يصبح شخصا طبيعيا بمفهوم القانون - ومن باب المخالفة فما لم يولد الجنين حيا فكأنه لم يكن ولا ينسب إليه أي حق كان . وهذا يعني أن العبرة ليس بالجنين في حد ذاته فهو بهذه الصفة لا يمكن أن يكون صاحب حق . وإنما عندما يكتسب الشخصية القانونية . بعد ولادته حيا . والمعروف أنه عند بلوغ الجنين هذه المرحلة فقد حلت المشكلة بالنسبة للحقوق الحالية أو المستقبلية . في حين هناك عقبة بالنسبة للحقوق التي قد تنشأ قبل الولادة (٤٤٠).

الحل الثالث : إعمال الرأي القائل بأن الشخصية القانونية للإنسان تبدأ من وقت الحمل .

قدمنا أن هناك من يرى أن الشخصية القانونية للإنسان تبدأ من وقت الحمل وبشرط تمام ولادته حيا ، وهو مسلك المشرع السوداني ، كما أخذت به - على ما يبدو - محكمة التمييز الأردنية ، وهو ما أيدناه (٤٤١)، باعتبار أن الشخصية القانونية مرتبطة ببدء تكوين الجنين في الرحم ، فهي تبدأ من وقت الحمل لا من وقت الولادة ، ومن ثم فإن اكتساب الجنين للحقوق لا يشكل استثناء على الأصل . غاية ما في الأمر أن الشخصية القانونية تمر بمرحلتين ؛ الأولى أثناء الحمل ، وفي هذه المرحلة وعلى الرغم من وجود الشخصية القانونية فإنها غير مستقرة ، والثانية تبدأ من وقت الميلاد ، حيث تستقر هذه الشخصية .

ووفقا لهذا الرأي يمكن تفسير نص المادة ٢٩ من القانون المدني المصري بأنها حددت بداية الشخصية بالنسبة لمن يولد ، أما الحمل المستكن فقد أحال المشرع في شأن حقوقه إلى القوانين الخاصة . فإذا كانت القوانين الخاصة قد قررت له حقوقا فإن مؤدي ذلك

(438) قرار المجلس الأعلى بالجزائر في ١٠ من أكتوبر سنة ١٩٨٤ م ، قرار مشار إليه سلفا .

(439) قرار محكمة التعقيب التونسية في ٢٩ من يناير سنة ٢٠١٩ م ، عدد ٥٧٤٦٦ ، قرار مشار إليه سلفا .

(440) د. علي فيلالي ، مرجع سابق ، ص ١٥٩ .

(441) انظر ما سبق ص ٦٢ وما بعدها .

هو الاعتراف له بالشخصية . فمن يولد حيا يبدأ في التمتع بشخصية قانونية باتة . أما من لم يولد بعد أي الجنين ، فإنه يتمتع ، منذ الحمل ، بشخصية قانونية معلقة على شرط فاسخ ، ما لم يتضح من نصوص القانون أن الحق معلق على شرط واقف . وإذا لم يولد حيا فإن شخصيته تزول بأثر رجعي ويعتبر الحمل كأن لم يكن^(٤٤٢) .

والملاحظ أنه متى تم الأخذ بهذا الحل ، فلا حاجة للجوء إلى القاعدة الرومانية - سالفة الذكر - التي تقوم على المجاز لتبرير اكتساب الحمل للحقوق بأثر رجعي . فالقول بأن الأصل هو أن الشخصية تبدأ بالميلاد أدى إلى اللجوء إلى المجاز بافتراض الحمل مولودا متى كان في ذلك الافتراض مصلحة له . أما القول بأن الشخصية تبدأ منذ الحمل فهو أمر يتفق مع الواقع ، والمجاز يصبح اعتبار الحمل كأن لم يكن إذا لم يولد الجنين حيا^(٤٤٣) .

ثانيا : بالنسبة لمشكلة افتراض أن الجنين يعاني من أضرار أدبية :

بالنسبة لإشكالية افتراض أن الجنين يعاني من أضرار أدبية وهو في رحم أمه ، فإن القضاء الفرنسي قد عالجها عن طريق اتباع نهج ذاتي إزاء الضرر الأدبي بافتراض أن الجنين قد شعر به فعلا^(٤٤٤) .

ويشكل أعم اعتمد القضاء الفرنسي مفهوما موضوعيا ومجردا للضرر الأدبي ، وبصرف النظر عن المشاعر الحقيقية للمضروب غير المباشر أو حتى كونه في وعيه من عدمه وقت وقوع الفعل الضار^(٤٤٥) .

(442) انظر : د.حسام الأهواني ، مرجع سابق ، رقم ٤٩٤ ص ص ٤٤٤ : ٤٤٥ .

(443) انظر : د.حسام الأهواني ، مرجع سابق ، رقم ٤٩٢ ص ٤٤٢ ، والمرجع الذي أشار إليه بهامش رقم (٦٦) بذات الصفحة.

(444) - Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 5 octobre 2010, N° de pourvoi : 09-87.385, Inédit.

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000023017413/>

- Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 5 octobre 2010, N° de pourvoi : 10-81.743, Inédit.

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000023017425/>

- Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 22 novembre 2012, N° de pourvoi : 11-21.031, Publié au bulletin.

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000026669970/>

(445) Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 22 février 1995, N° de pourvoi : 92-18.731, Publié au bulletin.=

=

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007033570/>

Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 22 février 1995, N° de pourvoi : 93-12.644, Publié au bulletin.

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007033539/>

وقد منح القضاء الفرنسي التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن المعاناة بسبب فقدان أحد الأقارب في كل مرة يثبت فيها وجود ضرر شخصي مباشر للمضرور غير المباشر، وأقر هذا القضاء تعويض الأفراد المنتمين إلى دائرة الأسرة الضيقة للمضرور المباشر وهم الآباء والأجداد والأبناء والأزواج أو الشركاء ، وأكدت الأحكام الصادرة في هذا الصدد على أن وجود صلة قانونية أو رابطة قرابة كافية لإحداث الحق في التعويض ، حتى لو لم يتم الحفاظ على علاقة عاطفية معينة بين المضرور الرئيسي والمضرور غير المباشر^(٤٤٦) ، فيما يعني أن المضرور غير المباشر (الجنين) لا يحتاج إلى إثبات أنه لو عرف المضرور الرئيسي لكان له علاقة عاطفية خاصة به ، إذ لا يعوق الطابع الافتراضي للضرر الأدبي تعويض الجنين عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أودى بحياة أحد والديه وقت أن كان حملا مستكنا.

