

جامعة أحمد دراية - أدرار

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية و العلوم الإسلامية

قسم: العلوم الإسلامية

الحق في السلامة الجسدية للإنسان بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه علوم في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

إشراف أ. الدكتور:

حمليل صالح

إعداد الطالبة:

كابوية رشيدة

أعضاء لجنة المناقشة:

| الاسم واللقب | الدرجة العلمية | الجامعة | الصفة |
|-----------------------------|-------------------|--------------|-------------------|
| د. عدو عبد القادر | أستاذ محاضر " أ " | جامعة أدرار | الرئيس |
| أ.د. حمليل صالح | أستاذ | جامعة أدرار | المقرر (المشرف) |
| د. موفق طيب شريف | أستاذ محاضر " أ " | جامعة أدرار | المناقش |
| أ.د. بن حرز الله عبد القادر | أستاذ | جامعة باتنة | المناقش |
| أ.د. نقادي حفيظ | أستاذ | جامعة سعيدة | المناقش |
| د. أولاد سعيد أحمد | أستاذ محاضر " أ " | جامعة غرداية | المناقش |

السنة الجامعية:

1436 - 1437 هـ

2015 - 2016 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله تعالى: ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا

بَنِي آدَمَ ﴾

الإسراء الآية 70.

قال رسول الله ﷺ: « الْمُسْلِمُ مَنْ سَلِمَ

الْمُسْلِمُونَ مِنْ لِسَانِهِ وَيَدِهِ »

رواه البخاري ومسلم



شكره وتقدير

أشكر الله عز وجل ذا الجلال والإكرام الذي أعانني بالصبر والإقدام على كتابة هذه المذكرة، وبث في نفسي حب العمل والإصرار على إتمام الجهد .
كما أتقدم بالشكر لأبي وأمي حفظهما الله، وإلى رمز العطاء والحب والحنان والكرم «عمتي»، عرفاناً بمجهوداتها، وتقديراً لتضحياتها في سبيل وصولي لهاته المكانة الرفيعة .
الشكر الخاص لزوج عمتي وإخوتي وجميع أفراد أسرتي .
ولأستاذي الدكتور حمليل صالح والذي حظيت بشرف إشرافه على مذكرتي .

مُقَدِّمَةٌ

مقدمة.

الحمد لله الذي أخرجنا من غياهب ظلمات الجهل إلى نور العلم، خلقنا فصوّرنا أكرمنا وهدانا لكتابة ما ينفعنا ونفعا به، واجتناب ما يضرنا ونضر به. سبحانه علام الغيوب، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد، فالحق كان وما زال الشأن العظيم والصراف القويم في جميع المجتمعات المتحضرة عبر العصور المختلفة، فهو ميزان العدالة ومفتاح الأمانة، ينشده المظلوم ويتمناه المحروم. فهو المأوى للذي ضاع شأنه، والمنجى للذي مال أمره.

ولقد ارتقت الشريعة الإسلامية بالمفهوم المادي الجرد للحقوق إلى المفهوم الديني الروحي فأدخلت الحقوق ضمن الضرورات التي من شأن الجماعة الدفاع عنها والحرص على بقائها دون تمييز في الجنس أو اللون أو الدين أو المركز الاجتماعي؛ فالشريعة الإسلامية كفلت للأفراد جميع الحقوق التي توفر لهم الشعور بالأمن والطمأنينة والاستقرار وأرست ضمانات مختلفة فردية، جماعية شرعية مقاصدية لحفظ الدماء والنفوس من الحرمان والضياع. ذلك أن النفس البشرية وديعة عظيمة أودعها سبحانه وتعالى عباده الصالحين وأمنهم حفظها من الشر، ووقايتها من الضر.

إن الاعتداء على الحق في السلامة الجسدية هو قضية الإنسان البدائي والمتحضر، قضية الممارسات المبتذلة، والانتهاكات الصارخة الماسة بمادة الجسم، المعرقة لسير وظائفه العضوية والاجتماعية، والحق في سلامة الجسم من الحقوق اللصيقة بشخص الإنسان؛ إذ يتعلق بالجسد مهبط الروح وبالنفس البشرية التي كرمها الله؛ وأحاطتها الشريعة الإسلامية بسياج الحماية في الحياة وبعد الممات.

ولقد اهتمت الشريعة الإسلامية الغراء بحماية الحق في السلامة الجسدية منذ أربعة عشر قرناً فشرعت الرخص، وأقرت القصاص، وحرمت الإجهاض، وكرمت الإنسان وجرمت ما من شأنه الاعتداء على أفضل المخلوقات. وكفل القانون الوضعي الحق في سلامة الجسد بوضع جزاءات وعقوبات خاصة لجرائم الاعتداء على الأشخاص ورتب المسؤولية الجنائية المدنية الناتجة عن الاعتداء. إلا أن التقدم والتطور الذي شهدته الإنسانية خلال هذا القرن في مختلف الميادين

العلمية والتكنولوجية والتجارب الطبية والدواعي العلاجية والجمالية، والاتجار بالبشر، واقتطاع وقرصنة الأعضاء البشرية، أدى إلى المساس بجرمة الإنسان الجسدية، وحرَم حق النفس في التكامل الجسدي والنفسي، وأوقع الفرد في صراع بين حقه في سلامة جسمه، واكتمال أعضائه، وبين الضرورات الإنسانية والتجارب العلاجية، والحاجات الطبية في سبيل بقاء العنصر الإنساني.

والحق في مباشرة العمل الطبي معترف به شرعاً وقانوناً، وعلّة ذلك أن العمل الطبي في حد ذاته لا يحمل انتهاكاً أو اعتداء على جسم المريض، بقدر ما يسعى إلى شفاؤه وتخليصه من السقم المنسوب إليه ضمن ضوابط شرعية قانونية مناطها الدين الإسلامي أولاً، وأخلاقيات مهنة الطب ثانياً؛ كما أن الاكتشافات العلمية الطبية الحديثة باتت في حاجة ماسة لاستغلال جسم الإنسان تحت لواء البحوث التجريبية ومسيرة المشكلات المرضية لإنقاذ النفوس البشرية لتحمل الضرر اليسير في سبيل دفع الضرر الجسيم، وتغليب المقصد العام في الشريعة الإسلامية وهو جلب المصالح ودرء المفاسد. « وكذلك الأطباء يدفعون أعظم المرضى بالتزام بقاء أديانهم، ويجلبون أعلى السلامتين والصحتين ولا يباليون بفوات أديانهم، ويتوقفون عند الحيرة في التفاوت والتساوي، فإن الطب كالشرع وضع لجلب مصالح السلامة والعافية، ولدرء مفاسد المعاطب والأسقام، ولدرء ما أمكن درؤه من ذلك، ولجلب ما أمكن جلبه من ذلك»⁽¹⁾.

ولقد تضافرت القوانين الدولية والتنظيمات والهيئات الإقليمية والتشريعات الداخلية في إقرار السلامة الجسدية، بحصر صور الاعتداء وتقرير مختلف الجزاءات العقابية وبالرغم من ذلك، فإن التناقض لا يزال قائماً بين فحوى النصوص القانونية، وبين إمكانية تطبيقها مادياً سواء أكان ذلك على المستوى الداخلي، أم الدولي... فالإنسان لا يزال يتعرض لهجومات شرسة على حقه في السلامة الجسدية تعددت طرقها وتباينت وسائلها، فالتعدي والعنف والتعذيب بات يرتكب جهاراً... بل إن الاعتداء أصبح حجة للبقاء أو التجميل « التلقيح الصناعي، العمليات التجميلية، زرع الأعضاء ». وعلى سبيل المثال لا الحصر استحدثت جرائم ماسة بالسلامة الجسدية كالاتجار بالأشخاص، واستغلال الأطفال في الدعارة وتجارة الجنس، وجرائم التمييز

⁽¹⁾ العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، (دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 2003)، ص: 3.

العنصري، وتلويث البيئة والاحتفاظ بمواد كيميائية، خطيرة تساهم في الإصابة بالأمراض النفسية والعصبية وتشويه الأطفال... إلخ.

- إشكالية البحث:

تنطلق إشكالية البحث من الحماية الشرعية القانونية المقررة لجسم الإنسان باعتبارها مقصداً من مقاصد الشريعة الإسلامية الكبرى من جهة، وبين تجدد وتنوع صور الاعتداء الواقعة على جسم الإنسان في الوقت الراهن من جهة أخرى، ذلك أن تقدم الأمة بات يقاس بحق أفرادها في سلامة أجسادهم لتقرير الحماية الكافية اللازمة المسيرة لأشكال العنف المختلفة، ولعل التساؤلات الرئيسة التي يطرحها الموضوع تتمثل في معرفة مضمون الحق في السلامة الجسدية للإنسان، والأطر الشرعية والقانونية التي تكفل حماية هذا الحق، والانتهاكات التي يتعرض لها والاستثناءات الواردة عليه.

ويتفرع عن الإشكال العام تساؤلات أخرى هي:

- 1- ما هي الضمانات الشرعية والقانونية لحماية الحق في السلامة الجسدية؟.
- 2- إلى أي مدى يمكن تضيق الحماية المقررة لجسم الإنسان بدافع أسباب الإباحة؟.
- 3- إلى أي مدى يمكن الخروج عن الأطر التقليدية لحماية الحق في السلامة الجسدية بإقرار حماية توابك مختلف أشكال الاعتداء على جسم الإنسان؟.

- أهمية الموضوع:

1- يكتسي الموضوع أهمية كبيرة إنطلاقاً من الإشكالية التي يطرحها أولاً، ومن كونه يتناول مسألة تثير تساؤلات عدة على الصعيدين الشرعي والقانوني، فالإسلام كرم ابن آدم حياً وميتاً، وضمن للأفراد الحق في السلامة الجسدية، فانتهاك هذا الحق من الجانب التشريعي القانوني، أو الواقع العملي من الأهمية بما كان في سبيل إحاطة الموضوع بالدراسة، وإزالة الغموض واللبس لدى الأفراد.

2- كون البحث في السلامة الجسدية للإنسان يلمس بالدراسة حقوق الإنسان، التي كانت ولا زالت تشغل بال المفكرين، وتهز أرقام الباحثين.

3- الحق في السلامة الجسدية معناه حياة الأفراد في طمأنينة وسلام الحياة المعنوية، وليست المادية، أي الحق في السلامة الكاملة، والتكامل الجسدي، دون التعرض للتشويه أو الإعاقة أو أي اعتداء يمس هذا الحق.

4- موضوع البحث بغاية الأهمية، فالإنسان لا يستطيع القيام بواجباته الدينية ولا تسيير أموره الدنيوية، ولا الاستمتاع بحقوقه الأزلية إذا فقد حقه في سلامة جسده.

- أسباب اختيار الموضوع: هناك أسباب شخصية وأخرى موضوعية جعلتني أخص الموضوع بالدراسة.

أ- الأسباب الموضوعية:

- ✓ - كون الموضوع من أدق البحوث وأصعبها لأنه ليس حقاً عادياً أو قانونياً أو علمياً أو شرعياً أو طبياً بقدر ما هو حق إنساني يتعلق بأعظم النعم وأجلها وهي السلامة والحماية الجسدية.
- ✓ - الانتهاكات غير المشروعة المتجددة على الجسم البشري في السنوات الأخيرة، وعلى مستويات وطنية ودولية كبيرة، خصوصاً تلك المتعلقة بالجوانب الطبية والتكنولوجية الحديثة.
- ✓ - التوجه حالياً للحط من القيمة الجسدية للإنسان بعد الفشل في القضاء على قيمته المعنوية.

ب- الأسباب الشخصية:

- ✓ - الاهتمام بالمواضيع ذات الصلة بحقوق الإنسان كونها إنساني حضاري.
- ✓ - الرغبة الشخصية في التطلع على أحكام الموضوع من الناحيتين الشرعية والقانونية.
- ✓ - الاهتمام بمواضيع النظام الجنائي الإسلامي لأن الميدان خصب، ومع ذلك البحوث قليلة وعامة على حد علمي، خصوصاً والدراسة تهتم بالواقع العملي وتلمس جوانب عدة: قانونية، شرعية، جنائية، مدنية، طبية وغيرها.

- أهداف البحث: من خلال البحث أتوخي تحقيق الأهداف التالية:

- 1- دحض الآراء القائلة من أن الإسلام لم ينظم في تشريعاته وأصوله الحق في السلامة الجسدية للإنسان، ولم يساير التطورات العلمية الطبية الحديثة.
- 2- محاولة بناء معالم نظرية السلامة الجسدية والحرمة البشرية لجسم الإنسان حياً أو ميتاً.
- 3- التأصيل الشرعي والقانوني للحق في السلامة الجسدية للإنسان.

4- الإطلاع على التنظيمات والقوانين التي نظمت الحق في السلامة الجسدية للإنسان في محاولة لبيان مدى كفالتها لهذا الحق.

5- تصحيح الأقوال الشائعة من أن العمل الطبي لا علاقة له بالشرع ولا الأحكام القانونية وبيان أن الطب والشرع والقانون والإنسان أطراف متكاملة لبناء متكامل.

6- إثراء التراث القانوني، وذلك بجمع الحقائق المبعثرة والأحكام المتناثرة محاولة لبيان الأطر العامة للحق في السلامة الجسدية للإنسان في التشريع الجزائري.

7- استخراج وجمع وتأصيل لموضوع الحق في السلامة الجسدية من التراث الفقهي بجمع الأحكام المتناثرة من الكتب الفقهية والمقاصدية وكتب التفسير والحديث لتسهيل عملية البحث لغير المتخصصين من رجال القانون أو الطب.

- **حدود البحث:** موضوع الحق في السلامة الجسدية عام يتعلق بمختلف ضمانات الحقوق والحريات فيشمل البحث فيه الجانب الشرعي، والطبي، والقانوني، والبيئي، والجنائي، والمدني...إلخ.

ولذلك سأقتصر على بيان طبيعة الحق في السلامة الجسدية، والتأصيل له شرعاً وقانوناً، ثم التعرض لحدود الحماية في أسباب الإباحة وبعض التدخلات الطبية والاعتداءات المستحدثة.

- **منهج البحث:** المنهج العام في البحث هو اتباع المنهج المقارن، للوقوف على نقاط الضعف والقوة، والاتفاق والاختلاف بين النظام القانوني الوضعي والفقہ الإسلامي، بغية دراسة الموضوع من زاويتين؛ لأن النظر بعين واحدة غالباً ما يلحقه القصور.

كما وظفت المنهج الاستقرائي التحليلي، وذلك باستقراء المواد القانونية ودراستها في إطار تحليلي، والترجيح بين الأحكام الفقهية والوضعية.

- **عملي في البحث:**

- نسبت الآيات إلى سورها، مع بيان أرقامها.

- خرجت الأحاديث والآثار وفق الطريقة التالية:

إذا كان الحديث أو الأثر في أحد الصحيحين اكتفيت بتخرجه فيه، أما إذا لم يكن في أحدهما، فأخرجته من السنن الأربعة: أبو داود - الترمذي - النسائي - ابن ماجه، مسند الإمام أحمد، مستدرک الحاكم وإذا لم أجد فيها فمن الدارقطني.

- أساس الدراسة القانون الوضعي، إلا أنني ركزت - على تناول موضوع " الحق في السلامة الجسدية للإنسان " - من وجهة نظر المشرع الجزائري لبيان كفاية الحماية المقررة لهذا الحق في التشريع الجزائري.

- لم أترجم للفقهاء.

- **الدراسات السابقة:** تناول الموضوع بالطريقة والكيفية التي طرحتها في البحث يختلف عن المؤلفات التي استطعت الاطلاع عليها وتمحيصها، والتي تمس بالدراسة حماية الحق في السلامة الجسدية؛ لأن الموضوع وبطبيعته يتسع لبحوث جمة باعتباره موضوع متجدد، إنساني، واقعي يرتبط بالحقوق والحريات.

وأهم الدراسات والبحوث، التي مست موضوع البحث في بعض جوانبه:

1- حرمة الجسد في القانون التونسي: للمؤلفة فتيحة العوداني، يتناول الكتاب قيمة الجسد ومكانته المتميزة في كل من التشريع الإسلامي والقانون الوضعي الذي أقر عدم انتهاك حرمة الجسدية، حيث أوردت المؤلف كل ما يتعلق بالنصوص القانونية التي تحرم المساس بالسلامة الجسدية في القانون التونسي، وبعض الاتفاقيات الدولية.

2- الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية دراسة مقارنة: لمؤلفه الدكتور حسن سعد محمد عيسى المحامي، تعرض الكاتب لمضمون حق الإنسان في السلامة الجسدية من الجانبين القانوني والشرعي في الباب الأول من الدراسة، ثم عرج في باب ثانٍ على الضمانات المكفولة لحماية حق الإنسان في السلامة الجسدية في القانون الدولي والقانون المصري، وفي الباب الثالث تناول المؤلف الأفعال الماسة بالحق في السلامة الجسدية للإنسان، وتحدث في الباب الرابع عن المسؤولية المترتبة عن انتهاك الحق في السلامة الجسدية في القانون الدولي العام والقانون الدولي الجنائي، وفي ظل أحكام الشريعة الإسلامية.

3- النظرية العامة للحق في سلامة الجسم دراسة جنائية مقارنة: للمؤلف عصام أحمد محمد، تعرض الكاتب في دراسته لمختلف الجرائم التي تصيب الإنسان في جسده، والجزاء المترتبة على ذلك.

4- الحماية الجنائية في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية دراسة مقارنة: لمؤلفه الدكتور مروك نصر الدين، تعرض فيه المؤلف لمضمون الحق في سلامة الجسم في الباب الأول، وفي الباب الثاني تجريم أفعال الاعتداء على سلامة الجسم، والباب الثالث خصه لأفعال الاعتداء على سلامة الجسم، وتناول المؤلف في الباب الرابع حماية سلامة الجسم في السياسة الجنائية.

فضلا عن مؤلفات أخرى باللغة الفرنسية، نذكر منها:

5- La condition Juridique du corps humain, avant la naissance et après la mort, de Xavier ABBEE.

- تعرض فيه المؤلف لمختلف الشروط القانونية المتوفرة للجسد البشري قبل الولادة، وبعد الوفاة.

6- Les droit de l'etre humain Sur Son Corps, de Irma ARNOUX.

- تعرض فيه الكاتب لحرية الإنسان في التصرف بجسده، وحدود هذه الحرية، فتحدث في الفصل الأول عن الحماية الدولية للحق في التصرف في الجسد، ثم حدود الحق في الجسد في الفصل الثالث، ثم سيادة الشخص على جسده.

- الجديد في البحث:

مما سبق، فإني أسعى من وراء بحثي إلى التركيز على آخر المستجدات الشرعية والقانونية في مجال حماية الحق في السلامة الجسدية للإنسان؛ فعلى المستوى الشرعي سأقتضي بدقة ما انتهى إليه الفقهاء المعاصرون في اجتهادهم وأحكامهم الشرعية، خصوصاً مع التطورات والتقنيات الجديدة المستحدثة على هذا المستوى. وفي الإطار القانوني الذي عرفت من خلاله الكثير من التشريعات الوضعية تغيرات وتعديلات بصدد مفهوم الحق في السلامة الجسدية.

ومن خلال موضوع الحق في السلامة الجسدية للإنسان بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

- سأحاول الخروج عن الأطر التقليدية في حماية الحق؛ لخصرها صور الاعتداء في الجرح والضرب والعنف والتعذيب، إلى محاولة البحث عن أطر الحماية المسيرة للاعتداءات المستحدثة على جسم الإنسان، والتي تمس مادة الجسم وتؤثر في السير الطبيعي لوظائفه.
- سأعرض كذلك للضمانات الشرعية الكفيلة بحماية الحق في السلامة الجسدية.
- سأبحث حدود الحماية المقررة لجسم الإنسان أثناء توافر أسباب الإباحة، كحالة استثنائية.
- سأخص الدراسة ببعض التدخلات الطبية الواقعة على جسم الإنسان كالعلاجات التجميلية، والتلقيح الصناعي، والتي ساهمت وبطريق غير مباشر في الاعتداء على حق السلامة الجسدية.
- وتكمن جدة البحث كذلك في اعتبار بعض الجرائم ماسة بحق السلامة الجسدية ومؤثرة في تكامل الجسم، كجرائم الاغتصاب، والاتجار بالبشر، ودعارة الغير، والعنف ضد الأطفال، والاختطاف... إلخ إلا أنها لم توصف كأفعال ماسة بمادة الجسم. ومن خلال البحث في أساس المسؤولية الطبية والمسؤولية المدنية كذلك تتقرر جملة الضمانات الطبية والقانونية لحماية الحق في السلامة الجسدية.

- صعوبات البحث:

لا يخلو بحث من الصعوبات، ومما صادفته منها في هذا البحث:

- 1- صعوبة المقارنة الفعلية بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، وذلك راجع للاختلاف الحاصل بينهما منهجاً، ومصدراً، وأساساً ومقصداً.
- 2- تناثر أحكام الموضوع في كتب ومراجع مختلفة، فقهية، أصولية، مقاصدية، إنسانية، طبية، قانونية (قانون مدني، جنائي، قانون الأسرة).
- 3- صعوبة الإمام بكل عناصر وجزئيات الموضوع بصفته حق عام يمس الجانب الطبي، والقانوني، والبيئي، والإنساني الدولي.

- خطة البحث:

سرت في البحث وفق الخطة التالية:

حيث قسمت البحث إلى: مقدمة، فصل تمهيدي، باين وخاتمة.

❖ تناولت في المقدمة تحديد موضوع الدراسة، بيان الإشكالية، أهمية الموضوع، أسباب اختياره، أهدافه، حدود ومنهج البحث، الدراسات السابقة، وجدة البحث وصعوباته.

❖ **الفصل التمهيدي:** الأساس الشرعي والقانوني للحق في السلامة الجسدية.

يتكون من ست مباحث، خصص أولها لتعريف الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وضم المبحث الثاني مصادر الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. كما خصصت المبحث الثالث لأقسام الحقوق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، والمبحث الرابع تناولت فيه مفهوم الحق في السلامة الجسدية للإنسان وموقعه من الحقوق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أما المبحث الخامس فاشتمل على دراسة الطبيعة الشرعية والقانونية للحق في السلامة الجسدية للإنسان، وآخر مبحث في الفصل التمهيدي شمل الضمانات الشرعية للحق في السلامة الجسدية.

❖ **الباب الأول:** السلامة الجسدية و أسباب الإباحة.

قسم بدوره إلى ست فصول:

الفصل الأول: السلامة الجسدية في استعمال حق التأديب.

يتضمن مبحثين، خصص المبحث الأول لحق تأديب الزوجة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، والمبحث الثاني حق تأديب الصغار في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

الفصل الثاني: السلامة الجسدية و ممارسة الألعاب الرياضية.

ويتضمن مبحثين، المبحث الأول الحق في ممارسة الألعاب الرياضية في الفقه الإسلامي، والمبحث الثاني الحق في ممارسة الألعاب الرياضية في القانون الوضعي.

الفصل الثالث: السلامة الجسدية و إباحة الدفاع الشرعي.

يتضمن هذا الفصل مبحثين، المبحث الأول حق الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، والمبحث الثاني حق الدفاع الشرعي في القانون الوضعي.

الفصل الرابع: السلامة الجسدية و الأعمال الطبية.

يتضمن هذا الفصل مبحثين، المبحث الأول الأعمال الطبية في الفقه الإسلامي، والمبحث الثاني الأعمال الطبية في القانون الوضعي.

الفصل الخامس: السلامة الجسدية والتجارب الطبية.

ويتضمن هذا الفصل ثلاثة مباحث، المبحث الأول مفهوم التجارب الطبية وأهميتها، والمبحث الثاني الأساس القانوني للتجارب الطبية، والمبحث الثالث شروط إجراء التجارب الطبية.

الفصل السادس: السلامة الجسدية و المسؤولية الطبية.

يتضمن هذا الفصل ثلاث مباحث، المبحث الأول أنواع المسؤولية الطبية، المبحث الثاني طبيعة المسؤولية الطبية، المبحث الثالث أركان المسؤولية الطبية.

❖ الباب الثاني: صور المساس العمدي وغير العمدي بحق السلامة الجسدية.

وقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول.

الفصل الأول: صور المساس العمدي بحق السلامة الجسدية.

يتضمن هذا الفصل ثلاثة مباحث، المبحث الأول تجريم الأفعال الماسة بسلامة الجسم في القانون الوضعي، المبحث الثاني تجريم الأفعال الماسة بسلامة الجسم في قانون العقوبات الجزائي، المبحث الثالث الجرائم الملحقة بالجرائم الماسة بحق السلامة الجسدية.

الفصل الثاني: صور المساس غير العمدي بحق السلامة الجسدية.

ويتضمن هذا الفصل مبحثين، المبحث الأول الجراحة التجميلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، والمبحث الثاني التلقيح الاصطناعي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

الفصل الثالث: الجرائم المستحدثة المؤثرة في حق السلامة الجسدية.

ويتضمن هذا الفصل مبحثين، المبحث الأول جرائم الاتجار بالبشر، والمبحث الثاني جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

❖ خاتمة بأهم نتائج المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

❖ الفهارس: تم ختم الدراسة بعدد من الفهارس، منها فهرس الآيات القرآنية وفهرس الأحاديث

النبوية، فهرس المواد القانونية، فهرس الأعلام، ثبت المصادر والمراجع، وفهرس الموضوعات.

الفصل التمهيدي

الأساس الشرعي والقانوني للحق في السلامة الجسدية

- المبحث الأول: تعريف الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
- المبحث الثاني: مصادر الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
- المبحث الثالث: أقسام الحقوق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
- المبحث الرابع: مفهوم الحق في السلامة الجسدية للإنسان وموقعه من الحقوق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
- المبحث الخامس: الطبيعة الشرعية والقانونية للحق في السلامة الجسدية للإنسان.
- المبحث السادس: الضمانات الشرعية للحق في السلامة الجسدية.

الفصل التمهيدي: الأساس الشرعي والقانوني للحق في السلامة الجسدية

تضاربت الأقوال، وكثرت المفاهيم في العصر الحالي حول قضية الحقوق، وهذا راجع للخلاف الكبير الحاصل في تحديد طبيعة موحدة للحق، وإيجاد تعريف شامل لجميع عناصره، خصوصاً والزمن الحاضر يعرف تزامماً في كثرة الحقوق، وصعوبة تصنيفها من جهة، وكثرة الشعارات الرامية لحمايتها من جهة أخرى. وفي هذا المعنى ذهب محمد الزحيلي إلى أن « الدول الغربية قد تتحرك دولياً وعالمياً لاعتقال شخص، أو قتل إنسان، وتصم آذانها على إبادة شعب كامل، أو التنكيل به في حالات كثيرة»⁽¹⁾.

وسيكون الهدف من الدراسة في هذا الفصل هو تحديد معنى موحداً للحق، يشمل جميع أطرافه، سواء في الشريعة الإسلامية أو في القانون الوضعي، بالإضافة إلى محاولة إيجاد مفهوم لحق السلامة الجسدية في الفقه والقانون، وصولاً في الأخير لدراسة أقسام الحق في الشريعة الإسلامية والقانون، وتحديد موقع الحق في السلامة الجسدية من الحقوق، وبالتالي سأحاول الإجابة على الإشكالات التالية:

- 1) هل الفقه الإسلامي، تناول مسألة الحقوق في قواعده وأحكامه وأصوله ومقاصده إلى جانب كلامه عن التكاليف والواجبات؟
- 2) ما هو المقصد الشرعي من منح الحقوق ابتداءً في الشريعة الإسلامية؟ وهل نظرة الفقهاء والأصوليين واحدة في بيان الحق، وتحديد معالمه، وتقسيمه؟ وهل لذلك أثر تنبني عليه الأحكام؟
- 3) هل المفهوم المادي القانوني للحق في السلامة الجسدية يصاد المفهوم الشرعي له؟
- 4) هل هناك ضمانات شرعية تؤكد حق السلامة الجسدية، تمهيداً لحمايته، أم أنه حق كباقي الحقوق تعضده شعارات قانونية ومبادئ وضعية؟

⁽¹⁾ محمد الزحيلي، حقوق الإنسان في الإسلام "دراسة مقارنة مع الإعلان العالمي والإعلان الإسلامي لحقوق الإنسان" (دار الكلم الطيب، بيروت، الطبعة الثالثة 2003) ص: 362.

المبحث الأول: تعريف الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

المطلب الأول: تعريفه لغة:

حق الأمر **يَحِقُّ وَيَحِقُّ** حقاً وحقوقاً: صار حقاً وثبت، وفي التثنية قال: ﴿الذين حق عليهم القول﴾ أي ثبت⁽¹⁾.

الحق نقيض الباطل وجمعه **حقوقٌ وحقاقٌ**، وليس له بناء أدنى عدد، وحق الأمر بحقه حقاً وأحقه: كان منه على يقين.

والحق من أسماء الله تعالى أو من صفاته، والقرآن، وضد الباطل، والأمر المقضي (والعدل والإسلام، والمال، والملك، والموجود الثابت، والصدق، والموت، والحزم واحد من الحقوق)⁽²⁾.

وبعد عرض أهم المعاني اللغوية للحق يمكن ترجيح معنى الثبوت والواجب كما ذهب إليه بلال مهران، لأن بقية المعاني مأخوذة عنه ومستمدة منه⁽³⁾.

والسبب الآخر لترجيح معنى الثبوت هو: صفة الحق في الشريعة الإسلامية فالحقوق ثابتة ولا تزول.

المطلب الثاني: تعريف الحق عند قدامى الفقهاء والأصوليين.

لم يكن الباحثون الإسلاميون القدامى يعرفون معنى الحق إلا بمعانيه اللغوية المتقدمة⁽⁴⁾.

الفرع الأول: معنى الحق عند الفقهاء القدامى.

إن استعمال الحق في لسان فقهاء الشريعة الإسلامية لا يخرج عن الاستعمالات اللغوية، فهم يستعملونه في الأمر الثابت الموجود مما هو خاص بالإنسان، فيقولون من حقه أن يفعل كذا، أو من حقه، أن يمتلك كذا، ومن حقه أن يقوم على المال، ويستعملونه في الحظ والنصيب⁽⁵⁾.

(1) سورة القصص، الآية: 63، ابن منظور، لسان العرب، (دار بيروت للطباعة والنشر) المجلد العاشر، ص: 49.

(2) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، (دار الجليل، بيروت) ج3، ص: 228.

(3) انظر: محمود بلال مهران، نظرية الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة (دار الثقافة العربية، جامعة القاهرة، الطبعة الأولى 1998) ص: 18.

(4) العمري شوكت محمد، حقوق الإنسان السياسية والمدنية في الشريعة الإسلامية (رسالة ماجستير، الأزهر، 1980) ص14.

(5) محمود بلال مهران، نظرية الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، ص: 19.

غير أنه وبالرغم من تعداد استعمالاتهم للفظ الحق، وتنوع المعاني التي عبر به عنها لم يصطلحوا على تعريف جامع مانع، يحدد الحق ويرسم معالنه ولعل ذلك راجع لأحد الأسباب الآتية:

1- اعتماداً منهم على المعنى اللغوي لكلمة حق، ولعلمهم رأوا أنه من الوضوح بحيث لا يحتاج إلى تعريف⁽¹⁾.

2- إن المتتبع لفقهاء الشريعة الإسلامية عند كلامهم عن الحقوق، لا يجد تعريفاً محدداً لمعنى الحق على وجه الحصر، وإنما كل الذي يفهم من كلامهم عن الحق أن الشارع الحكيم لم يشرع هاته الحقوق إلا لمنفعة الأفراد جميعاً⁽²⁾.

3- العلاقة بين الواجب والحق، إذ أن الواجب يستلزم وجود الحق، إذ لا معنى لحرمة دم المسلم وماله وعرضه على أخيه المسلم مثلاً إلا إلزامه بعدم التعرض لأي منها، لأنه ينطوي على اعتداء على حق المسلم في حياته أو ماله أو عرضه، وهذه الحرمة التي تلقى هذا الالتزام أو التكليف يقابلها وجود الحق⁽³⁾.

ورغم الأسباب السالفة الذكر إلا أن هناك من الفقهاء من حاول وضع تعريف للحق ومنهم:

أ- الشيخ زين العابدين بن نجيم: حيث عرف الحق في كتابه البحر الرائق بقوله «الحق ما يستحقه الرجل»⁽⁴⁾ وإن كان هذا التعريف قد لمس الجانب الشخصي والمادي للحق وجعله ملكاً للشخص. إلا أن فتحي الدريني قد انتقده من وجهتين:

1/ « أن لفظ (ما) عام يشمل الأعيان والمنافع والحقوق المحددة، هذا فضلاً عن إهمالها.

(1) فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، (مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثالثة 1984)، ص: 184.

(2) حسين خلف الجبوري، عوارض الأهلية عند الأصوليين، (جامعة أم القرى، الطبعة الأولى 1988)، وأصل الكتاب رسالة دكتوراه، ص: 34.

(3) ينظر فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص: 211.

(4) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كتر الدقائق، (دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية)، ج6، ص: 148.

2/ أن الاستحقاق الوارد في التعريف متوقف على تعريف الحق وهذا يتوقف على معرفة الاستحقاق فيلزم الدور، وهو عيب في التعريف كما يقول المناطقة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: معنى الحق عند الأصوليين القدامى.

ازدوجت نظرة علماء الأصول في تعريفهم للحق، فانتهج بعضهم طريقة التعريف بالتقسيم، وذهب البعض الآخر إلى محاولة إيجاد تعريف للحق دون الحاجة للتقسيم. **أولاً:** تعريف عبد الحكيم اللكنوي حيث قال: «الحق حكم يثبت»⁽²⁾ وهذا التعريف وإن اقترب من المعنى اللغوي للحق وهو الثبوت، إلا أنه لم يحدد المعنى من الحق، فالحق ليس حكم. **ثانياً:** تعريف الشاطبي فمن العلماء الذين انتهجوا طريقة التعريف بالتقسيم الإمام الشاطبي، حيث ذكر في كتابه "الموافقات" «أن الأفعال بالنسبة لحق الله وحق الآدمي ثلاثة أقسام: أحدهما ما هو حق لله خالص كالعبادة وأصله التعبد، فإذا طابق الفعل الأمر صح، وإلا فلا، كالصلاة والصوم والنهي في هذا نظير الأمر.

والثاني: ما هو مشتمل على حق الله وحق العبد، والمغلب فيه حق الله وحكمه راجع إلى التعبد كحق صيانة النفوس وحفظها. أما الثالث: فما اشترك فيه الحقان وحق العبد هو المغلب وأصله حصول مصلحة العبد المشروعة»⁽³⁾.

ثالثاً: تعريف القرافي وذهب إلى أن «حق الله هو أمره ونهيه وأن حق العبد مصالحه»⁽⁴⁾

وبعد عرض بعض التعريفات لمعنى الحق عند الأصوليين، يتضح أن هناك محاولات لإيجاد معنى للحق، وتحديد بعض جوانبه، وإن كانت طريقة التعريف بالتقسيم لا تؤدي المقصد منه ببيان معناه وخصائصه ومصدره، والنتيجة أن الأصوليين القدامى اهتموا بتوظيف معنى الحق والغاية منه

(1) فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص: 184-185.

(2) فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص 187، نقلا عن اللكنوي عبد الحليم، قمر الأقطار على نور الأنوار في شرح المنار، ج2، ص: 216.

(3) الشاطبي، الموافقات، (دار المعرفة بيروت، الطبعة الثانية 1996)، ج2، ص: 601-602.

(4) شهاب الدين القرافي، الفروق وبهامشه "القواعد السننية في الأسرار الفقهية لابن الشاطب"، تحقيق: عبد الحميد هندراوي،

دون تحديد التعريف الجامع المانع، وفي اهتمامهم هذا وضّحوا طرق استحقاق الحق، وبينوا المصلحة المرجوة منه.

المطلب الثالث: تعريف الحق عند المعاصرين.

بعد أن تم التوصل إلى أن الأصوليين والفقهاء القدامى لم يهتموا كثيراً بوضع معنى يحدد الحق لاقتناعهم بتعدد معانيه ووضوحها، لا بد من استعراض نظرة الباحثين المعاصرين للحق، حيث أنهم ذهبوا إلى محاولة وضع تعريف اصطلاحى للحق، وإن تعددت اتجاهاتهم بحسب نظرة كل اتجاه للحق، ويمكن جمعها في ثلاثة اتجاهات.

الفرع الأول: تعريف الحق بالمصلحة.

ومن الذين عرفوا الحق بالمصلحة:

1- عبد الرزاق السنهوري: عرف الحق بقوله: « الحق مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون»⁽¹⁾.

2- القطب محمد القطب طبلية: فعرف الحق بأنه: « مصلحة لا يمنعها الشرع »⁽²⁾

- **نقد تعريفات الاتجاه الأول:** رغم أن الاتجاه الأول وفق نوعاً ما في بيان الهدف من الحق، وهو تحقيقه لمصلحة مشروعة، إلا أنه لم يسلم من النقد:

أ- أنه يعرف الحق بالمصلحة، والمصلحة هي أثر من آثار الحق وليست هي ذاته، والشأن في التعريفات أن تنصب على ذات الشيء المعرف وليس على آثاره⁽³⁾.

ب- تعريف الحق بالمصلحة فيه تركيز على جانب واحد وهو حق العبد، أما حق الله تعالى فليس لله فيه مصلحة، بل المصلحة فيه عائدة إلى العبد والله مآثره عنها⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي " دراسة مقارنة بالفقه الغربي "، (منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الثانية 1998)، ج 1-3، ص: 5.

⁽²⁾ طبلية القطب محمد القطب، محاضرات في الإسلام وحقوق الإنسان " دراسة مقارنة "، (دار الفكر العربي، الطبعة الثانية

1984)، ص: 86.

⁽³⁾ محمد بلال مهران، نظرية الحق في الفقه الإسلامي، ص: 22.

⁽⁴⁾ العمري شوكت محمد، حقوق الإنسان السياسية والمدنية في الشريعة الإسلامية، ص: 19.

ج- تعريف القطب طلبية للحق بأنه « مصلحة لا يمنحها الشرع » تعريف إيجابي، حيث ربط المصلحة بالمشروعة، وجعل مصدر الحق هو الشرع، ولكن التعريف ينتقد من جهة عدم التحديد المحكم لمعنى الحق، وأركانها، وأطرافها، وخصائصها، فجاء التعريف شائعاً.

الفرع الثاني: تعريف الحق بالاختصاص:

أصحاب هذا الاتجاه ركزوا في تعريفهم للحق على المختص به، ومن هؤلاء:

1. أحمد الزرقا: عرف الحق بقوله « الحق اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليف »⁽³⁾.
2. علي الخفيف: ذهب إلى أن « المراد بالحق ما خص به صاحبه فكان له وحده، كالتصرف في ماله بكل أنواع التصرفات: قولية، أو فعلية، أو الانتفاع به، ونحو ذلك »⁽⁴⁾.
3. فتحي الدريني: عرف الحق بقوله « اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر؛ تحقيقاً لمصلحة معينة »⁽⁵⁾.

نقد تعريفات الاتجاه الثاني: وأصحاب هذا الاتجاه وفقوا في بيان عناصر الحق من اختصاص وسلطة وتكليف، كما أنهم فصلوا بين معنى الحق والمصلحة المرجوة منه، إلا أنهم وفي تركيزهم على عنصر الاختصاص أهملوا بيان خصائص الحق ومفهومه المجرد، كما أن تعاريفهم تحتاج إلى شروح لبيان المقصود بالمصلحة أو السلطة، فالشخص لا يفهم معنى الحق من خلال القراءة الأولية للتعريف، دون اللجوء إلى ما رافق التعريف من تحليل لمعانيه، وهذا عيب في التعريف والذي من مميزات الوضوح، كما أن في التعريفات اقتصار على الجانب الذاتي السلطوي في التمييز بين الحقوق وأصحابها وهو جانب المصلحة.

⁽³⁾ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، (دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى 1999)،

ص: 10.

⁽⁴⁾ الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، (دار الفكر العربي)، ص: 71.

⁽⁵⁾ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص: 194.

الفرع الثالث: تعريف الحق بالشيء الثابت.

وهناك فريق من الفقهاء ذهبوا إلى تعريف الحق انطلاقاً من معناه اللغوي، ومنهم:

- 1- محمد محمد محمود: عرف الحق بقوله: « حكم ثبت شرعاً لتحقيق مقاصد شرعية معينة»⁽¹⁾.
- 2- محمود بلال مهران: وعرف الحق بقوله: « الشيء الثابت بطريقة الشرع لله تعالى على عباده، أو الإنسان على غيره، أو لهما معاً، وكان الوفاء به واجباً»⁽²⁾.
- 3- وذهب أحمد فرج حسين إلى أن الحق في اصطلاح الفقهاء هو « ما ثبت شرعاً لشخص على شخص أو شيء على وجه الاختصاص»⁽³⁾.

نقد تعريفات الاتجاه الثالث: لقد وفقت تعريفات الاتجاه الثالث في المحافظة على المعنى اللغوي للحق وهو الثبوت، لكنها لم تحدد معنى الحق بحيث اعتبرته شيء، فما هو هذا الشيء، ومرة أخرى اعتبرته حكم، والحكم ليس حق، وإن كان تعريف أحمد فراج حسين اقترب من تحديد معنى الحق وذلك يجمعه لعناصر ذات أهمية في تعريف الحق، وهي: الثبوت، والاختصاص، والوجه المشروع.