وفي إحدى دعاوى مطالبة الجنين بالتعويض عن الضرر الأدبي اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أودى بحياة والده ، اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن مجرد حقيقة الحرمان الأبدي من الأب يشكل في حد ذاته ضررا أدبيا للطفل مما يستوجب التعويض^(٤٤٧) .

وتجدر الإشارة إلى أن المادة ١٢٣٥ من المشروع الفرنسي بشأن إصلاح المسؤولية المدنية المؤرخ ١٣ مارس ٢٠١٧ ، والتي اعتمدت المعايير التي حددتها السوابق القضائية في هذا الصدد ، قد نصت على أن " يكون قابلا للتعويض كل ضرر مؤكد ناشئ عن النيل من مصلحة مشروعة مالية كانت أم غير مالية " ^(٤٤٨) .

وعلى ذلك يمكن التغلب على مشكلة افتراض أن الجنين يعاني من أضرار أدبية ، وأسوة بمسلك القضاء الفرنسي ، عن طريق اتباع نهج ذاتي إزاء الضرر الأدبي بافتراض أن الجنين قد شعر به فعلا ، وبصرف النظر عن المشاعر الحقيقية له ، وتطبيقا لذلك فإنه متى ولد الجنين حيا وطالب بالتعويض عن الضرر الأدبي اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أودى بحياة أحد والديه ، فإنه لا يحتاج إلى إثبات أنه لو عرف المتوفى لكان له علاقة

(446) V. Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 24 octobre 2019, N° de pourvoi : 18-15.827, Inédit

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000039307264>

; V. déjà,

Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 16 avril 1996, N° de pourvoi : 94-13.613, Publié au bulletin

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007038209/>

(447) Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 14 décembre 2017, N° de pourvoi : 16-26.687 , op .cit.

(448) « est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial ».

projet de réforme de la responsabilité civile, 13 mars 2017.

http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf

عاطفية خاصة به ، فيما يعنى أن الطابع الافتراضي للضرر الأدبي لا يعوق تعويض الجنين عن هذا الضرر .

ثالثا : بالنسبة لمشكلة صعوبة إثبات رابطة السببية بين الخطأ والضرر :

بالنسبة لهذه المشكلة ، فقد قدمنا أن القضاء الفرنسي يأخذ بمبدأ اعتبار الطفل مولودا متى كان ذلك في مصلحته ، وهذا المبدأ يغير من مفهوم وقت ولادة الطفل في حالات إصابة أحد والديه نتيجة الفعل الضار ، ويجعل من الممكن اعتبار أن الطفل قد ولد بالفعل في تاريخ هذه الإصابة ، باعتبار أن ذلك في مصلحته .

وهكذا يتم تقييم العلاقة السببية في تاريخ وقوع الفعل الضار، حتى لو لم يظهر الضرر إلا بعد ولادة الطفل ، وبالتالي فإن هذا المبدأ يساعد في وجود علاقة سببية غير مؤكدة عن طريق الاعتراف بأن الطفل المولود قابلا للحياة يحق له المطالبة بالتعويض، ويقلل التخوف بشأن إثبات علاقة السببية في الحالة يكون فيها المضرور حملا مستكنا وقت وقوع الفعل الضار ويسهل قبول هذا الإثبات (٤٤٩) .

ويلاحظ أن هذا المبدأ - على النحو الموضح سلفا - وإن كان يساهم في توسيع مفهوم السببية ، إلا أنه يقصر التعويض على الفرض الذي يكون فيه الطفل حملا مستكنا وقت وقوع الفعل الضار ثم يولد قابلا للحياة بعد ذلك ، وبالتالي فإن هذا الحل يقتصر إعماله على حالات محدودة ، وقد أشرنا إلى أن القضاء الفرنسي يرفض التعويض في الحالات التي تتم فيها ولادة الطفل بعد سنوات من إصابة أو وفاة أحد أقاربه، فيما يعني أن هذه الحالات لا تكون محل مساءلة (٤٥٠) .

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه " من المعلوم بالضرورة أن الطفل تصيبه شخصا أضرار جراء وفاة أبيه حتى لو كان ميلاده في تاريخ لاحق للفعل الذي توفي بسببه الأب وقت أن كان هذا الطفل حملا مستكنا " (٤٥١) .

وقضت المحكمة العليا بالجزائر بأن " الجنين سيصيبه الضرر جراء وفاة والده، إذا ولد حيا ، وبسبب الوفاة سيفقد معيل له ، مما يلحق به الضرر " (٤٥٢) .

وقضت محكمة التعقيب التونسية بالتعويض الأدبي للطفل المولود بعد وفاة والده في حادث مرور ، باعتبار أن يجب " تعويض الابن عن فقدان والده ، وما سينجر عن ذلك من

(449) Bérénice de Bertier-Lestrade, op .cit.

(450) Ibid.

(451) نقض مدني : ٢٢ من أكتوبر سنة ٢٠٠٧ طعن رقم ٦٨٩١ لسنة ٧٥ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً، و ٢٣ من فبراير سنة ٢٠١٣ طعن رقم ١٧٥٨٧ لسنة ٨٠ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً، و ١١ من يناير سنة ٢٠١٤ طعن رقم ٢٣٧٧ لسنة ٧٤ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً و ١٤ من مايو سنة ٢٠١٥ طعن رقم ٨٠١٦ لسنة ٨٤ ق ، حُكم مُشار إليه سلفاً.

(452) قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا الجزائرية في ١٥ من أبريل سنة ٢٠٠٩ م، قرار مشار إليه سلفاً .

إحساس بمرارة اليتيم الذي سيرافقه طيلة مراحل عمره ، ولا شك أنها سوف تكون أشد وطأة على التوازن النفسي للطفل الذي حرم من أبيه قبل ولادته " (٤٥٣) .

ومفاد ذلك أن كل من القضاء المصري والجزائري والتونسي قد تغلب على مشكلة علاقة السببية عن طريق الاعتراف بأن الأضرار التي تلحق بالجنين نتيجة الفعل الضار الذي أودى بحياة والده ترتبط بلا شك بعلاقة سببية بهذا الفعل ، وباعتبار أن هذا الفعل يشكل ركن الخطأ الذي هو في ظل الظروف التي أحاطت بالحادثة ضروريا لتحقيق الضرر اللاحق بالجنين ، فيما يعني أنه لولا هذا الخطأ لما وقع هذا الضرر .

رابعا - بالنسبة لمشكلة عدم ثبوت المسؤولية - عن الفعل الضار الذي أصاب مورث الجنين - تجاه شخص معين :

إذا كان التعويض يقدر بقدر الضرر، وبمعنى آخر أن المعول عليه في تقدير التعويض هو الضرر ، فإن النظرة إلى شروط التعويض يجب أن تتغير ، باعتبار أنه طالما ثبت الضرر وجب إزالته ، ما لم يرجع إلى خطأ المضرور ، هذا إلى أن البحث يجب ألا يقتصر على تعويض الضرر كأثر من آثار المسؤولية ، بل إيجاد حلول بديلة تضمن للجنين تعويضه عن كل ضرر يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي يصيب أحد والديه .

ولعل في قاعدة " الضرر يزال " (٤٥٤) التي صاغها علماء الفقه الإسلامي الحل للمشكلات التي تواجه التعويض ، فطبقا لهذه القاعدة يجب إزالة الضرر ، والتعويض مرتبط بالضرر، وإذا لم يتم التعرف على المسئول ، فإن ذلك لا يعني ضياع حق المضرور ، فهذه القاعدة تحقق الضمان الاجتماعي للمخاطر ، فكل ضرر أصاب الجنين يجب تعويضه ، وبصرف النظر عن توافر أو عدم توافر أركان المسؤولية .

ويؤكد هذه القاعدة ، قاعدة أخرى نصت على أنه : " لا ضرر ولا ضرار " (٤٥٥) ، وبالتالي يجب القضاء على أي ضرر يحدث ومحو آثاره ، ولا شك في أن عدم تعويض الجنين عن ضرر فقد أحد والديه مثلا تحقيق لضرر آخر بدلا من تعويض الضرر الأول ، وهذا ضد قاعدة " الضرر لا يزال بمثله " (٤٥٦) ، والتي تعني أنه إذا كان في إزالة الضرر ضرر مثله لا يزال حيث يكون ذلك عبثا بلا فائدة .

كما يمكن الاستناد كذلك إلى قاعدة " الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف " (٤٥٧) وقاعدة " يختار أهون الشرين " (٤٥٨) ، وقاعدة " الضرر يدفع بقدر الإمكان " (٤٥٩) ، فإذا كان الجنين قد لحق به ضرر نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه ، وكان في إلزام المجتمع بتعويضه - رغم عدم ثبوت المسؤولية تجاه شخص معين - ضرر أيضا ، فإن

(453) محكمة التعقيب التونسية : قرارها في ٢٩ من يناير سنة ٢٠١٩ م ، عدد ٥٧٤٦٦ ، قرار مشار إليه سلفا .

(454) مجلة الأحكام العدلية ، المطبعة الأدبية ، بيروت ، لبنان ، سنة ١٣٠٢ هـ ، المادة (٢٠) ، ص ٢٦ .

(455) المادة (١٩) من مجلة الأحكام العدلية ، مرجع سابق ، ص ٢٦ .

(456) المادة (٢٥) من مجلة الأحكام العدلية ، مرجع سابق ، ص ٢٧ .

(457) المادة (٢٧) من مجلة الأحكام العدلية ، مرجع سابق ، ص ٢٧ .

(458) المادة (٢٩) من مجلة الأحكام العدلية ، مرجع سابق ، ص ٢٧ .

(459) المادة (٣١) من مجلة الأحكام العدلية ، مرجع سابق ، ص ٢٧ .

الضرر الذي يعود على المجتمع أخف من الضرر الذي يصيب الجنين ، ولا شك في أن إلزام المجتمع بالتعويض اختياراً لأهون الشرين ، وإذا كانت قاعدة " الضرر يدفع بقدر الإمكان " ، تعنى العمل على الوقاية من حدوث الضرر ، فإن وقع هذا الضرر بالفعل ، وجب إزالته من باب أولى .

ويعد ذلك تطبيقاً لفكرة التكافل الاجتماعي ، والتي تعني ضرورة أن تكون القوى الإنسانية في المجتمع متلاقية في المحافظة على دفع الأضرار عن البناء الاجتماعي وإقامته على أسس سليمة ، وأن يشعر كل فرد من أفراد المجتمع بأن عليه واجبات تجاه المجتمع يجب عليه أدائها ، " وأن يدفع الضرر عن الضعفاء ، ويسد خلل العاجزين ، وأنه وإن لم يكن ذلك تأكلت لبنات البناء ، ولا بد أن يخرب منهاراً بعد حين " (٤٦٠) .

كما أن الأصول الشرعية العامة تؤكد انعقاد المسؤولية تجاه الجنين الذي فقد والده الذي يعوله ، لا سيما حال عدم وجود عائل بديل للإنفاق عليه ، وربما كان في عوز لإجراء عمل طبي عاجل ، ومن حقه أن يولد سليماً معافى ، كما تتعقد هذه المسؤولية تجاه الجنين بعد تمام ولادته حياً يتيماً فاقداً عائلته حال عدم وجود عائل آخر عوضاً عنه ، باعتبار أن ولي الأمر مسئول عن كل رعاياه في الدولة ، والطفل الذي ولد يتيماً بلا عائل من رعاياه ، فعن ابن عمر عن النبي ﷺ قال « كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته » (٤٦١) ، فيما يعني أن واجب الإنفاق على هذا الطفل اليتيم ينتقل إلى المجتمع ، فالدولة هي من تتحمل الإنفاق عليه ، وذلك إعمالاً لفكرة الضمان الاجتماعي (٤٦٢) ، وهو ما يوجب على المشرع المصري أن

(460) محمد أبو زهرة ، التكافل الاجتماعي في الإسلام ، دار الفكر العربي ، ١٩٩١م ، ص ٧ ؛ وانظر أيضاً : د. إبراهيم الدبو ، الضمان الاجتماعي في الإسلام ونماذج من القوانين المعاصرة ، دار المناهج للنشر والتوزيع ، عمان ، ط ١ ، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨م ، ص ٢٧ .