المطلب الرابع: التعريف المختار للحق في الفقه الإسلامي.

وقبل أن يتم تحديد تعريف يقترب من معنى الحق في الفقه الإسلامي، يجب تمييز العناصر التي اعتمدها الفقهاء، واعتبروها أساساً في تعريف الحق وهي: الثبوت، الوجوب، المصلحة، الاختصاص، وتعريف بلال مهران يقترب من هاته العناصر حيث عرف الحق بقوله: « الشيء الثابت بطريق الشرع لله تعالى على عباده أو للإنسان على غيره أو لهما معاً، وكان الوفاء به واجباً»⁽⁴⁾.

وهذا التعريف ينقصه عنصري المصلحة والاختصاص، وبالتالي التعريف الذي يمكن وضعه للحق في الفقه الإسلامي الحق هو: « الثابت بطريق الشرع لله تعالى على عباده، أو للإنسان على غيره، أو لهما معاً، على سبيل الاختصاص وكان الوفاء به واجباً تحقيقاً لمصلحة مشروعة».

(1) محمود محمد محمود، حق الله وحق العبد في الشريعة الإسلامية، "دراسة مقارنة بالقانون الوضعي"، (رسالة دكتوراه بالأزهر)، ص: 27.

(2) محمد بلال مهران مهران، نظرية الحق في الفقه الإسلامي، ص: 24.

(3) أحمد فرج حسين، المدخل للفقه الإسلامي "تاريخ الفقه الإسلامي، الملكية ونظرية العقد"، (منشورات الحلبي الحقوقية 2002)، ص: 373.

(4) محمود بلال مهران، نظرية الحق في الفقه الإسلامي، ص: 24.

ملاحظة: الحقوق في مقابل الواجبات.

إن الواجب في الشريعة الإسلامية في مقابل الحق، فكل تكليف كلف الله به العباد فهو حق لله تعالى⁽¹⁾. وفي هذا المعنى يقول الشاطبي: « فقد صار إذن كل تكليف حقاً لله، فإن ما هو لله فهو لله، وما كان للعبد فراجع إلى الله من جهة حق الله فيه، ومن جهة كون حق العبد من حقوق الله إذا كان لله ألا يجعل للعبد حقاً أصلاً »⁽²⁾

ويؤكد هذا المعنى القول بأنها « ليست مجرد " حقوق " من حق الفرد أو الجماعة أن يتنازل عنها أو عن بعضها... وإنما هي " ضرورات " إنسانية فردية كانت أو اجتماعية، ولا سبيل إلى " حياة " الإنسان بدونها حياة تستحق معنى " الحياة "، ومن ثمة فإن الحفاظ عليها مجرد " حق " للإنسان، بل هو " واجب " عليه أيضاً! يأثم هو ذاته - فرداً وجماعة - إذا هو فرط فيه، وذلك فضلاً عن الإثم الذي يلحق كل من يحول بين الإنسان وبين تحقيقه هذه "الضرورات " «...!»⁽³⁾.

وربما هذا التداخل بين معنى الحقوق وماهية التكاليف وعدم الاهتمام بوضع مصطلح للحق في الشريعة الإسلامية، هو الذي جعل بعضهم يتهمها بشريعة التكاليف فقط! فكيف ينسب للإسلام هذا وقد رفع من منزلة الحقوق، واعتبرها ضرورات من واجب الفرد الحفاظ عليها!.

(1) العمري شوكت محمد، حقوق الإنسان السياسية والمدنية في الشريعة الإسلامية، ص: 20

(2) الشاطبي، الموافقات، ج2، ص: 316.

(3) محمد عمارة، الإسلام وحقوق الإنسان " ضروريات ... لا حقوق "، (عالم المعرفة، الكويت 1985)، ص: 15.

المطلب الخامس: معنى الحق عند فقهاء القانون.

بالرغم من أن كلمة الحق كثيرة التردد في اللغة اليومية، ولا يجد الشخص العادي صعوبة في الإحساس بمدلولها، إلا أن هذه الفكرة في اللغة القانونية كانت مثار خلاف شديد بين الفقهاء⁽¹⁾.

الفرع الأول: رأي المنكرين لفكرة الحق:

والحقيقة أن غموض فكرة الحق هي التي جعلته محل إنكار من بعض الفقهاء. فصعوبة وضع تعريف للحق كانت من بين الحجج التي استند إليها بعض كبار الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي "ديجي" لإنكار فكرة الحق⁽²⁾. وذهب "كلسن" إلى أنه لا توجد حقوق، وإنما تدرج لقواعد وضعية، فالقانون لديه نظام قائم في مكان وزمان معين تدرج قواعده فيما بينها على شكل هرمي بحيث تستمد القاعدة الأدنى قوتها من القاعدة الأعلى⁽³⁾.

والملاحظ أن كلسن لم ينكر وجود الحق كلياً أو كأساس قائم بذاته، بل أنه أدرج معنى الحق تحت القاعدة القانونية الملزمة.

الفرع الثاني: رأي المثبتين لفكرة الحق.

بالرغم من الانتقادات التي وجهت إلى فكرة الحق، فإنها لم تحل دون شيوع استخدامها في اللغة العادية اليومية، وكذلك أصبح من الصعب إن لم يكن من المستحيل عرض أو فهم القانون الخاص في الوقت الحاضر دون اللجوء إلى استخدام فكرة الحق⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: تعريف الحق في القانون الوضعي.

إن تعريف كلمة الحق أو تحديد مدلولها في القانون كان محل خلاف شديد بين الاتجاهات التقليدية والاتجاهات الحديثة، ولهذا سيتم الاقتصار على أهم هذه الاتجاهات:

(1) مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون "القاعدة القانونية، الحق"، منشورات الحلبي الحقوقية 2002، ص: 405.

(2) محمد حسن قاسم، مبادئ القانون "المدخل إلى القانون والالتزامات"، (كلية الحقوق، دار الجامعة الجديدة 2002)، ص: 129.

(3) مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، ص: 410-411.

(4) مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، ص: 414.

أولاً: الاتجاهات التقليدية:

والقاسم المشترك لهذه الاتجاهات أنها لم تعن بتحليل الحق وإبراز عناصره وخصائصه المميزة، وإنما اكتفت فقط بالتركيز على جانب من جوانبه⁽¹⁾، والاتجاهات التقليدية عرفت وجود ثلاثة مذاهب، مذهب شخصي، وآخر موضوعي، ومذهب مختلط جمع بين المذهبين.

أ- المذهب الشخصي:

وسمي أيضاً بمذهب الإرادة، ومن أبرز أنصاره الفقيه الألماني سافيني (SAVIGNY)⁽²⁾. ويعرف هذا المذهب الحق بأنه « فكرة أو سلطة إرادية »، وهذه القدرة أو السلطة الإرادية تستمد من القانون⁽³⁾. والمذهب الشخصي ربط الحقوق بالإرادة وغض النظر على العناصر الأخرى الهادفة لتحقيق معنى الحق كأساس قائم بذاته.

نقد المذهب الشخصي: لقد واجه المذهب الشخصي، أو الإفرادي، أو الإرادي انتقادات جمّة أهمها:

- أ- ممارسة الحق قد تكون بأعمال مادية، ولا تقتضي بالتالي وجود إرادة مدركة، فالجنون أو الصبي غير المميز، يمارس حق الملكية في صورة الاستعمال، مع أن كل منهما فاقد للتمييز والإرادة⁽⁴⁾.
- ب- المذهب الشخصي في تعريف الحق قد يجعل من العسير الاعتراف بالحقوق للأشخاص المعنوية أو الاعتبارية، إذ أنه قد يصعب القول بأن لهذه الأشخاص إرادة حقيقية، رغم أن المسلم به أن هذه الأشخاص تثبت لها الحقوق كما تثبت للأشخاص الطبيعيين⁽⁵⁾.
- ونتيجة للانتقادات التي وجهت للمذهب الشخصي، ظهر المذهب الموضوعي.

(1) مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، ص: 417.

(2) محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، ص: 130.

(3) مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، ص: 418.

(4) محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون، " المدخل إلى القانون- نظرية الإلتزام" (منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 2002)، ص: 108.

(5) محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، ص: 130.

ب: المذهب الموضوعي:

يعرف "إهرنج" وأنصار المذاهب الموضوعية الحق أنه « مصلحة مادية أو أدبية يحميها القانون»⁽¹⁾.

فأصحاب المذهب الموضوعي ركزوا على موضوع الحق وهو تحقيقه لمصلحة بغض النظر عن صاحب الحق، والمصلحة هاته محمية من طرف القانون، ومع هذا فقد انتقد هذا المذهب.

نقد المذهب الموضوعي: واجه المذهب الموضوعي انتقادات جمة أهمها:

أ- نظرية المصلحة تعرّف الحق انطلاقاً من غايته، متجاهلة جوهر الحق⁽²⁾.

ب- إن كان صحيحاً أن الحق دائماً مصلحة، فغير صحيح أن كل مصلحة تعتبر حقاً، ومثال ذلك، أنه يستفيد صاحب سكن في الطابق السفلي في منزل من اشتراط يتم بين ساكن الطابق العلوي وبين مالك هذا المسكن على إنارة السلم، فصاحب الحق هو ساكن الطابق العلوي، أما ساكن الطابق السفلي فرغم أنه يستفيد من الإنارة، أي أن له مصلحة، فهو ليس صاحب حق⁽³⁾.

ج: المذهب المختلط.

والمذهب المختلط وإن كانت له ميزة الجمع بين المذهبين، وهي بيان المختص بالحق، وكذا الهدف من الحقوق إجمالاً، إلا أنه لم يسلم من النقد.

نقد المذهب المختلط: أهم ما وجه للمذهب المختلط:

أ- تجتمع في النظرية المختلطة الانتقادات الموجهة للنظرية الشخصية ونظرية المصلحة معاً⁽⁴⁾.

ب- لم يعرف الحق ذاته ويبين جوهره، فالحق ليس الإرادة كما أنه ليس المصلحة⁽⁵⁾.

(1) إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقهما في القوانين الجزائرية، (ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى 2002)، ص: 208.

(2) هجيرة دنوني، بن الشيخ حسين، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، (الدار الجامعية للمنشورات الجامعية، الطبعة الثانية)، ص: 191.

(3) السيد محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون، ص: 109.

(4) هجيرة دنوني، بن الشيخ حسين، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، ص: 141.

(5) مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، ص: 422.

وعلى ضوء الانتقادات الموجهة للمذاهب التقليدية وفشلها في إيجاد تعريف دقيق للحق، ظهرت الاتجاهات الحديثة محاولة إخراج الحق من المعنى الذاتي المصلحي إلى المعنى التفسيري الجوهري.

ثانياً: الاتجاهات الحديثة:

إن كانت المذاهب التقليدية وفي تعريفها للحق قد اقتصرت على أطرافه والغاية منه، وتعرضت للنقد، فإن منحى المذاهب الحديثة هو النظر لجوهر وخصائص الحق.

أولاً: نظرية دابان:

وقال بهذه النظرية الفقيه البلجيكي "دابان"⁽¹⁾، فيعرف الحق بقوله « استئثار شخص بقيمة معينة أو شيء معين عن طريق التسلط على تلك القيمة أو هذا الشيء »⁽²⁾. وقد استمد دابان هذا التعريف من خصائص الحق أو عناصره الأساسية وهي: الاستئثار، التسلط، احترام الغير للحق، الحماية القانونية⁽³⁾.

نقدها: إن نظرية دابان ارتكزت على عناصر جوهرية في تعريف الحق وخصوصاً عنصري الاستئثار والحماية القانونية، ومع ذلك لم تسلم من النقد: أ- عنصر التسلط الحر، في الشيء محل الحق يصعب تصور ذلك عندما يمنع القانون أي نوع من أنواع التصرف كما هو الشأن بالنسبة للحقوق اللصقية بالشخص، كالحق في الحياة أو الحريات⁽⁴⁾.

ب- القول بأن الاستئثار مرادف للحق، وأنه كل معناه يحول الحق إلى مسألة نفسية داخلية وتبقى في حاجة إلى تحليل أو تحديد، وحل⁽⁵⁾.

(1) محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، ص: 134.

(2) هجيرة دنوبي، بن الشيخ حسين، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، ص: 141.

(3) محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، ص: 134.

(4) مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، ص: 426.

(5) ينظر: القطب محمد القطب طبلية، محاضرات في الإسلام وحقوق الإنسان، (دراسة مقارنة)، ص: 64-65.

ثانياً : نظرية روبيه: اقترح تحديد نطاق الحق على نحو ضيق ليحفظ للفكرة تجانسها ودقتها، فإذا كان هناك غموض يحيط بلفظ الحق، فإن ذلك راجع إلى استخدام هذا اللفظ على نحو واسع جداً، وبمعاني مختلفة، ولذلك يجب إعادة النظام إلى الأفكار وتبني لغة فنية محددة⁽¹⁾.
نقدها: إن نظرية روبيه وبالرغم من أنها تدعو إلى تبني لغة فنية جديدة لمدلول الحق غير اللغة المحددة لغوياً، إلا أنها تبقى غامضة، وغير دالة على مفهوم الحق.

ثالثاً: التعريف المختار للحق في القانون.

في الأخير، وبعد هذا العرض المفصل للخلاف الحاصل بين المذاهب التقليدية والحديثة لإيجاد مفهوم جامع مانع لكلمة الحق، يكاد يكون من الصعب إيجاد تعريف محدد للحق بمفهومه الدقيق، خصوصاً وأن النقد شمل المذهب التقليدي والحديث، إلا أنه وبالاعتماد على العناصر الموظفة من المذهبين في تعريف الحق وهي (الإرادة، المصلحة، الاستثثار، التسلط، احترام الحق للغير، الحماية القانونية) يمكن اقتراح التعريف التالي: « الحق هو إرادة شخص، ومصالحته بالاستثثار والتسلط على قيمة، أو مركز قانوني محمي، مع احترام الغير له ».

⁽¹⁾ مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، ص: 427.

المبحث الثاني: مصادر الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

المطلب الأول: مصادر الحق في الفقه الإسلامي.

منشأ الحق هو الحكم الشرعي، وهو ما يعني في الفقه القانوني " القاعدة القانونية "، فلا يعتبر الحق حقاً في نظرة الشرع إلا إذا قرره الشارع⁽¹⁾.

والمصالح التي هي ثمرة استعمال الحق، أو استيفائه لا تكون مصالح مشروعة إلا باعتبار الشارع لها، فعلم من هذا أن الشرع هو مصدر الحقوق جميعها، وأن الحكم الشرعي هو منشأها⁽²⁾.

وذهب محمد القطب طلبة إلى أن الحقوق جميعها في الإسلام لله، هذا هو الأساس ومن هنا يكون الانطلاق، فيجب على العبد حسن استعمال الحقوق بغير التفرقة بين حق وحق، وبين ما له وما عليه⁽³⁾.

وإن كان الاتفاق عام على أن منشأ الحق أو الحقوق هو الله سبحانه وتعالى، إلا أن الخلاف الحاصل بين الفقهاء في المنشأ الصحيح للحق، هل هو خطابات الشارع الآمرة والناهية على وجه الإلزام؟ أم أن الحقوق متنوعة فيها ما هو على سبيل الحتم، وفيها ما هو مندوب؟

الفرع الأول: منشأ الحق خطابات الشارع الآمرة والناهية على وجه الإلزام.

ذهب فريق من الفقهاء وعلى رأسهم مصطفى أحمد الزرقا، وفتحي الدريني، ومحمد محمد محمود إلى أن منشأ الحق هو خطابات الشارع الآمرة والناهية على وجه الإلزام، فليس كل حكم شرعي له قوة إيجاب الحقوق، ومنه فإن الطلب غير الجازم في الندب والكرهية وعدم الطلب في الإباحة لا يوجب الحق لعدم الإلزام فيه، لأن الحق معناه اللازم على من ثبت في حقه، وهذه الحقوق وإن ثبت لأصحابها فلا تلزمهم⁽⁴⁾، ويؤيد هذا الرأي عنصر الاختصاص في الحق، فذهب الدريني إلى أن الاختصاص يخرج الإباحات والحقوق العامة مما هو مباح للكافة الانتفاع بموضوعه

(1) فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص: 70.

(2) محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، " تاريخه ومصادره ونظرياته العامة "، (دار الكتاب الحديث)، ص: 425.

(3) طلبة القطب محمد القطب، محاضرات في الإسلام وحقوق الإنسان، (دراسة مقارنة)، ص: 94.

(4) محمود محمد محمد، حق الله وحق العبد، ص: 49-52.

على سبيل الاشتراك دون استثناء، أي أن الإباحة تورث الأفراد الانتفاع بموضوعها على قدم المساواة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: منشأ الحقوق التنوع في الطلب.

وذهب إلى هذا الرأي طبلية القطب محمد القطب، حيث يرى أن الحقوق في الإسلام واسعة ومتنوعة وليست على وزن واحد في الطلب، فمنها ما هو مطلوب حتماً، ومنها ما ليس بحتم كالمندوبات التي هي من باب التحسينات، ومنها ما هو في نطاق التخييرات "الإباحات"⁽²⁾. والملاحظ أن أنصار الفريق الأول ربطوا الحق بالاختصاص والاستثناء وجعلوه ملزماً، واعتبار الاختصاص أساس في تفسير الحق أمر غير مسلم به، ثم أن الحقوق ليست على قدم المساواة، بل تتمايز في المركز والطلب، وبالتالي يمكن تأييد رأي طبلية القطب محمد القطب؛ لأنه يجمع بين الرأيين، الرأي الأول " وجود حقوق على سبيل الإلزام والحتم"، والرأي الثاني " تنوع الحقوق في الطلب".

المطلب الثاني: مصادر الحق في القانون الوضعي.

يستند الحق في وجوده إلى القانون، وكل الحقوق مردها إلى القانون؛ لأنه هو الذي ينظمها ويحميها⁽³⁾.

الفرع الأول: الواقعة القانونية.

وهي كل حدث أو عمل مادي يرتب القانون عليه أثراً معيناً، سواء كان هذا الأثر إنشاء حق، أو تعديله، أو نقله، أو زواله⁽⁴⁾، وتنقسم إلى:

أولاً: وقائع طبيعية.

وهي حوادث تطرأ بفعل الطبيعة دون أن يكون لإرادة الإنسان دخل فيها، فتكون سبباً في اكتساب الحق، أو انقضائه كالميلاد والوفاة⁽⁵⁾.

(1) فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص: 194.

(2) طبلية القطب محمد القطب، محاضرات في الإسلام وحقوق الإنسان، (دراسة مقارنة)، ص: 85-86.

(3) نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون "القاعدة القانونية، نظرية الحق" (منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الرابعة، 2004)، ص: 219.

(4) نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، ص: 219.

(5) هجيرة دنوني، بن الشيخ حسين، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، ص: 199.

ثانياً: الأعمال المادية.

فالعامل المادي الذي يقوم به الإنسان يكون مصدراً للحق إذا كان القانون يرتب على العمل آثاراً قانونية، دون الالتفات إلى حالة ما إذا كان مرتكب الفعل قد اتجهت نيته أو إرادته إلى تحقيق تلك الآثار، أو لم تتجه إلى تحقيقها⁽¹⁾.

الفرع الثاني: التصرف القانوني.

ويقصد به اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، سواء أكان هذا الأثر إنشاءً أم تعديل أم نقل، أم أنها حق من الحقوق، ومثاله العقد، التصرف القانوني بالإرادة المنفردة⁽²⁾.

أولاً: العقد.

ويقصد به توافق إرادتين أو أكثر على إحداث آثار قانونية تتعلق بإنشاء الحقوق والالتزامات المقابلة لها، أو نقلها، أو تعديلها أو إنهاؤها⁽³⁾.

ثانياً: الإرادة المنفردة

وهي قوام التصرف القانوني؛ إذ هي تنشئه، كما تحدد الآثار التي يرتبها، ويجب أن يعتد بها القانون ويكون التعبير عنها صريحاً، والدافع إليها مشروعاً وأن تكون خالية من العيوب: الغلط، التدليس، الإكراه، الاستغلال⁽⁴⁾.

وفي الأخير، يمكن القول بأن مصدر الحق في القانون مختلف تماماً عن مصدره في الشريعة الإسلامية، ففي هاته الأخيرة الحق مقدس وإلهي من رب العالمين ومصدره شرعي، أما الحق في القانون فمصدره مادي وهو "القانون" والذي هو من وضع البشر، وبالتالي تتباين الحقوق من قانون إلى آخر.

(1) إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقهما في القوانين الجزائرية، ص: 310.

(2) نبيل إبراهيم سعد، حسن قاسم، المدخل إلى القانون، ص: 220.

(3) إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقهما في القوانين الجزائرية، ص: 321.

(4) نبيل إبراهيم سعد، حسن قاسم، المدخل إلى القانون، ص: 231.

المبحث الثالث: أقسام الحقوق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

الغاية من دراسة هذا المبحث هي التأكيد أكثر على اهتمام فقهاء الشريعة الإسلامية بالبحث في الحقوق، كاهتمامهم ببحث التكليف من جهة، ولتحديد موقع حق السلامة الجسدية للإنسان من الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي من جهة أخرى، وكذا لبيان منهج الفقهاء والأصوليين في قسمتهم للحق وتحديد الغاية منه بالنظر إلى صاحبه وامكانية وجواز إسقاطه.

المطلب الأول: أقسام الحق في الفقه الإسلامي.

وقبل تفصيل الكلام في أحكام الحقوق في الشريعة الإسلامية، لا بد من تحديد بعض المفاهيم الخاصة بالتقسيم، وتحديد بعض التعريفات المتضمنة حق الله وحق العبد.

الفرع الأول: مفهوم حق الله وحق العبد.

أولاً: الأحناف.

عَرَّفوا حق الله على أنه « ما يتعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد، فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره، وشمول نفعه، وإلا فباعتبار التخليق الكل سواء في الإضافة إلى الله ». وحق العبد « ما يتعلق به مصلحة خاصة كحرمة مال الغير »⁽¹⁾، فالمصلحة إذا كانت عامة فذاك حق الله، وإذا كانت قاصرة على العبد ولا تتعداه فهي حقاً للعبد.

(1) ينظر:

- السرخي أبو بكر، أصول السرخسي، (دار المعرفة، لبنان)، ج2، ص: 290.
- ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، (دار الكتب العلمية، لبنان الطبعة الثانية، 1983)، ج2، ص: 289.
- علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، (دار الكتاب العربي، الطبعة الثالثة، 1997)، ج4، ص: 230.
- سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1996)، ج2، ص: 315.

ثانياً: المالكية: ومن فقهاء المالكية الذين عرفوا حق الله وحق العبد:

1- ذهب القرافي في الفرق الثاني والعشرين « بين قاعدة حقوق الله وقاعدة حقوق الآدميين » إلى أن حق الله أمره ونهيه، وحق العبد مصالحه بإطلاق⁽¹⁾.

2- ذهب الشاطبي إلى أن حق الله متعلق الأمر والنهي، فكل حكم شرعي ليس بحال عن حق الله تعالى وهو جهة التعبد، كما أطلق الشاطبي حق الله على نفس الأمر والنهي لا متعلقة⁽²⁾.

أما حق العبد فيشمل مصالحه الدنيوية والأخروية، بدليل أن الشريعة الإسلامية وضعت لمصالح العباد سواء أكانت عاجلة أم آجلة⁽³⁾.

وبعد عرض الآراء والمفاهيم الخاصة بحق الله وحق العبد، يتضح أن هناك تقارب بينها، وأن المراد بحق الله هو تحقيق النفع العام، أما المراد بحق العبد فهو تحقيق المصلحة الخاصة، وإن كان الشاطبي حصر حق الله في الأمر والنهي، وجهة التعبد.

الفرع الثاني: تقسيم الحق باعتبار صاحبه.

وينقسم الحق باعتبار صاحبه إلى حق الله وحق العبد، وإن كان تقديم أحدهما على الآخر أو اجتماعهما مختلف من مذهب إلى آخر.

أولاً: تقسيم الحنفية.

والأحناف قسموا متعلقات الأحكام الشرعية إلى أربعة أقسام وهي:

« حقوق الله الخالصة، وحقوق العباد الخالصة، وما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب، وما اجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب، وقسم خامس اجتمع فيه الحقان بالتساوي »⁽⁴⁾.

(1) القرافي، الفروق، ج1، ص: 256.

(2) الشاطبي، الموافقات، ج2، ص: 600.

(3) الشاطبي، الموافقات، ج2، ص: 600.

(4) ينظر: السرخسي، أصول السرخسي، ج2، ص 290، عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار، ج4، ص 230، التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، ج2، ص: 314-326.

ثانياً: تقسيم المالكية.

تحدث القرافي عن حق الله وحق العبد في الفرق الثاني والعشرين من كتابه " الفروق " وقسم الحقوق إلى ثلاثة أقسام:

« حق خالص لله تعالى كالإيمان وتحريم الكفر، وحق العبد فقط كالديون، وحق مشترك اختلف في أي الحقين مغلب فيه، كحد القذف »⁽¹⁾.

ويتفق القرافي مع الأحناف في وجود حق للعبد مستقل، إلا أن الأحناف يذهبون إلى أن حق العبد يكون من غير وجود حق الله فيه، أما القرافي فيقول: « ونعني بحق العبد المحض أنه لو أسقطه لسقط، وإلا فما من حق للعبد إلا وفيه حق الله تعالى، وهو أمره بإيصاله ذلك الحق إلى مستحقه، فيوجد حق الله دون حق العبد، ولا يوجد حق العبد إلا وفيه حق الله تعالى »⁽²⁾.
أما الشاطبي فاشتهر بالقسمة الثلاثية للحق:

القسم الأول: هو حق الله خالص كالعبادات، والأصل فيها التعبد وعدم معقولية المعنى.
القسم الثاني: ما اشتمل على حق الله وحق العبد وغلب فيه حق الله تعالى وهذا حكمه عدم اعتبار حق العبد، ومثاله قتل النفس، فللعبد حق الاستمتاع بحياته والحفاظ على نفسه، ولكن ليس له الخيرة في إسلام نفسه للقتل أو الهلاك من غير ضرورة شرعية.

القسم الثالث: ما اشترك فيه الحقان وغلب فيه حق العبد، فالأصل فيه معقولية المعنى، وحكم الفعل الصحة إذا طابق مقتضى الأمر والنهي⁽³⁾.

ومعيار التفرقة بين حق الله وحق العبد عند الشاطبي هو معيار الخيرة وصحة الإسقاط، فقال: « كل ما كان من حقوق الله فلا خيرة فيه للمكلف على حال، وأما ما كان من حق العبد في نفسه فله فيه الخيرة »⁽⁴⁾.

(1) القرافي، الفروق، ج1، ص: 256.

(2) القرافي، الفروق، ج1، ص: 256.

(3) الشاطبي، الموافقات، ج2، ص: 602.

(4) الشاطبي، الموافقات، ج2، ص: 652.

ثالثاً: أساس التفرقة بين الحق عند الأحناف والشاطبي.

ويمكن إجمال الفرق بين تقسيم الحق عند الأحناف، وتقسيمه عند الشاطبي في الأمور

الآتية:

أولاً: من حيث وجود الحق أساساً: فالشاطبي نظر إلى الحق باعتباره مقصده، فإذا كان الهدف من وجوبه التعبد كان حقاً لله، وإن كان الهدف من وجوبه تحقيق مصلحة مشروعة فهو للعبد⁽¹⁾. أما الحنفية فنظروا للحق باعتبار المعنى به، فقد يكون لله وقد يكون للعبد، وما اجتمع فيه الحقان فالعبرة فيه بالحق المذهب.

ثانياً: من حيث المقصد من الحق: فذهب الشاطبي إلى أن أساس التفرقة بين حق الله وحق العبد هو معيار «الخيرة»، أما الحنفية فذهبوا إلى أن ضابط هذا القسم من الحقوق أي حقوق الله هو ما يقصد به النفع العام من غير اختصاص بأحد، فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره، وشمول نفعه⁽²⁾.

ثالثاً: من حيث المختص بالحق: فذهب القرافي إلى عدم وجود حق محض للعبد، من غير تعلق حق الله فيه، وبذلك خالف الحنفية، والمقام هنا لا يتسع للترجيح بين المذهبين، ولكن القول بعدم أفراد حقوق خالصة للعبد قول معتبر، خصوصاً وأن تعلق جميع الحقوق بحق الله ضمان للأفراد للتشبهت بها والدفاع عنها، ويكفي أن تؤيد ما قاله كمال الدين إمام بهذا الصدد « والرأي عندي أن فكرة الحقوق الخالصة للعبد لا يستجيب لمنطق الإسلام الخاص الذي يعلو فيه مكان الألوهية فوق كل شيء، ويتقدم العام فيه الخاص في الحقوق والواجبات على السواء، ويصح عندنا قول أنه لا يوجد حق للعبد إلا وفيه حق الله تعالى»⁽³⁾.

(1) محمود محمد محمد، حق الله وحق العبد في الشريعة الإسلامية، ص: 23.

(2) أحمد محمود الشافعي، رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة "النشأة، التطور، المعاصرة" (منشورات الحلبي الحقوقية، 2003)، ص: 235.

(3) محمد كمال الدين إمام، نظرية الفقه في الإسلام "مدخل منهجي"، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، (1988)، ص: 399.

الفرع الثالث: تقسيم الحق باعتبار محله

وينقسم الحق إلى الحقوق المالية وغير المالية، الحق الشخصي والحق العيني، الحقوق المجردة وغير المجردة⁽¹⁾.

أولاً: الحقوق المالية وغير المالية.

الفقرة الأولى: الحقوق المالية. ما كان محلها المال كملكية الأعيان أو الديون أو حقوق الارتفاق⁽²⁾.

الفقرة الثانية: الحقوق غير المالية: وهي الحقوق التي لا تتعلق بالمال، ولا ترتبط به، كحق ولي المقتول في القصاص من القاتل أو العفو عنه⁽³⁾.

ثانياً: الحق الشخصي والحق العيني.

الفقرة الأولى: الحق الشخصي: وهو "مطلب يقره الشرع لشخص على آخر"⁽⁴⁾.

الفقرة الثانية: الحق العيني، وهو "ما يقره الشرع لشخص على شيء، كحق شراء الجار أو الشريك العقار محل الشفعة"⁽⁵⁾.

ثالثاً: الحقوق المجردة والحقوق غير المجردة.

الفقرة الأولى: الحقوق المجردة: الحق المجرد هو الذي لا يترك أثراً بالتنازل عنه صلحاً أو إبراءً، بل يبقى محل الحق عند المكلف أو (المدين) بعد التنازل كما قبل التنازل، ومثاله حق الدين، فإن الدائن إذا تنازل عن دينه كانت ذمة المدين بعد التنازل هي بعينها قبل التنازل.

(1) وهبة الزحيلي، الفرع الإسلامي وأدلته، (دار الفكر، الطبعة الأولى، 1991)، ج4، ص: 18-21.

(2) أحمد فرج حسين، المدخل للفقهاء الإسلاميين، ص: 384.

(3) أحمد محمود الشافعي، رمضان رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة، ص: 240.

(4) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ص: 26-27. ومثاله القيام بعمل كحق المتابعين على الآخر الأول أداء الثمن والآخر تسليم المبيع، والامتناع عن عمل كحق المودع على الوديع ألا يستعمل الوديع.

(5) أحمد محمود الشافعي، رمضان رمضان علي الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة، ص: 239-240.

الفقرة الثانية: الحقوق غير المجردة: والحق غير المجرد هو الذي يترك أثراً بالتنازل عنه كحق القصاص، فإنه يتعلق برقبة القتال ودمه ويترك فيه أثراً بالتنازل عنه فيتغير في الحكم، فيصير معصوم الدم بالعفو بعد أن كان غير معصوم الدم⁽¹⁾.

وهناك تقسيمات أخرى للحق لا يسع المجال لذكرها، لأن الغرض ليس استقراء جميع أنواع الحقوق، بل هو بيان اهتمام الفقهاء بموضوع الحق، وتحديد موقع حق الأمن الفردي، على أن المتغير في التقسيمات السابقة هو القسم الأول، أي تقسيم الحق باعتبار صاحبه إلى " حق الله وحق العبد " والقصد من اعتباره هو أن كل الحقوق إما لله وإما للعبد أو لهما معاً، كما أن هذا القسم اعتبر القصد من الحق " التعبد، المصلحة " والمختص بالحق " حق الله وحق العبد " وكذا الأخذ بمعيار الخيرة أو النفع العام تمييزاً للحق.

المطلب الثاني: أقسام الحق في القانون الوضعي.

يجري الفقه وعند الكلام على أنواع الحقوق على تقسيم الحقوق تقسيمات عدة تتعدد بتعدد زوايا النظر إليها، وليست كل هذه التقسيمات بذات أهمية متساوية كما أن معظم هذه التقسيمات متداخلة⁽²⁾.

وسيتم الاقتصار على التقسيم الشائع للحقوق، دون الحاجة إلى ذكر جميع التقسيمات، وهذا رغبة في الإمام بالإطار العام للتقسيم القانوني للحقوق. فتقسم إلى حقوق مالية وغير مالية، وأخرى ذات طبيعة مختلطة.

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص: 21.

(2) مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، ص: 433.

الفرع الأول: الحقوق المالية.

وهي حقوق ذات طابع مالي يمكن تقويمها بالمال⁽¹⁾.

أولاً: الحق الشخصي.

وهو « رابطة قانونية بين شخصية يلتزم بمقتضاها أحدهما وهو المدين في مواجهة الآخر وهو الدائن، بأن يقوم بعمل أو بأن يمتنع عن عمل معين⁽²⁾ ومنها الالتزام بعمل، أو الامتناع عن عمل.

ومصادر الحقوق الشخصية هي: العقود، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء

بلا سبب، القانون⁽³⁾.

ثانياً: الحق العيني.

وهو سلطة قانونية معترف بها للشخص صاحبه، تنصب مباشرة على شيء معين⁽⁴⁾.

القسم الأول: حقوق عينية أصلية: وهي الحقوق التي تقوم بنفسها دون استناد إلى حق آخر مثال: حق الملكية.

القسم الثاني: حقوق عينية تبعية: وهي التي تستند في وجودها إلى حق من الحقوق الشخصية أي حقوق الدائنين، وتقوم بغرض ضمان الوفاء به⁽⁵⁾. مثال: الرهن الرسمي.

الفرع الثاني: الحقوق غير المالية.

ويقصد بها الحقوق التي تتخلف فيها القيمة المالية، وتنقسم إلى ثلاثة حقوق: سياسية /

شخصية / حقوق الأسرة⁽⁶⁾.

(1) محمد حسين منصور، محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، ص: 97.

(2) محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، ص: 142.

(3) محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون، ص: 118.

(4) عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون. النظرية العامة للحق (دار هومة 2010)، ص: 24.

(5) محمد حسين منصور، محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، ص: 102.

(6) سوزان علي حسن، الوجيز في مبادئ القانون، (دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001)، ص: 88.

أولاً: الحقوق السياسية.

وهي الحقوق التي تمنح للشخص باعتباره عضواً في جماعة سياسية لتمكينه من ممارسة نشاط سياسي لإدارة شؤون بلاده⁽¹⁾.
وتتمثل هذه الحقوق في: حق الانتخاب، الحق في الترشح، الحق في تولي الوظائف العامة، الحق في تكوين الأحزاب السياسية⁽²⁾.

ثانياً: حقوق الأسرة.

وهي الحقوق التي تثبت للشخص باعتباره عضواً في أسرة معينة، والأسرة مجموعة من الأشخاص تربطهم رابطة القرابة سواء كانت قرابة نسب (قرابة دم) أو قرابة مصاهرة (قرابة زواج)⁽³⁾.

ومن هذه الحقوق حق الزوج في أن تقيم معه زوجته وتطيعه، وحق الزوجة على زوجها في أن يحسن معاملتها، وحق الأب في تأديب أولاده⁽⁴⁾.

ثالثاً: حقوق عامة أو حقوق شخصية.

وهي الحقوق التي تثبت للشخص باعتباره إنساناً، ولذلك فهي تثبت لجميع الأفراد وذلك على السواء وطنيين كانوا أم أجناب، وهذه الحقوق لازمة لحماية الشخصية الإنسانية⁽⁵⁾.
وظهور هذه الحقوق يعتبر حديثاً نسبياً، ولذلك فإن هذه الطائفة من الحقوق ما زالت إلى الآن محل خلاف: فهل تؤخذ بمفهومها الواسع جداً بحيث تشمل كل الحريات؟ أم يجب حصرها في نطاق الحقوق التي تهدف إلى ضمان ازدهار الشخص نفسه؟⁽⁶⁾.

(1) سوزان علي حسن، الوجيز في مبادئ القانون، ص: 88.

(2) همام محمد محمد، رمضان أبو السعود، المبادئ الأساسية في القانون، (منشأة المعارف بالإسكندرية، 1996/1995)، ص: 187-188.

(3) محمد حسين منصور، محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، ص: 98.

(4) محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون، ص: 115.

(5) محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، ص: 141.

(6) مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، ص: 437.

ومن هاته الحقوق ما يهدف إلى حماية الكيان المادي للشخص، كحقه في الحياة، والحق في سلامة جسمه وأعضائه، ومنها ما يرمي إلى حماية الكيان الأدبي أو المعنوي للشخص، ومثالها: حق الشخص في صون شرفه وسمعته وأسراره، وحقه على اسمه وعلى صورته ونتاج فكره من مؤلفات ومخترعات أيّاً كان نوعها⁽¹⁾.

(1) محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، ص: 141.

المبحث الرابع: مفهوم الحق في السلامة الجسدية للإنسان وموقعه من الحقوق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

المطلب الأول: المفهوم المادي والنفسي للإنسان والجسد.

الفرع الأول: مفهوم الجسد الإنساني.

الجسم هو إدراك الفرد وتقييمه لوظائفه الجسمية ومظهره⁽¹⁾.

والجسد الإنساني هو « مجموعة الأعضاء التي تكون الكيان المادي الذي يباشر به الإنسان جميع وظائف الحياة مع اختلاف أنواعها، وأتماطها، وما تحويه هذه الأعضاء من سوائل لتساعده على القيام بهذه الوظائف المختلفة، وما يفرزه ذلك الكيان المادي من هرمونات وأنزيمات مختلفة⁽²⁾ ».

الفرع الثاني: وحدة الإنسان.

كل نشاط يصدر عن الإنسان وهو يتعامل مع بيئته ليس نشاطاً «نفسياً» خالصاً أو جسمياً خالصاً، بل نشاط كلي يصدر عن الإنسان بأجمعه، باعتباره وحدة جسمية نفسية متكاملة لا تتجزأ، وإن تأثر جانب منها واضطرب، تأثرت الوحدة كلها أو اضطربت، ولقد أحسن الفيلسوف أرسطو التعبير عن ذلك بقوله: «ليس الذي ينفعل هو النفس أو الجسم، بل الإنسان»⁽³⁾.

- **العلاقة بين الجسد والنفس:** لم يعد علم النفس الحديث يقبل الاثنية أو الانفصال بين الجسد والنفس، إلهما في نظر هذا العلم كل موحد، وهما العمودان الأساسيان للذات تنهض عليهما الشخصية الفردية.

- إن علم النفس يقول اليوم بوحدة النفس والجسد والتعرف على وظائفه وأفاعيله، حتى أن الكثيرين من علماء النفس والسلوكيين بصورة خاصة يذهبون إلى أن علم النفس جزء لا يتجزأ

(1) شيلي تايلور، علم النفس الصحي، (دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى 2008)، ص: 632.

(2) حسيني هيكل، النظام القانوني للإلجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية "دراسة مقارنة" (دار شتات للنشر والبرمجيات 2007)، ص: 82.

(3) أحمد عزت راجح، أصول علم النفس، (دار القلم بيروت لبنان)، ص: 33.

من الفيزيولوجيا وكل الفرق بينهما هو أن هذا يهتم بوظائف الأعضاء مفردة في حين أن علم النفس يهتم بها مجمعة ككل، إنه يهتم بسلوك هذه المجموعة من الأعضاء (أي الجسد)⁽¹⁾ والإنسان هو محل الحماية القانونية - جسد وروح - فيهما معاً تتحقق الحياة والحياة من لوازم الإنسان، ومع ذلك، فإن الإنسان باعتباره كائناً حياً، يتمتع بالشعور والإدراك، وله رغبات واهتمامات، يستطيع أن يعي، ويفهم، ويتذكر ويتعلم، ويتصرف، ويميز، ولذا قيل بأن الإنسان كائن عاقل، وبالعقل يتميز عن غيره من الكائنات الحية.

فالجسم إذن والعقل، والروح من العناصر الأساسية المكونة للإنسان، وهذه العناصر؛ تتكامل وتترابط في نظام دقيق، وبقدر هذا التكامل والترابط والانسجام، تتكامل شخصية الإنسان⁽²⁾.

والجسد هو العنصر المادي المكون للشخص، وبزواله أو بلمس من سلامته ينعدم الشخص أو يقع المس من حرمة، وقد عكست صياغة المادة الثالثة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان هذا الارتباط التلازمي بين الإنسان وجسده بتنصيبها على حق الإنسان في سلامة شخصه. وتبعاً لذلك فإن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان يعتبر الجسد جزء لا يتجزأ من ذات الشخص بما يمنع تبني الرأي القائل بازدواجية الشخص وجسده⁽³⁾.

الفرع الثالث: عناصر الجسد الإنساني.