(461) الإمام مسلم ، صحيح مسلم ، مرجع سابق ، ج ٣ ، ص ١٤٥٩ ، الحديث رقم ١٨٢٩ .

(462) وقد أخذ المشرع الكويتي بفكرة ضمان الدولة للتعويض حال تعذر معرفة المسئول عن التعويض وفقاً لأحكام المسؤولية عن العمل غير المشروع أو الملتزم بضمانه ، حيث تنص المادة ٢٥٦ من القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ على أنه " إذا وقع ضرر على النفس مما يستوجب الدية وفقاً لأحكام الشرع الإسلامي وما يتضمنه جدول الديات المنصوص عليه في المادة ٢٥١ وتعذرت معرفة المسئول عن تعويضه وفقاً لأحكام المسؤولية عن العمل غير المشروع أو الملتزم بضمانه وفقاً للمادة السابقة وجب الضمان على الدولة " .

وجاء بالمذكرة الإيضاحية لهذه المادة " أن المشروع ساير التشريع الإسلامي الأغرى فيما يقضي به من التزام بيت المال بدفع دية من يتعذر معرفة المسئول عن دمه قصاصاً أو دية " . المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ، إصدارات وزارة العدل الكويتية ، فبراير سنة ٢٠١١م ، ص ٢٠٨ .

وتطبيقاً لذلك حكّم بأن " نص المادة ٢٥٦ من القانون المدني الكويتي يدل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة التمييز الكويتية - على أن ضمان الدولة للتعويض وفقاً لحكم هذه المادة هو ضمان احتياطي يقتضي المضرورة بموجبه التعويض المقرر إذا ما تعذر معرفة المسئول عن التعويض وفقاً لأحكام المسؤولية عن العمل غير المشروع أو الملتزم بضمانه ، مما مفاده أن هذا الضمان لا يقوم إذا وجد ملتزم آخر في حالة ضمان رب العمل لإصابات العمل إذا كان المضرور عاملاً وحدثت الإصابة بسبب العمل وأثنائه ... إذ تتوافر في هذه الحالة نفس العلة التي من أجلها لا يقوم ضمان الدولة في حالة معرفة المسئول عن العمل غير المشروع أو المباشر للضرر ولا يكون للمضرور في أي منهما حق قبل الدولة كضمانة احتياطية " . انظر : حكم محكمة التمييز الكويتية بجلسة ٨ من ديسمبر سنة ١٩٩٧ في الطعن رقم ٩٦/١٣٠ عمالي ، = مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز الكويتية ، القسم الرابع ، مج ٣ ، ربيع الأول ١٤٢٥ هـ - مايو سنة ٢٠٠٤م ، ص ٣٥٠ ، تحت عنوان " تعويض " .

يتدخل لضمان إزالة الضرر اللاحق بالجنين نتيجة الفعل الضار الذي أودى بحياة والده بغض النظر عن عدم ثبوت المسؤولية تجاه شخص معين ، حيث يمكن إنشاء صندوق خاص بتعويض الجنين المضرور ، على أن يؤخذ في الاعتبار عدم جواز الجمع بين التعويض الذي يحصل عليه الجنين المضرور من صندوق التعويضات ، وبين التعويض الذي يمكن الحصول عليه من المسئول في حال ثبوت المسؤولية.

وذلك لأنه لا يجوز الجمع بين تعويضين ؛ لأن العمل غير المشروع لا ينبغي أن يكون سببا في إثراء المضرور^(٤٦٣) ، فطالما ثبتت المسؤولية تجاه شخص معين ، فإنه يلتزم بتعويض الجنين المضرور، وبالتالي لا يمكن للجنين المضرور الحصول على تعويض آخر عن ذات الضرر من الصندوق الخاص بالتعويضات ، وذلك لترك الفرصة للحالات التي لا تثبت فيها المسؤولية على عاتق شخص معين^(٤٦٤) .

وتجدر الإشارة إلى أنه في حال وفاة والد الجنين نتيجة الفعل الضار الذي أصابه ، فإن نفقة الجنين تقع على عاتق من تجب عليه ، خاصة إذا كان في حاجة إلى هذه النفقة لعدم امتلاكه الأموال أو غير ذلك ، وهنا لا يمكن أيضا الجمع بين النفقة والتعويض من الصندوق الخاص بالتعويضات ، مع مراعاة إمكانية الملزم بالنفقة في الرجوع على هذا الصندوق لاسترداد ما قام بإنفاقه على الجنين المضرور .

ولكن يجوز الجمع بين المبلغ الذي يمكن الحصول عليه من الصندوق الخاص بالتعويضات أو من المسئول ، وبين مبلغ التأمين^(٤٦٥) ، لأن هذا الأخير ليست له الصفة التعويضية في مجال التأمين على الأشخاص وليس مرتبطا بحجم الضرر أو مقداره ، وإنما يكون مرتبطا بالأقساط التي تم دفعها ، وبالتالي إذا تم التأمين من قبل والد الجنين لصالح الأخير ثم مات والد الجنين نتيجة الفعل الضار الذي أصابه ، فإنه يجوز للجنين الجمع بين المبلغ الذي يتم الحصول عليه من الصندوق الخاص بالتعويضات أو من المسئول ، وبين مبلغ التأمين لأنه لا يعتبر مقابلا للضرر ولكن يستمد فيه الحق من عقد التأمين، وكما أوضحت محكمة النقض المصرية فإنه يجوز الجمع بين مبلغ التأمين وتعويض المسؤولية المدنية - وفق أحكام القانون رقم ٧٢ لسنة ٢٠٠٧ - عند الرجوع على المتسبب في الحادث

(463) إذ لا يحق للمضرور في هذه الحالة " المطالبة بأن يعرض عن ذات الضرر مرتين" . انظر : حكم محكمة التمييز الكويتية بجلسة ١٣ من ديسمبر سنة ١٩٩٨م في الطعن رقم ٩٨/١٢٧ عمالي ، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز الكويتية ، القسم الرابع ، مج ٣ ، ربيع الأول ١٤٢٥هـ - مايو سنة ٢٠٠٤م ، ص ٤٠ ، تحت عنوان " تأمين " .

(464) وقد حكمت المحكمة العليا بالجزائر بأنه " يحق للضحية في حال حصولها على تعويض من صندوق الضمان الاجتماعي عن حادث العمل ، وعدم حصولها على تعويض عن حادث المرور ، الاستفادة من الفارق الموجود بين التعويضين فقط " . قرارها الصادر عن الغرفة المدنية في ١٩ من مارس سنة ٢٠١٥م ، ملف رقم : ٠٩٧٦٨٦٣ ، قضية (س.م) ضد الشركة الجزائرية للتأمينات CAAT - وكالة البروقية و (س.ا) و (س.ع) ، مجلة المحكمة العليا الجزائرية ، سنة ٢٠١٥م ، ع ١ ، قسم الوثائق والدراسات القانونية والقضائية ، ص ١٨٢ - ١٨٤ .

(465) انظر: د. أحمد شرف الدين ، أحكام التأمين ، دراسة مقارنة في القانون والقضاء المقارنين ، ط ٣ ، ١٩٩١م ، رقم ٢٣ ، ص ٢٨ ؛ د. محمد حسام محمود لطفي ، الأحكام العامة لعقد التأمين ، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي ، ط ٨ ، القاهرة ، العام الجامعي ٢٠٢١ & ٢٠٢٢ ، ص ٦٨ .

للمطالبة بما يجاوز مبلغ التأمين الذي يتم استيداؤه من الشركة المؤمنة أو أية مبالغ أخرى تستحق بموجب وثائق اختيارية تكريسا لمبدأ " أن الحياة لا يعادلها ثمن " (٤٦٦).

وإذا كانت فكرة إنشاء صندوق خاص بتعويضات من فقد عائله - نتيجة الفعل الضار الذي أصابه وقت أن كان حملا مستكنا ولا يعرف المسئول بعد ذلك - تجد أساسها في الضمان أو التكافل الاجتماعي، فإن هذا يقتضي عدم إلقاء عبء ذلك على الحكومة فقط، بل المشاركة المجتمعية تعني مساهمة أفراد المجتمع جميعا في ذلك ، ومن ثم نقترح وجوب مساهمة القادرين في أموال هذا الصندوق خاصة وأن فكرة التكافل الاجتماعي تكمن في وجوب شعور كل فرد بأن عليه واجبات يجب أدائها .

(466) نقض مدني ٢٦ من مايو سنة ٢٠١١ طعن رقم ١٨٩٦ لسنة ٨٠ ق ، المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية في الفترة من أول أكتوبر ٢٠١٠ لغاية آخر سبتمبر ٢٠١١ ، مرجع سابق ، ق ٣٢ ص ٥٥ . كما حكم بأنه " من المقرر أن رجوع المضرور على شركة التأمين لاستئداء التعويض المقرر عن الأضرار التي لحقت به وتتكفل وثيقة التأمين بتغطيتها لا يسلبه حقه في الرجوع على محدث الضرر بمقتضى قواعد المسؤولية التقصيرية لاختلاف الأساس القانوني لكل منهما " . انظر : حكم محكمة التمييز الكويتية بجلسة ١٨ من يونيو سنة ٢٠٠١ في الطعان رقما ٣١٦ ، ٣٢٢ / ٢٠٠٠ مدني ، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز الكويتية ، القسم الرابع ، مج ٣ ، ربيع الأول ١٤٢٥ هـ - مايو سنة ٢٠٠٤ م ، ص ٥٩ ، تحت عنوان " تأمين " .

الخاتمة

يمكننا القول في نهاية هذه الدراسة إن دراسة الشخصية القانونية للجنين ومدى تعويضه - في نطاق هذه الشخصية - عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه يعتبر - وبحق - من المسائل المهمة التي يتعين حلها ، فالجنين وباعتباره النواة الأولى للكائن البشري ، وسيكسب عما قريب شخصية قانونية كاملة بتمام ولادته حيا ، يمثل دافعا قويا لوضع هذه المسألة محل اعتبار.

وقد عرضنا لهذه القضية من خلال دراسة مبحث تمهيدى وأربعة فصول ، تناولنا في المبحث التمهيدي ماهية الجنين ، أما في الفصل الأول فقد عالجتنا وحللنا الطبيعة القانونية للجنين ، وبيّنت في الثاني المسؤولية عن الضرر اللاحق بالجنين نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه ، وعرضت في الثالث لمسلك القضاء المقارن بشأن مدى أحقية الجنين في التعويض عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه، وبيّنت في الرابع كيفية تفعيل حق الجنين في التعويض عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه.

وفيما يتعلق بالمبحث التمهيدي ، فقد قسمناه إلى مطلبين ، درسنا في الأول : تعريف الجنين، وخصصنا الثاني لبيان الأطوار التي يمر بها .

وفي الفصل الأول من هذه الدراسة عرضنا الطبيعة القانونية للجنين ، وذلك من خلال مبحثين ، عرضنا في المبحث الأول الشخصية القانونية بوجه عام ، وفي المبحث الثاني بينا نطاق تمتع الجنين بالشخصية القانونية وأساس ثبوت الحقوق المقررة له.

وفي الفصل الثاني عرضنا للمسئولية عن الضرر اللاحق بالجنين نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه، وذلك من خلال مبحثين ، عرضنا في المبحث الأول أركان المسؤولية عن الضرر اللاحق بالجنين نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه ، وفي المبحث الثاني بينا أثر قيام المسؤولية عن الضرر اللاحق بالجنين نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه.

وعرضنا في الفصل الثالث من هذه الدراسة مسلك القضاء المقارن بشأن مدى أحقية الجنين في التعويض عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه، وقد قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين ، في الأول تناولنا موقف محكمة النقض الفرنسية : ، وعرضنا في الثاني موقف القضاء في بعض الدول العربية " مصر - الجزائر - تونس " .

وتناولنا في الفصل الرابع من هذه الدراسة كيفية تفعيل حق الجنين في التعويض عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه ، وقد قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين الأول تناولنا : مشكلات تعويض الجنين عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه ، وفي الثاني عرضنا الحلول المقترحة لمواجهة تلك المشكلات .