أولاً: الأعضاء:

وهي تلك الأجزاء التي يتكون منها جسم الإنسان ويكون لكل عضو منها وظيفة معينة، يقوم بها دون غيره من الأعضاء، وهذه الأعضاء قد تكون أحادية أي فردية، مثل القلب والكبد والبنكرياس والطحال، وقد تكون ثنائية أو مزدوجة مثل العينين والأذنين والرئتين والكليتين.

(1) فاجر عاقل، علم النفس (دار العلم للملايين بيروت، الطبعة التاسعة، 1984)، ص: 42.

(2) محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد " دراسة في القانون المدني والشرعية الإسلامية" (دار النهضة العربية، القاهرة، 1995-1996)، ص: 30.

(3) رشيدة الجللاصي بلخيرية، " حقوق الإنسان بين الكونية والخصوصية"، (مجلة الكريديف، مركز البحوث والدراسات والتوثيق والإعلام حول المرأة، العدد 39 مارس 2009)، ص: 25.

ويقوم كل عضو بوظيفته التي خصه الله بها، وقد تعمل هذه الأعضاء بكامل طاقتها أو تعمل بالتناوب والتبادل فيما بينها⁽¹⁾.

ثانياً: منتجات الجسم:

وهذه ليست أعضاء وإنما هي إفرازات تتجدد باستمرار، وتخرج من الجسم وليس لها تأثير على وظائف الجسم المختلفة، مثل: اللبن الذي يخرج من ثدي الأم المرضعة، والعرق والبول، والحيونات المنوية من الرجل البالغ، والبويضات من الأنثى البالغة، والدم الذي يتجدد بصورة دورية، وهذه المنتجات تختلف عن الأعضاء، حيث أنها تتميز بالقابلية للتجدد وعدم التأثير على وظائف الجسم المختلفة⁽²⁾.

ثالثاً: مخلفات وبقايا العمليات الجراحية:

وعرفت البقايا بأنها « ما تبقى بعد إجراء إحدى العمليات الجراحية، ويمكن استعماله من جديد من أجل عملية جراحية أخرى » أما مفهوم المخلفات فإن مجاله أضيق، وقد عرّف أنه « كل ما يسقط من عنصر بعد عمله أو فصله، ويكون من الممكن أحياناً الانتفاع به »⁽³⁾. ولا يقف القانون عند النظر إلى مادة الجسم في ذاتها، بل تعنيه فيها مقدرتها على أداء وظائفها الطبيعية، ومن ثم كل مساس بهذه المقدرة اعتداء على سلامة الجسم، ولو لم يخلف آثاراً تنال مادته، وتبرير ذلك أن مادة الجسم ليست لها أهمية في ذاتها، وإنما في الوظائف التي تؤديها⁽⁴⁾.

(1) خالد بن النوى، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسؤولية المدنية (رسالة ماجستير)، (دار الفكر والقانون طبعة 2010)، ص: 19.

(2) خالد بن النوى، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسؤولية المدنية، ص: 19-20.

(3) أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، (منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 1999)، ص: 61.

(4) معوض سيد عبد التواب، سنيوت حلیم، الطب الشرعي، ص: 524.

المطلب الثاني: مفهوم الحق في السلامة الجسدية في القانون والطب.

الفرع الأول: التعريف القانوني للحق في سلامة الجسم.

وهو « حرمة جسد الإنسان من التعدي عليه بالإيذاء البدني أو الجنسي، أو العقلي أو النفسي، أو التهديد بالإيذاء أيّ كان هذا الإنسان ضحية الاعتداء، أي بصرف النظر عن الجنس أو اللون أو الجنسية، أو الوضع الاجتماعي أو الاقتصادي، وبصرف النظر عن جنس المعتدي ووضعه الاجتماعي أو مكانه في منظومة السلطات، أو درجة صلته بضحية هذا الاعتداء»⁽¹⁾.

إن الحق في سلامة الجسم « مركز قانوني يحول شاغله- في حدود القانون - الاستئثار بتكامله الجسدي والمستوى الصحي الذي يعايشه، وبسكينة البدنية والنفسية.

وإذا كان الحق في السلامة الجسدية محله الجسم، فإن ذلك ينصرف إلى جميع جزئيات وأجهزة وأعضاء الجسم، سواء تلك التي تؤدي وظائف عضوية كالجهاز الهضمي والتنفسي والقلب والأطراف، أو التي تؤدي وظائف ذهنية كالخ، وما يقوم به الطبيب من وظائف خاصة بعملية التفكير والتي ترتبط بالجسم، ويعتد القوة المحركة للفرد بما توحى به هذه الوظائف الذهنية من مقدرات الحياة والعمل على تجنب كل ما يهدد بقاء الإنسان، أو الأعضاء والأجهزة التي تؤدي وظائف نفسية كمراكز الإحساس والشعور بالجسم»⁽²⁾.

« ويدخل في نطاق الحماية القانونية أعضاء جسم الإنسان العاجزة عن القيام بوظائفه بصورة كلية أو جزئية، كالأعضاء المشلولة.

كما يشمل المفهوم جسم الإنسان وبالتالي شموله بالحماية القانونية ما يلزم نقله إلى الجسم من أعضاء بشرية لم تكن موجودة فيه منذ ولادته، وإنما نقلت إليه لاحقاً لمعالجة ما يقتضيه الوضع الصحي للجسم من نقص في الأعضاء بسبب إصابتها، أو توقفها عن أداء وظائفها الفسيولوجية»⁽³⁾.

(1) ماجدة عدلي، الحق في سلامة الجسد، (مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، الطبعة الأولى 2007)، ص: 37.

(2) نجاد البرعي، الحق في سلامة الجسم بين الشريعة- الدستور -القانون- القضاء والمواثيق الدولية، (المجموعة المتحدة محامون مستشارون قانونيون واقتصاديون، وحدة البحث والتدريب)، ص: 2-3.

(3) أكرم محمود حسين البدو، بيرك فارس حسين، الحق في سلامة الجسم " دراسة تحليلية مقارنة "، (الرائد للحقوق،

مجلد 9 السنة الثانية عشر، عدد (33)، 2007)، ص: 5-6.

« كما تتمتع الأعضاء الشاذة كما هو متعارف عليه بالحماية القانونية (كالإصبع السادس في اليد الواحدة)؛ لأن جسم الإنسان هو وحدة واحدة فلا يمكن إهدار الحماية القانونية للعضو وإن كان زائداً عن الحد الطبيعي»⁽¹⁾.

أما الأعضاء الصناعية فهناك من اعتبرها جزء من جسم الإنسان إذا كانت متصلة بالجسم اتصالاً مادياً وتؤدي الوظيفة التي تؤديها الأعضاء الأصلية، أما إذا لم تتصل مادياً بالجسم فإنها لا تعد جزء من الجسم وبالتالي لا يعد المساس بها مساساً بسلامة الجسم، إلا إذا أدى المساس بها إلى الإضرار بالأعضاء الطبيعية، أما إذا لم تؤدي ذلك فيمكن وصف الاعتداء الواقع عليها إتلافاً أو تخريباً أو سرقة⁽²⁾.

ويبدو لي ضرورة، مساواة الأعضاء الصناعية بالأعضاء الطبيعية من حيث الحماية القانونية وإن كان هناك تباين واختلاف في وظائف كليهما. لأن جسم الإنسان كيان متكامل ووحدة نفسية جسدية إنسانية، فأى اعتداء على العضو الصناعي اعتداء على السلامة الجسدية وإن اختلفت الأضرار الناشئة عن الاعتداء الماس بعضو طبيعي عن الاعتداء الذي يخص عضو صناعي من حيث مقدار وجسامته الضرر.

الفرع الثاني: المفهوم الطبي للحق في سلامة الجسم.

ذهب الطب التقليدي إلى تحديد مدلول الحق في سلامة الجسم في إطار صحة الكائن البشري، فالصحة هي « اتحاد مادة الجسم بجميع جزئياته وقدراته على الإدراك، والشخص المعافي هو الذي يتمتع بسلامة الجسم في مجموع هذه العناصر على نحو يحقق الانسجام والملائمة بينها». أما المرض « فهو عجز مؤقت أو نهائي للجسم عن تحقيق كلٍّ أو جزء من أهدافه الحياتية للخلل في البرنامج الجيني أو الاستراتيجيات الفردية أو لضغط كبير في المحيط أو حالة من القلق تجاه فعالية هذا الجسم»⁽³⁾.

(1) أكرم محمود حسين البدو، بريك فارس حسين، الحق في سلامة الجسم " دراسة تحليلية مقارنة "، ص: 5-6.

(2) علا رحيم، حق المتهم في سلامة جسمه، (مجلة جامعة ذي قار، المجلد 6 العدد 4 أيلول 2011)، ص: 160.

(3) بوشي يوسف، حماية الجسم البشري من التلوث البيئي في القانون والاتفاقيات الدولية، (مجلة الفقه والقانون 10 أكتوبر

« وهناك إطار عملي يختص به الطب الإكلينيكي، حيث يتحقق المساس بأجزاء الجسم بإحداث جروح سواء كانت جروح بسيطة أو خطيرة. وتتميز الصحة بخاصية النسبية فهي تختلف من شخص لآخر وفي فترات زمنية معينة وتباين بين فترة الشيخوخة والشباب، ويرى الأطباء بأن الفعل يعد مساساً بالصحة إذا مس حقه في العناية الطبية»⁽¹⁾.

الفرع الثالث: عناصر التكامل الجسدي.

والتكامل الجسدي هو حق الفرد بالتمتع بالحماية التي تكفل له الاحتفاظ بالتكامل الجسدي لجسمه، بأن يؤدي كافة الوظائف في الحياة. ويعني التكامل الجسدي أيضاً حق المجتمع في حماية التكامل الجسدي للفرد، فلا يجوز المساس بهذا التكامل حتى يؤدي الفرد الواجبات والالتزامات التي يتطلبها المجتمع من الفرد عادة. ويعني هذا أن للفرد مصلحة في التكامل الجسدي، وكذلك المجتمع له مصلحة في التكامل الجسدي⁽²⁾.

وبالتالي حق الإنسان في سلامة جسمه له عناصر ثلاثة هي:

أولاً: الحق في التحرر من الآلام البدنية، وعلى ذلك يعتبر اعتداء على هذا الحق كل فعل يؤدي إلى إشعار الجاني عليه بألم لم يكن موجوداً من قبل، أو إلى زيادة مقدار الألم الذي كان يعانيه ولو لم يترتب على ذلك الهبوط بمستواه الصحي أو المساس بمادة جسمه، ومثال ذلك لوي ذراعه أو صفعه على وجهه.

ثانياً: الحق في الاحتفاظ بمادة الجسم، فيعتبر اعتداء كل فعل ينقص منها، كبتن عضو من جسم الجاني عليه، أو يدخل تعديل عليها، كإحداث فتحة بالجسم أو وخزه بإبرة.

ثالثاً: الحق في الاحتفاظ بالمستوى الصحي الذي عليه الجسم، وعلى ذلك يعتبر اعتداء على هذا الحق كل فعل يهبط بالمستوى الصحي للمجني عليه سواء تحقق ذلك عن طريق إحداث مرض لم يكن موجوداً من قبل، أو الزيادة على مقدار مرض كان يعاني منه، ويستوي لدى القانون

(1) يوشى يوسف، حماية الجسم البشري من التلوث البيئي في القانون والاتفاقيات الدولية، ص: 3-4.

(2) سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، (دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى

مواطن المهبوط الصحي، كتعطيل بعض أعضاء الجسم وأجهزته عن القيام بوظائفها بصفة مؤقتة أو دائمة، ولو لم يصطحب ذلك بإنقاص جزء من مادة الجسم، أو بإحداث آلام بدنية له⁽¹⁾.

فيمكن تعداد عناصر التكامل الجسدي —:

1- الحق في السير الطبيعي لوظائف الحياة في الجسم.

2- الحق في التكامل الجسدي.

3- التحرر من الآلام البدنية⁽²⁾

المطلب الثالث: موقع حق السلامة الجسدية للإنسان من الحقوق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

الفرع الأول: موقع الحق في السلامة الجسدية للإنسان من أقسام الحقوق في الفقه الإسلامي.

إن الحق في السلامة الجسدية للإنسان بمعناه الذي يجمع بين تحقيق المصلحة الفردية، واعتبار المصلحة الجماعية يمكن أن يصنف في الشريعة الإسلامية من الحقوق المشتركة بين الله والعبد، وهو مما اشترك فيه الحقان وحق الله هو الغالب، وهذا ما أكدده الشاطبي في قوله: « أن إحياء النفوس وكمال العقول والأجسام من حق الله تعالى في العباد، لا من حقوق العباد، وكون ذلك لم يجعل إلى اختيارهم هو الدليل على ذلك، فإذا أكمل الله تعالى على عبد حياته وجسمه وعقله الذي به يحصل [له] ما طلب به من القيام بما كلف به؛ فلا يصح للعبد إسقاطه»⁽³⁾.

وأكد على ذلك وهبة الزحيلي، وذلك عند التمثيل للحق المشترك فقال: «... ومثاله أيضاً صيانة الإنسان حياته وعقله وصحته وماله فيها حقان، لكن حق الله غالب لعموم النفع العائد للمجتمع»⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ شريف الطباخ، جرائم الجرح والضرب وإعطاء المواد الضارة وإصابات العمل والعاوهات في ضوء القانون والطب الشرعي، (دار الفكر الجامعي الإسكندرية الطبعة الأولى 2003)، ص: 13.

⁽²⁾ نجاد البرعي، الحق في سلامة الجسم بين الشريعة - الدستور - القانون - القضاء والمواثيق الدولية، ص: 3.

⁽³⁾ الشاطبي، الموافقات، ج3، ص: 102.

⁽⁴⁾ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص: 15.

الفرع الثاني: موقع الحق في السلامة الجسدية للإنسان من أقسام الحقوق في القانون الوضعي.

إن الحق في السلامة الجسدية للإنسان يمكن تصنيفه في القانون ضمن الحقوق اللصيقة بالشخصية، لأنها تثبت للشخص كونه إنساناً، ولهذا يستوي فيها الجميع، ويعضد هذا الكلام « ما يأتي في طليعة الحقوق المكرسة لحماية الكيان المادي للإنسان الحق في الحياة "Le droit de lavie" الحق في سلامة بدنه أو جسده "Le droit a l'intégrité physique" ومقتضى هذه الحقوق تمكن صاحبها من حماية كيانه المادي في مواجهة الغير. بمنع الآخرين من المساس بجسده أو أعضائه المختلفة أو الإعتداء عليه دون مسوغ قانوني»⁽¹⁾.

وختاماً للكلام عن مفهوم الحق في السلامة الجسدية للإنسان، أقول أن الإسلام ليس فقط عقيدة أساسها العبادة والإيمان، بل هو أيضاً شريعة أساسها الإخلاص في التطبيق والعمل. فقد جاء في كتاب "الإسلام عقيدة وشريعة" ما يلي: «...الإسلام له شعبتان أساسيتان لا توجد حقيقة، ولا يتحقق معناه إلا إذا أخذت الشعبتان حظهما من التحقق والوجود، في عقل الإنسان وقلبه وحياته، وهاتان الشعبتان هما: العقيدة والشريعة»⁽²⁾.

(1) مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، ص: 438.

(2) محمد شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، (دار الشروق، الطبعة الحادية عشر، 1983)، ص: 9.

المبحث الخامس: الطبيعة الشرعية والقانونية للحق في السلامة الجسدية للإنسان.

المطلب الأول: صفة الحق في السلامة الجسدية.

اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة والصفة القانونية للحق في السلامة الجسدية، ذلك أن الحق يجمع بين المصلحة الفردية والجماعية، فهو من الحقوق المشتركة بين الله والعبد في الشريعة الإسلامية، والحقوق المتعلقة بالشخصية واللصيقة بها في القانون الوضعي.

الفرع الأول: الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم.

يعتبر الحق في سلامة الجسم من الحقوق اللصيقة، بالشخصية وهذه الأخيرة تتميز بطابع فردي بأن ليس لها محل خارج صاحب الحق نفسه، وهذه الحقوق على العموم تنصب على مقومات وعناصر الشخصية ذاتها، في مظاهرها المختلفة، وهي تثبت لكل شخص لكونه إنساناً، ولذلك فإن هذه الحقوق يتمتع بها المواطنين والأجانب على حد سواء⁽¹⁾.

ويبرز هذا الجانب للحق في سلامة الجسم متأثراً بأفكار الفلسفة الليبرالية القائمة على تقديس الفرد واعتباره أساس الجماعة وأسبقته في الوجود منها وهو بذلك يتمتع بحقوق لا تنفصل عنه يكتسبها من آدميته، وبناء على ذلك فإن الفرد هو الغاية من قيام الجماعة مما يستلزم المحافظة على حقوقه وحرياته، لذلك فإن القانون يقرر لكل فرد حقه في الاحتفاظ بتكامله الجسدي وبمستواه الصحي، وبسكينة الجسدية على الحالة الطبيعية، وهذه المزايا عبارة عن مصلحة يستفيد منها بصورة أساسية⁽²⁾.

الفرع الثاني: الطابع الاجتماعي للحق في سلامة الجسم.

يذهب أنصار هذا الرأي إلى أن الفرد هو جزء من المجتمع، وعليه فالمجتمع هو مجموعة من الأفراد وعلى ذلك ينبغي ترجيح مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد، ولكن هذا الرأي معاب عليه؛ لأن الحق في سلامة الجسم ليس اجتماعياً خالصاً، بل هو حق مشترك بين الفرد والمجتمع وعليه يمكن للفرد أن يتصرف بأعضاء جسمه تصرفات نافعة⁽³⁾.

(1) يوشي يوسف، حماية الجسم البشري من التلوث البيئي في القانون والاتفاقيات الدولية، ص: 4.

(2) أكرم محمود حسين البدو، بيرك فارس حسين، الحق في سلامة الجسم، ص: 21.

(3) علا رحيم، حق المتهم في سلامة جسمه، ص: 161.

الفرع الثالث: الطابع الفردي والاجتماعي للحق في سلامة الجسم.

بعد التعرف على نطاق الحق في سلامة الجسم، وذلك ببيان كل من الجانب الفردي والاجتماعي لهذا الحق، تبين أن هناك تعارضاً بين كل من الجانبين، وتبرز أهمية هذا التعارض في بيان الحدود التي يسمح للفرد فيها بالمساس بحقه في سلامة جسمه، لذا فقد كانت هناك محاولات لإزالة هذا التعارض والتوفيق بين الجانبين للحق في سلامة الجسم، انتهت إحدى هذه المحاولات إلى القول بأن الجسم في الأصل محل لحق الفرد بشرط عدم تجاوز الحدود التي تمثل الجانب الاجتماعي للحق في سلامة الجسم التي يكون الجسم فيها محل ارتفاق مقرر لمصلحة المجتمع⁽¹⁾.

والذي يبدو لي التأكيد عليه والله أعلم، الطبيعة الازدواجية للحق في سلامة الجسم باعتباره حقاً شخصياً فردياً، وكذا اجتماعياً، فالمرجع القانوني يؤكد على شخصية الحق في سلامة الجسم على أساس حق الفرد في الاحتفاظ بتكامله الجسدي ومستواه الصحي، دون أن يهمل الطبيعة الاجتماعية للحق والمتمثلة في تشريع الحماية القانونية للحق في السلامة الجسدية من خلال تجريم كل الأفعال الماسة بسلامة الجسم، ومن خلال إباحة التبرع بالأعضاء، وبالتالي لا يمكن فصل القيمة الاجتماعية والضرورة المصلحية للحق في سلامة الجسم عن طبيعته الفردية الشخصية.

وللشريعة الإسلامية فضل السبق في تقرير هاته الحقيقة، وذلك من خلال بيان الحق المشترك بين الله والعبد وحق الله الغالب، والحق في السلامة الجسدية من الحقوق المشتركة المشرفة لحماية العبد والمجتمع مع تغليب مصلحة المجتمع على الفرد حال تعارض المصلحتين.

(1) أكرم محمود حسين البدو، بريك فارس حسين، الحق في سلامة الجسم، ص: 24.

المطلب الثاني: حكم جسد الإنسان من حيث المالية والطهارة والملك.

إن الحق في سلامة الجسد من الحقوق الشخصية المرتبطة بالذات الإنسانية ارتباطاً وثيقاً، فهذا الحق يتعلق بالكيان المادي والموضوعي للجسد، باعتباره الأساس في ممارسة الإنسان لوظائفه العضوية والطبيعية وكذا الاجتماعية.

ولعل من أهم المبادئ المتفق عليها لدى الفقهاء مبدأ معصومية الجسد الإنساني وخروجه عن دائرة التعامل والتصرفات، وبالتالي لا يمكن الاتجار بالجسد، أو المساس بأحد أعضائه، أو التصرف فيه، إلا إذا دعت الضرورة لذلك.

الفرع الأول: مالية جسد الإنسان.

لا يصح عند فقهاء المسلمين أن يكون الشيء محلاً للتعاقد، إلا إذا كان مالاً متقوماً يجوز الانتفاع به في حالة السعة، أي في غير حالات الاضطرار الاستثنائية، فثمة مبدأ في الفقه الإسلامي قوامه: أن محل العقود والحقوق هو الأموال⁽¹⁾.

أولاً: مقياس اعتبار الشيء مالاً: ويتمثل في الآتي:

- 1- التمول، أي له قيمة مالية يمكن تداولها بين الناس.
- 2- التقوم، أي إباحة الانتفاع به أو التعامل به شرعاً.
- 3- التزام من أتلفه بضمان المثل أو القيمة.
- 4- يمكن ادخاره لوقت الحاجة، وهذا أقرب إلى كونه خاصية للمال من كونه مقياساً لما يعتبر مالاً، لأن هناك أشياء تعتبر مالاً لكن لا يمكن ادخارها واكتنازها كالأطعمة والمشروبات والفواكه... إلخ⁽²⁾.

⁽¹⁾ أسامة السيد عبد السميع، مدى مشروعية التصرف في جسم آدمي في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، (دار النهضة العربية)، ص: 56.

⁽²⁾ صابر محمد محمد سيد، محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجمادة، (دار الكتب القانونية، دار شنتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، 2008)، ص: 103.

ومن الواضح أن شروط المالية والتقويم التي أوضحها الفقهاء فيما سبق لا تنطبق على جسم الإنسان الحر، وفي هذا الشأن يقول الفقهاء « حيث أن الأشياء لا تعتبر مالاً، إلا إذا كان لها قيمة مالية في السوق، والإنسان لا يعتبر مالاً لا في الطبع ولا في العرف»⁽¹⁾.

ثانياً: عدم اعتبار جسم آدمي مالاً:

اتفقت كلمة الفقهاء على أن الإنسان ليس بمال، والأصل في ذلك الكتاب، والسنة، والمعقول.

أ- **الكتاب:** قوله تعالى: ﴿ وَشَرَّوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ وَكَانُوا فِيهِ مِنَ الزَّاهِدِينَ ﴾⁽²⁾.

ب- **السنة:** ما ورد أن الرسول ﷺ قال: « قال الله: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة " ومنهم " رجل باع حراً فأكل ثمنه »⁽³⁾.

ج- **المعقول:**

1- الشرع يأبى أن يعامل الإنسان الذي كرمه معاملة الأموال؛ لأن الشيء لا يعتبر مالاً، إلا إذا كانت له قيمة في الأسواق، وهذا لا يصدق في حق الإنسان.

كما أن اعتبار الشيء مالاً يقتضي أن يكون هذا الشيء خارج الإنسان، حيث أن جسم الإنسان ليس شيئاً خارجاً عنه⁽⁴⁾.

2- جعل الله للإنسان وجسده حرمة عظيمة، وشرفه على سائر المخلوقات وحياه بأرقى درجات التكريم، مما جعل لهذا الإنسان اهتماماً بالغاً يتناسب وهذه المكانة العظيمة السامية، وقد راعى الشرع الحكيم بيان هذه المكانة، وإبراز هذه الحرمة في جميع مصادر الاستدلال التي تستنبط

(1) خالد بن النوى، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسؤولية المدنية، ص: 27.

(2) سورة يوسف، الآية، 60.

(3) أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب "إثم من باع حراً"، رقم الحديث 2114، (2/776).

(4) عصمت الله عنايت الله محمد، الانتفاع بأجزاء آدمي في الفقه الإسلامي، (رسالة ماجستير، جامعة أم القرى، قسم الدراسات العليا الشرعية فرع الفقه والأصول، 1407/1408)، ص 67-68.

منها الأحكام الشرعية، وفي جميع الأطوار التي يمر بها الوجود الإنساني ابتداءً بطور النطفة، وانتهاءً بكونه جثة هامدة لها حرمتها وقديسيته. فالآدمي محترم حياً كان أو ميتاً⁽¹⁾.

3- لا يمكن تصور أن يجتمع البائع والمشتري في آن واحد، فالإنسان الحر لا يدخل في ملك غيره، لأن دخوله في هذا الملك يعد إهداراً لقيمته فلا يستطيع أن يبيع نفسه ولا أن يبيع غيره، بالإضافة إلى أن الإنسان أصلاً لا يستطيع أن يبيع ما لا يملكه، والإنسان لا يملك، لذلك لا يعتبر الإنسان مالاً⁽²⁾.

4- المال بطبيعته مخلوق لمصالح الآدمي يقضي به العبادة لمصالحهم، وينتفعون به لإمكان تداوله بين الناس؛ لأن المالية تثبت بشمول الناس كلهم أو بعضهم عن طريق المعاملات؛ إذ بها تحقق مصالح الدنيا، والمال أقدر على تحقيق هذه المصالح، أما أعضاء الإنسان فهي وإن خلقت لتحقيق غايات ومصالح للعباد، إلا أنها بطبيعتها تأتي أن تكون محلاً للتداول بين الناس؛ لأن ذلك يتعارض مع الجيلة الإنسانية التي تسمو بأعضاء الإنسان وتناهى بها أن تكون محلاً للتداول⁽³⁾.

ثالثاً: مالية أطراف الإنسان:

هذا الاتجاه يسود المذهب الحنفي، وقوامه أن أطراف الإنسان تعتبر من قبيل الأموال بالنسبة لصاحبها، ومعنى الأطراف ينسحب فيما يبدو على أي عضو أو جزء الإنسان بصفته المنفردة أي منعزلاً عن باقي الأعضاء التي لا يجوز أن يرد التصرف على مجموعها، لذلك فإنه إذا كان لا يجوز للإنسان أن يتصرف في جميع جسمه الذي هو محل لحقه في السلامة الجسدية، ومن باب أولى في حياته، لأنهما ليس من الأموال، فإنه على العكس يستطيع أن يتصرف في جزء من أجزاء جسمه المعتبرة مالاً، لغاية مشروعة⁽⁴⁾.

(1) حسيني هيكل، النظام القانوني للإلحاق الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية "دراسة مقارنة"، (دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات 2007)، ص: 107.

(2) خالد بن النوى، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسؤولية المدنية، ص: 28.

(3) صابر محمد محمد سيد، محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة، ص: 105.

(4) أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، (الطبعة الثانية 1987)، ص: 97-98.

ويتضح مما تقدم أن الحنفية يعتبرون ما ينفصل من الجسم من قبيل الأموال بالنسبة إلى صاحبه، وأنه يجوز له أن يتصرف فيه، إذا كان في ذلك رعاية لضرورة أو حاجة معتبرة شرعاً كحاجة العلاج⁽¹⁾.

و لم يحسن الفقه في ذلك من استنبط هذا؛ لأن معنى الكلام - في ضوء نصوص الفقهاء الحنفية - أن الأموال خلقت لخدمة النفس ووقايتها، بحيث إذا تعارضت مصلحة المال والنفس قدمت مصلحة النفس على المال، بإتلاف المال وقاية للنفس، فكذلك حكم أطراف الإنسان في حق صاحبها، يقول الكاساني: « إن ما دون النفس له حكم الأموال؛ لأنه خلق وقاية للنفس كالأموال »⁽²⁾ فإذا تعارض بقاء الطرف والنفس كحالة الإكراه والمرض يقدم النفس ويضحى في سبيله بالطرف، وليس معنى ذلك أن الأطراف أموال في حق صاحبها يتعامل بها معاملة الأموال من البيع والهبة والوصية بها وما إلى ذلك. يدل على صحة هذا الحمل لكلام الحنفية ما عهد منهم من التهديد في المنع عن بيع أجزاء الأدمي⁽³⁾.

وهكذا يتضح مما تقدم أن جسم الإنسان لا يعد مالاً عند جمهور الفقهاء، في حين أن الحنفية أجازوا اعتبار الأطراف المنفصلة عن الإنسان مالاً في حال الضرورة، وبالتالي وكأصل عام يتفق الحنفية مع الجمهور في عدم اعتبار جسم الإنسان وأطرافه مالاً.

الفرع الثاني: نظرة الفقهاء إلى جسم الأدمي وأعضائه المفصولة.

اشترط الفقهاء في المعقود عليه أن يكون طاهراً منتفعاً به في الشرع، ولا يكفي أن يكون الشيء طاهراً حتى يجوز بيعه، بل أن يكون مع ذلك منتفعاً به أيضاً، فلا يجوز بيع الشيء الطاهر الذي لا منفعة فيه.

وعليه، فإنه لا يجوز أن تكون النجاسات، أو بصفة عامة المحرمات محلاً للعقود⁽⁴⁾.

(1) أسامة السيد عبد السمیع، مدى مشروعیة التصرف فی جسم الأدمی فی ضوء الشریعة الإسلامیة والقانون الوضعی، ص: 57.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ص: 297.

(3) عصمت الله عنایت الله محمد، الانتفاع بأجزاء الأدمی فی الفقه الإسلامی، ص: 80-81.

(4) عصمت الله عنایت الله محمد، الانتفاع بأجزاء الأدمی فی الفقه الإسلامی، ص: 81-82.

أولاً: طهارة بدن الإنسان المسلم الحي مطلقاً:

اتفق الفقهاء في نظرهم إلى جسم المسلم في حياته، فأجمعوا على طهارته، واستندوا في إجماعهم هذا على النصوص من الكتاب، والسنة، والآثار.

أ/ الكتاب: قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ ﴾⁽¹⁾ فإذا كان المنطوق يفيد أن المشركين نجس، فيتعين أن المسلم ليس بنجس، وهذا بمفهوم المخالفة.

ب/ السنة:

1- عن حذيفة بن اليمان أن رسول الله ﷺ لقيه وهو جنب فحاد عنه فاغتسل ثم جاء فقال: كنت جنباً، فقال: (إن المسلم لا ينجس)⁽²⁾.

2- عن أبي هريرة أن النبي ﷺ لقيه في بعض طرق المدينة وهو جنب فانسل منه، فذهب فاغتسل ثم جاء فقال له: أين كنت يا أبا هريرة؟ قال: كنت جنباً فكرهت أن أجالسك وأنا على غير طهارة؟ قال: سبحان الله (إن المؤمن لا ينجس)⁽³⁾.

ج/ الأثر:

1. قول ابن عباس ؓ (إن ميتكم لمؤمن طاهر وليس بنجس فحسبكم أن تغسلوا أيديكم)⁽⁴⁾.

2. ما رواه البخاري عن ابن عباس تعليقاً (إن المسلم لا ينجس حياً ولا ميتاً)⁽⁵⁾.

(1) سورة التوبة، الآية: 28.

(2) أخرجه: مسلم، الصحيح، كتاب الحيض، باب «الدليل على أن المسلم لا ينجس» رقم الحديث (372)، 282/1.

(3) أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب الغسل، باب «الجنب يخرج ويمشي في السوق»، رقم الحديث (285)، 65/1.

(4) أخرجه: البيهقي، السنن الكبرى، جماع أبواب الغسل للجمعة والأعياد وغير ذلك، باب «الغسل من غسل الميت»، رقم الحديث (1462)، 456/1.

- المستدرک، الحاكم، كتاب الجنائز، رقم الحديث (1426)، 543/1.

- قال الألباني في سلسلة الأحاديث الضعيفة وأثرها السيء في الأمة «ضعيف» 665/13، (6304).

(5) أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب الجنائز، باب «غسل الميت ووضوئه بالماء والسدر» 73/2.

ثانياً: طهارة بدن الإنسان حياً ونجاسته ميتاً:

قال الحنيفة: ينجس الإنسان بالموت، ويطهر بال غسل. وهو الرواية الثانية المرجوحة عند أحمد، وقول ضعيف عند المالكية⁽¹⁾.
واستدل هؤلاء بالكتاب والأثر والمعقول.

أ/ الكتاب:

قوله تعالى: ﴿ فُلْ لَّا أَجِدُ فِي مَآءِ وَوَحْيِي إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ ﴾⁽²⁾. فالآية بعمومها تشمل ميتة الآدمي وغيره، إذ هو حيوان طاهر في الحياة غير مأكول بعد الموت فيكون نجساً كغيره.
والاستدلال بالتحريم لا يستلزم النجاسة، فالطين والحريير محرمان، ولم يقل أحد بنجاستهما فنسلم التحريم في ميتة الآدمي ولكن لا لنجاسته بل لكرامته وحرمة.

ب/ الأثر:

عن محمد بن سيرين، (أن زنجياً وقع في زمزم يعني فمات، فأمر به ابن عباس رضي الله عنهما فأخرج وأمر بها أن تنزح....)⁽³⁾.
ولو لم تكن ميتة الآدمي نجسة لما أمر بترح ماء زمزم كله.
وفي الاستدلال بهذا الأثر نظر من وجوه:

1. أنه حكاية حال، فإنه فعل منهما قد يفعلانه عن طيب نفس لا على أن ذلك واجب. وعلى فرض أنهما فعلا ذلك على الوجوب، فالاحتمال قائم بوجود نجاسة حقيقية على جسم الزنجي الميت في بئر زمزم، فتحمل فتياهما على أساس وجود النجاسة على جسده لا لمطلق الموت⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج1، ص: 299، ابن قدامة، المغني، ج1، ص: 34، الخرشبي، شرح مختصر خليل، (دار الفكر للطباعة بيروت، ج1، ص: 89).

⁽²⁾ سورة الأنعام، الآية: 145.

⁽³⁾ أخرجه: الدارقطني، السنن، كتاب الطهارة، باب « البئر إذا وقع فيها حيوان »، رقم الحديث (65)، 40/1.

– قال في نصب الراية عن رواية الدارقطني: « قال البيهقي في المعرفة: وابن سيرين عن ابن عباس: مرسل لم يلقه ولا سمع منه، وإنما هو بلاغ بلغه، انتهى ». 129/1.

⁽⁴⁾ عصمت الله عنايت الله محمد، الانتفاع بأجزاء الآدمي في الفقه الإسلامي، ص: 57.

2. « الأثر فيه مقال للفقهاء، قال سفيان بن عيينة: أنا بمكة منذ سبعين سنة لم أر أحداً صغيراً ولا كبيراً يعرف حديث الزنجي الذي قالوا: أنه وقع في زمزم، ما سمعت أحد يقول: نزع زمزم. وردت في طهارة ميتة الآدمي نصوص فلا اعتبار لقول الصحابي أو فعله في مقابلة النص. »
3. وردت في طهارة ميتة الآدمي نصوص فلا اعتبار لقول الصحابي أو فعله في مقابلة النص.
- ج/ المعقول:

فقالوا: أنه لو كان طاهراً لما أمر بغسله كسائر الأعيان الطاهرة.

ويمكن مناقشة ذلك: بأن غسل الطاهر معهود في الشريعة في الحدث وغيره بخلاف النجس، فليس تغسيله عن نجاسة ببدنه ولا عن حدث قام به، إذ لو كان تغسيله عن واحد منهما لم يفد غسله، لأن الموت لازم له مقيم معه فكيف يطهر عن الحدث أو النجس، وإنما تغسيله أمر تعبدية ولعل من الحكمة الشرعية أن يكون الميت في حال نظافة»⁽¹⁾.

ثالثاً: طهارة بدن الإنسان مطلقاً:

الحي والميت من المسلم والكافر، لا فرق بين الذكر والأنثى والصغير والكبير على المعتمد عند المالكية، والراجح عند الحنابلة⁽²⁾.

أ/ الكتاب:

- قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَبَضَّلْنَاهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَفْنَا تَفْضِيلًا﴾⁽³⁾.
- قوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أَتَوْا الْكِتَابَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أَتَوْا الْكِتَابَ مِمَّنْ قَبْلُكُمْ﴾⁽⁴⁾.

(1) ينظر: عصمت الله عنايت الله محمد، الانتفاع بأجزاء الآدمي في الفقه الإسلامي، ص 56-59.

(2) ينظر: الخرشبي، شرح مختصر خليل، ج 1، ص 66، ابن قدامة، المغني، ج 1، ص: 35.

(3) سورة الإسراء، الآية: 70.

(4) سورة المائدة، الآية: 5.

فأباح الله لنا طعام أهل الكتاب كما أباح طعامنا لهم، فلو كانوا أنجاساً وهم يعدون الطعام ويأكلونه مع المسلمين ما أذن الله في طعامهم، فدل إذنه على طهارة أبدانهم، ولقد أحل الله لنا الزواج بالكتابية، والمسلم يخالطها ويجامعها وتباشر أشياءه، وينجب منها الولد، ويصل إليه عرقها فيدل ذلك على طهارة أبدانهم⁽¹⁾.

ب/ السنة:

فقد وردت أحاديث عديدة منها:

- 1- « أن وفد ثقيف لما قدّموا على رسول الله ﷺ أنزلهم المسجد ليكون أرقّ لقلوبهم »⁽²⁾.
- 2- ربط النبي ﷺ الأسير ثمامة بن أثال في المسجد وهو كافر مع حرصه الشديد على تنظيف المساجد وتطهيرها مما لا يليق بها حتى جعل النخامة والبراق في المسجد خطيئة⁽³⁾.

ج/ الأثر:

ما أخرجه البخاري في صحيحه أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما حنط ابنا لسعيد ابن زيد وحمله وصلى ولم يتوضأ.
وقال سعيد « لو كان نجساً ما مسسته »⁽⁴⁾.
ويبدو لي أن بدن الإنسان طاهر مطلقاً حي أو ميت، والمسلم والكافر سواء في ذلك، فالله سبحانه وتعالى كرّم ابن آدم وفضله على سائر المخلوقات واستخلفه في الأرض ليقوم بواجب الخلافة.

(1) علي محمد علي أحمد، معيار تحقق الوفاة وما يتعلق بها من قضايا حديثة في الفقه الإسلامي « الموت الرحيم »، (دار الفكر الجامعي، القاهرة، الطبعة الأولى 2007)، ص: 39.

(2) أخرجه: أبو داود، السنن، كتاب الخراج والإمارة والقيء، باب « ما جاء في خير الطائف »، رقم الحديث (3026)، 163/3.

- قال الألباني « ضعيف »، سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة، 308/9 (4319).

(3) أخرجه: مسلم، الصحيح، كتاب الجهاد والسير، باب « ربط الأسير وحبسه وجواز المن عليه »، رقم الحديث (1764)، 1386/3.

(4) أخرجه البخاري، الصحيح، كتاب الجنائز، باب « غسل الميت ووضوئه بالماء والسدر »، 73/2.

المبحث السادس: الضمانات الشرعية للحق في السلامة الجسدية.

تميزت الشريعة الإسلامية في منهج حمايتها لحق الإنسان في السلامة الجسدية عن القوانين الوضعية. حيث راعت حق الفرد في السلامة الجسدية دون إهدار حق المجتمع، بينما القوانين الوضعية رجحت مصلحة المجتمع عن مصلحة الأفراد.

المطلب الأول: تشريع القصاص.

الفرع الأول: مفهوم القصاص وبيان مشروعيته والحكمة منه.

أولاً: مفهوم القصاص في القرآن الكريم والسنة النبوية:

أ/ القصاص في القرآن الكريم:

1- قال الله تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى ﴾⁽¹⁾ والقصاص هو أن يفعل به

مثل ما فعل به، من قولك اقتص أثر فلان إذا فعل مثل فعله، قال الله تعالى: ﴿ بَارِئًا عَلَيَّ

ءِثَارِهِمَا قَصَصًا ﴾⁽²⁾ وقال تعالى: ﴿ وَقَالَتْ لِأُخْتِهِ قُصِّبِيهِ ﴾⁽³⁾ أي ابتغى أثره⁽⁴⁾.

2- قوله تعالى: ﴿ يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ

وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأَنْثَى فَمَنْ عُيِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَعْهُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَّءُ

إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ مِّنْ إِبْتِغَاءِ بَعْدِ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ

أَلِيمٌ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾⁽⁵⁾.

فيقول تعالى كتب عليكم العدل في القصاص أيها المؤمنون، حرّم بحركم، وعبدكم

بعبدكم وأنتاكم بأنتاكم، ولا تتجاوزوا وتعتدوا كما اعتدى من قبلكم وغيروا حكم الله فيهم⁽⁶⁾.

(1) سورة البقرة، الآية: 178.

(2) سورة الكهف، الآية: 64.

(3) سورة القصص، الآية: 11.

(4) أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، (دار الكتاب العربي، لبنان، طبعة 1335 هـ)، ج1، ص: 133.

(5) سورة البقرة، الآية: 178-179.

(6) ابن كثير، تفسير ابن كثير، (دار الثقافة، الجزائر، الطبعة الأولى، 1990)، ج1، ص: 223.

3- « وقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْفِصَاصِ حَيَوةٌ﴾⁽¹⁾ وهذا من الكلام البليغ الوجيز، ومعناه لا يقتل بعضكم بعضاً؛ رواه سفيان عن السدي عن أبي مالك، والمعنى: أن القصاص إذا أقيم وتحقق الحكم فيه ازدجر من يريد قتل آخر مخافة أن يقتص منه فحياً بذلك معاً، وكانت العرب إذا قتل الرجل الآخر حمي قبيلتهما وتقاتلوا وكان ذلك داعياً إلى قتل العدد الكثير، فلما شرع الله القصاص قنع الكل به وتركوا الاقتتال، فلهم في ذلك حياة»⁽²⁾.

ب/ القصاص في الفقه:

« يذكر القصاص في كتب الفقه في باب الجنایات، والجنایات في اللغة اسم لما يجنيه المرء من شر اكتسبه، تسمية للمصدر من جنى عليه شراً وهو عام، إلا أنه خص بما يحرم من الفعل، وأصله من جني الثمر، وهو أخذه من الشجر.

وهو في الشرع اسم لفعل محرم سواء كان في مال أو نفس، لكن في عرف الفقهاء يراد باطلاق اسم الجنایة: الفعل في النفس والأطراف»⁽³⁾.

« والقصاص معناه المساواة، ويتلاقى معناه اللغوي مع معناه الشرعي، فهو في اللغة معناه المساواة بإطلاق، وفي الشريعة المساواة بين الجريمة والعقوبة، ومن معاني القصاص اللغوي التتبع، ومنه قص أثره. بمعنى تتبعه، ومنه قصص السابقين. بمعنى أخبارهم، وبينه وبين المعنى الشرعي تناسب لأن القصاص يتتبع فيه الجاني، فهو لا يترك من غير عقاب رادع، ولا يترك الجاني عليه من غير أن يشفي غيظه، فهو تتبع للجاني بالعقاب وللمجني عليه بالشفاء»⁽⁴⁾.

ثانياً: مصادر مشروعية القصاص:

أ/ القرآن الكريم: تضمن القرآن الكريم آيات جليلة تحدد مشروعية القصاص، وتقرره كجزء لكل من تسول له نفسه الاعتداء على سلامة الأفراد.

(1) سورة البقرة، الآية: 179.

(2) أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (دار الكتاب العربي)، ج2، ص: 252.

(3) أحمد فتحي بھنسي، القصاص في الفقه الإسلامي، (دار الشروق، الطبعة الخامسة 1989)، ص: 12.

(4) الإمام محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي «العقوبة»، (دار الفكر العربي)، ص: 353.

1- قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْفِصَاصُ فِي الْفِتْلَى الْخُرِّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأَنْثَى فَمَنْ عَمِيَ لَهُ مِنْ آخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ إِغْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ *وَلَكُمْ فِي الْفِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾⁽¹⁾.

وقد استدل بهذه الآية القائلون بأن الحر لا يقتل بالعبد، وهم الجمهور، وذهب أبو حنيفة وأصحابه والثوري، وابن أبي ليلى، وداود إلى أنه يقتل به⁽²⁾.

2- روى البخاري والنسائي والدارقطني عن ابن عباس قال « كان في بني إسرائيل القصاص ولم تكن فيهم الدية »، فقال الله تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْفِصَاصُ فِي الْفِتْلَى الْخُرِّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأَنْثَى فَمَنْ عَمِيَ لَهُ مِنْ آخِيهِ شَيْءٌ ﴾ فالعفو أن يقبل الدية في العمد ﴿ فَاتَّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ﴾ يتبع بالمعروف ويؤدي بإحسان، ﴿ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ ﴾ مما كتب على من كان قبلكم، ﴿ فَمَنْ إِغْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ قتل بعد قبول الدية⁽³⁾.

3- « هذه الآية أفادت التخفيف على هذه الأمة، فلقد كان العفو عند النصارى، والقصاص عند اليهود، وكان العرب تارة يوجبون القصاص، وأخرى يوجبون الدية، ومنهم من يبطش فيقتلون في الرجل رجلاً، وفي المرأة رجلاً، وفي العبد حراً، فجاءت هذه الآية بوضع القسطاس في الأرض، فسوى الله بين الناس وجعل الحر بالحر، والعبد بالعبد، والأنثى بالأنثى، فلا يتجاوز عنه إلى ما تفعله العرب الجاهلية وما كان فوق ذلك من المسلم والكافر، والعبد والحر، فإنما هو محل الاجتهاد بين الأئمة رضوان الله عليهم »⁽⁴⁾.

(1) سورة البقرة، الآية: 178-179.

(2) محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، (دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية، 1997)، ج1، ص: 222.

(3) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج2، ص: 244.

(4) الشيخ طنطاوي جوهرى المصرى، الجواهر في تفسير القرآن الكريم، (منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى 2004)، ج1، ص: 200.

4- قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ عَافَيْتُمْ فَعَافِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوِفْتُمْ بِهِ، وَلَيْسَ صَبْرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ ﴾⁽¹⁾، « روي عن الشعبي وقتادة وعطاء بن يسار إن المشركين لما مثلوا بقتلى أحد قال المسلمون لأن أظهرنا الله عليهم لنمثلن بهم أعظم مما مثلوا فأنزل الله تعالى هذه الآية، وقال مجاهد وابن سيرين هو في كل من ظلم بغضب أو نحوه، فإنما يجازي بمثل ما عمل.

قال أبو بكر: نزول الآية على سبب لا يمنع عندنا اعتبار عمومها في جميع ما انتظمه الاسم، فوجب استعمالها في جميع ما انطوى تحتها بمقتضى ذلك أن من قتل رجلاً قتل به، ومن جرح جراحة جرح به جراحة مثلها⁽²⁾.

5- قوله تعالى: ﴿ وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَاقَبَ وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ ﴾⁽³⁾.

وقوله تعالى: ﴿ وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا ﴾ « وجزاء المسيء عقوبته بما أوجب الله عليه، ﴿ فَمَنْ عَاقَبَ وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ ﴾ فمن عفا عن أساء إليه، فلم يعاقبه ابتغاء وجه الله، فأجر عفوهِ على الله، والله يثيبه عليه، ﴿ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ ﴾ إن الله لا يحب أهل الظلم، الذين يتعدون على الناس فيسيئون إليهم⁽⁴⁾.

6- قوله تعالى: ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ فِصَاصً ﴾⁽⁵⁾.

فقوله: ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا ﴾ « وفرضنا على اليهود في التوراة (أن النفسَ مأخوذةً بالنفس) مقتولة بها إذا قتلتها بغير حق (والعين) مفقوأة (بالعين) و(الأنف) مجذوع (بالأنف)

(1) سورة النحل، الآية: 126.

(2) الجصاص، أحكام القرآن، ج3، ص: 194.

(3) سورة الشورى، الآية: 40.

(4) محمد بن جرير الطبري، مختصر تفسير الطبري، (مكتبة رحاب، الجزائر)، ج2، ص: 322

(5) القرآن الكريم، سورة المائدة، الآية: 45.

و(الأذن) مقطوعة (بالأذن) و(السن) مقلوعة (بالسن) والجروح قصاص أي: قصاص وهو المقاصة ومعناه ما يمكن فيه القصاص «(1).

ب/ السنة النبوية:

أكدت السنة النبوية جواز القصاص في النفس، وبينت كيفية استيفائه، وأهم شروطه، وحكمة الشارع من تشريعه.

- 1- قوله ﷺ: (كل مسلم على المسلم حرامٌ دمه، وماله، وعرضه) (2).
- 2- قوله عليه الصلاة والسلام: (أول ما يُقضي بين الناس يوم القيامة في الدماء) (3).
- 3- قوله ﷺ: (لزوال الدنيا أهون على الله تعالى من قتل امرئ مسلم) (4).
- 4- قال أنس بن مالك: (ما رفع الرسول ﷺ أمر فيه قصاص إلا أمر فيه بالعتف) (5).

(1) أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي، تفسير النسفي، (دار الكتاب العربي، بيروت، 1982)، ج1، ص: 285.

(2) أخرجه مسلم، الصحيح، كتاب البر والصلة والآداب، باب « تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وعرضه وماله » رقم الحديث (2564)، 4/1986.

(3) أخرجه مسلم، الصحيح، كتاب القسامة والمخارين والقصاص والديات باب « المجازاة بالدماء في الآخرة »، رقم الحديث (1678)، 3/1304.

(4) أخرجه: النسائي، السنن، كتاب تحريم الدم، باب « تعظيم الدم » رقم الحديث (3987)، 7/82.

- الترمذي، السنن، أبواب الديات عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في تشديد قتل المؤمن، رقم الحديث (1395)، 3/68.

قال الترمذي: « حدثنا محمد بن بشار قال: حدثنا محمد بن جعفر قال: حدثنا شعبة، عن يعلى بن عطاء، عن أبيه، عن عبد الله بن عمرو ونحوه، ولم يرفعه: وهذا أصح من حديث ابن أبي عدي ».

(5) أخرجه: ابن ماجه، السنن، كتاب الديات، باب « العفو في القصاص »، رقم الحديث (2692)، 2/898.

- أبو داود، السنن، كتاب الديات، باب « الإمام يأمر بالعتف في الدم »، رقم الحديث (4497)، 4/169.

- قال الألباني: « صحيح »، سنن أبي داود، حكم على أحاديثه وآثاره، وعلق عليه، محمد ناصر الدين الألباني: 809، (4497).

5- روي عن جابر أن رجلاً جرح فأراد أن يستقد، فهى رسول الله ﷺ أن يستقاد من الجرح حتى يبرأ المجروح⁽¹⁾.
ثالثاً: الحكمة من تشريع القصاص:

« أقرت الشريعة الإسلامية حماية النفس البشرية، واعتبرت الاعتداء عليها جريمة تلزم فاعلها العقوبة الدنيوية قبل الأخروية، ولذلك حرمت الشريعة الإسلامية القتل والاعتداء بمختلف صورته.

أ/ يساعد القصاص على توفير الحياة الهانئة المستقرة للجماعة، ويزجر القاتل وأمثاله، ويقمع العدوان، ويخفف من ارتكاب جريمة القتل، إذ من علم أنه إذا قتل غيره قتل به، امتنع عن القتل، فحافظ على الحياتين: حياة القاتل والمقتول، كما أن القصاص يمنع انتشار الفوضى، والتجاوز والظلم في القتل، ويحصر الجريمة في أضيق نطاق ممكن، ويشفي غليل ولي القتيل؛ ويطفىء نار غيظه، ويستأصل من نفسه نار الشر والحقد والتفكير بالثأر.

جاء في التفسير المنير قال ابن كثير: معنى قوله: وفي شرع القصاص لكم - وهو قتل القاتل - حكمة عظيمة وهي بقاء المهج وصورها؛ لأنه إذا علم القاتل أنه يقتل، انكف عن صنيعه فكان في ذلك حياة للنفوس⁽²⁾.

(1) الدارقطني، السنن، كتاب الحدود والديات وغيره، رقم الحديث (3115)، 71/4-72.

- أبو الحسن علي بن عمر الدارقطني، سنن الدارقطني، (مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى 2004).

- قال في نصب الراية عن الحديث الذي أخرجه الدارقطني: « قال في التنقيح عبد الله بن عبد الله الأموي روى له ابن ماجه حديثاً واحداً، وذكره ابن حبان في التقات، وقال: يخالف في روايته، وقال العقيلي: لا يتابع على حديثه، ولا نعلم روى عنه غير ابن كاسب، انتهى»، 379/4.

جمال الدين أبو محمد الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الأملعي في تخريج الزيلعي، (مؤسسة الريان للطباعة والنشر لبنان - دار القبلة للثقافة الإسلامية، السعودية، الطبعة الأولى، 1997).

- وقال الألباني: « قلت وهو صحيح لولا عنعنة أبي الزبير»، إرواء الغليل: 299/7 (2237).

(2) وهبة الزحيلي، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، (دار الفكر دمشق، دار الفكر المعاصر، بيروت، الطبعة الأولى

1991، إعادة 1998)، ج2، ص: 107.

ب/ « الإسلام في الوقت الذي يفرض فيه القصاص، يجب فيه العفو، ويرسم له الحدود، فتكون الدعوة إليه بعد تقرير القصاص والعدل، دعوة إلى التسامي في حدود التطوع، لا إلزاماً يكتب فطرة الإنسان ويحملها ما لا تطيق ﴿بِمَنْ عَمِيَ لَهُ مِنْ آخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾⁽¹⁾، وقد نقل المولى عز وجل بهذا التشريع الحكيم العقوبات من معنى انتقامي إلى معنى سامٍ جليل، فقد كانت العقوبات السالفة انتقاماً ينتقم بها المجتمع من المجرمين، أو ينتقم بها أهل القتل من أهل المقتول فلا يقبلون حتى يسفكوا مقابل الدم الواحد الدماء البريئة ويزهقوا الأرواح، وربما قتلوا بالرجل مائة رجل، فجعل الله الغرض منها الاستصلاح⁽²⁾».

ج/ « مبدأ المساواة في القصاص والديات عام في الشريعة الإسلامية لا يفرق بين الشريف والوضيع في الدم بخلاف ما كان عليه الحال في الجاهلية من المفاضلة، وعدم المساواة⁽³⁾».

الفرع الثاني: حالات وجوب القصاص.

« يجب القصاص فيما تمكن فيه المماثلة بين المحلين في المنافع والفعالين، ويكون في

حالتين:

1- في الجناية عمداً على النفس، أي في القتل العمد.

وقد اختلف الفقهاء في موجب القتل العمد⁽⁴⁾:

أ- فقال: أبو حنيفة وأصحابه ومالك بن أنس والثوري وابن شريمة والحسن بن صالح: ليس للولي إلا القصاص، ولا يأخذ الدية إلا برضى القاتل.

(1) سورة البقرة، الآية: 178.

(2) محمد علي الصابوني، روائع البيان تفسير آيات الأحكام (مكتبة رحاب، الجزائر، الطبعة الرابعة 1990)، ج 1، ص: 185-186.

(3) عبد السلام محمد الشريف العالم، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي «دراسة فقهية مقارنة» (منشورات ELGA، 2002)، ص: 324.

(4) أحمد فتحي بھنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، (دار الشروق، الطبعة الخامسة 1983)، ص: 143-144.

ب- وقال الأوزعي والليث والشافعي: الولي بالخيار بين أخذ القصاص والدية وإن لم يرض القاتل. وقال الشافعي: فإن عفا المفلس عن القصاص جاز ولم يكن لأهل الوصايا والدين منعه؛ لأن المال لا يملك بالعمد إلا بمشيئة المجني عليه إذا كان حياً أو بمشيئة الورثة إذا كان ميتاً⁽¹⁾.

2- « الجناية عمداً على ما دون النفس، فمن قلع عيناً لشخص، قلعت عينه بنفس الطريقة، ومن قطع أذنًا لشخص قطعت أذنه بنفس الطريقة، طالما يمكن المماثلة بين الفعلين »⁽²⁾.

الفرع الثالث: شروط وجوب القصاص.

وتتمثل هذه الشروط أساساً في:

- 1- **التكليف:** « أي أن يكون القاتل مكلفاً، أي عاقلاً بالغاً، مخاطباً ذكراً كان أو أنثى، حراً كان أو عبداً. فغير المكلف ليس أهلاً للعقوبات، وقيل: إنه ليس للصبي والمجنون عمد- وعمدهما خطأ »⁽³⁾.
- 2- **عصمة الدم:** « أي أن يكون المقتول معصوماً، فلا يجب القصاص بقتل حربي، ولا يجب بقتله دية ولا كفارة، لأنه مباح الدم على الإطلاق أشبه الخنزير، ولأن الله تعالى أمر بقتله فقال: ﴿ قَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ ﴾⁽⁴⁾ وسواءً كان القاتل مسلماً أو ذمياً لما ذكرنا، وكذلك المرتد لا يجب بقتله قصاص ولا دية ولا كفارة، وإن قتله ذمي⁽⁵⁾.
- 3- **الاختيار:** « فيجب أن يكون القاتل مختاراً، فإن الإكراه يسلبه الإرادة، ولا مسؤولية على من فقد إرادته، فإذا أكره صاحب سلطان غيره على القتل، فقتل آدمياً بغير حق، فإنه يقتل الأمر دون المأمور، ويعاقب المأمور وبهذا قال أبو حنيفة وداود، وهو أحد قولي الشافعي.

⁽¹⁾ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ص: 241، الجصاص، أحكام القرآن، ج1، ص: 183.

⁽²⁾ أحمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، ص: 144.

⁽³⁾ أحمد فتحي بهنسي، القصاص في الفقه الإسلامي، ص: 27.

⁽⁴⁾ سورة التوبة، الآية: 5.

⁽⁵⁾ موفق الدين ابن قدامي، وشمس الدين ابن قدامي المقدسي، المغني ويليهِ الشرح الكبير، (دار الكتاب العربي، لبنان، 1983)،

وقال الأحناف: إن أكره على إتلاف مال مسلم بأمر يخاف منه على نفسه؛ أو على عضو من أعضائه وسعه أن يفعل ذلك، ولصاحب المال أن يضمن المكره. وإن أكرهه بقتل على قتل غيره، لم يسعه أن يقدم عليه، ويصبر حتى يقتل، فإن قتله كان آثماً. والقصاص على المكره إن كان القتل عمداً⁽¹⁾.

أ- « اختلف أهل العلم في الرجل يقتل ابنه عمداً، فقالت طائفة لا قود عليه وعليه ديته؛ وهذا قول الشافعي وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأي، وروي ذلك عن عطاء ومجاهد، وقال مالك وابن نافع وابن عبد الحكم: يقتل به⁽²⁾ ».

قال القرطبي قال ابن المنذر⁽³⁾: وبهذا نقول لظاهر الكتاب والسنة؛ فأما ظاهر الكتاب فقوله تعالى: ﴿ كَتَبَ عَلَيْنَكُمْ الْقِيَامَ فِي الْقَتْلِ بِالْحَرْبِ وَالْعَبْدِ بِالْعَبْدِ ﴾⁽⁴⁾ والثابت عن رسول الله ﷺ: (المسلمون تتكافأ دماؤهم)⁽⁵⁾، ولا نعلم خبراً ثابتاً يجب به استثناء الأب من جملة الآية⁽⁶⁾.

ب- « إذا قتل الواحد اثنين فأكثر عمداً، فإن القتل الجماعي كالقتل الإفرادي، والقود يصار إليه إذا طلب ولي الدم، وذلك ما يقرره الفقه وما تقرره البداهة.

ولكن إذا قتل جماعة واحداً بأن اشتركوا جميعاً في دمه، من غير أن يعرف أيهم كانت ضربته القاتلة، فإن الحكم في هذه المسألة يتناوله الاختلاف على ثلاثة آراء:

- الرأي الأول: أنهم جميعاً يقتلون به، وذلك رأي الأكثرين من فقهاء الأمصار. وهو مروى عن علي وعمر رضي الله عنهما. وهو مذهب الأئمة الثلاثة أبي حنيفة ومالك والشافعي وأحمد على الراجح أيضاً.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، ص: 285.

(2) القرطبي، جامع الأحكام الفقهية، (دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى 1994)، ج3، ص: 11.

(3) ابن المنذر، الإقناع، (الطبعة الأولى، 1408)، ج1، ص: 350.

(4) سورة البقرة، الآية: 178.

(5) أخرجه: أبو داود، السنن، كتاب الجهاد، باب « في السرية تُرَدُّ على أهل العسكر »، رقم الحديث (2751)، 80/3.

- قال الألباني: " صحيح "، إرواء الغليل: 265/7 (2208).

(6) القرطبي، جامع الأحكام الفقهية، ج3، ص: 11.

- **الرأي الثاني:** أن يختار أولياء الدم واحداً من الجماعة، وهو رأي يروى عن مالك، ورأي في المذهب الشافعي، وهناك رواية في مذهب مالك أنه يقرع بينهم. فمن وقعت عليه القرعة قتل، ويلزم الباقيون بالحصصة الباقية من الدية، ويخصم ما كان يخص القاتل من الدية على حسب عددهم. والباقيون يكون عليهم الباقي، وأن ذلك لا يمنع أن يقوم القاضي بالتغيير الرادع المانع من الفساد، وهذا الرأي لكثير من آل البيت⁽¹⁾.

- **الرأي الثالث:** « إنه لا قصاص على الجماعة بل الدية رعاية للمماثلة التي هي موجب القصاص وأصل ثبوته، ولا وجه لتخصيص بعضهم، وتمييز بعضهم بالنجاة، والآخر بالقتل»⁽²⁾.

الفرع الرابع: أسباب سقوط القصاص.

1- **فوات محل القصاص:** بأن مات من عليه القصاص بآفة سماوية، لأنه لا يتصور بقاء الشيء في غير محله، وإذا سقط القصاص بالموت لا تجب الدية، لأن القصاص هو الواجب عيناً، وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله وعلى قوله الآخر تجب الدية، وكذا إذا قتل من عليه القصاص بغير حق، أو بحق بالردة، والقصاص بأن قتل إنساناً فقتل به قصاصاً يسقط القصاص، ولا يجب المال⁽³⁾.

2- **الصلح:** « ولو كان مكان العفو صلح، بأن صالح من القطع أو الجراحة على مال فهو صحيح. وإن قتل رجلاً عمداً رجلاً لا ولي له، للإمام قتله والصلح، لأن السلطان ولي من لا ولي له، وليس له العفو لأن فيه ضرر العامة»⁽⁴⁾.

3- **العفو:** « عفو جميع الأولياء أو أحدهم، بشرط أن يكون العافي عاقلاً مميزاً؛ لأنه من التصرفات المحضة التي لا يملكها الصبي ولا المجنون»⁽⁵⁾.

(1) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ص: 238، محمد بن اسماعيل الصنعاني، سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام، ج4، ص: 33، النووي، المجموع شرح المهذب، ج20، ص: 289-209، ابن قدامه، المغني، ج8، ص: 289.

(2) الإمام محمد أبو زهرة، العقوبة، ص: 367-368.

(3) ينظر: الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (دار الكتاب العربي، لبنان، الطبعة الثانية 1982)، ج7، ص: 246.

(4) أحمد فتحي هنجسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، ص: 149.

(5) السيد سابق، فقه السنة، ج2، ص: 483.

المطلب الثاني: الجرائم ما دون النفس.

الفرع الأول: أقسامها.

« والجناية على ما دون النفس مطلقاً أنواع أربعة:

- النوع الأول: إبانة الأطراف وما يجري مجرى الأطراف: كقطع اليد والرجل والأصبع، والظفر، والأنف واللسان، والذكر والأنثيين والأذن والشفة، وفقء العينين، وقطع الأشفار والأجفان؛ وقلع الأسنان وكسرها وحلق شعر الرأس واللحية والحاجبين، والشارب.
- النوع الثاني: إذهاب معاني الأطراف مع إبقاء أعيانها: كنفويت السمع والبصر، والشم والذوق والكلام، والجماع، والايلاذ، والبطش، والمشى، وتغير لون السن إلى السواد والحمرة والخضرة، ونحوها مع قيام المحال الذي تقوم بها هذه المعاني، ويلحق بهذا الفصل إذهاب العقل»⁽¹⁾.
- النوع الثالث: الشجاج: « وهي جراحات الرأس والوجه خاصة، وهي عند الحنفية إحدى عشرة شجة:

- 1- الخارصة: وهي التي تحرص الجلد أي تشقه، ولا يظهر منها الدم.
- 2- الدامعة: هي التي يظهر منها الدم ولا يسيل كالدمع في العين، وتسمى أيضاً (الخارصة) وهي التي تكشف الجلد.
- 3- الدامية: هي التي يسيل منها الدم، بأن تضعف الجلد بلا شق به حتى يرشح الدم، وتسمى عند الحنابلة البازلة أو الدامعة.
- 4- الباضعة: هي التي تبضع اللحم، أي تقطعه وتشقه.
- 5- المتلاحمة: هي التي تذهب في اللحم، أكثر مما تذهب الباضعة، ولم تقرب للعظم.
- 6- السمحاق: هي التي تقطع اللحم، وتظهر الجلد الرقيقة التي بين اللحم والعظام، وهذه الجلدة هي السمحاق، فسميت الشجة بما لوصولها إليها. ويسمى الشافية الملطاط، وهي التي تستوعب اللحم، إلى أن تبقى غشاوة رقيقة فوق العظم.
- 7- الموضحة: هي التي تخترق السمحاق، وتوضح العظم؛ أي تظهره وتكشفه.
- 8- الهاشمة: وهي التي تهشم العظم أي تكسره.

⁽¹⁾ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ص: 296.

- 9- المنقلة: وهي التي تنقل العظم بعد كسره، أي تحوله عن مكانه.
- 10- الآمة (المأمومة): هي التي تصل إلى أم الدماغ، وهي جلدة تحت العظم وفوق الدماغ أي المخ.
- 11- الدامغة: وهي التي تخرق غشاء الدماغ، وتصل إلى الدماغ⁽¹⁾.
- وذهب أئمة المذاهب إلى استيفاء القصاص في الموضحة، ذلك لأنها توضح العظم وتظهره، وتبين الحد الذي ينتهي إليه القطع، تحقيقاً للمماثلة؛ وذهب أئمة المذاهب أيضاً إلى عدم استيفاء القصاص في أربعة أنواع هي: الهاشمة، المنقلة، الآمة والدامغة بلا خلاف بينهم، وذلك لتعذر استيفاء القصاص في هذه الأنواع دون حيف.
- والفقهاء اختلفوا في إمكان القصاص فيما دون ذلك من صور الشجاج، كالخارصة، والدامغة، والدامية، والباضعة، والمتلاحمة، والسمحاق.
- فذهب المالكية إلى إمكان استيفاء القصاص فيها لامكانه، وحينما يعظم الخطر في استيفائه، يستبدل القصاص بالدية. ويرى الأحناف أنه لا قصاص في الشجاج إلا في الموضحة والسمحاق، إذا أمكن استيفاء القصاص في السحقاق⁽²⁾.
- وذهب الشافعية والحنابلة، إلا أن القصاص لا يكون إلا في الموضحة، ذلك لكون باقي الشجاج لا تنتهي إلى عظم يعد معه حداً للقصاص، مما ر يؤمن معه الحيف⁽³⁾.
- النوع الرابع: « الجراح: وهي نوعان:
- أ/ الجائفة: وهي التي تصل إلى الجوف فتصل إلى البطن من الصدر أو الظهر، أو الجنب، ولا قصاص فيها لانتهاء شرطه بل يجب ثلث الدية، ولا تكون الجائفة في الرقبة والحلق واليدين والرجلين، ولا الأنثيين والدبر.

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، (دار الفكر، الطبعة الأولى 1991)، ج6، ص: 351-352.

(2) ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (دار الفكر)، ج4، ص: 254، الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ص: 309.

(3) ينظر: الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج5، ص: 255، ابن قدامة، المغني، ج8، ص: 473.

وروي عن أبي يوسف أن ما وصل من الرقبة إلى الموضع الذي لو وصل إليه من الشراب قطرة يكون جائفة، لأنه لا يقطر إلا إذا وصل إلى الجوف، فإن سرت بأن مات منها فيقتص ولذلك ينتظر البرء منها»⁽¹⁾.

ب/ غير الجائفة: « وهي التي لا تصل إلى الجوف كالرقبة أو اليد، أو الرجل»⁽²⁾.

الفرع الثاني: شروط القصاص فيما دون النفس.

ويشترط في وجوب القصاص في الأطراف الشروط المقررة شرعاً.

أولاً: المماثلة بين المحلين في المنافع والفعالين، وبين الأرشين، لأن المماثلة فيما دون النفس معتبرة بالقدر الممكن فانعدامها يمنع وجوب القصاص، والدليل على أن المماثلة فيما دون النفس معتبرة شرعاً، النص والمعقول.

أما النص فقوله تعالى: ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿ وَالْجُرُوحَ فِصَاصًا ﴾⁽³⁾ فإن قيل ليس في كتاب الله تبارك وتعالى بيان حكم ما دون النفس لا في هذه الآية الشريفة، وأنه أخبار عن حكم التوراة، فيكون شريعة من قبلنا؛ وشريعة من قبلنا لا تلزمنا (فالجواب) إن من القراء المعروفين من ابتدأ الكلام من قوله عز وجل ﴿ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ ﴾ بالرفع إلى قوله ﴿ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ ﴾ على ابتداء الإيجاب، لا على الإخبار عما في التوراة، فكان هذا شريعتنا لا شريعة من قبلنا، على أن هذا إن كان إخبار عن شريعة التوراة لكن لم يثبت نسخة بكتابتنا ولا بسنة رسولنا ﷺ فيصير شريعة لنبينا ﷺ مبتدأة فيلزمنا العمل به⁽⁴⁾.

(1) أحمد فتحي مهنسي، القصاص في الفقه الإسلامي، ج6، ص: 139.

(2) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ص: 356.

(3) سورة المائدة، الآية: 45.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ص: 297.

وأما المعقول: فهو إن ما دون النفس له حكم الأموال؛ لأنه خلق وقياء للنفس كالأموال، ألا ترى أنه يستوفى في الحل والحرم كما يستوفى المال؛ وكذا الوصي يلي استيفاء ما دون النفس للصغير كما يلي استيفاء ماله، فتعتبر فيه المماثلة كما تعتبر في إتلاف الأموال، ومنها أن يكون المثل ممكن الاستيفاء⁽¹⁾.

ثانياً: المماثلة في الصحة والكمال: « فلا تقطع اليد الصحيحة بالشلء، ولا الرجل الصحيحة بالشلء، ولا يؤخذ الكامل بالناقص كيد أو رجل كاملة بأخرى ناقصة الأصابع، إلا أن الإمام مالك يرى قطع اليد أو الرجل الناقصة إصبعاً بالكامل بلا غرم على الجاني، ولا خيار للمجني عليه في نقص الأصبع، فإن نقصت أكثر من أصبع خيّر المجني عليه بين القصاص وأخذ الدية، وإن نقصت يد المجني عليه أو رجله أصبعاً يقتص من الجاني الكامل الأصابع، فإن نقصت أكثر من أصبع كأصبعين فأكثر، فلا يقتص لها من يد أو رجل كاملة»⁽²⁾.

ثالثاً: الأمن من الحيف: « بأن يكون القطع من مفصل، أو يكون به حد ينتهي إليه، فلا قصاص في كسر عظم غير السن، ولا جائفة، ولا بعض الساعد، لأنه لا يؤمن الحيف في القصاص في هذه الأشياء»⁽³⁾.

رابعاً: « أن يكون المجني عليه مكافئاً للجاني بحيث يقاد به لو قتله»⁽⁴⁾.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ص: 297.

(2) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج6، ص: 338، ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (دار الفكر)، ج4، ص: 269.

(3) السيد سابق، فقه السنة، ج2، ص: 487.

(4) الإمام مجد الدين أبي البركات، المحرر في الفقه، (دار الكتاب العربي، بيروت)، ج2، ص: 126.

المطلب الثالث: تكريم الإنسان واستخلافه في الأرض.

كرم الله ابن آدم واستخلفه في الأرض استخلافاً، ومظاهر التكريم والاستخلاف عديدة منها التكريم بزيينة العقل، والتكريم بحسن الصورة والتكريم بالعلم... إلخ. والتكريم الإلهي للنفس البشرية ضماناً للسلامة الجسدية، فالله سبحانه وتعالى رزق الإنسان بالعقل لعمارة الأرض، وحرّم كل ما من شأنه الاعتداء على قداسة النفس البشرية.

الفرع الأول: مظاهر تكريم الإسلام للإنسان.

قرر القرآن الكريم في آياته وسوره مظاهر عدة للتكريم:

أولاً: التكريم بالإيمان:

« فلا يذكر الإيمان في القرآن الكريم إلا مقترناً بالعمل الصالح، وكأن الحق سبحانه بهذا يجعل الإيمان قولاً وعملاً، ولا يكون العمل كيف ما اتفق وإنما هو عمل مشروط بالصلاحية، يعود بالنفع على الإنسان نفسه والإنسانية جمعاء في الدنيا والآخرة، ويحقق كرامة الإنسان التي أساسها الحرية التي بنى عليها الإسلام كثير من الحقوق، إذ الإيمان يعني تحرير الإنسان من العبودية لغير الله، وإذا تمكن هذا الشعور في النفس فإنه يحررها من الخوف والجبن والذل، ويحول هذا المخلوق من كائن وضع إلى إنسان ذي رسالة وهدف.

ومن أعظم ثمرات الإيمان الطمأنينة التي تعطي الأمن النفسي والاجتماعي بما يحقق الكرامة لهذا الإنسان فلا خوف ولا اضطراب ولا رعب خلافاً للكافر، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿ سَنُلْفِي فِي قُلُوبِ الَّذِينَ كَفَرُوا الرُّعْبَ بِمَا أَشْرَكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزَّلْ بِهِ سُلْطَانًا ﴾⁽¹⁾. وعدم الإيمان بالله ونسيانه يكون سبباً في تهميش الإنسان لنفسه فيصبح لا قيمة له فيصغر في نظر نفسه فيدعوه ذلك إلى التذني والتسفل: ﴿ وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِينَ نَسُوا اللَّهَ فَأَنْسَاهُمْ أَنْفُسَهُمْ وَأُولَئِكَ هُمُ الْقَاسِفُونَ ﴾⁽²⁾⁽³⁾.

(1) سورة آل عمران، الآية: 151.

(2) سورة الحشر، الآية: 19.

(3) عبد اللطيف بن سعد الغامدي، حقوق الإنسان في الإسلام، (أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، الطبعة الأولى

ثانياً: التكريم بالخلقة:

« خلق الله تعالى الإنسان بيده وفي هذا دلالة على قيمة الإنسان وتشريف ما بعده تشريف حيث قال مخاطباً عدو البشرية إبليس: ﴿ قَالَ يَا إِبْلِيسُ مَا مَنَعَكَ أَنْ تَسْجُدَ لِمَا خَلَقْتُ بِإِيدِي ﴾⁽¹⁾، وبإضافة خلق الإنسان إلى الله تعالى تكريم وأي تكريم، ثم أن القرآن الكريم لم يفصل عن خلق أي من المخلوقات كما فصل في خلق الإنسان، ولم يترك ذلك لاجتهاد العقل البشري حتى لا يقع في الخطأ، وإنما عرض قصة خلق الإنسان بالتفصيل، حتى يدرك الإنسان نفسه ويعرفها وبهذه المعرفة يتوصل إلى معرفة الله تعالى، وإدراك الغاية من وجوده، فلا يزيغ ولا يضل ولا ينحرف، كما حصل في بعض النظريات البائدة مثل نظرية فرويد التي قالت بأن الإنسان أصله قرود، وما إلى ذلك من الأفكار التي تنحدر بالتفكير البشري»⁽²⁾.

ثالثاً: تكريم الإنسان بجعل النبوة في جنسه:

« فإرسال الرسل من جنس البشر هو بحق تكريم وأي تكريم، فما قيمة الإنسان في هذه الأرض؟ بل ما هي الأرض بالنسبة لملكوت الله؟ إنها ذرة في هذا الكون الفسيح، ومع ذلك فإن عناية الله ورحمته طوقت عنق هذا الإنسان لتضفي عليه مزيداً من الفضل والتكريم، حيث جعل له شأناً كيف لا وهو الخليفة في الأرض بمقتضى الجعل الإلهي ﴿ وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِيهَا لَأَرْضٍ خَلِيفَةً ﴾⁽³⁾، والخلافة هي عبودية وسيادة، ولما كانت هذه الخلافة لا تعلم شروطها إلا ممن جعل هذا الكائن خليفة في الأرض، ولا يكون ذلك إلا بإرسال الرسل بالمنهج السليم لتحقيق طرفي الخلافة العبودية والسيادة، وبالرسل كان التكليف لهذا الإنسان»⁽⁴⁾.

(1) سورة ص، الآية: 75.

(2) نافذ ذيب أبو عبيدة، التدابير الشرعية الوقائية لحفظ العقل، (قدمت هذه الرسالة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، تاريخ المناقشة 2011/09/13)، ص: 44-45.

(3) سورة البقرة، الآية: 30.

(4) عبد اللطيف بن سعد الغامدي، حقوق الإنسان في الإسلام، ص: 76-77.

رابعاً: التكريم بالحلال في المطعم والمشرب.

قال الله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّاسُ كُلُّوا مِمَّا فِي الْأَرْضِ حَلَالًا طَيِّبًا وَلَا تَتَّبِعُوا خُطُوتِ الشَّيْطَانِ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُبِينٌ﴾⁽¹⁾.

« فيوضح من الآية الكريمة أن الله عز وجل قد اختص الجنس البشري بالطيبات من الطعام والشراب تأكيداً لتكريمه، دون تفرقة بين إنسان وآخر، وحرم عليهم الخبائث من الطعام والشراب، وذلك بسبب ارتقاء الجنس البشري إلى مستوى تكريم الله عز وجل له، فالإنسان مكرم في الإسلام ومفضل على سائر المخلوقات »⁽²⁾.

خامساً: التكريم بأمر الملائكة السجود لآدم:

قوله تعالى: ﴿وَإِذْ قُلْنَا لِلْمَلَائِكَةِ اسْجُدُوا لِآدَمَ فَسَجَدُوا إِلَّا إِبْلِيسَ كَانَ مِنَ الْجِنِّ فَفَسَقَ عَنْ أَمْرِ رَبِّهِ﴾⁽³⁾، وقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَاكُمْ ثُمَّ صَوَّرْنَاكُمْ ثُمَّ قُلْنَا لِلْمَلَائِكَةِ اسْجُدُوا لِآدَمَ فَسَجَدُوا إِلَّا إِبْلِيسَ لَمْ يَكُ مِنَ السَّاجِدِينَ * قَالَ مَا مَنَعَكَ أَلَّا تَسْجُدَ إِذْ أَمَرْتُكَ قَالَ أَنَا خَيْرٌ مِّنْهُ خَلَقْتَنِي مِن نَّارٍ وَخَلَقْتَهُ مِن طِينٍ﴾⁽⁴⁾.

« ووضح من الآيات الكريمة أن الله تبارك وتعالى قد شرف آدم وذريته، حيث أمر الملائكة بالسجود له تكريماً لهذا الخلق الذي خلقه وسواه بيده، وتعظيماً لقدره ومكانته »⁽⁵⁾.

(1) سورة البقرة، الآية: 168.

(2) حسيني هيكمل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية «دراسة مقارنة»، (دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات 2007)، ص: 91.

(3) سورة الكهف، الآية: 50.

(4) سورة الأعراف، الآية: 11-12.

(5) علي محمد علي أحمد، معيار تحقق الوفاة وما يتعلق بها من قضايا حديثة في الفقه الإسلامي، (دار الفكر الجامعي، القاهرة، الطبعة الأولى 2007)، ص: 7.

الفرع الثاني: استخلاف الإنسان في الأرض.

من الضمانات الشرعية لحق السلامة الجسدية قصر وظيفة الخلافة وعمارة الأرض على الإنسان دون غيره من المخلوقات.
أولاً: مفهوم الخلافة في القرآن الكريم:

يقول: « ابن كثير في تفسير قوله تعالى: ﴿ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً ﴾⁽¹⁾ أي قوماً يخلف بعضهم بعضاً قرناً بعد قرن، وجيلاً بعد جيل »⁽²⁾.

ثانياً: وظيفة الخلافة في الأرض:

1- أن يقوم الإنسان بإعمار الأرض واستغلال ما فيها من خيرات، فقد مكن الله تعالى هذه المخلوقات - الخليفة - زمام هذه الأرض وأطلق فيها يده ليكشف ما فيها من قوى وطاقات هائلة وكنوزا وسخر له ما في الكون كله بإذنه ليقوم بمهمته العظيمة التي وكله بها. الحكم بالعدل بين الخلق، وإقامة حدود الله، وتنفيذ قضاياه على مقتضى شرعه. ثم الفصل بين الناس فيما اختلفوا فيه، وإنهاء المنازعات، والانتصار للمظلوم من الظالم والزرع عن تعاطي الفواحش⁽³⁾.

(1) سورة البقرة، الآية: 30.

(2) ابن كثير، تفسير ابن كثير، ج 1، ص: 124.

(3) علي محمد علي أحمد، معيار تحقق الوفاة وما يتعلق بها من قضايا حديثة في الفقه الإسلامي، ص: 5.

الباب الأول

السلامة الجسدية و أسباب الإباحة

- الفصل الأول: السلامة الجسدية و استعمال حق التأديب.
- الفصل الثاني: السلامة الجسدية و ممارسة الألعاب الرياضية.
- الفصل الثالث: السلامة الجسدية و إباحة الدفاع الشرعي.
- الفصل الرابع: السلامة الجسدية و الأعمال الطيبة.
- الفصل الخامس: السلامة الجسدية و التجارب الطيبة.
- الفصل السادس: السلامة الجسدية و المسؤولية الطيبة.

الباب الأول: السلامة الجسدية وأسباب الإباحة.

تمهيد:

الأفعال في الشريعة الإسلامية مباحة ابتداءً، فإن أتاها الفرد أو امتنع عنها لا تقرر مسؤوليته جنائياً، إلا إذا ورد دليل التحريم، وبالتالي الفعل الذي لا يتناوله المشرع بالتحريم يكون مباحاً، إباحة أصلية عملاً بقاعدة « الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة ورفع الحرج عن الفعل والترك إلا ما دل الدليل على تغييره، والأصل عدم المغير »⁽¹⁾. أو بمعنى آخر « الأصل في الأشياء الإباحة، حتى يدل الدليل على التحريم »⁽²⁾.