وبعد كل هذا توصلت - في ختام هذه الدراسة - إلى النتائج الآتية :

أولا : إن التعريف الوارد للجنين في كتب الفقه والمعاجم لا يميز بين مراحل الحمل ودرجات نمو الجنين، فهذا المفهوم يطلق على ما في الرحم، منذ بدء التكوين بحدوث التلقيح. ويعبر عنه في القرآن الكريم بالعلوق إلى حين الوضع . لأنه يفصل مراحل نمو الحمل دون إحداث تفرقة جوهرية بينها ، في حين أن التعريف العلمي للجنين يميز بين مرحلتين؛ الأولى :

تقترن بالأطوار الأولية للحمل أي تلك التي لا يتحرك فيها الحمل ولا يتولد عنه الحياة ويعرف بلفظ الحمل " Embryon " وتنتهي هذه المرحلة بانتهاء الأسبوع الثامن ، والمرحلة الثانية التي تستغرق الحيز الزمني الفاصل بين ظهور الحياة والحركة في الجنين إلى حين ولادته ويسمى في هذه الفترة " Foetus " .

ثانيا : إن القانون الروماني يعتبر من أول القوانين القديمة التي أقرت أحكاما خاصة للجنين وذهبت في اتجاه أنه إذا كان الأصل في الشخصية القانونية أنها تبدأ بميلاد الإنسان وتنتهي بوفاة فإن هناك حالة تبدأ فيها الشخصية القانونية قبل الميلاد وهي حالة الجنين الذي يتمتع قبل مولده بشخصية ناقصة، وقد تم إقرار هذه القاعدة في العصر العلمي وهي تقضي بأن الحمل المستكن يعتبر مولودا متى كانت له مصلحة في ذلك . فللجنين حق الإرث من أبيه إذا توفي أبوه قبل مولده ، ولكنه يشترط لذلك أن يولد حيا وقابلا للحياة.

ثالثا : إن فقه الشريعة الإسلامية اعتمد على نفس هذا الحل تقريبا ، حيث أثبت للحمل في بطن أمه أهلية وجوب ناقصة تجعله قابلا للإلزام فقط دون الالتزام . فتثبت بعض الحقوق الضرورية له ، ولا يثبت شيء عليه ، واتفقت المذاهب الاجتهادية على أهلية الحمل لحقوق أربعة تثبت له : وهي النسب من أبيه وأمه ومن يتصل بهم بواسطة، والإرث ممن يموت من مورثيه لأنه منفرع عن النسب فيوقف للحمل من تركة مورثه أكبر النصيبين على التقدير واستحقاق ما يوصي له به ، واستحقاق ما يوقف عليه.

رابعا : إنه وإن كان الأصل في القانون الفرنسي أن الشخصية القانونية تثبت للإنسان بتمام ولادته حيا قابلا للحياة ، فيما يعني أن الجنين لا يتمتع بالشخصية القانونية ، إلا أن الفقه والقضاء في فرنسا يأخذان بالقاعدة الرومانية سالف الذكر والتي تقضي بأن " الحمل المستكن يعتبر مولودا في كل ما فيه نفعه " ، وإعمالا لذلك منح الفقه الفرنسي الحمل المستكن شخصية اعتبارية مؤقتة مشروطة بالميلاد " قابلا للحياة " ، فأفاده من إثبات النسب منذ الحمل .

خامسا : إنه وفقا للقانون الفرنسي فإن الجنين يرث من يموت من مورثيه ، ويستحق ما يوصي له به ، ويستحق الهبة ، وكل ذلك بشرط ثبوت وجوده وقت الحدث المعني ، وولادته بعد ذلك حيا قابلا للحياة ، وعلى النحو الذي أوضحناه .

سادسا : إن المشرع المصري يعطي للحمل المستكن ، أي الجنين قبل ولادته ، شخصية قانونية منقوصة فيكون للحمل فيها أهلية وجوب في اكتساب بعض الحقوق " المحددة على سبيل الحصر " ، وهي حقه في الولاية على ماله (قانون الولاية على المال) ، وحقه في جنسية الأب أو الأم (قانون الجنسية) ، وحقه في الإرث (قانون المواريث) ، وحقه في الوصية (قانون الوصية) ، واستحقاق ما يوقف عليه (قانون الوقف) ، وحقه في ثبوت نسبة لأبيه ، وحقه فيما يشترط لصالحه في عقد اشتراط لمصلحة الغير كتأمين الزوج على حياته لمصلحة من سينجبهم من الأولاد.

سابعا : إن الفقه المصري قد انقسم بشأن أساس ثبوت هذه الحقوق للجنين إلى ثلاثة آراء ؛ الرأي الأول يرى أن الجنين في الأصل لا يتمتع بأي حق من الحقوق ومن ثم لا يكتسب الشخصية القانونية ، بينما يرى الاتجاه الثاني أن الجنين يتمتع ببعض الحقوق مما يعني الاعتراف له بالشخصية القانونية وذلك استثناء على الأصل العام ، ويرى الاتجاه الثالث أن الجنين شخصية قانونية منذ وقت الحمل ، فالشخصية القانونية عند أصحاب هذا الرأي مرتبطة ببدء تكوين الجنين في الرحم ، فهي تبدأ من وقت الحمل لا من وقت الولادة ، وبتمام

ولادة الجنين حيا يعتبر شخصا منذ لحظات الحمل الأولى ، وهذه الحقيقة لا تخالف ما ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامي في التفرقة في بعض الأحكام بين الحمل الذي نفخت فيه الروح ، والحمل الذي لم تنفخ فيه الروح بعد ؛ وذلك لأن هناك فرقا بين الروح والحياة ، ففقهاء الشريعة الإسلامية يعترفون بحياة الجنين قبل نفخ الروح فيه ، وكذلك يعترفون له بالعديد من الحقوق في تلك الفترة ، فهو مخلوق حي في طور الإعداد لاستقبال الروح الإنسانية، وقد أيدنا هذا الاتجاه الأخير.

ثامنا : إنه لا يمكن تحديد مدة الحمل تحديدا دقيقا ، وإنما يحدد على أساس أنه وقع خلال فترة زمنية ، وعلى ذلك- ووفقا للقانون المصري - فإن من يولد حيا يفترض أن حمله يرجع إلى مدة تتراوح بين ستة أشهر أو عام سابق على الميلاد . وفي إطار هذه الحدود يكون تحديد تاريخ بدء الحمل باللجوء إلى الخبرة الطبية.

تاسعا : إنه يجوز للزوجة اللجوء إلى القضاء المستعجل لإثبات الحمل المستكن ، حيث يجوز لها طلب توقيع الكشف الطبي عليها لإثبات الحمل حفاظا على حقوقه المالية . ولكن لا يجوز لغير الزوجة اللجوء إلى القضاء المستعجل لإثبات حالة المعاشرة الزوجية.