وبالتالي أباح المشرع أفعال الاعتداء على التكامل الجسدي إذا كان من وراءها تحقيق مصلحة أولى بالحماية اجتماعياً وجنائياً، فيباح للولي ضرب صغيره قصد تأديبه أو تعليمه، أو تهديبه، ويباح للزوج تأديب زوجته بغرض طاعته، كما يباح للطبيب المساس بجسم مريضه قصد علاجه، أو تحقيقاً لمصلحة اجتماعية لإجراء تجارب طبية، والقانون يجيز المساس بسلامة جسم اللاعبين في ممارسة الألعاب الرياضية بهدف تشجيعهم على اللياقة البدنية، هذا وللشخص الحق في رد العدوان، باستعمال القوة ويعتبر هذا دفاعاً مشروعاً مباحاً.

(1) الأمدي، الأحكام في أصول الأحكام، (دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، 1984م)، ج1، ص: 235.

(2) السيوطي، الأشباه والنظائر، (دار الكتاب العربي، الطبعة الرابعة، 1988م)، ص: 133.

الفصل الأول

السلامة الجسدية و استعمال

حق التأديب

– المبحث الأول: حق تأديب الزوجة في الفقه الإسلامي
والقانون الوضعي

– المبحث الثاني: حق تأديب الصغار في الفقه الإسلامي
والقانون الوضعي

الفصل الأول: السلامة الجسدية و استعمال حق التأديب.

تمهيد:

يعتبر الحق سبباً من أسباب الإباحة، وبالتالي يجيز القانون استثناءً الاعتداء على الحق في السلامة الجسدية استعمالاً للحق في التأديب أو ممارسة الألعاب الرياضية، فممارسة بعض الحقوق تقترب بالوصف الإجرامي، لكن المشرع أجازها، ومحي الصفة الإجرامية عنها تحقيقاً لمصلحة محمية شرعاً وقانوناً، والقانون أقر حماية الحقوق في ظل حماية مصلحة المجتمع، ولهذا اشترط شروط معينة لإباحة الحقوق وهي:

أ- وجود الحق قانوناً.

ب- التزام حدود الحق.

المبحث الأول: حق تأديب الزوجة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

الحق في التأديب سبباً من أسباب الإباحة، فللزواج الحق في تأديب زوجته الناشز، وتهذيب سلوكها في حدود ما أقرته الشريعة الإسلامية السمحة.

المطلب الأول: حق تأديب الزوجة في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: أصل تأديب الزوجة في الفقه الإسلامي

أجازت الشريعة الإسلامية الحق في تأديب الزوج لزوجته، إن هي عصت أوامره، أو خرجت عن طاعته، ولم تلتزم بواجباتها الشرعية نحوه، والحق في تأديب الزوجة قرر القرآن صحتة، وبيّن السنة أحكامه وشروطه.

أولاً: القرآن الكريم:

وردت في القرآن الكريم آيات صريحة دالة على إباحة استعمال الزوج لحقه في التأديب، ومنها قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا فَوْاً أَنفُسِكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَاراً وَفُودَهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ﴾⁽¹⁾، «أي يأيتها الذين صدّقوا بالله تعالى ورسوله ﷺ أدّبوا أنفسهم وعلموها، واتخذوا لها وقاية من النار، وحافظوا عليها بفعل ما أمركم به وترك ما نهاكم عنه، وعلموا أهليكم وأمروهم بطاعة الله واهوهم عن معاصيه، وانصحوهم وأدّبوهم حتى لا تصيروا معهم إلى النار العظيمة الرهيبة»⁽²⁾. «وقوله تعالى: ﴿وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ﴾⁽³⁾، دلت هذه الآية على تأديب الرجال نساءهم، فإذا حفظن حقوق الرجال فلا ينبغي أن يسيء الرجل عشرتها»⁽⁴⁾.

(1) سورة التحريم، الآية: 6.

(2) وهبة الزحيلي، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، (دار الفكر سوريا، دار الفكر المعاصر، لبنان 1998م)، الجزء 28، ص: 31.

(3) سورة النساء، الآية: 34.

(4) أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (دار الكتاب العربي)، ج5، ص: 169.

« والهجر هو أن لا يجامعها ويضاجعها على فراشها ويوليها ظهره، وكذا قال غير واحد وزاد آخرون منهم السدي والضحاك وعكرمة وابن عباس في رواية ولا يكلمها مع ذلك ولا يحدثها»⁽¹⁾.

« والضرب في هذه الآية هو ضرب الأدب غير المبرح، وهو الذي لا يكسر عظماً ولا يشين جارحة، كاللكزة ونحوها، فإن المقصود منه الصلاح لا غير، فلا جرم إذا أدى إلى الهلاك وجب الضمان»⁽²⁾.

ثانياً: السنة النبوية.

وردت في السنة الشريفة أحاديث دالة على جواز ضرب الزوج لزوجته لتأديبها لا لتعذيبها ومنها:

أ/ قوله عليه الصلاة والسلام: « استوصوا بالنساء خيراً، فإنهن عندكم عوان، ليس تملكون منهن شيئاً غير ذلك، إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع، واضربوهن ضرباً غير مبرح، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً، إن لكم من نساءكم حقاً، ولنساءكم عليكم حقاً، فأما حقكم على نساءكم، فلا يوطئن فرشكم من تكرهون، ولا يأذنن في بيوتكم لمن تكرهون، ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسوتهن وطعامهن »⁽³⁾.

ب/ قوله عليه الصلاة والسلام: « ... ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحد تكرهونه، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضرباً غير مبرح »⁽⁴⁾.

(1) ابن كثير، الحافظ عماد الدين أبي الفداء اسماعيل، تفسير ابن كثير، (دار الثقافة، الجزائر، الطبعة الأولى 1990م)، ج2، ص:143.

(2) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج5، ص: 172.

(3) أخرجه ابن ماجه، كتاب النكاح، باب " حق المرأة على الزوج "، رقم الحديث (1851)، ج1/594.

- قال الألباني في إرواء الغليل: « في إسناده جهالة لكن له شاهد يتقوى به ». ينظر: محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخریج أحاديث منار السبيل، (المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، 1985) رقم (1998): 54/7.

(4) أخرجه: مسلم، الصحيح، كتاب الحج، باب " حجة النبي صلى الله عليه وسلم "، رقم الحديث (1218)، ج2/886.

ج/ عن حكيم بن معاوية، عن أبيه عن النبي ﷺ قال: سأله رجلٌ ما حق المرأة على الزوج؟ قال: «تطعمها إذا طعمت، وتكسوها إذا اكتسيت، ولا تضرب على الوجه، ولا تقبح، ولا تهجر إلا في البيت»⁽¹⁾.

ويتضح من الأحاديث السابقة الذكر أن السنة النبوية الشريفة أجازت أفعال التأديب التي يأتيها الزوج على زوجته، وهذه الإجازة حددت بشروط معينة، وأحوال خاصة يجب على الزوج مراعاتها، وإلا ضمن ما أثلغه الضرب إذا كان الضرب شديداً مبرحاً.

ثالثاً: الأثر.

عن هاشم بن عروة، عن فاطمة بنت المنذر، عن أسماء بنت أبي بكر قالت: «كنت رابع أربع نسوة تحت الزبير، فكان إذا عتب على إحدانا، فك عوداً من عيدان المشجب، فضربها به حتى يكسره عليها»⁽²⁾.

رابعاً: الإجماع.

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على إباحة حق تأديب الزوج لزوجته إن هي خرجت عن طاعته، ويستدل بعض الفقهاء على هذه الإباحة من حكم العقل على السؤال التالي: هل من كرامة الرجل أن يلجأ إلى القضاء لمحاكمة زوجته كلما انحرفت أو خالفت أو حاولت أن تنحرف وتخالف أوامرهم؟ وهل تقبل المرأة العاقلة أن يهرع زوجها كلما وقعت في شيء من المخالفة إلى أبيها، أو إلى المحاكم ويبيع سرها أمامه...؟

«إن حكم العقل يقضي بقبول المرأة لأفعال التأديب لردها إلى رشدها بشيء من التأديب المادي الذي لا يتجاوز المألوف في تربيتها لأبنائها عل أن تسترسل في نشوزها وشق عصا زوجها فتهدم بيتها وتشرد أطفالها»⁽³⁾.

⁽¹⁾ أخرجه: أبو داود، السنن، كتاب النكاح، باب "حق المرأة على زوجها" رقم الحديث (2142)، ج 2/ 244.

- الإمام أحمد، المسند، رقم الحديث (20013)، ج 217/33. قال الألباني في إرواء الغليل: «صحيح»، ينظر: الألباني، إرواء الغليل، رقم الحديث (2033)، ج 98/7.

⁽²⁾ محمد بن جرير أبو جعفر الطبري، تهذيب الآثار وتفصيل الثابت عن رسول الله من الأخبار، (مطبعة المدني، القاهرة)، رقم الحديث (688)، ج 414/1.

⁽³⁾ محمد شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، ص: 165.

الفرع الثاني: دواعي التأديب.

تؤدب المرأة في الشريعة الإسلامية إذا ثبت نشوزها، أو قامت بمعصية لم يورد الشارع لها عقوبة أو حد معين.

أولاً: مفهوم النشوز:

« النشوز هو الارتفاع، فالمرأة الناشز هي المرتفعة على زوجها، التاركة لأمره، المعرضة عنه، المبغضة له »⁽¹⁾.

« ونشوز الزوجة يكون بخروجها عن الطاعة الواجبة للزوج، فالمرأة التي تخرج عن حقوق الزوج قد ترفعت عليه وحاولت أن تكون فوق رئيسها، بل ترفعت أيضاً عن طبيعتها وما يقتضيه نظام الفطرة في التعامل »⁽²⁾.

ثانياً: أسباب نشوز الزوجة.

1- خروج الزوجة من بيت الزوجية بلا إذن الزوج لغير عذر شرعي:

جاء في بدائع الصنائع: « ومنها ملك الحبس والقيد، وهو صيرورتها ممنوعة عن الخروج والبروز لقوله تعالى: ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ ﴾⁽³⁾، والأمر بالإسكان نهي عن الخروج والبروز والإحراج، إذ الأمر بالفعل نهي عن ضده وقوله تعالى: ﴿ وَفَرَزَ فِي بُيُوتِكُنَّ ﴾⁽⁴⁾، وقوله عز وجل: ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ ﴾⁽⁵⁾، ولأنها لو لم تكن ممنوعة عن الخروج والبروز، لا ختل السكن والنسب لأن ذلك ما يريب الزوج ويحمله على نفي النسب »⁽⁶⁾.

(1) ابن كثير، تفسير ابن كثير، ج2، ص: 172.

(2) علي محمد علي قاسم، نشوز الزوجة أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي، (دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004)، ص: 13.

(3) سورة الطلاق، الآية: 6.

(4) سورة الأحزاب، الآية: 33.

(5) سورة الطلاق، الآية: 1.

(6) علاء الدين أبي بكر مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (دار الكتاب العربي، لبنان، الطبعة الثاني 1982)، ج2، ص: 331.

وقد استدلل الفقهاء على ضرورة إذن الزوج لإباحة خروج الزوجة بالقرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة:

أ/ القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿ وَفَرَزْنَ فِي بِيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى ﴾⁽¹⁾.

« قال القرطبي - رحمه الله - معنى هذه الآية: الأمر بلزوم البيت، وإن كان الخطاب لنساء النبي ﷺ فقد دخل غيرهن فيه بالمعنى، هذا لو لم يرد دليل يخص جميع النساء؛ كيف والشريعة طافحة بلزوم النساء بيوتهن، والانكفاف عن الخروج منها إلا لضرورة؛ فأمر الله تعالى نساء النبي ﷺ بملازمة بيوتهن، وحاطبهن بذلك تشريعاً لهن ونهاهن عن التبرج»⁽²⁾.

ب/ السنة النبوية:

عن عطاء عن ابن عمر، عن النبي ﷺ أن امرأته أتته فقالت: ما حق الزوج على امرأته؟ فقال: « لا تمنعه نفسها وإن كانت على ظهر قتب، ولا تعطي من بيته شيئاً إلا بإذنه، فإن فعلت ذلك كان له الأجر وعليها الوزر، ولا تصوم يوماً تطوعاً، إلا بإذنه فإن فعلت ذلك أثمت ولم تؤجر، ولا تخرج من بيته إلا بإذنه فإن فعلت لعنتها الملائكة ملائكة الغضب وملائكة الرحمة حتى تتوب أو تراجع» قيل: فإن كان ظالماً؟ قال: « وإن كان ظالماً»⁽³⁾.

2- سفر الزوجة بدون إذن زوجها.

(1) سورة الأحزاب، الآية: 33.

(2) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج14، ص: 179.

(3) أخرجه البيهقي، السنن الكبرى، كتاب القسم والنشوز، باب " ما جاء في بيان حقه عليها"، رقم الحديث (14713)، ج477/7.

- وقال الألباني في سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيء في الأمة «ضعيف»، ينظر: الألباني، سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيء في الأمة، (دار المعارف، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى 1992م)، رقم الحديث (3515)، ج8/ 14.

3- امتناع الزوجة عن تمكين الزوج منها:

« فإن امتنعت الزوجة عن تمكين الزوج منها بدون عذر شرعي، كأن تمنعه من الوطء، أو مكنته من دون بقية الاستمتاع الأخرى، كاللمس والنظر، والمباشرة، أو لم تبت معه في فراشه، فإنها تكون ناشزة»⁽¹⁾، واستدلوا على ذلك من السنة، بقوله ﷺ: « إذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى ترجع»⁽²⁾.

ثالثاً: وسائل التأديب.

إذا ثبت نشوز الزوجة وجب تأديبها بالتدرج في استعمال وسيلة التأديب.

1/ النصح والإرشاد «الوعظ»:

« وهو أن يعظ الزوج زوجته بلطف وتجنب عن طريق الحكمة والموعظة الحسنة، بكل ما يلين به قلبها، للرغبة في ثواب طاعة الله، والخوف من عقاب معصيته، وهو أولى الخطوات التي ينبغي على الزوج اتباعها، إذا ما وقع في نفسه خوف متيقن من مظاهر نية الإعراض»⁽³⁾.

« قال الإمام الكسائي في صفة الوعظ: إذا كانت ناشزة فله أن يؤدبها لكن على الترتيب فيعظها أولاً على الرفق واللين بأن يقول لها كوني: من الصالحات القانتات الحافظات للغيب، ولا تكوني من كذا وكذا، فلعلها تقبل الموعظة وتترك النشوز»⁽⁴⁾.

« جاء في «المغني» فإنه يعظها فيخوفها بالله سبحانه وتعالى، ويذكر ما أوجب الله له عليها من الحق والطاعة، وما يلحقها من الإثم بالمخالفة والمعصية، وما يسقط بذلك من حقوقها من النفقة والكسوة، وما يباح له من ضربها وهجرها»⁽⁵⁾.

(1) علي محمد علي قاسم، نشوز الزوجة، أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي، ص: 83.

(2) أخرجه البخاري، الصحيح، كتاب النكاح، باب " إذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها " رقم الحديث (5194)، ج7/30.

(3) علي محمد علي قاسم، نشوز الزوجة أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي، ص: 114.

(4) الكسائي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، ص: 334.

(5) موفق الدين ابن قدامى، شمس الدين ابن قدامى المقدسي، المغني ويليه الشرح الكبير، (دار الكتاب العربي، بيروت 1983م)، ج8، ص: 162.

2/ الهجر:

إن الوعظ وسيلة سلمية، وبها يستكشف حال المرأة، ويتوضح أمرها فإذا لم يجد النصح والإرشاد، وقد بذل جهده في وعظها وإفهامها ما يترتب على نشوزها من ضرر، وما يؤدي إليه من سوء الأمور ولم ترعو فينتقل إلى المرحلة الثانية أو الوسيلة الثانية من وسائل التأديب⁽¹⁾.
وقال النووي « الهجر أن يهجرها في الفراش »⁽²⁾.

وقال القرطبي « المراد بالهجر هو أن يضاجعها ويوليها ظهره ولا يجامعها »⁽³⁾.
« والهجر يختلف باختلاف أحوال النساء، فمنهن من لا يصلح حالها إلا بترك جماعها، ومنهن من يزداد لها في العقوبة، فلا تكثر بترك الجماع، فيترك لها الحجر، ومنهن من لا يصلح حالها إلا بعدم الكلام، علاوة على ترك الجماع، وكل ذلك جائز رجاء صلاح حال الزوجة وردها عن النشوز »⁽⁴⁾.

3/ الضرب غير المبرح:

يعتبر الضرب آخر وسيلة لعلاج نشوز الزوجة، فالمرأة التي لا تسمع النصيحة ولا تتعظ، ولا تأبه بتأبه بهجر زوجها لها في المضجع أو الكلام، تستحق شيئاً من الرعونة في المعاملة، فلا بأس بضربها ضرباً غير مبرح لا ينقص من شأنها وكرامتها كامرأة، وفي الوقت ذاته يكسر شوكتها ويهديها سبيل الرشاد⁽⁵⁾.

(1) سامي جميل الفياض الكبيسي، رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة، (دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، 2005م)، ص: 296.

(2) محي الدين أبي زكرياء يحيى بن شرف النووي، تكملة المجموع شرح المهذب، (منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى 2002م)، ج20، ص: 250.

(3) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج5، ص: 171.

(4) علي محمد علي قاسم، نشوز الزوجة، أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي، ص: 126-127.

(5) علي محمد علي قاسم، نشوز الزوجة، أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي، ص: 127.

قال الكاساني: «... فإن تركت النشوز وإلا ضربها عند ذلك ضرباً غير مبرح ولا شائن»⁽¹⁾، وجاء في المغني «وعليه أن يتجنب الوجه والمواضع المخوفة؛ لأن المقصود التأديب لا الإتلاف»⁽²⁾.

الفرع الثالث: المسؤولية الجنائية في ضمان تلف الزوجة المؤدبة في الفقه الإسلامي.

اتفق الفقهاء على الضمان في تأديب الزوجة، لأن الضرب تقرر لمنع النشوز فتقيد بالوصف، ومن ثم فلن يؤذن للزوج بإطلاق، بل قيد بالألا يكون مبرحاً، فإذا تجاوز الحد المقرر فلا يكون قد فعل ما هو مأذون فيه بل تجاوزه، ويضمن الزوج في هذه الحالة الدية.

وقد اشترط الفقهاء لإعفاء الزوج من القصاص شرطين أولهما: التعرف على مقاصد الشريعة من ضرب الزوج ففيه ضرر وإيذاء بها فلا يباح إلا لدرء ضرر أشد وهو النشوز الذي يؤدي إلى قطع الحياة الزوجية لقوله تعالى: ﴿وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً﴾⁽³⁾.

أما إذا لم تكن الزوجة ناشزاً فضررها اعتداء أو مغاضبة، كان معتدياً فيكون قتله شبه عمد.

والشرط الثاني: ألا يكون الضرب غير مبرح ابتداءً، فإذا لكرها فماتت فيرى مالك الإعفاء من القصاص، ويرى باقي الفقهاء أنه لا يكون شبه عمد لوضوح الخطأ، أما إذا كان الضرب شديد فقد خرج عن حد المباح فيكون شبه عمد لا خطأ ويعزر الزوج تعزيراً شديداً⁽⁴⁾ وبعد الحديث عن بعض أحكام النشوز في الشريعة الإسلامية، لا بد أن نعدد جملة من المسائل:

✓ الرجل مسؤول عن تأديب زوجته، وله الحق في تقويم سلوكها، متى أساءت التصرف أو نشزت، بعدم طاعته أو غلظتها معه، فيقومها بالنصح أولاً فإن لم يجد ذلك هجر فراشها

(1) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 2، ص: 334.

(2) ابن قدامة، المغني ويليهِ الشرح الكبير، ج 8، ص: 163.

(3) سورة النساء، الآية: 34.

(4) أحمد هبة، موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التحريم والعقاب، (عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الأولى، 1985م)،

أو الكلام معها، فإن لم ينفع ذلك معها، جاز له ضربها ضرباً غير مبرح، بسواك أو منديل، لا بسوط ولا عصا.

- ✓ يحرم على الزوج ضرب زوجته ظلماً بلا داع أو سبب، ولو كان الضرب يسيراً.
- ✓ أجازت الشريعة الإسلامية ضرب المرأة بنية التهذيب والإصلاح، لا الحقد والتشفي، والانتقام من الزوجة.
- ✓ إن التأديب المشروع ليس عنفاً ولا تخويفاً، أما إذا تجاوز حدود الشرعية فهو عنف ومرض واجب العلاج منه.
- ✓ ينبغي على الزوج مراعاة الترتيب الوارد في الآية الكريمة عند معاقبة أو تأديب زوجته الناشز، وذلك بأن يبدأ بالنصح والوعظ والإرشاد، فإن لم ينفع معها ذلك هجرها في المضجع، فإن لم تكثر بالهجر، جاز ضربها إصلاحاً لشأها حفاظاً على عسرتها.
- ✓ إذا ارتضى الزوج ضرب زوجته، فيستحسن ضربها أمامه فقط، ولا يشهد عليها أحد أفراد العائلة أو والديها؛ لاجتناب مشاكل أسرية، أعظم درجة كي يؤدي التأديب أكله في الإصلاح والتغيير.

المطلب الثاني: حق تأديب الزوجة في القانون الوضعي.

للزوج الحق في تأديب زوجته، وهذا الحق مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، وأكدت عليه قواعد العرف العام.

وحق التأديب مقرر للزوج اتجاه زوجته إذا أتت معصية لم يرد في شأنها عقوبة محددة، وأن يكون التأديب بهدف التهذيب لا الانتقام، وأن يكون مقيد من حيث الوسيلة، بحيث لا يترك أثراً على جسد الزوجة.

الفرع الأول: نشأة الحق في التأديب في القانون الوضعي.

أولاً: القانون الفرنسي:

أجاز القانون الفرنسي القديم حق الزوج في تأديب زوجته، استناداً إلى تصور الفقه المدني القديم للعلاقة الزوجية وحقوق الزوج على زوجته، وكان تصور هذا الفقه يقوم على أن الزوج

هو سيد الأسرة ورئيسها، ومن ثمة يكون له إتيان أفعال التأديب على زوجته تفريراً عن هذه السلطة⁽¹⁾.

ولقد أتيح للمحاكم الفرنسية فرصة إبداء الرأي حول هذه المسألة فقررت محكمة "السين" في عام 1922 أن من حق الزوج أن يصفع زوجته ويضربها تأديباً لها، إلا أن محكمة النقض نقضت القرار بمقولة أن العادات المعاصرة لم تعد تسمح بهذا الحق، فيلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية قد أقرت ضمناً حق الزوج في التأديب لو أن العادة ما زالت تسمح. يمثل هذا الحق⁽²⁾.

ثانياً: القانون اللبناني:

نصت المادة التاسعة من الدستور اللبناني على أن الدولة «تضمن للأهلين على اختلاف مللهم احترام نظام الأحوال الشخصية والمصالح الدينية» ويستشف من هذا النص موافقة المشرع اللبناني على تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية المتعلقة بالأحوال الشخصية والمصالح الدينية على المسلمين من اللبنانيين، ولما كانت قواعد الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية تمنح الزوج الحق في تأديب زوجته، فإنه يتعين احترام فروع القانون الأخرى لهذا الحق ومنها قانون العقوبات، وعلى ذلك يشمل حق التأديب حق الزوج في تأديب زوجته وحق الآباء والأساتذة في تأديب الأولاد⁽³⁾.

ثالثاً: القانون الأردني:

نصت المادة (62) من قانون العقوبات الأردني في فقرتها الأولى على أنه «لا يعد الفعل الذي يجيزه القانون جريمة» ثم أوردت في الفقرة الثانية من المادة (62)، تطبيقات على الأفعال التي يجيزها القانون، وجاء في ما يجيز القانون:

أ/ ضروب التأديب التي يترها بالأولاد آباؤهم على نحو ما يبيحه العرف العام⁽⁴⁾.

(1) مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، ص: 195.

(2) كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، (المكتبة القانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الدار العالمية للنشر والتوزيع، 2002)، ص: 189-190.

(3) علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم العام، (الدار الجامعية 1988م)، ص: 155.

(4) نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام "النظرية العامة للجريمة"، (كلية الحقوق، جامعة مؤتة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 1998م)، ص: 185.

والنص واضح بالنسبة لإباحة تأديب الآباء لأبنائهم، أما ما يلحقه الزوج من أذى بنية تأديب زوجته فهذا غير مرخص به قانوناً، أما مسألة تأديب الزوج لزوجته فقانون العقوبات الأردني لم ينص عليها بصراحة.

وذهب الدكتور نظام توفيق المجالي إلى أنه « إذا كان القياس محصور على الإطلاق في مجال قواعد التبرير، فتأديب الزوج لزوجته يمكن قياسه على تأديب الآباء لأولادهم على نحو ما تجيزه قواعد الشريعة الإسلامية باعتبار أنها جزء من النظام القانوني في هذا المجال »⁽¹⁾.

رابعاً: القانون المصري:

تنص المادة (60) من قانون العقوبات على أنه « لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة » وبالرجوع إلى الصياغة الفرنسية للنص يتبين أن لفظ الشريعة في النص العربي ترجمة لكلمة القانون في الأصل الفرنسي، إذن أي فرع من فروع القانون يصلح في ظرف خاص مصدراً للحق في إثبات سلوك نص قانون العقوبات على تجريمه، ومن شأن ذلك الفرع أن يرفع عن هذا السلوك في ذلك الظرف الحظر القانوني المانع من الإقدام عليه؛ فيرتفع هذا الحظر في نظر كافة الفروع الأخرى ومنها قانون العقوبات، ويمكن أن تكون الشريعة الإسلامية مصدر مثل ذلك الحق في نطاق صيرورتها قانوناً وضعياً نافذاً كما هو الحال في حق تأديب الزوج لزوجته بالضرب الذي لا يترك أثراً⁽²⁾.

كما تنص المادة (209) من قانون الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية « يباح للزوج تأديب المرأة تأديباً خفيفاً على كل معصية لم يرد في شأنها حد مقرر، ولا يجوز له أصلاً أن يضربها ضرباً فاحشاً ولو بحق »⁽³⁾.

وبعد التعرض لموقف القانون الفرنسي، اللبناني والأردني والمصري من مسألة إباحة التشريع الوضعي لحق الزوج في تأديب زوجته يظهر جلياً أن قانون العقوبات في التشريعات السابقة لم ينص على ذلك صراحة، بل يستفاد ذلك من العرف، وقوانين الأحوال الشخصية،

(1) نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام، ص: 187.

(2) رمسيس بھنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، (منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثالثة 1997م)، ص: 323.

(3) حسن صادق المرصفاوي، قانون العقوبات تشريعاً وقضاً في مائة عام، (منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية

وقياساً على مسألة تأديب الأولاد، كما أن معظم هاته التشريعات أكدت على ضرورة اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية وبالتالي إقرار الحق في التأديب المقرر للزوج على الزوجة.

الفرع الثاني: شروط تأديب الزوجة في القانون الوضعي.

أولاً: وجود الحق: يستمد هذا الحق وجوده من القرآن الكريم، فصاحب هذا الحق هو الزوج المسلم، الذي تزوج بموجب أحكام الشريعة الإسلامية وليس أي زوج آخر⁽¹⁾.

ولا ينشأ للزوج الحق في تأديب زوجته إلا إذا أتت معصية لم يرد في شأنها حد مقرر، ويشترط ألا يكون أمر هذه المعصية قد رفع إلى الإمام أي إلى السلطات العامة⁽²⁾.

ثانياً: التزام قيود التأديب: الزوج يملك تأديب زوجته بوسيلة من الوسائل الثلاث التالية: الوعظ، الهجر في المضجع، والضرب، فلا يجوز له أن يلجأ إلى الضرب إلا بعد وسيلة الوعظ ووسيلة الهجر في المضجع⁽³⁾. ويشترط في الضرب ألا يكون مبرحاً، أي لا يكون شديداً؛ والضرب الشديد أو الفاحش هو الذي يؤلم بأن يؤثر في الجسم، أو يغير من لون الجلد، فالضرب المبرر هو الضرب الخفيف غير المؤلم الذي لا يحدث أثر بالجسم، أو يغير من لون الجلد⁽⁴⁾.

فإذا أحدث الزوج بجسم زوجته إصابات بالجسم، حتى ولو كانت طفيفة يكون متجاوزاً لحدود حقه ولا يستفيد من سبب التبرير في هذه الحالة، ويعتبر عمل غير مشروع مستوجباً مسؤوليته⁽⁵⁾.

ثالثاً: حسن النية: شرع التأديب تهدياً للزوجة ومواجهة لنشوزها، ولذلك يتعين أن يكون هدف الزوج تحقيق هذه الغاية⁽⁶⁾، فإذا أخفى الزوج باعثاً خبيثاً كالانتقام، كان سيء النية، ومقترفاً جريمة الإيذاء⁽⁷⁾.

(1) سمير عالية، شرح قانون العقوبات القسم العام «الجريمة، المسؤولية، الجزاء - دراسة مقارنة -»، (مجد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2002م)، ص: 372.

(2) علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم العام، ص: 155.

(3) نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام، ص: 189.

(4) علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات القسم العام، ص: 287.

(5) علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات القسم العام، ص: 156.

(6) كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، ص: 190.

(7) سمير عالية، شرح قانون العقوبات القسم العام، ص: 373.

المطلب الثالث: حق تأديب الزوجة في القانون الجزائري.

الفرع الأول: نشأة الحق في التأديب في القانون الجزائري.

لم ينص القانون الجزائري صراحة على إباحة الزوج تأديب زوجته الناشز، أو المرتكبة لمعصية ما. ولكن يمكن تقرير ذلك بناء على تفسير المواد القانونية.

أولاً: قانون العقوبات الجزائري:

نصت المادة (39) من قانون العقوبات الجزائري على أنه « لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون...»، وتدخل ضمن الأعمال التي يأذن بها القانون ممارسة الشخص لحق له مقرر في القانون، على أن لا يقتصر معنى القانون هنا على قانون العقوبات، إذ يقصد به كل قاعدة قانونية بمعنى عام فيدخل ضمن العرف والشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية الأخرى ويمكننا أن نجمل هذه الحقوق في حق التأديب⁽¹⁾.

ثانياً: القانون المدني الجزائري:

نصت المادة (1) من القانون المدني الجزائري على أنه « يسري القانون على جميع المسائل التي تناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية⁽²⁾».

ثالثاً: الدستور الجزائري:

نصت المادة (2) من دستور 28 نوفمبر 1996 على « الإسلام دين الدولة »⁽³⁾.

⁽¹⁾ عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري «القسم العام»-الجريمة، (ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1998م)، ص: 126.

⁽²⁾ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ، الموافق ل 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

⁽³⁾ الدستور الجزائري (استفتاء 28 نوفمبر 1996)، الديوان الوطني للأشغال التربوية.

الفرع الثاني: شروط تأديب الزوجة في القانون الجزائري.

- 1- للزوج الحق في تأديب زوجته فله عليها ولاية تأديبية ولو بالضرب، بشرط أن لا يكون شديداً ولا مبرحاً، فيباح للزوج تأديب المرأة تأديباً خفيفاً على كل معصية، ولا يجوز أن يضربها ضرباً فاحشاً، بحيث إذا اشتكت المرأة نشوز زوجها وضربه إيها ضرباً فاحشاً ولو بحق، وثبت ذلك عليه بالبينة فإنه يعزر⁽¹⁾.
- 2- أن تأتي الزوجة معصية بشرط أن لا تكون من تلك المعاصي التي قرر لها الشارع حداً، وأن يكون الزوج قد أبلغ السلطات بمعصية زوجته⁽²⁾.
- 3- عدم التجاوز في استعمال حق التأديب، فذهب الدكتور أحسن بوسقيعة إلى أن الحق في التأديب لا يمكن التحجج به أما القاضي الجزائري إذا قدمت الزوجة شكوى ضد زوجها من أجل الضرب، ذلك أن قانون العقوبات الجزائري قانون وضعي محض، ومن ثمة لا يؤخذ بما هو مقرر في الشريعة الإسلامية إلا إذا كان متوافقاً مع أحكام قانون العقوبات⁽³⁾.
- 4- أن يكون الضرب بغرض التأديب والإصلاح، وليس بهدف الانتقام والبغى، وهذا ما يشمل شرط حسن النية في استعمال حق التأديب⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: أحكام نشوز الزوجة في قانون الأسرة الجزائري.

نصت المادة (55) من قانون الأسرة الجزائري « عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر »⁽⁵⁾.

(1) إبراهيم الشباسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري " القسم العام "، (الشركة العالمية للكتاب، دار الكتاب اللبناني بيروت)، ص: 169.

(2) عادل قوره، محاضرات في قانون العقوبات القسم العام الجرمية، (ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة 1954م)، ص: 79.

(3) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، (الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى 2002م)، ص: 119-120.

(4) عادل قوره، محاضرات في قانون العقوبات، ص: 79-80.

(5) القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

- والملاحظ أن المادة السابقة الذكر لم تبيّن حالات نشوز الزوج، ولا الحالات التي تعتبر فيها الزوجة ناشز، كما أنّها لم تحدد مفهوم دقيق للنشوز، ولم تذكر كيفية إثباته، ولا الإجراءات الواجب اتباعها لمعالجة حالة النشوز، قبل المرور إلى حكم الطلاق.
- والذي يبدو لي أن قانون العقوبات الجزائري أقر حق تأديب الزوجة وضمنه حق الطاعة فكلما انتفت الطاعة حق للزوج تأديب زوجته، لأن التأديب وبكل طرقه وسيلة للحفاظ على تلاحم الأسرة، وعدم انشقاقها بالطلاق.
- والمشروع الجزائري مطالب بإعادة النظر في تنظيم أحكام نشوز الزوجة، وفي تحديد موقفه من مسألة التأديب، ولكي لا يتجاوز الزوج حدود التأديب وجب عليه:
- 1- تحديد المرجع في تنظيم أحكام التأديب، الشريعة الإسلامية، القانون الوضعي، العرف العام، خصوصاً حال التعارض بين النصوص.
 - 2- ضبط مفهوم النشوز، حالاته، طرق إثباته، الإجراءات الواجب اتخاذها قبل انفصال الزوجين.
 - 3- وضع معيار محدد للتفرقة بين الضرب الخفيف والضرب الفاحش.
 - 4- تشديد العقوبات الجزائية على الزوج حال خروجه عن النص ومبالغته في تأديب زوجته.

المبحث الثاني: حق تأديب الصغار في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

للآباء والأساتذة والأمهات الحق في تقويم أفعال أبنائهم، والحد من اعوجاج تصرفاتهم في إطار القانون والعرف السائد، والعلة من إباحة الحق في التأديب هو الحفاظ على المصلحة العامة للأسرة ومصلحة المجتمع بتربية الأولاد على الأسس، والأخلاق الحميدة.

المطلب الأول: حق تأديب الصغار في الفقه الإسلامي.

أباحت الشريعة الإسلامية تأديب الصغير لهديته، وصلاح أمره، وتقويم أفعاله. فمن حق الوالد أو الوصي أو الأستاذ نصح الصبي وزجره لإعداده وتأهيله ليصبح فرداً صالحاً وابتناً باراً.

الفرع الأول: أصل تأديب الصغار في الفقه الإسلامي.

الحق في تأديب الصغار مقرر بالكتاب والسنة.

أولاً: القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا فَوْاً أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَاراً وَقُودُهَا

النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ﴾⁽¹⁾.

ثانياً: السنة النبوية الشريفة:

1- عن أيوب بن موسى القرشي عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال: « ما نحل والد ولداً أفضل من أدب حسن »⁽²⁾.

(1) سورة التحريم، الآية: 6.

(2) أخرجه: الإمام أحمد، المسند، رقم الحديث (15403)، 128/24.

- سنن الترمذي، أبواب البر والصلة عن رسول الله ﷺ، باب " ما جاء في أدب الولد "، رقم الحديث (1952)، 402/3.
قال الترمذي: « هذا حديث غريب، لا نعرفه إلا من حديث عامر بن أبي عامر الخزاز وهو عامر بن صالح بن رستم الخزاز وأيوب بن موسى هو ابن عمرو بن سعيد بن العاص وهذا عندي حديث مرسل ».
- قال الألباني في « سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيء في الأمة » ضعيف، رقم الحديث (1121)، 294/3.

2- ما جاء في الحديث عن رسول الله ﷺ: « لأن يؤدب الرجل ولده خير من أن يتصدق بصاع »⁽¹⁾.

3- عن أنس بن مالك رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ قال: « أكرموا أولادكم وأحسنوا أدبهم »⁽²⁾.
ثالثاً: الأثر:

1- عن عثمان الحاطبي قال : سمعت ابن عمر رضي الله عنهما يقول لرجل: « أدب ابنك فإنك مسؤول عن ولدك ؛ ماذا أدبته وماذا علمته ؟ وهو مسؤول عن برك وطواعيته لك »⁽³⁾.
رابعاً: المعقول:

« من المسلم به أن الأطفال ليسوا على درجة واحدة من الأخلاق، فنجد منهم من يقبل الأدب قبولاً سهلاً، ونجد منهم من لا يقبل ذلك، ومن الأطفال من هو كثير الحياء، ومنهم من هو دون ذلك، ومنهم المحب للصدق، ومنهم من هو معتاد الكذب، فلو أهملنا صاحب الأخلاق والطباع المذمومة في صغره، وتركناه يعتاد إلى ما تميل إليه طبيعته فيما هو مذموم، تعسر عليه ترك ما اعتاده في الكبر؛ لذلك أوجبت الشريعة علينا تأديب الصغار، فليس لهم عزيمة تصرفهم عن تلك الطباع المذمومة، وعليه فإن تأديب الصغار من قبل الوالدين والمعلمين ضرورة شرعية تربوية تهذيبية تقويمية للطفل »⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ أخرجه: الترمذي، أبواب البر والصلة عن رسول الله ﷺ، باب " ما جاء في آداب الولد"، رقم الحديث(1951)، 401/3.
- قال الترمذي: « هذا حديث غريب وناصح هو ابن العلاء كوفي ليس عند أهل الحديث بالقوي ولا يعرف هذا الحديث إلا من هذا، الوجه وناصح شيخ آخر بصري، يروي عن عمار بي أبي عمار وغيره وهو أثبت من هذا ».
- الإمام أحمد، المسند، رقم الحديث (20901)، 459/34.
- قال الألباني في سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيء في الأمة: « ضعيف جداً»، رقم الحديث (1887)، 362/4.

⁽²⁾ أخرجه: ابن ماجه، السنن، كتاب الأدب، باب " بر الوالدين والإحسان إلى البنات"، رقم الحديث (3671)، 1211/2.
- قال الألباني في "سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيء في الأمة"، « ضعيف جداً»، 150/4.
⁽³⁾ أخرجه: البيهقي، السنن الكبرى، إجماع أبواب صلاة الإمام قاعداً بقيام، وقائماً بقعود وغير ذلك، باب « ما على الآباء والأمهات من تعليم الصبيان أمر الطهارة والصلاة»، رقم الحديث (5098)، 120/3.

⁽⁴⁾ نائل محمد يحيى، المسؤولية الجنائية عن خطأ التأديب والتطبيب - دراسة فقهية مقارنة-، (قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، جامعة الأزهر، غزة، قسم الدراسات الإسلامية، 2012م)،

الفرع الثاني: ولاية التأديب في الفقه الإسلامي.

« للأب الحق في تأديب أولاده الصغار الذين دون البلوغ، وللمعلم أياً كان مدرساً أو معلم حرفة تأديب الصغير، وللجد وللوصي تأديب من تحت ولايتهما، وللأم حق التأديب على رأي إذا كانت وصية على الصغير أو كانت تكفله ولها هذا الحق في غيبة الأب، وفيما عدا هذه الأحوال فليس لها حق التأديب»⁽¹⁾.

الفرع الثالث: ما يؤدب فيه الصغار في الفقه الإسلامي.

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن للوالدين ومن في معناهما كالوصي⁽²⁾ « تأديب أبنائهم على الأمور التالية:

- 1- على ترك العبادات من صلاة وصوم- إذا استطاعه- وكذلك على الطهارة حتى يعتاد عليها.
- 2- على سوء الأخلاق والآداب وعلى مخالطة أقران السوء.
- 3- على التعليم وحفظ القرآن وتعلم علومه.
- 4- على إهمال الواجبات، والهروب من المدرسة وكل ما يتعلق بالدراسة.
- 5- إذا فعل شيئاً من المحرمات من كذب وغيبة وسرقة»⁽³⁾.

الفرع الرابع: شروط تأديب الصغار في الفقه الإسلامي.:

« يشترط في تأديب الصغار ما يشترط في تأديب الزوجة، فيجب أن يكون التأديب لذنب فعله الصغير لا لذنب يخشى أن يفعله، وإن يكون الضرب غير مبرح متفقاً مع حالة الصغير وسنه، وأن لا يكون على الوجه والمواضع المغوفة كالبطن والمذاكير، وأن يكون بقصد التأديب، وأن لا يسرف فيه، وأن يكون مما يعتبر مثله تأديباً للصغير، فإذا كان الضرب في هذه الحدود فلا مسؤولية على الضارب، لأن الفعل مباح له»⁽⁴⁾.

(1) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، (دار الكتاب العربي، بيروت)، ج1، ص: 518.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ص: 305، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، ص: 40، الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج5، ص: 200، ابن قدامة، المغني، ج8، ص: 257.

(3) نائل محمد يحيى، المسؤولية الجنائية عن خطأ التأديب والتطبيب دراسة فقهية مقارنة، ص: 108.

(4) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج1، ص: 518.

الفرع الخامس: المسؤولية الجنائية في ضمان تلف الصغير المؤدب في الفقه الإسلامي.

ضرب الأب أو الجد أو الولي على النفس أو المعلم بإذن واحد من هؤلاء إذا أفضى إلى الموت فقد رأى أبو حنيفة أن يضمن الولي سواء كان أبا أم كان غيره ممن أوتوا حق التأديب ورأى الصحابان مع بعض الفقهاء أن المؤدب لا يضمن⁽¹⁾. « وينبغي رأي أبي حنيفة في تضمين الولي على النفس عاما أن الأب أو الجد مأذون لهما التأديب فإذا أفضى إلى التلف لكان دليلا على تجاوز حد التأديب، أما بالنسبة للمعلم فيرى أبو حنيفة عدم تضمينه حتى لا يمتنع عن التعليم فأسقط عنه الضمان لهذه الضرورة العامة بخلاف الأب والجد فإن شفقتهما توجب عليهما التحرز عند التأديب »⁽²⁾.

« وأما الأم فقد اختلف في شأنها الفقهاء إذا ضربت ولدها للتأديب، فقال أبو حنيفة إنها تضمن، وقال البعض لا تضمن، وقال آخرون هي ضامنة لأن الضرب تصرف في النفس وليس لها ولاية التصرف في النفس أصلاً »⁽³⁾.

المطلب الثاني: حق تأديب الصغار في القانون الوضعي.

نصت بعض القوانين الوضعية صراحة على الحق في تأديب الصغار، وأخضعت أحكام تنظيم هذا الحق لمبادئ الشريعة الإسلامية، والعرف.

الفرع الأول: الأساس القانوني لحق تأديب الصغار في القانون الوضعي.

أولاً: القانون اللبناني: اعترف قانون العقوبات اللبناني في البند الأول من المادة (186) بحق الآباء والأساتذة في تأديب أولادهم، وتلاميذهم، ثم أحال إلى العرف العام تحديد نطاق هذا الحق⁽⁴⁾.

ثانياً: القانون الأردني: نصت المادة (62) من قانون العقوبات الأردني في فقرتها الأولى على أنه « لا يعد الفعل الذي يجيزه القانون جريمة » ثم أوردت الفقرة الثانية من المادة (63) تطبيقات على

(1) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ص: 305

(2) أحمد هبة، موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التحريم والعقاب، (علم الكتب، القاهرة، الطبعة الأولى، 1985م)، ص: 86.

(3) أحمد فتحي بھنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة، (دار الشروق، القاهرة، الطبعة الرابعة، 1988م)، ص: 181.

(4) علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، ص: 268.

الأفعال التي يجيزها القانون؛ وجاء فيها « يجيز القانون: ضروب التأديب التي يترها بالأولاد آباؤهم على نحو ما يبيحه العرف العام »⁽¹⁾.

ثالثاً: القانون المصري: « اقتباساً من إقرار الشريعة الإسلامية لحق الأدب والمعلم، ورب العمل في تأديب الصغار، أقر التشريع المصري هذا الحق بصفة عامة، وذلك استناداً إلى نص المادة (60) عقوبات « لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة » فهذا النص يبيح الضرب، أو تقييد الحرية من قبل الآباء، وأولياء النفس والوصي، عند عدم وجود الأب ما دام كان يهدف التأديب »⁽²⁾.

الفرع الثاني: شروط تأديب الصغار في القانون الوضعي.

للآباء والأمهات والأساتذة، الحق في تأديب أولادهم في حال ارتكابهم لمعصية، أو مخالفتهم لقواعد السلوك السوي، ولكن الحق في الإصلاح والتأديب ليس حقاً مطلقاً، بل هو مقيد بضوابط وشروط يجب الوقوف عندها، وإلا حدث نوع من التجاوز والتعسف في استعمال حق التأديب.

أولاً: وقوع معصية من الطفل توجب تأديبه: فلا يتصور أن ينشأ حق التأديب ضد الطفل، إلا إذا ارتكب ذنباً كأن يخرج الطفل بفعله عن مقتضيات السلوك القويم بصورة لا تقع من أمثاله، أو أن يقصر الطفل في واجباته التعليمية⁽³⁾.

ثانياً: أشخاص التأديب: « يتسع لفظ الآباء ليشمل قانوناً كل من لهم ولاية على نفس الصغير باعتبارهم القائمين قانوناً على تهذيب الصغير، وهم الأب، الجد، والعم، ويشملهم وصف الولي، ويعتبر الأب هو صاحب الحق الأصيل في تأديب الصغير »⁽⁴⁾؛ ويصدق مدلول الآباء على الأمهات، وقد أخذت محكمة التمييز الأردنية بهذا المعنى عندما قررت أن ضرب الأم لولدها بغرض تهدئة

(1) نظام توفيق الجمالي، شرح قانون العقوبات القسم العام، ص: 145.

(2) محمود أحمد طه، الحماية الجنائية للطفل المجني عليه، (أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى، الرياض 1999م)، ص: 96.

(3) محمود أحمد طه، الحماية الجنائية للطفل المجني عليه، ص: 99.

(4) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج1، ص: 518.

صراخه، وليس بقصد الإيذاء يعتبر من ضروب التأديب التي يترها الآباء بأولادهم على نحو ما يبيحه العرف العام⁽¹⁾.

وإذا عهدنا بالصغير إلى معلم يكون لهذا المعلم طبقاً للشريعة الإسلامية أن يؤدب الصغير بإذن صريح أو ضمني من الولي على النفس⁽²⁾.

أما الأساتذة فيتسع مدلول الكلمة ليشمل كل من يقوم بتعليم الصغير علماً أو فناً أو صناعة أو حرفة⁽³⁾. ويملك المخدوم حق التأديب بالنسبة لحامده، ويستمد حقه من العرف والذي يندرج تحت المصطلح الذي استخدمه المشرع « حق مقرر بمقتضى الشريعة »⁽⁴⁾.

ثالثاً: الأولاد الخاضعين لحق التأديب:

المراد بالأولاد من لم يدركوا بعد سن البلوغ الشرعي، فلم يتحرروا من الولاية على النفس، أو أنهم أتموا السابعة ولم يتموا الثامنة عشرة⁽⁵⁾ وهذا المعنى تبناه المشرع المصري أيضاً فنص في المادة (173) من القانون المدني المصري « يعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة، أو بلغها، وكان في كنف القائم على تربيته... »⁽⁶⁾.

رابعاً: صفة التأديب:

إن التأديب المباح لا يجوز أن يتعدى ما استقر عليه العرف العام، وهو الضرب الخفيف باليد الذي لا يحدث كسراً أو جرحاً، ولا يترك أثراً، ولا ينشأ عنه مرض⁽⁷⁾.

ويجوز في التأديب فضلاً عن الضرب تقييد الحرية كذلك، قد حكم بأنه إذا كان الولي قد رأى في سبيل حمل ابنته القاصر على إطاعة أوامره؛ التي لا ينبغي من ورائها إلا تهذيب أخلاقها وتقويم سلوكها أن يضع في رجليها قيداً حديدياً عند غيابها عن المنزل ملاحظاً في ذلك ألا يمنعها

(1) نظام توفيق الجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام، ص: 147.

(2) رمسيس بنهام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ص: 327.

(3) سمير عالية، شرح قانون العقوبات القسم العام، ص: 373-374.

(4) محمود أحمد طه، الحماية الجنائية للطفل المحني عليه، ص: 101.

(5) سمير عالية، شرح قانون العقوبات القسم العام، ص: 373.

(6) علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، ص: 271.

(7) سمير عالية، شرح قانون العقوبات القسم العام، ص: 374.

عن الحركة بداخل المنزل، وألا يؤلم بدنها، فذلك لا يتجاوز فيه لحدود حق التأديب المخول له قانوناً⁽¹⁾.

خامساً: تجاوز حدود التأديب:

« إن استعمال الحق مقيد بالسلامة من أي ضرر أو تلف حيث لا يتصور أن يؤدي التأديب المباح إلى إيذاء الطفل إيذاءً بالغاً يجرحه أو يقتله، فإذا خرج التأديب عن حدوده يعد تجاوزاً، والتجاوز يسأل عنه المؤدب »⁽²⁾.

وذهب المشرع المصري إلى أن التأديب المباح شرعاً لا يجوز أن يتعدى الضرب البسيط الذي لا يحدث كسراً أو جرحاً، ولا يترك أثراً، ولا ينشأ عنه مرض⁽³⁾.

ونصت الفقرة الثالثة من المادة الثانية من تعليمات النظام المدرسي رقم 3 لسنة 1970 «... يمنع العقاب البدني منعاً باتاً»⁽⁴⁾ فيسأل الأساتذة والمعلمين والمربين في حال مخالفتهم للنص القانوني الصريح.

وإذا تجاوز الوالد حدود التأديب المباح حق عليه العقاب المقرر لجريمة الضرب العمد⁽⁵⁾.

سادساً: غاية التأديب:

« يهدف التأديب إلى تأديب الخاضع له وتعليمه، فإذا كانت وجهته غير ذلك بأن كان للانتقام، أو الاعتداء، أو حمل الصغير على اتخاذ مسلك سيء، فلا يتوافر سبب التبرير »⁽⁶⁾.

« فإذا استعمل الأب حق التأديب فيجب أن يكون بهدف التهذيب في الحدود التي قررتها الشريعة الإسلامية، فإذا تجاوز الفعل هذا الغرض، يقع تحت نص التحريم، وتوقع عقوبات على مرتكبه »⁽⁷⁾.

(1) رمسيس بمنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ص: 327.

(2) علي قصير، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري، (بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، جامعة

الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق، قسم العلوم القانونية، باتنة 2008)، ص: 77.

(3) حسن صادق المرصفاوي، قانون العقوبات، ص: 263.

(4) نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام، ص: 263.

(5) حسن صادق المرصفاوي، قانون العقوبات، ص: 263.

(6) علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم العام، ص: 158.

(7) علي قصير، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري، ص: 77.

المطلب الثالث: حق تأديب الصغار في القانون الجزائري.

المشرع الجزائري وكغيره من المشرعين أباح للآباء والأساتذة الحق في تأديب الأولاد، ورتب المسؤولية الجنائية كاملة في حال حدوث تجاوز في اكتساب الحق المقرر، فالتأديب المشروع هدفه الإصلاح والتقويم والتعليم، لا الانتقام والعنف والتعذيب.

الفرع الأول: أساس تأديب الصغار في القانون الجزائري.

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على وجوب حق تأديب الأولاد، ويمكن استنباط هذا الحق بالرجوع إلى أحكام وقواعد العرف العام.

فذهب الدكتور أحسن بوسقيعة إلى « أن عبارة القانون تأخذ مدلول أوسع حيث يتفق القضاء الفرنسي والمصري على أنها لا تقتصر على القانون في حد ذاته، بل تتعداه لتشمل العرف، وهذا ما يتفق مع واقعنا في الجزائر، فقد يكون الإذن من العرف الذي يبيح للأولياء ممارسة عنف خفيف على أولادهم لتربيتهم، وللمعلم تأديب تلميذه باستعمال عنف خفيف»⁽¹⁾.

وذهب الدكتور عبد الله سليمان إلى أنه يحق للأب أن يؤدب ابنه، وهو حق يتعلق بالولاية على النفس، وشرط تبرير هذا الفعل أن يتقيد الأب بغاية تأديب ابنه⁽²⁾.

وتنص المادة (39) من قانون العقوبات الجزائري على أنه « لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون»⁽³⁾. فالمشرع أحال إلى أحكام الشريعة الإسلامية باعتبار دين الدولة هو الإسلام، وخاصة أن هناك حقوقاً شخصية مقررة في الشريعة الإسلامية كحق الزوج في تأديب زوجته، وحق الأب في تأديب أولاده⁽⁴⁾.

(1) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، (الديوان الوطني للأشغال التربوية 2002م)، ص: 119.

(2) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، الجريمة، ص: 126.

(3) المادة (39) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

(4) إبراهيم الشباسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، ص 169.

الفرع الثاني: شروط تأديب الأولاد في القانون الجزائري.

إذا استعمل الأب أو الوصي حق التأديب فيجب أن يكون ضمن الحدود التي قررتها الشريعة الإسلامية، وبالتالي أي تجاوز للحق يعرض صاحبه لعقوبات خاصة.

أولاً: ولاية التأديب:

« للولي الشرعي، والوصي والأم حق تأديب الصغير، ويجوز لمن انتقل إليه واجب الرقابة والإشراف على الصغير، أن يتولى تأديبه، كالمعلم في المدرسة، ورب العمل والمخدوم، ورب الحرفة»⁽¹⁾.

ثانياً: سن التأديب:

ليس هناك نص صريح يحدد سن التأديب، وإن كان قانون العقوبات الجزائري أكد على أن القاصر في حاجة إلى رقابة دائمة حتى سن الثالثة عشرة سنة، فنص في المادة (49) من قانون العقوبات الجزائري « لا توقع على القاصر الذي يتراوح سنه من 10 إلى أقل من 13 سنة إلا تدابير الحماية أو التهذيب... »⁽²⁾، وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فالصغير الذي يؤدب هو الذي بلغ سبع سنوات، ولم يكمل خمسة عشرة سنة. ويمكن القول بالتأديب بعد سن البلوغ، على نحو ما يحدده القائم بالولاية.

ثالثاً: صفة الضرب:

« الضرب المشروع يجب أن لا يتجاوز ثلاث ضربات، ولا يجوز أن يكون بغير اليد، بعيداً عن الرأس والوجه، والمواضع الخطرة، كما يجب أن لا يكون الضرب فاحشاً، والضرب الفاحش هو الذي يترك أثراً ويكسر عظماً»⁽³⁾.

(1) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات-القسم العام-، ص: 80.

(2) المادة (49) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

(3) إبراهيم الشباسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، ص: 170.

رابعاً: عدم تجاوز حدود التأديب:

يجب مراعاة أحكام التأديب، فيجب أن يكون بحسن نية، وأن لا يكون الضرب فاحشاً، وإلا وقعت على المؤدب عقوبات جزائية، فتنص المادة (269) من قانون العقوبات الجزائري أنه « كل من جرح أو ضرب عمداً قاصراً، لا تتجاوز سنه السادسة عشر، أو منع عنه عمداً الطعام أو العناية إلى الحد الذي يعرض صحته للضرر، أو ارتكب ضده عمداً أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي فيما عدا الإيذاء الخفيف، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 5.000 دج »⁽¹⁾.

أما المادة (270) من قانون العقوبات الجزائري فتنص على « إذا نتج عن الضرب أو الجرح أو العنف أو التعدي أو الحرمان المشار إليه في المادة السابقة مرض أو عدم القدرة على الحركة أو عجز كلي عن العمل لأكثر من خمسة عشرة يوماً، أو إذا وجد سبق إصرار أو ترصد فتكون العقوبة الحبس من ثلاث إلى عشر سنوات أو الغرامة من 500 إلى 6.000 دج »⁽²⁾.

⁽¹⁾ المادة (269) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

⁽²⁾ المادة (270) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

الفصل الثاني

السلامة الجسدية و ممارسة الألعاب الرياضية

- المبحث الأول: الحق في ممارسة الألعاب الرياضية
في الفقه الإسلامي.

- المبحث الثاني: الحق في ممارسة الألعاب الرياضية
والقانون الوضعي

الفصل الثاني: السلامة الجسدية و ممارسة الألعاب الرياضية.

تمهيد:

إن الحق في ممارسة الألعاب الرياضية مكفول على حد سواء في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، باعتبار الرياضة مقوية للأبدان، منقحة للعقول، وبالتالي فالألعاب الرياضية على اختلاف أنواعها، وتعدد قواعدها؛ مظهر من مظاهر السلامة الجسدية، ولا تعد ممارستها انتهاك لحق السلامة الجسدية، والكرامة الإنسانية، إلا إذا تجاوزت الحدود المقررة للعب، فإذا اعتدى اللاعب على زميله وسبب له إصابة أتلقت أحد أعضائه، أو أدت إلى وفاته يعد ضامناً، باعتبار الاعتداء خروج على المبادئ العامة للعب، وبالتالي حماية الجسد الإنساني أولى بالرعاية من حق اللعب.

أما إذا كانت ممارسة الألعاب الرياضية في حدود نظامها، وشروطها وقواعدها، وأدت ممارستها إلى إصابة أو اعتداء على جسم الخصم، فلا يُسأل صاحب الاعتداء، ولا ضمان عليه باعتبار حقه في اللعب مباح.

المبحث الأول: الحق في ممارسة الألعاب الرياضية في الفقه الإسلامي.

« حثت الشريعة الإسلامية على ممارسة الألعاب الرياضية، ورغبت في لعب الفروسية لإظهار الشجاعة واللياقة البدنية.

وحق ممارسة الألعاب الرياضية مقيد بضرورة التزام حدود السلامة الجسدية للاعب، فإذا تبين أن اللاعب قصر وأهمل في الالتزام بقواعد اللعبة، يُسأل مسؤولية عمدية عن فعله الضار بالسلامة الجسدية، لأن الفقه الإسلامي يعتبر حق الإنسان في سلامة بدنه ونفسه من الحقوق الشرعية الخالصة والتي يجب احترامها وصيانتها.

وتحتفل الشريعة بألعاب الفروسية وتحض عليها باعتبارها مقوية للأجسام، منشطة للعقول، كما أنها مظهر للمهارة، ودعوة للشجاعة والفتوة، وتشمل ألعاب الفروسية في الشريعة ما نسميه اليوم بالألعاب الرياضية، وألعاب الفروسية والسباق، فكل ذلك يدخل تحت مدلول لفظ الفروسية.

وتجيز الشريعة من أنواع الفروسية كل ما يؤدي إلى التفوق في القوة والمهارة مما ينفع الجماعة وقت السلم أو وقت الحرب، كالمسابقة بالأقدام، وسباق الخيل، وسباق السفن والسيارات والطائرات، وسباق الطير وما أشبهه، وكاللعب بالشيش والمزاريق والسيوف والعصي، وكالرماية بالنبال والمنجيف والأسلحة النارية، وكالمصارعة والملاكمة والعلاج أي رفع الأثقال، وشد الحبل والسباحة وغيرها»⁽¹⁾.

⁽¹⁾ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج1، ص: 525.

المطلب الأول: مشروعية الألعاب الرياضية في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿ وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطٍ لَخَيْلٍ تُرْهَبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ وَءَاخِرِينَ مِنْ ذُرِّيَّتِهِمْ لَّا تَعْلَمُونَهُمُ اللَّهُ يَعْلَمُهُمْ ﴾⁽¹⁾.

الفرع الثاني: السنة النبوية الشريفة:

وردت في السنة النبوية أحاديث جمة دالة على مشروعية الفروسية والألعاب الرياضية.

أ- عن أبي علي ثمامة بن شفي، أنه سمع عقبة بن عامر، يقول: سمعت رسول الله ﷺ وهو على المنبر، يقول: « ﴿ وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ ﴾ ، ألا إن القوة الرمي، ألا إن القوة الرمي، ألا إن القوة الرمي، ألا إن القوة الرمي »⁽²⁾.

ب- عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: « المؤمن القوي، خير وأحب إلى الله من المؤمن الضعيف، وفي كل خير احرص على ما ينفعك، واستعن بالله ولا تعجز، وإن أصابك شيء، فلا تقل لو أني فعلت كذا وكذا، ولكن قل قدر الله وما شاء فعل، فإن لو تفتح عمل الشيطان »⁽³⁾.

ج- عن يزيد بن أبي عبيد قال: سمعت سلمة بن الأكوع ﷺ قال: مر النبي ﷺ على نفر من أسلم ينتضلون، فقال النبي ﷺ: « أرموا بني إسماعيل، فإن أباكم كان رامياً إرموا، وأنا مع بني فلان » قال: فأمسك أحد الفريقين بأيديهم، فقال رسول الله ﷺ: « مالكم لا ترمون؟ » قالوا: كيف نرمي وأنت معهم؟ قال النبي ﷺ: « إرموا فأنا معكم كلكم »⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ سورة الأنفال، الآية: 60.

⁽²⁾ أخرجه: مسلم، الصحيح، كتاب الإمارة، باب " فضل الرمي والحث عليه، وذم من علمه ثم نسيه"، رقم الحديث (1917)، ج 3/ 1522.

⁽³⁾ أخرجه: مسلم، الصحيح، كتاب القدر، باب " الأمر بالقوة وترك العجز والاستعانة بالله وتفويض المقادير لله"، رقم الحديث (2664)، ج 4/ 2052.

⁽⁴⁾ أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب الجهاد والسير، باب " التحريض على الرمي"، رقم الحديث (2899)، ج 9/ 38.

د- عن أبي جعفر بن محمد بن ركانة، عن أبيه، إن ركانة صارح النبي ﷺ فصارعه النبي ﷺ، قال ركانة: سمعت رسول الله ﷺ يقول: إن فرق ما بيننا وبين المشركين العمائم على القلانيس⁽¹⁾.

الفرع الثالث: الأثر.

أ- عن عاصم الأحول، عن أبي عثمان النهدي قال: أتانا كتاب عمر بن الخطاب ﷺ ونحن مع عتبة بن فرقد بأذربيجان « أما بعد فاتزروا وانتعلوا وارتدوا وألقوا الخفاف والسرراويلات وعليكم بلباس أبيكم إسماعيل، وإياكم والتنعم، وذوي العجم، وعليكم بالشمس، فإنها حمام العرب وتمعددوا واخشوشنوا واخولقوا، واقطعوا الركب، وانزوا على الخيل نزواً، وارموا الأغراض، وامشوا ما بينها، وذكر باقي الحديث⁽²⁾.

ب- عن عبد الملك بن عمير، عن مصعب بن سعد، عن سعد قال: قال: « يا بني، تعلموا الرمي، فإنه خير لعبكم⁽³⁾ ».

ج- عن حكيم بن حكيم، عن أبي أمامة بن سهل، قال: كتب عمر إلى أبي عبيدة بن الجراح: أن علموا غلمانكم العلوم، ومقاتلتكم الرمي⁽⁴⁾.

(1) أخرجه: أبو داود، السنن، كتاب اللباس، باب " في العمائم"، رقم الحديث (4078)، ج 4/ 55.

- الترمذي، السنن، أبواب اللباس عن الرسول ﷺ، باب " العمائم على القلانيس " رقم الحديث (1784)، ج 3/ 300. قال الترمذي: « هذا حديث غريب وإسناده ليس بالقائم، ولا نعرف أبا الحسن العسقلاني، ولا ابن ركانة ».

- الترمذي، الجامع الكبير، سنن الترمذي (دار الغرب الإسلامي).

- قال الألباني: « حسن »، الألباني، إرواء الغليل، رقم الحديث (1503)، ج 5/ 329.

(2) أخرجه: البيهقي، السنن الكبرى، كتاب السبق والرمي، باب " التحريض على الرمي"، رقم الحديث (19738)، ج 10/ 25.

(3) أخرجه: أبو بكر بن أبي شيبة، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، (مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى 1409)،

- كتاب الحديث بالكراريس، " ما ينبغي للرجل أن يتعلمه ويعلمه لولده " رقم الحديث (26317)، ج 5/ 303.

(4) أخرجه: الإمام أحمد، المسند، رقم الحديث (323)، ج 1/ 409.

الفرع الرابع: الإجماع:

لقد أجمع علماء الإسلام منذ صدر الإسلام وإلى يومنا هذا، على مشروعية ألعاب الفروسية وإباحتها⁽¹⁾... ولم يقل أحد بحرمتها أو كراهتها، إلا إذا تخللها قمار أو صد عن ذكر الله، أو كانت مما تثير العداوة والبغضاء بين المتنافسين فذلك منهي عنه، لا لأصل اللعب، بل لما تخلله من أشياء منهي عنها⁽²⁾.

المطلب الثاني: علة إباحة الألعاب الرياضية في الفقه الإسلامي.

الأصل في الشريعة الإسلامية أن كل ما ينفع الأمة في دينها أو دنياها من علم، أو فن، أو صناعة فهو من فروض الكفاية وتعلمه واجب على الأمة ولا خيار لها في الأخذ به أو تركه، وعلى هذا تكون الفروسية بما يدخل تحتها من ضروب المهارة والقوة والتفوق فرضاً من فروض الكفاية وواجباً على الأفراد ليس لهم أن يتخلوا عنه.

وتجيز الشريعة العوض في الرمي وفي المسابقة تشجيعاً للأفراد على الإقدام عليها والتفوق فيها، وللفقهاء آراء مختلفة فيما يجوز فيه العوض وما لا يجوز فيه⁽³⁾.

« ويرى مالك أن يكون العوض دائماً من بيت المال؛ لأن ألعاب الفروسية تعود منفعتها للجماعة، وهي إعداد عسكري للأفراد. ولكن أبا حنيفة والشافعي وأحمد يجيزون أن يكون العوض من بيت المال، أو من مال غير اللاعبين، أو من مال أحد اللاعبين دون الآخر، بحيث إذا تفوق الآخر أخذ العوض وإن لم يتفوق لم يأخذه»⁽⁴⁾.

(1) ينظر: الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (دار الكتب العلمية، 1994)، ج6، ص: 166.

(2) ينظر، سامي جميل الفياض الكبيسي، رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة، ص: 199-200.

(3) ينظر: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، (دار الفكر)، ج3، ص: 390، ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، (دار الفكر، بيروت، ط2، 1992)، ج6، ص: 753، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، (المكتبة التجارية، مصر، 1983)، ج9، ص: 406، ابن قدامة، المغني، ج9، ص: 468.

(4) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج1، ص: 526-527.

المطلب الثالث: شروط إباحة ممارسة الألعاب الرياضية في الفقه الإسلامي.

الشريعة الإسلامية تحث على ممارسة الألعاب الرياضية للترويح عن النفس، ومواجهة متاعب الحياة ومشاقها، فتباح الألعاب الرياضية باعتبارها واجباً على اللاعبين، وبالتالي تنتفي المسؤولية الجنائية عن الأخطاء والإصابات الناتجة عن اللعبة إذا التزم اللاعب أحكامها، وحقق شروطها.

الفرع الأول: إباحة النشاط الرياضي.

فيجب أن يكون النشاط الرياضي مباحاً في الشرع، أي لا يكون منهيّاً عنه أو محرماً كلعب الشطرنج أو النرد⁽¹⁾.

فعن سليمان بن بريدة، عن أبيه، أن النبي ﷺ قال: « من لعب بالنردشير، فكأنما صبغ يده في لحم خنزير ودمه »⁽²⁾.

والألعاب الفروسية وردت إباحتها بنصوص من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وقد جرى العرف كمصدر من مصادر التشريع على وضع قواعد إباحة ممارسة النشاط الرياضي أو تقييد هذا النشاط، إذا مورس من قبل الأولاد الصغار⁽³⁾.

⁽¹⁾ النرد: لعبة ذات صندوق وحجارة فضين (مكعبين صغيرين) تعتمد على الحظ، وتنقل فيها الحجارة على حسب ما يأتي به الفص، وهي المعروفة في أيامنا بـ(طاولة الزهر)، ويقال لها: (الطبل)، و(الكعاب)، و(الأرن)، (النردشير)، و(الكوبة)، ينظر: علي حسين أمين يونس، الألعاب الرياضية أحكامها وضوابطها في الفقه الإسلامي، (دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2003م)، ص: 252-253.

⁽²⁾ أخرجه: مسلم، الصحيح، كتاب الشعر، باب " تحريم اللعب بالنردشير"، رقم الحديث (2260)، ج 4/ 1770.

⁽³⁾ سامي جميل الفياض الكبيسي، رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة، ص: 220.

الفرع الثاني: وجوب اجتناب إلحاق الأذى والضرر الجسدي بالآخرين.

فيحرم إلحاق الأذى والضرر الجسدي بالآخرين، حتى لو كانت قوانين اللعب تسمح بذلك؛ فإن اتفاق الناس على أمر حرمه الله تعالى ورسوله ﷺ لا يصير ذلك الأمر حلالاً، فما أحل الله ورسوله فهو الحلال وما حرم فهو الحرام، ومن أمثلة ذلك ما يقوم به اللاعبون من إيذاء لخصومهم في الألعاب التي تسمح قوانينها بذلك، كالملاكمة والمصارعة الحرة الأمريكية و(الكارتية) و(التايكواندو) و (الرجبي) وغيرها⁽¹⁾.

الفرع الثالث: رضا اللاعبين بممارسة اللعبة.

« فجمهور الفقهاء على أن المسابقة عقد بين المتسابقين سواء كانوا شخصين أو مجموعتين ولكن خلافهم كان في هذا العقد هل هو لازم أم جائز، فذهب الحنفية والحنابلة وقول الشافعي إلى أن عقد المسابقة سواء كان بعوض أو بغير عوض فهو غير لازم ما لم يستقر السبق ويغرم قياساً على الجعالة.

وذهب المالكية والقول المختار للشافعية إلى أن عقد المسابقة لازم، وليس لأحدهما فسخة قبل الشروع فيه ولا بعده إلا عن تراض منهما قياساً على عقد الإجارة⁽²⁾.
مما تقدم يتضح أن رضا اللاعب يعتبر شرطاً لازماً لإباحة النشاط الرياضي وخصوصاً عندما يكون بعوض؛ لأنه يلزم التعاقد بين المتسابقين والتعاقد يقتضي بطبيعته رضا المتعاقدين⁽³⁾.

(1) علي حسين أمين يونس، الألعاب الرياضية أحكامها وضوابطها في الفقه الإسلامي، ص: 396.

(2) ينظر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، ص: 206، ابن قدامة، المغني، ج9، ص: 649، الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج6، ص 168.

- أبو العباس أحمد بن محمد الخلوقي، بلغة السالك لأقرب المسالك، المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، (دار المعارف)، ج2، ص: 325.

(3) سامي جميل الفياض الكبيسي، رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة، ص: 223.

المطلب الرابع: المسؤولية الجنائية عن الإصابات في الألعاب الرياضية

في الفقه الإسلامي.

فككل حق يتعين على صاحبه ألا يخرج به عن الحدود المرسومة للعب، فإذا تعدى اللاعب على زميله وأحدث به إصابة أتلقت عضواً أو أزهدت روحاً خروجاً على قانون اللعبة ونظامها كان عامداً أو خاطئاً حسب قصده من الاعتداء، بحسبان أن الإصابة لم تكن من ضروريات اللعبة⁽¹⁾.

« ولا جدال في أن الألعاب التي لا تحتاج ممارستها إلى عنف وقوة كألعاب التنس أو كرة القدم، أو كرة السلة؛ ألعاب مباحة، فإذا حدثت إصابات أثناء ممارستها تخضع للقواعد العامة، فيسأل فاعلها إن نشأت عن إهماله أو عدم احتياطه »⁽²⁾.

« أما الألعاب التي تستلزم استعمال القوة مع الخصم كالمصارعة، أو تستلزم الضرب كالملاكمة والتحطيب، فإن الإصابات الناشئة عنها لا عقاب عليها إذا لم يتعد محدثها الحدود المرسومة للعب، لأن وجوب ممارسة اللعبة يقتضي بذاته إباحة ما يصحبها عادة من إصابات في الحدود المعروفة. فإذا تعدى اللاعب حدود اللعب وأحدث بزميله إصابة ما، فهي جريمة عمدية إذا تعمدها، وجريمة غير عمدية إذا لم يتعمدها »⁽³⁾.

والذي نراه - والله أعلم - أن الشريعة الإسلامية اعتبرت ممارسة الألعاب الرياضية واجب باعتبارها مقوية للأجسام ومنشطة للعقول؛ وبالتالي أبيضحت الإصابات الناتجة عنها إذا كانت من قبيل الخطأ واحترم اللاعب فيها القواعد العامة والأصول المقررة للعب. أما إذا تبين القصد العمدي لإحداث الإصابة أو العاهة، وثبت الاعتداء على الحق في السلامة الجسدية سأل الجاني عن فعله العمدي مسؤولية عمدية، لأن الحق في ممارسته للألعاب الرياضية مقيد بالحدود والضوابط الشرعية من جهة، وبالقواعد الرياضية والأخلاقية من جهة أخرى.

(1) أحمد هبة، موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم والعقاب، ص: 87.

(2) أحمد فتحي هنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، ص: 182.

(3) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج 1، ص: 527-528.

المبحث الثاني: الحق في ممارسة الألعاب الرياضية في القانون الوضعي.

الحق في ممارسة الألعاب الرياضية معترف به قانوناً، وهذا الحق أساسه العرف الدولي، فالمصلحة الاجتماعية في ممارسة الحق، أولى بالاعتبار من المصلحة الفردية. إلا أن الممارسة الرياضية لبعض الألعاب قد تؤدي أحياناً إلى المساس بجسم الإنسان؛ كما تساهم أحياناً أخرى بإصابة اللاعب بعاهات خطيرة، ومع هذا يعتبر الفعل مباح خارج نطاق التحريم.

المطلب الأول: الأساس القانوني للحق في ممارسة الألعاب الرياضية في القانون الوضعي.

« هناك نوع من النشاط المفضي إلى إصابة بدنية لجسم الغير، يعتبر مشروعاً ومباحاً رغم الإصابة كونه يحقق مصلحة اجتماعية، أولى بالاعتبار من المصلحة التي اقتضت أن يعتبر إحداث الإصابة جريمة، والمقصود بذلك النشاط ممارسة الألعاب الرياضية »⁽¹⁾. ويقصد بالألعاب الرياضية « مجموعة الألعاب والتمارين البدنية التي يمارسها بعض الأفراد بروح المنافسة من أجل تنمية أجسامهم، أو من أجل التسلية خاضعين في ذلك لقواعد معينة في مباشرتها »⁽²⁾.

المطلب الثاني: علة ممارسة الألعاب الرياضية في القانون الوضعي.

« إن الأساس في إباحة أعمال العنف التي ترتكب أثناء ممارسة الألعاب الرياضية يعود إلى أن اللاعب بقبوله الاشتراك في المباراة يكون قد رضي ضمناً بما قد يترتب على ذلك من إصابته بجروح أو ضربات من اللاعب أو اللاعبين الذين ينازلهم، وهذا الرضا هو سبب الإباحة. أي أن رضا اللاعب بممارسة الألعاب الرياضية يعتبر وبحسب هذا الأساس هو الذي أدى إلى استبعاد الصفة الإجرامية عن هذه الأفعال، ولكن بشرط أن يكون الرضا صحيحاً »⁽³⁾.

(1) رمسيس مهنم، النظرية العامة للقانون الجنائي، ص: 341.

(2) نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام، ص: 190.

(3) سامي جميل فياض الكبيسي، رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة، ص: 209-210.

وعلة تبرير الألعاب، رغم ما يحتمل أن ينشأ عنها من إصابات فادحة تتمثل في الفوائد التي يجنيها الفرد والمجتمع من وراء ذلك على حد سواء، فبالإضافة إلى أنه ليس من طبيعة تلك الألعاب في أحوالها العادية المألوفة إحداث الإصابات، فهي لا تهدر مصلحة الجسم في أن يسير سيراً عادياً، بل تصون تلك المصلحة عن طريق تقوية مناعة الجسم؛ ناهيك عن أثرها في صقل النفوس ومدّها بالخصال الحميدة كالصبر، وعدم تثبيط المهتم، ووقوع العزائم، وعدم اليأس، أو الاعتراف بالفشل⁽¹⁾.

المطلب الثالث: شروط ممارسة الألعاب الرياضية في القانون الوضعي.

وضع القانون الوضعي شروطاً خاصة لتبرير وإباحة ممارسة الألعاب الرياضية، تتعلق أساساً بالعناصر الآتية:

أولاً: أن تكون اللعبة من الألعاب التي يقرها العرف الرياضي، إذ ينظم قواعدها، ويحدد تقاليدها، وقد تمارس في كل البلاد أو من جهة من جهات الوطن فحسب. كما يشترط أن يقع الفعل موضوع الإباحة أثناء ممارسة اللعبة الرياضية على المنافس الآخر الذي اشترك بالمنافسة باختياره دون أن يتجاوز الجاني قواعد وقوانين اللعبة⁽²⁾.

ثانياً: أن تكون أفعال العنف قد ارتكبت أثناء المباريات الرياضية، وفي الوقت المحدد لممارستها، فإن وقعت قبل بدء المباراة، أو بعد انتهائها فإنها لا تكون مبررة، ويستوي بعدئذ أن تقع هذه الأفعال في مباراة نظامية، أو في تمارين الاستعداد لها، ويستوي أن يكون اللاعب هاوياً أو محترفاً⁽³⁾.

(1) كمال السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، ص: 191.

(2) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، ج1، ص: 128.

(3) نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات - القسم العام، ص: 192.

ثالثاً: أن تكون قواعد اللعب وأصوله قد روعيت، وبناء على ذلك، فإنه إذا ضرب الملاكم غريمه على أسفل بطنه مخالفاً بذلك القواعد المنظمة للملاكمة، فأحدثت هذه الضربة مرضاً أو وفاة، كان مسؤولاً جنائياً عنها، واعتبرت جريمة عمدية إذا كانت الضربة في ذلك الموضع مقصودة؛ وجريمة غير عمدية، إن كانت قد أصابت هذا الموضع لرعونة وعدم احتياط، ووجود القصد أو عدم وجوده، أمر متوقف إثباته على ظروف كل واقعة وملابساتها بحسب ما جرى على مرأى من الحكم والمتفرجين⁽¹⁾.

رابعاً: حسن النية وهو شرط عام لإباحة استعمال الحق، حيث يجب على من يستعمل حقه أن يكون قاصداً من فعله الغاية التي يهدف إليها المشرع من الإباحة.

فاللاعب المتسابق عند وقوع العنف منه يجب أن يكون بقصد ممارسة اللعبة وأن يكون هذا العنف جزء منها، أما إذا كان حدوث العنف من أجل الانتقام من الخصم، أو من أجل إبعاده عن المباراة، كما يحصل في بعض مباريات كرة القدم وغيرها والتي تكون فيها رغبة التفوق والصعود إلى مرتبة أعلى دافعاً لبعض اللاعبين في إيذاء منافسيهم، لذلك فإن مسؤولية اللاعب عند ارتكابه هذا الفعل تكون مسؤولية عمدية⁽²⁾.

(1) رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ص: 343.

(2) سامي جميل الفياض الكبيسي، رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة، ص: 231.

المطلب الرابع: المسؤولية الجنائية عن الإصابات في الألعاب الرياضية في القانون الوضعي.

أجمع الفقه الجنائي الحديث على تأسيس انعدام المسؤولية الجنائية عن الإصابات الناشئة خلال ممارسة الألعاب الرياضية، على فكرة أن اللاعب يأتي فعلاً مشروعاً أباحه القانون. فالدولة تعتبر الألعاب الرياضية أعمالاً مشروعة، ومن يمارسها إنما يستعمل حقاً، ولا جريمة فيما أوجبه القانون أو أجازه.

وهذا ما جرى عليه التشريع الجنائي العراقي إذ نص صراحة بموجب المادة 41/3 من قانون العقوبات على أن «... لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون ويعتبر استعمالاً للحق» أعمال العنف التي تقع أثناء الألعاب الرياضية متى كانت قواعد اللعب قد روعيت»⁽¹⁾.

«والراجع أنه إذا كانت إصابة اللاعب عن عمد سئل الفاعل عن الجريمة العمدية، وإن كانت الإصابة عن إهمال سئل الفاعل عن جريمة غير عمدية، وإن انتفى العمد والإهمال فلا مسؤولية على اللاعب، كما إذا قذف اللاعب الكرة لمنافسه فلم يحسن تلقيها وحدثت إصابته، أو قفز كلاهما في الهواء لتلقي الكرة فارتطما ببعضهما وحدثت إصابتهما أو إصابة أحدهما»⁽²⁾.

(1) سامي جميل الفياض الكبيسي، رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة، ص: 209-210.

(2) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات - القسم العام -، ص: 78.

الفصل الثالث

السلامة الجسدية وإباحة الدفاع الشرعي

- المبحث الأول: حق الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي.

- المبحث الثاني: حق الدفاع الشرعي في القانون الوضعي

الفصل الثالث: السلامة الجسدية و إباحة الدفاع الشرعي.

تمهيد:

إن حق دفاع المرء عن نفسه، وعن غيره، وحمائته من الاعتداء، وضمنان مشروعية رد العدوان من أهم الحقوق التي كفلتها الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي للأفراد باسم دفع الصائل أو الدفاع الشرعي، والذي يعد سبباً من أسباب الإباحة. إلا أن فعل الدفاع لمواجهة الاعتداء قد يتسبب في المساس بحق الفرد في سلامته الجسدية، وقواه النفسية فكيف تكون الموازنة بين إباحة الحق في الدفاع الشرعي، والحق في السلامة الجسدية؟

المبحث الأول: حق الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: مفهوم الدفاع الشرعي وبيان مصدره في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: المفهوم اللغوي لفعل الدفاع الشرعي أو " دفع الصائل":

أولاً: « تعريف صال: صؤل البعير ككرم صآله واثب الناس أو صار يقتل الناس، ويعدو عليهم، فهو جمل صؤول، وصئل الفرس صهيله، كزبرج وتضم الباء الداھية »⁽¹⁾.
ثانياً: « تعريف دفع: دفعه يدفعه دفعاً ومدفعا نحاه بقوة، وأزاله، وقيل الدفع صرف الشيء قبل الورود، كما أن الرفع صرف الشيء بعد وروده دفع إليه مالاً، ودفع القول رده بالحجة، ودفعت الشاة أضرعت على رأس الولد فهي دافع ودافعة ومدافع.
ودافع فلاناً مدافعة ودفاعاً زاحمه، ودافعه بحقه ماطله، وأحاله على آخر وعن فلان الأذى دفعه »⁽²⁾.