عاشرا : إن الضرر المادي الذي يصيب الجنين بفقده عائلته دون وجود عائل آخر عوضا عنه على سبيل المثال ، وكذا الضرر الأدبي - الذي يصيبه بعد تمام ولادته حيا - المتمثل في فقدان الأب وهو المربي والمؤدب والقوة والسند العطوف الحامي من عدايات الزمن ، كل هذه الأضرار ترتبط بلا شك بعلاقة سببية بالفعل الضار الذي أصاب مورث الجنين ، وباعتبار أن هذا الفعل يشكل ركن الخطأ الذي هو في ظل الظروف التي أحاطت بالحادث ضروريا لتحقيق الضرر اللاحق بالجنين ، فيما يعني أنه لولا هذا الخطأ لما وقع هذا الضرر.

حادي عشر : إن القضاء الفرنسي ، وإعمالا القاعدة الرومانية - سالفه الذكر - التي تقضي بأن " الحمل المستكن يعتبر مولودا في كل ما فيه نفعه " منح الجنين الحق في التعويض عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد أقاربه كالآباء والأجداد ، وبشرط تمام ولادة الجنين حيا قابلا للحياة.

ثاني عشر : إنه يوجد رأيان داخل محكمة النقض المصرية ، الأول يرفض تعويض الجنين عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد أقاربه كالأب والأخوة الأشقاء ، باعتبار أن حق الجنين في التعويض عن هذا الضرر لم يكن من بين الحقوق التي حددها القانون للحمل المستكن وحددها على سبيل الحصر، والثاني يقر حق الجنين - إذا ولد حيا - في التعويض عن الضرر المستقبلي محقق الوقوع .

ثالث عشر : إنه على الرغم من أن الاتجاه المؤيد لتعويض الجنين بمحكمة النقض المصرية قد اتخذ خطى جديّة في تعويض الجنين عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أودى بحياة والده، إلا أنه لا يزال يحاول تحديد الأمر في نطاق ضيق .

رابع عشر : إن اتجاه محكمة النقض المصرية الراض لتعويض الجنين - ولو ولد حيا - عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أودى بحياة والده ، مخالف لقواعد العدل والإنصاف ومناقض لفلسفة التشريعات والاتجاهات القضائية الحديثة في تعويض كل ضرر يصيب الغير .

خامس عشر : إن الاتجاه الراض لتعويض الجنين بمحكمة النقض المصرية يتفق مع الاتجاه المؤيد له بها في إقرار مبدأ مضمونه تعويض الطفل المولود حيا - أيا كان سنه - عن الضرر الأدبي اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أودى بحياة والده ، ومع ملاحظة أن

الاتجاه الأول يشترط لذلك تمام ولادة الجنين حيا قبل تاريخ وقوع هذا الفعل ، بينما يشترط الاتجاه الثاني تمام ولادته حيا فقط ، وبصرف النظر عن تاريخ هذه الولادة .

سادس عشر : إن كل من القضاء الجزائري والتونسي يقر بحق الجنين في التعويض عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أودى بحياة والده.

سابع عشر : إن هناك بعض المشكلات التي تواجه القضاء لدى نظره دعاوى تعويض الجنين عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه ، لعل أبرزها مشكلة اشتراط الشخصية القانونية كمتطلب لاستحقاق هذا التعويض ، ومشكلة افتراض أن الجنين يعاني من أضرار أدبية ، ومشكلة صعوبة إثبات رابطة السببية بين الخطأ والضرر ، ومشكلة عدم ثبوت المسؤولية تجاه شخص معين في بعض الحالات .

وبناء على ما سبق ، أوصي بعدد من الاقتراحات والتوصيات الآتية :

أولا : نوصي بأن يتم حسم مسألة تعويض الجنين عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه ، باعتبار الجنين النواة الأولى للكائن البشري ، وسيكسب عما قريب شخصية قانونية كاملة بتمام ولادته حيا ، وهو ما يمثل دافعا قويا لوضع هذه المسألة محل اعتبار.

ثانيا : نقترح - إذا ثار الشك أو الخلاف حول تاريخ بدء الحمل - الاعتداد بأطول مدة للحمل وهي - وفقا للقانون المصري - سنة سابقة على الميلاد ، وذلك تغليبا للمصلحة الفضلى للطفل ، باعتبار أنه كلما طال مدة الحمل ، فإن الشخصية تبدأ مبكرا ، وبالتالي يتمكن الطفل من التمتع بحقوق يحرم منها لو قصرت مدة الحمل .

ثالثا : نقترح - بشأن دعاوى تعويض الجنين عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه - أن تعمل محكمة النقض المصرية الرأي القائل بأن للجنين شخصية قانونية منذ الحمل ، وهو ما أخذ به المشرع السوداني ، باعتبار أن بداية الشخصية منذ الحمل يضمن للجنين كل حقوقه إذا ما ولد حيا ، وإذا لم يولد حيا زال ما كان قد تقرر له من الحقوق بأثر رجعي.

رابعا : إلى أن تعمل محكمة النقض هذا الرأي نقترح أن توحد كلمتها ، بأن تقر حق الجنين في التعويض عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه ، وبصرف النظر عما إذا كان حملا مستكنا وقت وقوع هذا الفعل أم طفلا ، طالما أنه قد ولد حيا وطالب بالتعويض عن طريق نائبه.

خامسا : نوصي بأن يتبع القضاء المصري - أسوة بالقضاء الفرنسي - نهج ذاتي إزاء الضرر الأدبي بافتراض أن الجنين قد شعر به فعلا ، وذلك لدى بحثه مدى قيام ركن الضرر كأحد أركان المسؤولية عن تعويض الجنين عن الضرر الأدبي اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه.

سادسا : نقترح أن يتم تقييم العلاقة السببية بين خطأ المسئول والضرر الذي أصاب الجنين - نتيجة إصابة أحد والديه - في تاريخ وقوع الفعل الضار ، حتى لو لم يظهر الضرر إلا بعد ولادة الطفل ، أسوة بمسلك القضاء الفرنسي ، وذلك لتسهيل إثبات هذه العلاقة.

سابعا : نقترح إنشاء صندوق خاص بتعويضات من فقد عائله - نتيجة الفعل الضار الذي أصابه وقت أن كان حملا مستكنا ولا يعرف المسئول بعد.

ثامنا : نقترح وجوب مساهمة القادرين في أموال هذا الصندوق خاصة وأن فكرة التكافل الاجتماعي تكمن في وجوب شعور كل فرد بأن عليه واجبات يجب أداؤها.

وبعد ، وفي نهاية هذا البحث ، فإله أسأل أن أكون قد وفقت في تناول جوانبه بالدراسة والتحليل ، وإن كنت قد أصبت فله سبحانه الحمد والمنة ، وإن كانت الأخرى فحسبي صدق اجتهادي ، والله الحمد أولا وأخيرا وفي كل حين ، إنه سبحانه نعم المولى ونعم النصير .

فهرست :

ص	الموضوع	
٣	مقدمة :
٦	أهمية الدراسة
٧	منهج البحث:
٧	خطة الدراسة:
٨ ماهية الجنين.....	مبحث تمهيدي:
٨	تمهيد وتقسيم :
٩ تعريف الجنين	المطلب الأول
٩	تمهيد :
٩ التعريف بالجنين في اللغة	أولا :
١١ الجنين عند الأطباء.....	ثانيا :
١١ الجنين في اصطلاح فقهاء القانون الوضعي.....	ثالثا :
١١ الجنين في اصطلاح الفقه الإسلامي.....	رابعا :
١١ في الفقه الحنفي.....	١ -
١٢ في الفقه المالكي	٢ -
١٣ في الفقه الشافعي	٣ -
١٥ في الفقه الحنبلي	٤ -
١٨ في الفقه الظاهري.....	٥ -
١٨ في فقه الإمامية.....	٦ -
١٨	تعقيب :
١٩ تعريف الجنين في القانون الوضعي.....	خامسا :
١٩ تعريف الجنين في القانون الفرنسي	١ -
١٩ تعريف الجنين في القانون المصري.....	٢ -
٢٠ الأطوار التي يمر بها الجنين.....	المطلب الثاني
٢٠	تمهيد:
٢٠ مرحلة النطفة.....	أولا :
٣٣ مرحلة العلقه.....	ثانيا :
٢٥ مرحلة المضغة.....	ثالثا:
٢٨ إنشاز العظام وإكسائها باللحم.....	رابعا :
٣٠ نشأة الخلق الآخر.....	خامسا :
٣٣ الطبيعة القانونية للجنين	الفصل الأول
٣٣	تمهيد:
٣٤ الشخصية القانونية بوجه عام	المبحث الأول
٣٤	تمهيد وتقسيم
٣٤ الشخصية القانونية في المجتمعات القديمة.....	المطلب الأول:
٣٤ الشخصية القانونية في العصر الروماني.....	أولا :
٣٥ الشخصية القانونية في العصر الإسلامي.....	ثانيا :
٣٧ مفهوم الشخصية القانونية والفرق بينها وبين أهلية الوجوب.....	المطلب الثاني

٣٧	مفهوم الشخصية القانونية ووقت ثبوتها.....	أولا :
٣٩	الفرق بين الشخصية القانونية وأهلية الجوب.....	ثانيا :
٤١	نطاق تمتع الجنين بالشخصية القانونية وأساس ثبوت الحقوق المقررة له.....	المبحث الثاني
٤١	تمهيد :
٤١	شخصية الجنين وأساس ثبوت حقوقه في الفقه الروماني.....	أولا :
٤١	شخصية الجنين وأساس ثبوت حقوقه في الفقه الإسلامي.....	ثانيا :
٤٩	شخصية الجنين وأساس ثبوت حقوقه في القانون الفرنسي.....	ثالثا:
٤٩	شخصية الجنين وأساس ثبوت حقوقه في القانون المصري.....	رابعا :
٦١	المسؤولية عن الضرر اللاحق بالجنين نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه..	الفصل الثاني
٦١	تمهيد وتقسيم
٦٣	أركان المسؤولية عن الضرر اللاحق بالجنين نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه.....	المبحث الأول :
٦٣	تمهيد :
٦٣	ركن الخطأ.....	المطلب الأول
٦٥	المطلب الثاني
٦٨	المطلب الثالث
٦٩	أثر قيام المسؤولية عن الضرر اللاحق بالجنين نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه.....	المبحث الثاني
٦٩	تمهيد وتقسيم
٦٩	تقدير التعويض عن الضرر اللاحق بالجنين نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه.....	أولا :
٧١	الوقت المعتد به في تقدير التعويض.....	ثانيا :
٧٢	مدى تقادم الحق في التعويض عن الضرر اللاحق بالجنين.....	ثالثا:
٧٥	مسلك القضاء المقارن بشأن مدى أحقية الجنين في التعويض عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه.....	الفصل الثالث:
٧٥	تمهيد :
٧٦	موقف القضاء الفرنسي.....	المبحث الأول
٧٦	تمهيد :
٧٧	مدي تمتع الجنين بالشخصية القانونية في القانون الفرنسي في ظل مبدأ اعتباره مولودا في كل ما فيه نفعه.....	المطلب الأول
٨١	شروط تطبيق هذا المبدأ.....	المطلب الثاني
٨٥	التطبيقات القضائية لهذا المبدأ بشأن تعويض الجنين عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد أقاربه.....	المطلب الثالث:
٩٣	موقف القضاء في بعض الدول العربية.....	المبحث الثاني
٩٣	موقف محكمة النقض المصرية.....	المطلب الأول
١٠٩	موقف المحكمة العليا بالجزائر.....	المطلب الثالث
١١١	موقف محكمة التعقيب التونسية.....	المطلب الثالث
١١٦	نحو تفعيل حق الجنين في التعويض عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه.....	الفصل الرابع

١١٦	تمهيد وتقسيم
١١٦	المشكلات التي تواجه تعويض الجنين عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه.....	المبحث الأول :
١١٧	تمهيد :
١٢٣	الحلول المقترحة لمواجهة مشكلات تعويض الجنين عن الضرر اللاحق به نتيجة الفعل الضار الذي أصاب أحد والديه.....	المبحث الثاني:
١٢٣	تمهيد :
١٣٣	تتضمن أهم النتائج والمقترحات.....	خاتمة :
١٣٨	قائمة المراجع:
١٤٩	فهرست :

تم بحمد الله تعالى وفضله وعونه وتوفيقه