الفرع الثاني: تعريف الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي:

عرفه عبد القادر عوده بقوله: « الدفاع الشرعي الخاص في الشريعة هو واجب الإنسان في حماية نفسه أو نفس غيره، وحقه في حماية نفسه أو نفس غيره، وحقه في حماية ماله أو مال غيره من كل اعتداء حال غير مشروع بالقوة اللازمة لدفع هذا الاعتداء »⁽³⁾.
وتعريف عبد القادر عودة للدفاع الشرعي لا يحدد طبيعة الدفاع فاعتبره مرة واجب، وأخرى حق، كما أنه لم يشير إلى واجب الإنسان في حماية عرضه واكتفى بالدفاع عن النفس والمال.

(1) الفيروز بادي، القاموس المحيط، (دار الجيل بيروت، 1952)، ص: 2.

(2) المعلم بطرس البستاني، محيط المحيط قاموس مطور للغة العربية، (مكتبة لبنان، 1998)، ص: 284.

(3) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، (دار المنار، الطبعة الأولى، 1962)، ج 2،

الفرع الثالث: مصدر الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي.

أولاً: القرآن الكريم

1- قوله تعالى: ﴿بِمَسِّ إِعْتَبَدِي عَلَيْكُمْ بِأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا إِعْتَبَدِي عَلَيْكُمْ

وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾⁽¹⁾.

« فقلوه: ﴿بِمَسِّ إِعْتَبَدِي عَلَيْكُمْ﴾ تسميته اعتداء ظاهر لأنه تجاوز للحد،

وقوله ﴿بِمَسِّ إِعْتَبَدِي عَلَيْكُمْ﴾ أي انتقموا منه وقتلوا فتسميته اعتداء مشاكلة لمقابلة، وقول

﴿بِمَسِّ إِعْتَبَدِي عَلَيْكُمْ﴾ تأكيد لقوله ﴿وَالْحُرْمَتُ فِصَاصٌ﴾ وكل هذا منسوخ

بقوله ﴿وَأَفْتَلَوْهُمْ حَيْثُ تَفَقَّطْتُمُوهُمْ﴾⁽²⁾.

« وهذه الآية عموم متفق عليه إما بالمباشرة إن أمكن، وإما بالحكام، واختلف الناس

في المكافأة هل تسمى عدواناً أم لا، فمن قال: ليس في القرآن مجاز قال المقابلة عدوان وهو عدوان

مباح..... ومن قال في القرآن مجاز سمى هذا عدواناً على طريق المجاز، ومقابلة الكلام بمثله⁽³⁾.

﴿بِمَسِّ إِعْتَبَدِي عَلَيْكُمْ بِأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا إِعْتَبَدِي عَلَيْكُمْ﴾

أي أن الاعتداء المحذور ما كان ابتداءً، أما ما كان على سبيل القصاص فهو اعتداء مأذون فيه⁽⁴⁾.

وجاء في « (ظلال القرآن)) في تفسير الآية السابقة الذكر (بلا تجاوز ولا مغالاة،

والمسلمون موكولون في هذا إلى تقواهم وقد كانوا يعلمون كما تقدم أنهم إنما ينصرون بعون الله،

فيذكرهم بأن الله مع المتقين بعد أمرهم بالتنقوى وفي هذا الضمان كل الضمان...)⁽⁵⁾.

(1) سورة البقرة، الآية: 194.

(2) الشيخ أحمد الصاوي المالكي، حاشية الصاوي على تفسير الجلالين، مديلاً بكتاب " لباب النقول في أسباب النزول للسيوطي"، (دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1986م)، ج1، ص: 185.

(3) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (دار الكتاب المصرية، الطبعة الثانية 2 فبراير 1954م)، ج2، ص: 356.

(4) أحمد مصطفى المراغي، تفسير المراغي، (دار حياة التراث العربي بيروت، الطبعة الثانية 1985م)، ج2، ص: 92.

(5) سيد قطب، في ظلال القرآن، (دار الشروق، الطبعة الحادي عشر 1985م)، ج1، ص: 191.

2- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَبِعَاقِبَتِهِمْ بِمِثْلِ مَا عُوْفِبْتُمْ بِهِ﴾⁽¹⁾.

« وأسباب نزول الآية 126 قوله تعالى ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ﴾ أخرج الحاكم والبيهقي في الدلائل، والبزار عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ وقف على حمزة حين استشهد، وقد مثل به، فقال: لأمثلن بسبعين منهم مكانك فترل جبريل والنبي ﷺ واقف بخواتيم سورة " النحل " ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَبِعَاقِبَتِهِمْ بِمِثْلِ مَا عُوْفِبْتُمْ بِهِ﴾ إلى آخر السورة، فكف رسول الله ﷺ وأمسك عما أراد⁽²⁾.

﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَبِعَاقِبَتِهِمْ بِمِثْلِ مَا عُوْفِبْتُمْ بِهِ﴾ وَلَيْسَ صَبْرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ ﴿لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ﴾ « أي: وإن عاقبتم أيها المؤمنون من ظلمكم فلكم في العقاب إحدى الطريقين:

1/ أن تعاقبه بمثل الذي نالكم به ظالمكم من العقوبة.

2/ أن تصبروا وتتجاوزوا عما صدر منه الذنب⁽³⁾.

وجاء في تفسير الطبري للآيتين « والصواب من القول في ذلك أن يقال: أن الله تعالى أمر من عوقب من المؤمنين بعقوبة أن يعاقب من عاقبه بمثل الذي عوقب به إن اختار عقوبته، وأعلمه أن الصبر على ترك عقوبته على ما كان منه إليه خير، وعزم على نبيه ﷺ أن يصبر، وذلك هو ظاهر التزليل⁽⁴⁾.

وجاء في تفسير ابن كثير « يأمر الله تعالى بالعدل في القصاص، والمماثلة في استيفاء الحق، كما قال عبد الرزاق عن الثوري عن خالد عن ابن سيرين أنه قال في قوله تعالى ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَبِعَاقِبَتِهِمْ بِمِثْلِ مَا عُوْفِبْتُمْ بِهِ﴾ « إن أخذ منكم رجلاً شيء فخذوا مثله....⁽⁵⁾

(1) سورة النحل، الآية: 126.

(2) الصاوي، حاشية الصاوي على تفسير الجلالين، ج2، ص: 683.

(3) أحمد مصطفى المراغي، تفسير المراغي، ج14، ص: 162.

(4) الطبري، جامع البيان عن تأويل القرآن، (دار الفكر، 1984م)، ج14، ص: 197.

(5) ابن كثير، التفسير، (دار الأندلس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثامنة، 1986م)، ج4، ص: 236.

3- قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ إِذَا أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنْتَصِرُونَ وَجِزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا ۗ

بِمَنْ عَاقَبَ وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ ﴾⁽¹⁾

ثانياً: السنة النبوية.

1- ما رواه أبو داود والترمذي وصححه سعيد بن يزيد قال: سمعت النبي يقول: « من قتل

دون ماله فهو شهيد ، ومن قتل دون دينه فهو شهيد ، ومن قتل دون دمه فهو شهيد ،

ومن قتل دون أهله فهو شهيد »⁽²⁾.

2- « أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ فقال: أرأيت أن جاء رجل يريد أخذ مالي قال: لا تعطه

مالك، قال الرجل: أرأيت أن قاتلني، قال النبي ﷺ فقاتله: قال الرجل أرأيت أن قتلني،

فقال: فأنت شهيد قال: أرأيت أن قتلته، فقال هو في النار »⁽³⁾.

3- قال رسول الله ﷺ: « من شهر سيفه ثم وضعه فدمه هدر »⁽⁴⁾.

4- قوله ﷺ: « أنصر أخاك ظالماً أو مظلوماً »⁽⁵⁾.

5- قوله ﷺ: « لو اطلع في بيتك أحد ، ولم تأذن له ، حذفته بحصاة ففقت عينه ، ما عليك

جناح »⁽⁶⁾.

(1) سورة الشورى، الآيات: 39، 40.

(2) أخرجه: الترمذي، الجامع الصحيح، كتاب الديات، باب " ما جاء فيمن قتل دون ماله فهو شهيد" رقم الحديث (1421)، 22/4، وقال: هذا حديث حسن.

- أخرجه: أبو داود، السنن، كتاب السنة، باب " قي قتال اللصوص"، 597/2.

- أخرجه: ابن ماجه، السنن، كتاب الحدود، باب " من قتل دون ماله فهو شهيد" رقم الحديث (2580)، 861/2.

(3) أخرجه: مسلم، الصحيح، كتاب الإيمان، باب "الدليل على أن من دون قصد أخذ مال غيره بغير حق كان القاصد مهدر الدم في حقه، وإن قتل كان في النار، وأن قتل دون ماله فهو شهيد"، رقم الحديث (5410)، 124/1.

(4) أخرجه: الحاكم، المستدرک، كتاب قتال أهل البغي، 159/2، وقال هذا الحديث على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

(5) أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب المظالم، باب " أعن أخاك ظالماً أو مظلوماً"، رقم الحديث (2443)، 126/2.

(6) أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب الديات، باب " من أخذ حقه أو اقتص دون سلطان"، رقم الحديث (6888)،

- 6- قوله ﷺ: « المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه، ومن كان في حاجة أخيه، كان الله في حاجته، ومن فرج عن مسلم كربة، فرج الله عنه بها كربة من كربات يوم القيامة، ومن ستر مسلماً، ستره الله يوم القيامة »⁽¹⁾.
- 7- قوله ﷺ: « من أذل عنده مؤمن فلم ينصره، وهو يقدر على أن ينصره، أذله الله عز وجل على رؤوس الخلائق يوم القيامة »⁽²⁾.
- 8- عن سهل بن سعد قال: اطلع رجل من جحر في جحر النبي ﷺ ومع النبي ﷺ مدرى يحك به رأسه، فقال: « لو أعلم أنك تنظر لطغنت به عينك، إنما جعل الاستئذان من أجل البصر »⁽³⁾.
- 9- عنه ﷺ: « أنه ذكر فتنة القاعد فيها خير من القائم، والقائم فيها خير من الماشي، والماشي فيها خير من الساعي قال: فإن أدركت ذلك فكن عبد الله المقتول، قال أيوب ولا أعلمه: إلا قال: ولا تكن عبد الله القاتل »⁽⁴⁾

⁽¹⁾ أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب المظالم، باب " لا يظلم المسلم المسلم ولا يسلمه"، رقم الحديث (2442)، 126/2.

⁽²⁾ أخرجه: أحمد، المسند، 487/3.

قال في مجمع الزوائد: 267/7، كتاب الفتن، باب " في من يقدر على نصر مظلوم أو إنكار منكر"، أن النبي ﷺ قال: «من أذل عنده مؤمن فلم ينصره وهو يقدر على أن ينصره أذله الله عز وجل على رؤوس الخلائق يوم القيامة»، رواه أحمد والطبراني وفيه ابن هبيرة وهو حسن الحديث ضعف، وبقية رجاله ثقة.

⁽³⁾ أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب الاستئذان، باب " الاستئذان من أجل البصر"، رقم الحديث (6241)، 169/4.

⁽⁴⁾ أخرجه: أحمد، المسند، 110/5.

قال في مجمع الزوائد: 302/7، كتاب الفتن، باب " ما يفعل في الفتن"، قال « عن خالد عطفه قال: قال لي رسول الله ﷺ يا خالد إنما ستكون بعدي أحداث وفتن واختلاف، فإن استطعت أن تكون عبد الله المقتول لا القاتل فافعل»، رواه أحمد والبخاري والطبراني وفيه علي بن زيد وفيه ضعف وهو حسن الحديث.

المطلب الثاني: حكم الدفاع الشرعي وإثباته في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: حكم الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي.

يختلف حكم الدفاع الشرعي أو دفع الصائل في الشريعة الإسلامية من حالة إلى أخرى حسب طبيعة الاعتداء ومحلّه.

أولاً: حكم الدفاع عن العرض.

« اتفق الفقهاء على أن دفع الصائل واجب في حالة الاعتداء على العرض... فإذا حاول رجل اغتصاب امرأة ولم تستطع دفعه إلا بالقتل، كان حتماً عليها وواجب أن تقتله لأن التمكين منها محرّم»⁽¹⁾.

والمدافع عن عرضه أو عرض غيره من الناس لا ذنب عليه ولا مؤاخذه، ودم المدفوع هدراً، جرحاً كان أو قتلاً، ولو قتل المدافع كان شهيداً⁽²⁾.

ثانياً: حكم الدفاع عن النفس.

« هناك القائلين بوجوبه، والقائلين بجوازه. فإذا هوجم إنسان بقصد الاعتداء على نفسه، أو عضو من أعضائه، سواء كان المهجوم من إنسان آخر أم بهيمة، وفي هذه الحالة يجب على المعتدى عليه أن يدافع عن نفسه في رأي أبي حنيفة والمالكية والشافعية.

وقال الحنابلة ورأيهم هو المتفق مع السنة: إن دفع الصائل على النفس جائز لا واجب سواء أكان الصائل صغيراً أم كبيراً أم مجنوناً»⁽³⁾.

أما حكم صيال الصبي والمجنون والحيوان فاختلف فيه الفقهاء⁽⁴⁾ « يرى مالك والشافعي وأحمد إن الإنسان إذا صال عليه صبي أو مجنون أو حيوان يكون في حالة دفاع، فإذا قتل الصبي

⁽¹⁾ أحمد هبة، موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم والعقاب، (عالم الكتب، الطبعة الأولى)، ص: 883، القراني، الذخيرة، ج12، : 262.

⁽²⁾ عبد السلام محمد الشريف العالم، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي، (شركة ELGA، الطبعة الثالثة)، ص: 326.

⁽³⁾ ينظر: ابن قدامة، المغني، ج9، ص: 181، القراني، الذخيرة، ج12، ص 262، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، (دار الفكر، الجزائر، الطبعة الأولى 1991م)، ج5، ص: 755.

⁽⁴⁾ ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج2، ص: 347. الشافعي، الأم، ج6، ص: 191، ابن قدامة، المغني، ج9، ص: 181

أو المخنون أو الحيوان ولم يكن في وسعه أن يحمي نفسه من الصيال إلا بالقتل، فلا مسؤولية عليه من الناحية الجنائية أو المدنية؛ لأنه كان يؤدي واجبه في دفع الصائل عن نفسه»⁽¹⁾.

أما أبو حنيفة فقد اختلف مع باقي الفقهاء حول صيال الصبي أو المخنون « فقد رأى إلزام المعتدى عليه بالدية.. لأن عمل أيهما لا يعد جريمة»⁽²⁾.

« وإذا صال الفحل⁽³⁾، أو غيره من البهائم على الإنسان وخافه على نفسه، فله دفعه عن نفسه فإن أدى ذلك إلى قتله فلا ضمان عليه، خلافاً لأبي حنيفة في قوله أنه يضمنه؛ لأنه قتله بدفع مباح فلم يضمنه كالآدمي، ولأن حرمة الآدمي أعظم من حرمة البهيمة، فإذا لم يضمن في الآدمي ففي البهيمة أولى، وهذا إذا قامت له بينة بما يدعيه، فإن لم يعلم إلا بقوله فإنه يضمن لأنه مقر بإتلاف مال غيره، ومدع الإباحة وسقوط الضمان، فلا يقبل قوله بدعواه»⁽⁴⁾.

ثالثاً: حكم الدفاع عن المال.

« قرر جمهور الفقهاء أن الدفاع عن المال جائز لا واجب سواء أكان المال قليلاً أم كثيراً، إذا كان الأخذ بغير حق، ولا قصاص على المدافع إن التزم الدفع بالأسهل فالأسهل. والفرق بين الدفاع عن النفس والدفاع عن المال، أن النفس لا تباح بالإباحة أما المال فيباح بالإباحة»⁽⁵⁾.

حكم العاض: « أما من عض يد إنسان، فانتزعتها منه، فسقطت أسنانه فلا ضمان عليه، أي لا يسأل مدنياً»⁽⁶⁾. وهناك من قال بالضمان⁽⁷⁾.

(1) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج1، ص: 476.

(2) ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كتر الدقائق، ج8، ص: 344.

(3) الفحل: الذكر من كل حيوان، الفيروز بادي، القاموس المحيط، ج4، ص: 29.

(4) القاضي أبي محمد عبد الوهاب علي بن نصر المالكي، المعونة على مذهب عالم المدينة، (دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى 1998م)، ص: 77، وينظر القرافي، الذخيرة، ج12، ص: 267.

(5) ينظر: الشريبي، معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج5، ص: 528، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ص: 762.

(6) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج1، ص: 475.

(7) القرافي، الذخيرة، ج12، ص: 263.

الفرع الثاني: إثبات الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي

« طرق الإثبات في المواد الجنائية في الشريعة الإسلامية هي على وجه العموم، البينة، الإقرار، القرائن، الخبرة معلومات القاضي، الكتابة، اليمين، القسامة، اللعان. والبيئة طريق لإثبات دعوى الصيال عند الشافعية، أما المالكية فيفرقون بين وقوع الصيال حال وجود الناس، ووقوعه حال عدم وجودهم، فإذا وقع الصيال حال وجود الناس تعينت البينة دليلاً لإثبات الصيال، أما إذا وقع الصيال في غير حضور أحد فيقبل قول المصول عليه بيمينه»⁽¹⁾.

المطلب الثالث: أركان الدفاع الشرعي وآثاره في الفقه الإسلامي

الفرع الأول: أركان الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي

لا يتقرر حق الدفاع الشرعي لشخص إلا إذا توفرت شروط في الاعتداء وشروط في الدفاع.

أولاً: ركن الاعتداء وشروطه:

وتتمثل في شرطين هما:

أ/ خطر الاعتداء.

ب/ أن يكون الخطر حالاً.

الشرط الأول: خطر الاعتداء: أي أن يكون هناك اعتداء حتى يكون الدفاع مشروعاً، أما إذا كان شخص يؤدب ولده أو زوجته مثلاً، فلا يباح لهما الدفاع في هذه الحالة. وكذلك لا يجوز الدفاع ضد مستوفي الحدود والقصاص⁽²⁾.

والأصل في خطر الاعتداء أن يكون خطراً حقيقياً، لا خطراً وهمياً، ويكفي أن يكون حقيقياً في اعتقاد المصول عليه، أي أن يكون غالباً على الظن ووقوعه⁽³⁾.

(1) الشافعي، الأم، ج6، ص: 191، ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج2، ص: 347، وينظر: محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، (عالم الكتب، جامعة القاهرة، الطبعة الأولى، سبتمبر 1983م)، ص: 282-284.

(2) القاضي ضياء الدين أبي عمرو المارني، تكملة المجموع شرح المذهب المسمى بالاستقصاء، (منشورات كتب السنة والجماعة، بيروت، الطبعة الأولى 2002م)، ج22، ص: 517.

(3) أحمد هبه، موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم والعقاب، ومثاله (إذا دخل رجل بالسلاح داراً، فغلب على ظن صاحب الدار أنه قاصد قتله لأسباب معقولة، كان له أن يبادر بالقتل)، ص: 89.

- ليس للاعتداء حد مقرر فيصح أن يكون الاعتداء شديداً، ويصح أن يكون بسيطاً، وبساطة الاعتداء لا تمنع الدفاع، ولكنها تقيد المدافع بأن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة لدفعه⁽¹⁾.
- لا يشترط أن يكون المعتدي أهلاً للعقوبة، فلا يمنع من استعمال حق الدفاع كون الصائل صغيراً أو مجنوناً أو سكراناً⁽²⁾.
- ويصح أن يكون الاعتداء واقعاً على نفس الموصول، أو عرضه، أو ماله، كما يصح أن يقع على نفس الغير أو عرضه أو ماله، بل يصح أن يكون واقعاً على نفس الصائل أو ماله⁽³⁾.
- « ليس من الضروري أن يكون الاعتداء جريمة معاقباً عليها، ولكن يكفي أن يكون عملاً غير مشروع »⁽⁴⁾.

الشرط الثاني: أن يكون الخطر حالاً: ويظهر اشتراط هذا الشرط من قوله ﷺ: « من شهر على المسلمين سيفاً فقد أبطل دمه »⁽⁵⁾، فبملاحظة أصل العصمة يظهر من هذا الحديث أن حلول الخطر من الصائل شرط في هدر دمه⁽⁶⁾.

ولا يكون الاعتداء المؤجل محلاً للدفاع، ولم يكن التهديد بالاعتداء محلاً للدفاع إذ ليس

هناك خطر يجتني منه الإنسان بالدفاع العاجل.

ثانياً: ركن الدفاع وشروطه:

وتتمثل في شرطين هما:

- أ- أن يكون الدفاع لازماً.
- ب- أن يكون الدفاع متناسباً مع الاعتداء.

(1) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج1، ص: 479.

(2) الماراني، تكملة المجموع شرح المهذب المسمى بالاستقصاء، ص: 517.

(3) أحمد هبة، موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم والعقاب، ص: 89.

(4) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج1، ص: 479.

(5) سبق تخريجه بلفظ « من شهر سيفه ثم وضعه فدمه هدر »، ص: 121.

(6) الماراني، تكملة المجموع شرح المهذب المسمى بالاستقصاء، ص: 518.

الشرط الأول: أن يكون الدفاع لازماً:

يشترط في الدفاع أن يكون بالقدر اللازم لدفع الاعتداء، فإن زاد عن ذلك فهو اعتداء لا دفاع. فالمصول عليه مقيد دائماً بأن يدفع الاعتداء بأيسر ما يندفع به⁽¹⁾.

قال القرافي: قال القاضي أبو بكر « أعظم المدفوع عنه، النفس، وأمره بيده إن شاء سلم نفسه، أو دافع عنها، ويختلف الحال، ففي زمن الفتنة الصبر أولى »⁽²⁾.

ومن قصد رجل في نفسه أو ماله أو أهله بغير حق، فله أن يدفعه بأيسر ما يندفع به، فإذا أمكنه الدفع بالصياح والاستغاثة لم يدفع باليد، وإذا كان في موضع لا يلحقه الغوث، دفعه باليد، فإن لم يندفع باليد دفعه بالعصا⁽³⁾.

« وذهب القرافي في قاعدته الفرق السابع والأربعون والمائتان » بين قاعدة الإلتلاف بالصيال وبين قاعدة الإلتلاف بغيره « إن الساكت عن نفسه حتى يقتل لا يعد آثماً ولا قاتلاً لنفسه، بخلاف لو منع عن نفسه طعامها وشرابها حتى مات »⁽⁴⁾.

« ولو قدر المصول عليه الهرب من غير مضرة تلحقه، لم يجوز له الدفع بالجراح فإن لم يقدر فله أن يدفعه بما يقدر »⁽⁵⁾.

الشرط الثاني: أن يكون الدفاع متناسباً مع الاعتداء:

والتناسب لا يعني التطابق بين الاعتداء والقوة في النوع أو المقدار، وإنما يعني أن القوة لم تتجاوز الحد اللازم لدفع الاعتداء⁽⁶⁾.

(1) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج1، ص: 482-483.

(2) القرافي، الفروق، (المكتبة العصرية، الطبعة الأولى 2002م)، ج4، ص: 147.

(3) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج1، ص: 484.

(4) القرافي، الفروق، ج4، ص: 147.

(5) جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاش، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، (دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1995م)، ج3، ص: 354.

(6) أحمد هبة، موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم والعقاب، ص: 91.

قال القرطبي: قال ابن العربي « والصحيح من قول علمائنا أن المماثلة واجبة، إلا أن تدخل في حد التعذيب، فلتترك إلى السيف » واتفق علماؤنا على أنه إذا قطع يده ورجله وفقاً عينه قصد التعذيب، فعل به ذلك»⁽¹⁾.

الفرع الثاني: آثار الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي.

الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية إذا توافر بأركانها وشروطه، رتب آثاراً جنائية وأخرى مدنية.

أولاً: الآثار الجنائية للدفاع الشرعي.

يقرر الفقه الإسلامي إباحة أفعال الدفاع التي يأتيها الموصول عليه درءاً لخطر الاعتداء، متى كانت لازمة لمواجهة هذا الخطر، وظلت في حدوده المناسبة⁽²⁾.

وفي المذهب الشافعي يهدر دم الصائل إذا أقيمت البيئة على صياله، ويرى الأحناف عدم مسؤولية من يدفع صائلاً، أما المالكية فذهبوا إلى عدم مسؤولية الموصول جنائياً⁽³⁾.

والخلاصة أن الفقه الإسلامي يجمع على إباحة الأفعال التي يأتيها الموصول لمواجهة اعتداء الصائل، طالما ظلت في الحدود المشروعة للدفاع، ومن ثمة لا تترتب على الموصول عليه أي مسؤولية من الناحية الجنائية⁽⁴⁾.

ثانياً: الآثار المدنية للدفاع الشرعي.

اختلف الفقهاء في مسألة الآثار المدنية للدفاع الشرعي بين القول بالضمان وعدمه.

أ- « فذهب أهل المدينة إلى أنه إذا صال الجمل على الرجل فأقام بينة بصياله عليه، وأنه ضربه عند صياله فقتله، أو عقره، فلا ضمان عليه، وإذا لم يكن بينة إلا قوله ضمن»⁽⁵⁾.

ب- « وفي الذخيرة ... ووافقنا الشافعي أنه لا يضمن الفحل الصائل أو المجنون والصغير، وقال أبو حنيفة يباح له الدفع ويضمن»⁽⁶⁾.

(1) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج2، ص: 352.

(2) محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، ص: 349.

(3) ينظر: الشافعي، الأم، ج6، ص: 191، ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كتر الدقائق، ج8، ص: 344، ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج2، ص: 347،

(4) محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، ص: 319-321.

(5) الشافعي، الأم، خرج أحاديثه وعلق عليه محمود مطرجي، (دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1993م)، ج6، ص: 245.

(6) شهاب الدين أحمد ابن إدريس القرافي، الذخيرة، (دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى 1994م)، ج12، ص: 267.

المطلب الرابع: تجاوز حدود الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: مفهوم التجاوز وتحديد معايير الفقه الإسلامي. أولاً: مفهوم التجاوز في الفقه الإسلامي.

يقصد بتجاوز حدود الدفاع الشرعي أن يستخدم المعتدى عليه (المدافع) قدراً من القوة يزيد على القدر الكافي لدرء خطر العدوان⁽¹⁾.

ثانياً: معايير تجاوز حدود الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي.

يرتكز معيار التجاوز في الشريعة الإسلامية على استعمال القوة لدفع التعدي وعدم تجاوزه، فإن دخل رجل على رجل آخر ومعه سلاح، فأمره بالخروج فلم يفعل، فله أن يضربه بأسهل ما يخرج به، فإن علم أنه يخرج بضرب بالعصا، لم يجز أن يضربه بحديدة لأن الحديد آلة للقتل خلاف العصا⁽²⁾.

و في الذخيرة: « لا يقصد القتل بل الدفع، فإن أدى للقتل فذلك، إلا أن يعلم أنه لا يندفع إلا بالقتل فيقصد ابتداءً، ولو قدر الموصول عليه على الهرب من غير مضره تلحقه لم يدفع بالجرح، وإلا بما يقدر »⁽³⁾.

والمقاومة الخاصة بالاعتداء لا يجوز فيها تجاوز القدر اللازم، وهذا لأن الدفاع أوجبته ضرورة المحافظة على النفس، « والضرورة تقدر بقدرها » ولا يتجاوز الحد فيها كالمضطر الذي تباح له الميتة لا يباح منها إلا ما يدفع عائلة الجوع، ولا يتجاوز ذلك ويتعداه⁽⁴⁾.

ولتحديد معيار التجاوز اشترط المالكية البينة، فيقررون مسؤولية المدافع عن أفعاله التي لا يستلزمها الدفاع، فلا يجوز للمدافع أن يقوم بقتل رجل وجده عند امرأة، إلا إذا أقام البينة على حالة التلبس بالفاحشة، وإن لم يتم الدليل كان مسؤولاً لأنه تجاوز حدود مشروعية الدفاع⁽⁵⁾.

(1) محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، ص: 232-233.

(2) أحمد فتحي مهنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، (دار الشروق، بيروت، الطبعة الثالثة 1984م)، ص: 207.

(3) القرابي، الذخيرة، ج12، ص: 262-263.

(4) محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (العقوبة)، (دار الفكر العربي)، ص: 405.

(5) محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة"، ص: 334.

الفرع الثاني: شروط التجاوز وأنواعه في الفقه الإسلامي.

أولاً: شروط التجاوز في الفقه الإسلامي.

في الحقيقة الشريعة الإسلامية لم تنص على شروط خاصة على أساسها تقدر حالة التجاوز، ولكنها أرست مبادئ عامة أوجبتها لرد الاعتداء، واعتبرت الخروج عنها تجاوز، منها:

- مبدأ التناسب بين المجازاة والضرر، ومعناه المماثلة في الجزء عموماً، سواء أكان ضماناً أو عقوبة لتحقيق العدالة والإنصاف⁽¹⁾. فكل خروج عن تطبيق هذا المبدأ يعتبر تجاوزاً.
- مبدأ التدرج في وسيلة الدفاع، أو الوسيلة المستخدمة في القوة الدفاعية، وقال ابن رشد، قال: القاضي أبو بكر « ولا يقصد قتل الصائل ابتداءً، وإنما ينبغي أن يقصد الدفع، فإن أدى إلى القتل فلا ضمان، إلا أن يعلم أنه لا يندفع إلا بالقتل، فحائز أن يقصد قتله ابتداءً، ولو قدر الموصول عليه على الهروب من غير مضرة تلحقه، لم يجوز له الدفع بالجرح، وإلا فله الدفاع بما قدر عليه »⁽²⁾.

ثانياً: أنواع التجاوز في الفقه الإسلامي:

ويقع التجاوز في صورتين:

أ/ الصورة الأولى: أن توجه القوة بقصد الانتقام.

وفي هذه الصورة الدفع يتولد عن الاعتداء، فإذا بدأ الاعتداء، بدأت حالة الدفاع وإذا انتهى الاعتداء انتهت حالة الدفاع، ومن ثمة لا يعتبر الموصول عليه مدافعاً إذا انتهى الاعتداء، ويسأل عن فعله ويعد معتدياً لتماديه في استعمال القوة.

ب/ الصورة الثانية: تجاوز المدافع حدود حقه بسوء نية.

وفي هذه الصورة يتعدى المدافع حدود الدفاع الشرعي بسوء نية، كما لو لم يدفع الاعتداء بأيسر مما يندفع به بسوء نية قاصداً الانتقام، فإن قدر الموصول عليه على دفع المعتدي الصائل بالعصا، فقطع عضواً، أو قدر على دفعه بالقطع فقتله وجب عليه الضمان.

(1) محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي " دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون "، (دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 1989م)، ص: 100.

(2) القاضي برهان الدين إبراهيم بن علي بن أبي القاسم ابن محمد بن فرحون المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام، (مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، الطبعة الأولى 1986)، ج2، ص: 347.

وإذا أراد المدافع أن يضرب الصائل فأخطأه وأصاب غيره، فهو مسؤول عن خطئه،
إذ الفعل في ذاته مباح على الصائل ولكنه وقع على الغير خطأً.

المبحث الثاني: حق الدفاع الشرعي في القانون الوضعي.

المطلب الأول: تعريف الدفاع الشرعي وبيان طبيعته وأساسه القانوني في القانون الوضعي.

الفرع الأول:: تعريف الدفاع الشرعي في القانون الوضعي.

تعددت التعريفات الخاصة بالدفاع الشرعي، ولذا سأقتصر على أهمها:

أ- عرفه عبد الله سليمان بقوله « هو الحق باستعمال القوة اللازمة الذي يقرره القانون لمصلحة المدافع لرد الاعتداء الحال عليه أو على ماله أو على نفس الغير أو ماله »⁽¹⁾.

ب- وعرفه الفيلسوف الألماني " هيغل " بأنه « عدوان فرد على فرد، نفي لسلطان القانون، ودفع هذا العدوان نفي لهذا النفي، فهو بالتالي إثبات لسلطان القانون »⁽²⁾.

ج- وعرفه عادل قورة بقوله « هو استعمال القوة اللازمة لصد خطر غير مشروع يهدد بالاعتداء على حق يحميه القانون »⁽³⁾.

د- وعرفه محمد سيد عبد التواب بقوله « رد بقوة لازمة ومناسبة لاعتداء غير مشروع، حال أو على وشك الوقوع »⁽⁴⁾.

الفرع الثاني:: طبيعة الدفاع الشرعي.

إن طبيعة الدفاع الشرعي تختلف من رأي إلى رأي آخر، وهذا بحسب أساس اعتباره، فهناك من اعتبره حقاً، وهناك من اعتبره واجباً، ورأي آخر اعتبره رخصة، وآخر ضرورة.

1- الدفاع الشرعي حق: يرى بعض الفقهاء أن الدفاع الشرعي عن النفس والمال حق يعترف

به القانون ويحميه، فمن يستخدمه إنما يستعمل حقاً مقررأ بواسطة القانون⁽⁵⁾.

(1) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام) الجريمة، ص: 129.

(2) إبراهيم الشباسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، (القسم العام)، ص: 172.

(3) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات (القسم العام)، الجريمة، ص: 84.

(4) محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، ص: 68.

(5) جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات « نظرية الجريمة »، (ديوان المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1999م)،

الجزء الأول، ص: 245.

2- الدفاع الشرعي واجب: « يرى بعض الفقهاء أن الدفاع الشرعي واجب يفرضه الحرص على صيانة الحقوق ذات الأهمية الاجتماعية.

3- الدفاع الشرعي رخصة: اتجه رأي ثالث إلى اعتبار الدفاع الشرعي ترخيص من القانون للمدافع برد الاعتداء» (1).

4- الدفاع الشرعي ضرورة: اعتبر هذا الرأي الدفاع الشرعي حق يستعمل عند الضرورة، ومن هنا قيل أنه « نوع من أنواع الضرورة» (2).

ولكن حالة الضرورة تختلف عن الدفاع الشرعي من وجوه عدة:

- إن الذي ينشئ حق الدفاع الشرعي هو اعتداء مجرمته، وهذا يعني أن فعل الدفاع يوجه ضد معتد، بخلاف جريمة الضرورة فتوجه ضد بريء (3).
- ليس للضرورة أثر على جرائم القتل والجرح والقطع، فليس للمضطر بأي حال أن يقتل غيره، أو يقطعه، أو يجرحه لينجي نفسه من الهلاك (4). أما الدفاع الشرعي فهو يميز رد الاعتداء بالقتل أو الجرح.
- الدفاع أوسع من الضرورة؛ لأنه يتناول -الدفاع عن المال- بخلاف الضرورة التي لا توجد إلا فيما يهدد النفس البشرية (5).
- يلزم لقيام حالة الضرورة أن يكون الخطر جسيماً، بينما يكفي لقيام الدفاع الشرعي، الخطر اليسير، بشرط أن يتناسب معه فعل الدفاع (6).
- الدفاع من أسباب الإباحة، والضرورة من أسباب رفع المسؤولية، كما أن الدفاع لا مسؤولية مدنية فيه بخلاف الضرورة فإن فيها المسؤولية المدنية (7).

(1) أكرم نشأت إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، (الدار الجامعية للطباعة والنشر)، ج1، ص: 149.

(2) جلال ثروت، نظم لقسم العام في قانون العقوبات، ج1، ص: 245.

(3) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات (القسم العام) الجريمة، ص: 99.

(4) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج1 ص: 578.

(5) محمد عبد المنعم القيعي، نظرة القرآن إلى الجريمة والعقاب، (دار المنار للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى 1988م)، ص: 195.

(6) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات (القسم العام) الجريمة، ص: 99.

(7) محمد عبد المنعم القيعي، نظرة القرآن إلى الجريمة والعقاب، ص: 196.

موقف المشرع الجزائري:

حسب نص المادة (39) الفقرة الأولى « لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون »⁽¹⁾، يتضح جلياً، أن المشرع الجزائري عبر عن حالة الدفاع (بالفعل) فلم يقرر طبيعة هذا الفعل، أي مدى اعتباره حق للمدافع أو واجب عليه لحماية نفسه أو غيره، وهذا يعني أن المشرع لم يفصح عن الطبيعة القانونية الخاصة للدفاع الشرعي.

الفرع الثالث: الأساس القانوني للدفاع الشرعي.

يختلف الأساس القانوني للدفاع الشرعي من نظرية إلى أخرى حسب الأقوال التالية:

- الرأي القائل أن « الدفاع المشروع يرجع إلى فكرة العقد الاجتماعي، فبموجب هذا العقد يتنازل الأفراد عن حقوقهم، ومنها حقهم في الدفاع عن أنفسهم إلى الدولة، فإذا وقع اعتداء غير مشروع على أحد الأفراد، ولم يكن في استطاعة الدولة الدفاع عنه، فإنه يعود إلى حالته السابقة على العقد، ويتولى بنفسه الدفاع ضد الاعتداء الذي تعرض له »⁽²⁾.

ولكن هذا الرأي يتعرض لذات النقد الموجه لفكرة الحقوق الطبيعية، فضلاً على أن فكرة العقد الاجتماعي ذاتها مشكوك في سلامتها من الناحية التاريخية⁽³⁾.

- وذهب رأي آخر إلى اعتبار « الدفاع الشرعي نوع من الإكراه المعنوي، يمنع المسؤولية الجنائية لأن المدافع بخضوعه لضغط الاعتداء، أصبحت إرادته غير معتبرة قانوناً، مما يعطل الركن المعنوي للجريمة، الذي يتطلب أن تكون الإرادة حرة مختارة »⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، (الجزائر، يرتي للنشر 2012، 2013)، المادة 1/39، ص: 25. وينظر: المادة (39) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

⁽²⁾ علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات القسم العام دراسة مقارنة، (منشورات الحلبي الحقوقية 2002م)، ص: 216.

⁽³⁾ علي عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات القسم العام، (الدار الجامعية 1988م)، ص: 138.

⁽⁴⁾ عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام (الجريمة)، ص: 130.

وانتقد هذا الرأي؛ كذلك لأن الإكراه المعنوي يترتب عليه عدم المسؤولية فقط، حيث تبقى الصفة غير المشرعة للفعل، أما حالة الدفاع المشروع فتزول الصفة الإجرامية عن فعل الدفاع تماماً⁽¹⁾. كما أن الإكراه المعنوي ما نع من موانع المسؤولية، بينما الدفاع الشرعي سبباً من أسباب الإباحة.

- وهناك من يرى أن الدفاع الشرعي يرجع إلى فكرة الحقوق الطبيعية، ولكن هذه الفكرة وإن كانت تصلح في حالة الدفاع عن الحقوق الشخصية، فإنها لا تصلح لتفسير الدفاع عن حقوق الغير⁽²⁾.

- ذهب رأي آخر إلى أن المدافع يمارس وظيفة عامة نيابة عن الدولة التي لا تمكنها ظروف الحوادث من رد الاعتداء في حينه، ولذلك يقوم الأفراد برد الاعتداء بسبب الضرورة⁽³⁾.

- ولكن هذا الرأي ينتقد باعتبار أن دفاع الشخص عن نفسه أو عن غيره من حقه، وليس كونه وظيفة، الدولة مسؤولة عن القيام بها مطلقاً.

الرأي الراجح:

« والرأي الراجح والأقرب إلى الصحة هو الذي ذهب إلى أن الدفاع الشرعي يقوم على أساس المقابلة أو الموازنة بين المصالح المتعارضة للأفراد، وترجيح مصلحة أولى بالرعاية على أخرى تحقيقاً للصالح العام »⁽⁴⁾.

« والصالح العام لا يتحقق، إلا إذا استند في ترجيحه بين المصلحتين المتعارضتين على معيار موضوعي لا شخصي، بحيث يرجح المصلحة المحتلثة على المصلحة المستدفة، على أساس ما تصلح به الجماعة، لا على أساس ما تتحقق به أهواء النفوس وشهواتها »⁽⁵⁾.

(1) علي عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات القسم العام، ص: 139.

(2) علي عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات القسم العام، ص: 215-216.

(3) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام(الجريمة)، ص: 130.

(4) علي عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات القسم العام، ص: 217.

(5) عبد الفتاح محمد الصيفي، قانون العقوبات (النظرية العامة)، (دار الهدى للمطبوعات)، ص: 479.

موقف المشرع الجزائري:

تنص المادة 2/39 من قانون العقوبات الجزائري على أنه « لا جريمة إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسب مع الاعتداء » ومن خلال عرض المادة يظهر جلياً أن المشرع الجزائري أخذ بفكرة الموازنة بين المصالح المتعارضة للأفراد، ومرعاة مصلحة المجتمع على مصلحة المعتدين، بحيث اعتبر فعل المدافع مباح، وأهدر مصلحة المعتدي.

الفرع الرابع: مصدر الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري.

نصت المادتين (39) و (40) من قانون العقوبات الجزائري على أحكام الدفاع الشرعي.

- (المادة 39): « لا جريمة:

1- إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون.

2- إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسباً مع جسامة الاعتداء».

- (المادة 40) « يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع المشروع:

1- القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه أو لمنع تسليق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو مسر شيء منها أثناء الليل.

2- الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة»⁽¹⁾.

⁽¹⁾ الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 18 صفر عام 1386، الموافق 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم/ المادتين 39، 40، ص 25-26.

المطلب الثاني: حكم الدفاع الشرعي وإثباته في القانون الوضعي.

الفرع الأول: حكم الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري.

الدفاع الشرعي حق مطلق يستفيد منه كل من ساهم في رد الاعتداء، سواء بصفته فاعلاً أو شريك في الجريمة، وهو سبب عام من أسباب الإباحة، حيث لا يبيح فقط جرائم القتل والضرب، وإنما أية جريمة لازمة لدرء الاعتداء، ويؤيد هذا أن المشرع الجزائري أورد أحكام الدفاع الشرعي في الجزء الأول الخاص بالمبادئ العامة التي تنطبق على كافة الجرائم⁽¹⁾.

كما أن حق الدفاع الشرعي يبيح أفعال الدفاع، وذلك باعتباره لا يتضمن المعنى الخاص للعدوان، في حين أن فعل المعتدي يظل وبالرغم مما ناله على يد المدافع عملاً عدوانياً وبالتالي يبقى مسؤولاً عن جريمته⁽²⁾.

الفرع الثاني: إثبات الدفاع الشرعي في القانون الوضعي.

أولاً: حق المتهم في إثباته: « أي أن المتهم يتمسك بحق الدفاع الشرعي ويثبته، ولا يشترط قانوناً في التمسك بهذا الحق إirاده بصريح لفظه، وبعبارة المؤلف، بل تكفي أية عبارة يفهم منها أن المتهم في حالة دفاع مشروع »⁽³⁾.

ثانياً: مهمة المحكمة في إثبات حق الدفاع الشرعي: لمحكمة الموضوع تقدير قيام الدفاع الشرعي أو نفيه بحسب ما يستبين لها من الأدلة المقدمة إليها⁽⁴⁾.

موقف المشرع الجزائري:

من خلال النص « إن الدفاع المشروع مسألة موضوعية يرجع تقديرها لقضاة الموضوع الذين يتعين عليهم في حالة إثارته الرد عليه بقبوله أو رفضه »⁽⁵⁾، يتضح أن مسألة إثبات الدفاع الشرعي تقع على عاتق المحكمة أي قضاة الموضوع.

(1) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات - القسم العام - الجريمة، ص: 84.

(2) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام (الجريمة)، ص: 130.

(3) عبد القادر قهوجي، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، ص: 255.

(4) أحمد أبو الروس، القصد الجنائي والمساهمة والمسؤولية الجنائية والشروع والدفاع الشرعي وعلاقة السببية، (المكتب الجامعي الحديث)، ص: 141.

(5) أحمد بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية (النص الكامل للقانون وتعديلاته إلى غاية 2 غشت سنة 2011 مدعم بالاجتهاد القضائي)، «غ،ج،م، قرار 14/07/1996-ملف 132 860 ، غير منشور»، ص: 26.

المطلب الثالث: أركان الدفاع الشرعي وآثاره في القانون الجزائري.

الفرع الأول: أركان الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري

لقيام الدفاع الشرعي لا بد من توافر ركنين، ركن الاعتداء، وركن الدفاع.

أولاً: ركن الاعتداء وشروطه.

أ/ معنى الاعتداء: توافر عدوان على النفس أو المال، نفس أو مال المدافع أو غيره من الأشخاص⁽¹⁾.

ب/ شروط الاعتداء: لتحقيق الاعتداء يلزم توافر الشروط التالية:

- أن يكون الاعتداء يهدد بخطر غير مشروع.
- أن يكون الخطر حالاً، أو وشيك الوقوع.
- أن يهدد الخطر النفس أو المال.

الشرط الأول: أن يكون الاعتداء يهدد بخطر غير مشروع:

- فلا يجوز القول بوجود دفاع شرعي قبل أن يبادر المعتدي بفعل ينشأ عنه خطر يهدد حقاً محمياً بالقانون، وينبعث هذا الخطر عادة من فعل إيجابي، إذ من النادر أن يتحقق الخطر بفعل سلبي، لكنه إذا تحقق بفعل سلبي، كما في حالة الأم التي تمتنع عن إرضاع طفلها بقصد قتله، فإنه يجوز إرغامها بالوسائل المناسبة على الإرضاع لإنقاذ الطفل من الهلاك⁽²⁾.
- أن يهدد بالاعتداء على حق يحميه قانون العقوبات كأن يشهر المعتدي سلاحه ليعلمه في جسد المدافع، أو يضع يده في حقيبته لسرقة محتوياتها، فلا شك أن الفعل يهدد بالاعتداء على حق الحياة وسلامة الجسم في الحالة الأولى، وعلى حق الملكية في الحالة الثانية⁽³⁾.
- امتناع مسؤولية المعتدي لا يحول دون الدفاع الشرعي، فالعبرة بوصف الفعل وليس بمسؤولية فاعله، فليس شرطاً أن يكون المعتدي مسؤولاً جزائياً، فالدفاع جائز ضد الصغير غير المميز، والمجنون والمكره، وهم غير أهل لتحمل المسؤولية الجنائية⁽⁴⁾.

(1) سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، (دار الجامعة الجديدة للنشر، 2000م)، ص: 420.

(2) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، الجريمة، ص: 132.

(3) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات - القسم العام - الجريمة، ص: 86.

(4) أكرم نشأت إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، ص: 154.

- لا يلزم لوصف الاعتداء بأنه غير مشروع أن يكون جريمة متكاملة الأركان، فقد يقع الاعتداء غير المشروع بمجرد الشروع أو الأعمال التحضيرية⁽¹⁾.
 - الخطر المشروع الذي ينبعث عن فعل من الأفعال المباحة، يوجب على مرتكب الفعل أن يلتزم حدود الإباحة، فإذا تجاوز هذه الحدود انقلب الخطر المشروع إلى خطر غير مشروع، يمكن الاحتجاج به للدفاع الشرعي⁽²⁾.
 - الخطر الحقيقي هو الأصل الذي يبيح الدفاع الشرعي، فيلزم أن يكون الخطر الذي يواجه المدافع خطراً حقيقياً⁽³⁾ أما الخطر الوهمي ومثاله: أن يشاهد شخص شخص آخر قادماً نحوه فيبادره بإطلاق الرصاص فيقتله ظناً منه أنه عدوه متوهماً أنه يحمل سلاحه ليقتله، فإذا تبين بعد ذلك أن الرجل المقتول لم يكن سوى صديق للقاتل، وأنه لا سلاح معه، فالقانون الجزائري لم يتعرض لهذا الافتراض⁽⁴⁾.
 - وذهب إبراهيم الشباسي إلى أنه يكفي لقيام حالة الدفاع الشرعي أن يكون خطر الاعتداء ماثلاً في ذهن المدافع عن الاعتداء، بشرط أن يبقى الخطر الوهمي على أسباب جدية ومقبولة⁽⁵⁾.
- ولكن السؤال المطروح هنا: ما هو معيار تحديد الأسباب الجدية الملازمة للخطر الوهمي من غيرها؟
- استفادة المعتدي من عذر لا يحول دون الدفاع الشرعي، فللمعتدى عليه حق الدفاع الشرعي، ولو كان القانون يقرر للمعتدي عذراً مخففاً، لأن هذا العذر لا يبيح له فعل الاعتداء، وإنما يخفف له العقاب فقط⁽⁶⁾.

(1) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات - القسم العام - الجريمة، ص: 86.

(2) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، الجريمة، ص: 132.

(3) إبراهيم الشباسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، ص: 173.

(4) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، الجريمة، ص: 133.

(5) إبراهيم الشباسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، ص: 173.

(6) أكرم نشأت إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، ص: 153.

● « لا يقوم الدفاع الشرعي إذا لم يوجد اعتداء قط، متى كان العمل ليس من شأنه المساس بأي حق محمي بالقانون، كما لو تقدم الموظف المختص لتوقيع حجز على منقولات شخص، فلا يعد هذا الفعل اعتداء يبيح للمحجوز عليه أن يقاومه بدعوى الدفاع الشرعي»⁽¹⁾.

● « إذا هاجم حيوان شخص، وكان وراء هجوم الحيوان تحريض من صاحبه فإن الدفاع الشرعي يقوم في مواجهة الشخص الذي حرّض الحيوان على الهجوم، لأنه هو المعتدي في هذه الحالة، وبقتل الحيوان يزول خطر الاعتداء؛ لأن الحيوان ما هو إلا أداة للعدوان. أما إذا كان هجوم الحيوان دون تحريض من أحد، فإن الهجوم يصلح لقيام حالة الضرورة متى توافرت باقي شروطها»⁽²⁾.

الشرط الثاني: أن يكون الخطر حالاً أو وشيك الوقوع.

ومعنى الحلول أن يكون على وشك الوقوع في المستقبل القريب بصورة يستحيل معها اللجوء إلى السلطات العامة لدرء الخطر على النفس أو المال⁽³⁾ ويكون الخطر حالاً في صورتين⁽⁴⁾.

الأولى: أن يكون الاعتداء وشيك الوقوع.

الثانية: أن يكون الاعتداء قد بدأ ولكنه لم ينته بعد.

ومثال الصورة الأولى من يرى خصمه يرفع عصاه بقصد ضربه، أو يتناول مسدسه بقصد تصويبه نحوه⁽⁵⁾.

ومثال الصورة الثانية، من يطعن عدوه بسكين ثم يحاول إعادة الطعنات، يتوافر بالنسبة لفعله حلول الخطر بالنسبة للطعنات اللاحقة⁽⁶⁾.

(1) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات - القسم العام - الجريمة، ص: 87.

(2) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات - القسم العام - الجريمة، ص: 89.

(3) جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، ص: 248.

(4) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات - القسم العام - الجريمة، ص: 91.

(5) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، الجريمة، ص: 134.

(6) علي عبد القادر قهوجي، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، ص: 291.

- ويجيز القانون فعل الدفاع إذا كان الخطر حالاً لا مستقبلاً، فمن يهدد خصمه بأنه سيقنتله بعد مدة، أو في مناسبة قادمة أو عند حدوث أمر ما، فإن ذلك لا يعطي للمهدد بالقتل حق الالتجاء إلى فعل الدفاع الشرعي، وذلك لأن الخطر غير حال، فقد يتحقق وقد لا يتحقق، كما أن الوقت كاف لمراجعة السلطات المختصة⁽¹⁾.
- ويثور البحث في وسائل الدفاع الميكانيكي، « كمن يضع فخاً على باب بستانه، فيطبق على ساق لص يصيبه بجروح، فقد يقال أن الخطر في هذه الحالة لم يكن حالاً حين وضع وسيلة الدفاع الميكانيكي، وإنما كان مستقبلاً »⁽²⁾.
- ولكن يجب النظر إلى الخطر في اللحظة التي تعمل فيها الآلة أو الأداة أو التيار الكهربائي ضد المعتدي، إذ يكون الخطر محققاً آنذاك بمن أعد الوسيلة لرد الاعتداء⁽³⁾.
- موقف المشرع الجزائري من استعمال وسائل الدفاع الميكانيكي.
- نص المشرع الجزائري في المادة 2/39 من قانون العقوبات الجزائري أن يكون الاعتداء حالاً، لكنه لم يوضح موقفه من استعمال وسائل الدفاع الميكانيكي، أو الدفاع الآلي بنص قانوني، وهل استعمال الوسائل الوقائية لرد الاعتداء قبل وقوع العدوان، يحمي شرعية الدفاع ؟
- بعد انتهاء الاعتداء أي بعد وقوع الجريمة كاملة، كما حددها القانون، لا يجوز للمعتدي عليه أن يتذرع بحق الدفاع الشرعي في مواجهة المعتدي، ويعد العمل الذي يقوم به من قبيل الانتقام⁽⁴⁾.

(1) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، الجريمة، ص: 134.

(2) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات - القسم العام - الجريمة، ص: 91.

(3) أكرم نشأت إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، ص: 159.

(4) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، الجريمة، « فإذا ضرب شخص شخصاً آخر، وهرب بعد واقعة الضرب، فلا يجوز للمجني عليه أن يتعقبه ليضربه بحجة الدفاع الشرعي »، ص: 135.

الشرط الثالث: أن يهدد الخطر النفس أو المال.

ويقرر قانون العقوبات الجزائري هذا الشرط بنص المادة 2/39 « لا جريمة إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس، وعن الغير، أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسباً مع جسامة الاعتداء»⁽¹⁾.

فجرائم الاعتداء على النفس هي جرائم المساس بسلامة جسم المجني عليه كالقتل العمد بجميع صورته بسيطاً كان أم مقترناً بظرف مشدد، كسبق الاصرار والترصد، وجرائم الجرح والضرب، ويلحق بها الجرائم الواقعة على العرض، مثل الفعل الفاضح العلني وارتكاب أمر مخل بالحياء، وجرائم الخطف، أما جرائم الاعتداء على الأموال فتخص جرائم السرقات، وجرائم الإلتلاف والحريق العمدي..... الخ⁽²⁾.

ثانياً: ركن الدفاع وشروطه.

أ/ معنى الدفاع: المدافع يستخدم حقه في الدفاع ضد الاعتداء الذي يهدد شخصاً في نفسه أو ماله، وهذا الاعتداء يهدد الغير في نفسه أو ماله⁽³⁾.

ب/ شروط الدفاع: يشترط لقيامه:

- أن يكون فعل الدفاع لازماً لدرء الخطر المهدد به.
- تناسب فعل الدفاع مع جسامة الخطر.

الشرط الأول: أن يكون فعل الدفاع لازماً لدرء الخطر المهدد به.

أن يكون فعل الدفاع لازماً أي ضرورياً لرد الاعتداء، فإذا كان المدافع رد الاعتداء بفعل لا يعد جريمة، فليس له الالتجاء إلى أفعال مجرمة للدفاع الشرعي⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ أورد المشرع الجزائري الجرائم الواقعة على النفس في الباب الثاني من الفصل الأول « الجنائيات والجنح ضد الأشخاص »، والجرائم الواقعة على المال في الباب الثاني من الفصل الثالث « الجنائيات والجنح ضد الأموال »، من قانون العقوبات الجزائري، المواد (245، 417).

⁽²⁾ إبراهيم الشباسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، ص: 177-178.

⁽³⁾ علي عبد القادر قهوجي، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، ص: 242.

⁽⁴⁾ عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، الجريمة، ومثاله: أن يكون باستطاعة المدافع أن يجرد خصمه من سلاحه الذي هدد به دون تعريض نفسه للخطر، ص: 136.

- ولقد ثار التساؤل بشأن الهرب إذا كان هو الوسيلة المتاحة لتفادي الاعتداء غير استخدام القوة، فهل يتعين على المعتدى عليه الفرار من وجهة المعتدي، لأن فعل الدفاع في هذا الغرض لا يكون لازماً؟⁽¹⁾.
- فإذا كان بإمكان الشخص المهدد بالخطر أن يتفادى الخطر بهروبه، فإن ذلك لا ينفي حقه في دفع الاعتداء بفعل يعد في الأصل جريمة، لأن القانون لا يمكن أن يطلب من الشخص الهروب عند التعرض للخطر، لما ينطوي على ذلك من مظاهر الضعف، ومعنى الجبن، الذي لا تقره الكرامة الإنسانية⁽²⁾.
- ولكن من المتصور ألا يكون الهرب مشيناً في بعض الحالات إذا كان فعل الاعتداء صادراً عن مجنون أو صغير، أو عن أب، أو عن أم، ففي مثل هذه الحالات لا يكون فعل الدفاع لازماً لإمكانية الهرب غير المخجل⁽³⁾.
- ويقصد بلزوم فعل الدفاع أن يكون من شأنه رد الاعتداء، بمعنى أن يوجه الفعل إلى مصدر الاعتداء⁽⁴⁾.
- ولا يشترط أن يأخذ الدفاع صورة الفعل الإيجابي، فيمكن أن يتحقق عن طريق الامتناع، ومثال ذلك: إذا اعتدى شخص على آخر فهاجمه كلب المعتدى عليه فتركه هذا الأخير حتى أصاب المعتدي بجروح⁽⁵⁾.
- الشرط الثاني: تناسب فعل الدفاع مع جسامة الخطر. والمقصود بالتناسب أن تكون القوة التي استعملها المعتدى عليه في دفاعه لا تزيد عن القدر اللازم لدفع الاعتداء. فتكون بذلك متناسبة مع الاعتداء في جسامته⁽⁶⁾.

(1) علي عبد القادر قهوجي، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، ص: 147.

(2) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات - القسم العام - الجريمة، ص: 93.

(3) علي عبد القادر قهوجي، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، ص: 244.

(4) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات - القسم العام - الجريمة، ص: 93.

(5) علي عبد القادر قهوجي، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، ص: 245.

(6) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات - القسم العام - الجريمة، ص: 93.

- فإذا وقع الاعتداء بالضرب دون استعمال السلاح، فإن دفع هذا الاعتداء يجب أن يكون أيضاً بالضرب ودون استعمال السلاح، فإن تعرض المدافع لضرب في الطريق العام، فقابله بإطلاق الرصاص على المعتدي وقتله، فلا يكون في حالة دفاع شرعي⁽¹⁾.
- في حالة ما إذا تبين أن المدافع كان في وسعه دفع الاعتداء بضرر أخف من ذلك الذي تحقق بالفعل، فلا يكون فعل الدفاع متناسباً، أن يكون هناك تجاوز للدفاع المشروع⁽²⁾.
- لا يلزم بطبيعة الحال التماثل التام بين الاعتداء والدفاع، بل يكفي أن يكون هناك تناسب بينهما⁽³⁾.
- معيار التناسب يجب أن يحدد في ضوء الظروف التي ارتكب فيها الاعتداء، ومعنى ذلك أن القاضي يراعي مسلك " الرجل العادي " في تلك الظروف، فالاعتداء ليلاً يختلف عن الاعتداء نهاراً⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: آثار الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري.

- إن توافر شروط الدفاع الشرعي تجعل الفعل أمراً مباحاً، فيستفيد من الإباحة كل من اشترك في فعل الدفاع، باعتباره قد شارك في فعل مباح من حيث الأصل، فالدفاع الشرعي سبب إباحة موضوعي بالواقعة، يمحو عنها الصفة الإجرامية⁽⁵⁾.
- وإذا ثبت قيام الدفاع المشروع يزول عن عمل الفاعل أي طابع إجرامي، ومن ثمة لا تسلط عليه أية عقوبة، فإذا كان الملف على مستوى النيابة العامة يتعين عليها حفظه، وإذا كان على مستوى التحقيق، تعين على قاضي التحقيق إصدار أمر بانتفاء وجه الدعوى، وإذا كان على مستوى جهة الحكم، تعين عليها إصدار حكم البراءة⁽⁶⁾.

(1) إبراهيم الشباسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، ص: 179.

(2) علي عبد القادر قهوجي، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، ص: 245.

(3) إبراهيم الشباسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، ص: 179.

(4) جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، ص: 263.

(5) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، الجريمة، ص: 141.

(6) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام (دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2003م)، ص: 126.

الفرع الثالث: الحالات الممتازة للدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري.

نصت المادة (40) من قانون العقوبات الجزائري على أنه « يدخل ضمن حالات الضرورة للدفاع المشروع:

1. القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه، أو لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو مدخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء الليل.
2. الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة»⁽¹⁾.

أولاً: الحالات الممتازة للدفاع الشرعي.

حسب نص المادة (40) السابقة الذكر يتضح أن هناك حالتين ممتازتين للدفاع الشرعي وهما:

الحالة الأولى: الاعتداء على حياة الشخص، أو سلامة جسمه، أو الاعتداء الليلي المصحوب بالتسلق، أو كسر الأسياج (CLOTURES)، أو الأسوار (MURS)، أو مداخل المنازل، أو الشقق المسكونة، أو توابعها⁽²⁾.

الحالة الثانية: حالة الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة⁽³⁾.

ثانياً: أحكام الحالات الممتازة للدفاع الشرعي.

تنص المادة (40) من قانون العقوبات الجزائري على حالات تعدد من قبيل الضرورة الحالة للدفاع المشروع، فبمجرد قيام عناصر إحدى تلك الحالات، يقوم الحق في الدفاع الشرعي، دون الحاجة للبحث في لزوم فعل الدفاع، أو تناسبه مع الاعتداء.

⁽¹⁾ المادة (40) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

⁽²⁾ بن شيخ لحسين، مبادئ القانون الجزائري العام، (دار هومة)، ص: 120.

⁽³⁾ إبراهيم الشباسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، ص: 181.

ولكل حالة من الحالات المذكورة أحكام خاصة بها نوردتها فيما يلي:

أ/ أحكام حالة الاعتداء الليلي: مصدرها المادة (40) الفقرة الأولى.

1- أن يكون الخطر مهدداً بالاعتداء على حياة المدافع نفسه، أو سلامة جسمه، كإعطاء مواد ضارة، أو الضرب الجسيم⁽¹⁾.

2- يقدم القانون الحماية اللازمة للشخص، لسلامة جسمه وضمن حرمة مسكنه من كل اعتداء يتعرض له أثناء الليل، فيميزها عن الأفعال ذاتها إذا تمت خلال النهار، والحكمة في ذلك هو أن الليل ومع حلول الظلام يعتبر ستاراً للمجرمين الذين يستغلوه لمفاجأة الناس بالعدوان⁽²⁾.

3- يجب أن يقع فعل الدفاع باستعمال القوة العادية، حتى لو أدت إلى القتل أثناء تسلق الحواجز أو الحيطان، أو مدخل المنازل أو الأماكن المسكونة⁽³⁾.

4- « يوصف بالكسر فتح أي من أجهزة الأقفال بالقوة، أو الشروع في ذلك سواءً بكسره، أو بإتلافه أو بأية طريقة أخرى، بحيث يسمح لأي شخص بالدخول إلى مكان مغلق، أو بالاستيلاء على أي شيء يوجد في مكان مقفول أو في أثاث أو وعاء مغلق»⁽⁴⁾.

5- نص المشرع الجزائري على توابع الأماكن المسكونة مثل جراج السيارات، أو حديقة المنزل، وكذلك إسطبل المواشي إن وجد بالدار⁽⁵⁾.

6- يتعين أن يكون المسكن أو المنزل مسكوناً ولو كان سكانه خارجه وقت الكسر، ولذلك يكفي لقيام هذه الحالة، أن يكون المكان معداً للسكن طالما لم يتم سكنه بعد.

(1) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات - القسم العام - الجريمة، ص: 95.

(2) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام) الجريمة، ص: 139.

(3) إبراهيم الشباسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، ص: 180.

(4) أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، المادة 356، ص: 154.

(5) إبراهيم الشباسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، ص: 180.

ب/ أحكام حالة الاعتداء المصحوب بالعنف ضد النفس أو الغير:

مصدرها المادة (40)، الفقرة الثانية.

1- أن يهدد الخطر بالاعتداء على النفس، ويستوي بعد ذلك أن يكون الخطر موجهاً إلى المدافع أو الغير⁽¹⁾.

2- تعالج هذه الحالة جميع أنواع السرقات بالإكراه، ترتكب في الطرق العمومية، وذلك من أجل تأمين سلامة المواطنين في انتقلهم خارج الولايات، أي عند سفرهم من ولاية إلى أخرى، فإن تعرضوا للسرقات بالإكراه، أو النهب بالقوة على حد تعبير المشرع في الفقرة الثانية من المادة (40)، كان لهم استعمال حق الدفاع الشرعي للدفاع عن أنفسهم⁽²⁾.

3- للفرد أن يدافع عن ملكه، وعن ملك الغير أيضاً ضد مرتكبي جرائم السرقة والنهب بالقوة، سواءً أحدث ذلك ليلاً أم نهاراً⁽³⁾.

4- الحكمة من وضع هذه الحالة من حالات الدفاع الشرعي الممتازة هي مقاومة عصيان قطاع الطرق، وإباحة مقاومة أعمالهم بالقوة سواءً بالقتل أو الجرح أو الضرب، وغير ذلك دون النظر لتوافر التناسب بين الاعتداء والدفاع⁽⁴⁾.

ثالثاً: القرينة القانونية للمادة (40) من قانون العقوبات الجزائري.

أ/ أساسها: أساس قرينة الدفاع الشرعي، والتي وجدت بموجب المادة (40) من قانون العقوبات هي الحالات الخاصة الممتازة للدفاع الشرعي، وهي حالة الاعتداء الليلي، وحالة الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس، أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة.

(1) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات - القسم العام - الجريمة، ص: 95-96.

(2) إبراهيم الشباسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، ص: 181.

(3) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام) الجريمة، ص: 141.

(4) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات - القسم العام - الجريمة، ص: 96.

● فتعفي هذه القرينة الشخص المدافع من عبء إثبات تواجده في حالة دفاع شرعي، بينما يقع الإثبات على عاتقه في الحالات الأخرى، أي الحالة العامة للدفاع الشرعي المنصوص عليها في المادة (2/39) من نفس القانون⁽¹⁾.

ب/ قيمتها: « ظاهر النص يفيدنا بأنها قرينة قاطعة، إذ يكفي أن يستعمل المدافع حقه في الدفاع في الأحوال المنصوص عليها، وبعد ذلك يتخلص من كل مساءلة. ففعله من الأفعال التي أباحها القانون، ولكن الأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها؛ أي بالقول أن القرينة هنا قرينة قانونية قاطعة يؤدي إلى نتائج غير مقبولة »⁽²⁾.

« ولهذا ذهب بن شيخ لحسين إلى أن القرينة ليست مطلقة بل بسيطة، إذ باستطاعة جهة الاتهام، والطرف المدني إثبات عكس مدلولها، إذا أثبتنا بأن المدافع كان في وسعه عدم الجهل بأنه لم يكن في حالة دفاع شرعي»⁽³⁾.

على أنه يمكن الموافقة على القول الأخير، واعتبار القرينة بسيطة وغير قاطعة، بحيث إذا استطاع المتهم إثبات عكسها، تطبق الأحكام العامة والشروط الخاصة للدفاع الشرعي، أما إذا لم يستطع المتهم، ولا الطرف المدني إثبات العكس، فيستفيد المدافع من أحكام المادة (40) من قانون العقوبات الجزائري.

(1) بن شيخ لحسين، مبادئ القانون الجزائري العام، ص: 120.

(2) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام) الجريمة، ص: 139.

(3) بن شيخ لحسين، مبادئ القانون الجزائري العام، ص: 120.

المطلب الرابع: تجاوز الدفاع الشرعي في القانون الوضعي.

الفرع الأول: مفهوم التجاوز وتحديد معاييره في القانون الوضعي.

أولاً: مفهوم التجاوز في القانون الوضعي.

هو الخروج على شرط « التناسب » بين الاعتداء والدفاع، وذلك باستعمال قدر من القوة يزيد على ما يكفي لدرء الخطر⁽¹⁾.

ثانياً: معايير تجاوز حدود الدفاع الشرعي.

إن تجاوز حدود الدفاع الشرعي، معناه الزيادة في القوة، أو السلوك الإجرامي في مواجهة خطر العدوان.

وفي هذه الحالة يجب تحديد المعيار المناسب لمعرفة القدر الزائد في قوة الدفاع، واختلف الفقه حول تحديد هذا المعيار. فذهب فريق إلى تبني المعيار الشخصي، وذهب آخر إلى القول بالمعيار الموضوعي، وهناك رأي ثالث أخذ بالمعيار المزدوج.

أولاً: المعيار الشخصي.

« ينظر أصحاب هذا المعيار إلى المدافع شخصياً، وظروفه التي على أساسها يقوم معيار التناسب، فجسامة الاعتداء لا تقدر على الخطر الحقيقي، بل يتم تحديدها على أساس التقدير الذاتي للمدافع، فمعيار التجاوز أمر تقديري يعود إلى قضاة الموضوع⁽²⁾».

ثانياً: المعيار الموضوعي.

« ذهب أنصار هذا المعيار إلى أن مسألة التجاوز وعدمها، محورها شخص معتاد يقدر الأمور ويتصرف في مواجهتها على النحو المألوف المتفق مع الخبرة الإنسانية العامة، فإذا كان المدافع قد أتى من أفعال الدفاع ما يأتيه الشخص المجرد عندما يتعرض لنفس ظروف العدوان التي واجهها المعتدى عليه (المدافع) فإنه لا يكون قد تجاوز حدود الدفاع الشرعي، لكن في حالة قيام نفس الشخص (المدافع) بأفعال أشد قوة، وتفوق التناسب، لرد الاعتداء خلافاً للشخص المعتاد، فإن هذا الأخير أي المدافع يكون قد تجاوز حدوده. فالمعيار قوامه الشخص المعتاد⁽³⁾».

(1) جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، ص: 263.

(2) محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة"، ص: 345.

(3) محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة"، ص: 344-345.

ثالثاً: المعيار المزدوج.

« وهو في الواقع يقوم على أساس موضوعي هو تصرف الشخص المعتاد، ولكنه ليس موضوعياً بحتاً، ولكن ينظر إلى تصرف هذا الشخص المجرد في ضوء الظروف الشخصية للمدافع، الخاصة بنسبه، وجنسه، وقوته البدنية والنفسية، إلى جانب الظروف الموضوعية للعدوان من حيث الزمان والمكان»⁽¹⁾.

الفرع الثاني: شروط التجاوز وأنواعه في القانون الوضعي. أولاً: شروط التجاوز في القانون الوضعي.

لكي يستفيد المتجاوز من عذر التخفيف يجب أن يتوافر في حقه شروط هي:

أ- أن تكون حالة الدفاع الشرعي قائمة أصلاً، فالبحت في تجاوز حدود حق الدفاع الشرعي لا يكون إلا بعد أن ينشأ الحق في ذاته⁽²⁾.

ب- أن يكون التجاوز بحسن نية، لأنه إذا كان بسوء نية تحول إلى الانتقام⁽³⁾.

ج- أن يكون تجاوز الحدود المادية للدفاع قد تمخض عن جناية لا جنحة.

د- أن يكون القاضي مقتنعاً حسب ملابسات الواقعة، بأن المتجاوز لحدود الدفاع يستحق عن جنائه عقوبة الحبس⁽⁴⁾.

وهذه شروط التجاوز التي سنّها المشرع المصري، أما المشرع الجزائري فلم يعين شروط بذاتها تحدد حالة التجاوز، وهذا ما جعل أحكام التجاوز في قانون العقوبات الجزائري تحتاج إلى تفسير.

(1) محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة"، ص: 346.

(2) رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، (منشأة المعارف، الطبعة الثالثة، 1997)، ص: 460.

(3) عبد الفتاح مصطفى الصيفي، قانون العقوبات، النظرية العامة، (دار الهدى للمطبوعات)، ص: 502.

(4) رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ص: 461.

ثانياً: أنواع التجاوز في القانون الوضعي.

أولاً: التجاوز العمدي.

وهذه الصورة تتجلى في حالة ما إذا كان المدافع في وضع يدرك فيه تماماً قدر الخطر الذي يتعرض له، ويعلم أنه بوسعه أن يدرأه بفعل مناسب، ولكنه يقوم باستعمال قدر من القوة لا يتناسب مع حجم الاعتداء، فهنا تكون مسؤوليته الجنائية كاملة عن جريمة عمدية.

ثانياً: التجاوز غير العمدي.

« وهذه الصورة تقوم في حالة ما إذا قدر المدافع جسامة الخطر تقديراً غير سليم، في حين أنه كان بوسعه أن يقدره التقدير الصحيح وبالتالي فالمدافع إذا ارتكب الجريمة، فإنما يرتكبها بناءً على الخطأ، وبالتالي تترتب مسؤولية جنائية عن جريمة غير عمدية.

ثالثاً: التجاوز المتعدي القصد.

وفي هذه الحالة يخرج المدافع عن حدود الدفاع الشرعي، ثم تقع نتيجة أشد جسامة من النتيجة المقصودة والتي لم ينصرف إليها قصده ومثالها: أن يواجه شخص بالغ وقوي اعتداء صادر من شخص ضعيف أو صغير باستعمال عصا غليظة في يده، ينهال بها عليه ضرباً، فيؤدي الضرب إلى وفاته»⁽¹⁾.

الفرع الثالث: القيود الواردة على الدفاع الشرعي في القانون الوضعي.

أولاً: حظر مقاومة ضابط الشرطة القضائية

نص المشرع المصري على عدم مقاومة الموظفين أثناء تأدية واجبات وظائفهم، وعدم عرقلتها بحجة أنها غير مشروعة، وبما أنها كذلك فلا يجوز مقاومتها، لتخلف شروط الدفاع المشروع⁽²⁾.

وتنص المادة (248) من قانون العقوبات المصري « لا يبيح حق الدفاع الشرعي مقاومة أحد مأموري الضبط أثناء قيامه بأمر، بناء على واجبات وظيفته مع حسن النية ولو تخطى هذا المأمور حدود وظيفته إلا إذا خيف أن ينشأ عن أفعاله موت أو جراح بالغة، وكان لهذا التخوف أسباب معقولة».

(1) جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، ص: 265.

(2) علي عبد القادر قهوجي، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، ص: 143.

وهذا النص لا مبرر له إذا كانت أعمال مأموري الضبط في إطار الوظيفة المنوطين بها، لأنها من قبيل استعمال حق قانوني وليست مجرمة، ولكن النص يستفاد منه في حالة تجاوز مأمور الضبط لحدود الوظيفة أو الاختصاص. كأن يقوم بتفتيش متهم ظناً منه أنه المتهم المقصود بالتفتيش، أو يقوم باستعمال العنف مع المتهم لمنعه من الإفلات من القبض⁽¹⁾ وهذا هو الشرط الأول والذي يتلخص في كون عمل مأمور الضبط متجاوزاً. والشرط الثاني هو حسن النية. أي أن ترتكب الأفعال من طرف ضباط الشرطة القضائية بحسن نية. ومثاله: أن يتم القبض على شخص غير الشخص المطلوب القبض عليه، على فرض القبض على الشخص الصحيح، أما إذا كان الفعل دالاً على سوء النية، كما لو حاول القبض على شخص غير المعين في القبض لعداوة بينهما، أو ارتكب فعل ظاهر البطلان أو مخالف للقانون، كتعذيب المتهم أو هتك عرضه، فإن شرط جوهرى انتفى، وبالتالي يحق مقاومة الضابط بالدفاع المشروع⁽²⁾.

وآخر شرط تضمنته المادة هو، « ألا يخاف أن ينشأ عن هذه الأفعال موت أو جراح بالغة بناءً على أسباب معقولة، فلا تقبل الأعمال الصادرة من ضباط الشرطة إذا كانت تشكل خطراً على حياة الأشخاص، لأنها أعمال خطيرة، قد تفضي للموت أو عاهات مستديمة، ففي هذه الحالة يباح للفرد مقاومة مأمور الشرطة لمنع الاعتداء»⁽³⁾. وهذا الشرط الأخير معتبر حتى مع توافر حسن النية، فالمشرع المصري أباح مقاومة رجل الضبط القضائي إذا خيف أن ينشأ عن فعله جروح بالغة وكان حسن النية⁽⁴⁾.

(1) عادل صديق، جرائم الجرح والضرب وإعطاء المواد الضارة، (النشر الذهبي للطباعة، الطبعة الأولى 1995، 1996م)، ص: 49-50.

(2) جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، ص: 265-266.

(3) عادل صديق، جرائم الجرح والضرب وإعطاء المواد الضارة، ص: 50.

(4) محمد شتا أبو سعد، البراءة في الأحكام الجنائية وأثرها في رفض الدعوى المدنية، (منشأة المعارف، الطبعة الثالثة، 1997م)، ص: 75.

موقف المشرع الجزائري.

المشرع الجزائري لم يضع نصوصاً قانونية محددة، تحكم أعمال ضباط الشرطة القضائية حين ممارسة أعمالهم، ولم يضع شروط خاصة تبين حالات تجاوز الضباط لحدود وظيفتهم. **ثانياً: عدم جواز مقاومة التأديب المشروع.**

رفع المشرع صفة التجريم عن بعض أفعال الجرح والضرب، فلا عقاب عليها، إذ تعتبر الأفعال من قبيل استعمال الحق، ومثالها حق التأديب المقرر بمقتضى الشريعة الإسلامية للزوج على زوجته، أو للوالد على أولاده⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تجاوز حدود الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري.

إن حالة تجاوز حدود الدفاع الشرعي، وما تتضمنه من أحكام، وما تطرحه من إشكاليات خاصة بالمدافع، أو بظروفه لم ينظمها المشرع الجزائري بنصوص خاصة، وأحكام منظمة تبعاً لمواد قانونية محددة، كما فعل المشرع المصري والمشرع اللبناني، ولكن يمكن الاستفادة من نص المادة (52) من قانون العقوبات الجزائري والتي تنص على الأعدار القانونية، وهي أعدار تؤدي إلى تخفيف العقوبة أو الإعفاء منها حسب نص المادة « الأعدار هي حالات محددة في القانون على سبيل الحصر يترتب عليها مع قيام الجريمة والمسؤولية إما عدم عقاب المتهم إذا كانت أعدار معفية وإما تخفيف العقوبة إذا كانت مخففة »⁽²⁾.

وتنص المادة (277) من قانون العقوبات الجزائري « يستفيد مرتكب جرائم القتل والجرح والضرب من الأعدار، إذا دفعه إلى ارتكابها وقوع ضرب شديد من أحد الأشخاص ».

أما المادة (278) فتتص على « يستفيد مرتكب جرائم القتل والجرح والضرب من الأعدار إذا ارتكبها لدفع تسلق أو ثقب أسوار أو حيطان أو تحطيم مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو ملحقاتها إذا حدث ذلك أثناء النهار، وإذا حدث ذلك أثناء الليل فتطبق أحكام الفقرة الأولى من المادة (40) »⁽³⁾.

(1) عادل صديق، جرائم الجرح والضرب وإعطاء المواد الضارة، ص: 55.

(2) المادة (52) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

(3) المادتين (277)، (278) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

ومن خلال عرض هاتين المادتين يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد خص حالتين من حالات تجاوز الدفاع الشرعي ببيان أحكامهما وهما:

1- حالة تعرض شخص لضرب شديد من شخص آخر.

2- حالة ارتكاب جريمة قتل أو جرح أو ضرب لدفع الخطر.

أولاً: حالة تعرض شخص لضرب شديد من شخص آخر.

إذا توافرت جميع الشروط واحتل شرط التناسب بين فعل المدافع وبين الاعتداء عليه، فإن المدافع ينتقل من نطاق الإباحة إلى دائرة التجريم والعقاب، لكنه يستفيد من الأعدار المخففة للعقوبة، والتي ورد النص عليها في المادتين 277، 278 (ق.ع.ج) ومثال ذلك يقع عليه ضرب شديد يكون في حالة دفاع شرعي عن النفس، فإذا تجاوز حقه في الدفاع عن نفسه، وأدى فعله في الدفاع إلى قتل المعتدي، فإنه يستفيد من الأعدار المخففة للعقوبة.

ثانياً: حالة ارتكاب جريمة قتل أو جرح أو ضرب لدفع الخطر.

وفي هذه الحالة يقوم المدافع بدفع الاعتداء بفعل جرح أو ضرب أشد مما وقع عليه، كأن أحدث عاهة مستديمة بالمعتدي. وهي الحالة التي نصت عليها المادة (278) (ق.ع.ج) والتي يرتكب فيها المدافع جرائم القتل والجرح والضرب، وذلك لدفع تسلق أو ثقب الأسوار أو الحيطان أو تحطيم المنازل والأماكن المسكونة أو ملحقاتها وهذا في النهار، وهذا عكس المادة (40) والتي تنص على دفع الاعتداء أثناء الليل⁽¹⁾.

وتنص المادة (283) (ق.ع.ج) على « إذا ثبت قيام العذر على النحو السابق فإن العقوبة

تنخفض على الوجه الآتي:

1- الحبس من سنة إلى خمس سنوات إذا تعلق الأمر بجناية عقوبتها الإعدام أو السجن المؤبد.

2- الحبس من ستة أشهر إلى سنتين إذا تعلق الأمر بأية جناية أخرى.

3- الحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر إذا تعلق الأمر بجنحة⁽²⁾.

⁽¹⁾ إبراهيم الشباسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، ص: 181-182.

⁽²⁾ المادة (283) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

ويبدو لي أخيراً، أن إباحة الدفاع المشروع حماية للحق في السلامة الجسدية، خصوصاً وأن الدفاع الشرعي شرع لحماية الشخص وسلامة جسمه بمواجهة الاعتداء بالدفاع المناسب والكافي لرد العدوان. ومن خلال المقارنة بين أحكام دفع الصائل في الفقه الإسلامي أو الدفاع الشرعي في القانون الوضعي نرى ما يلي:

● يتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في اعتبار الدفاع الشرعي رد على الاعتداء غير المشروع باستعمال القوة اللازمة المناسبة، وتميز الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي بالجمع باعتباره حق وواجب في نفس الوقت.

● حكم الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري يختلف عن حكمه في الشريعة الإسلامية، لأن القانون اكتفى باعتباره سبب من أسباب الإباحة، وهو حق مطلق في جميع حالات رد الاعتداء. في حين توسعت الشريعة الإسلامية في بيان حكم كل حالة على حدة حسب موضوع الحق المعتدى عليه من جهة، وحسب التدرج في خطورة الاعتداء من جهة أخرى. ثم أن المشرع الجزائري لم يفرق بين حكم الاعتداء على العرض والنفس، وحكم الاعتداء على المال.

● اكتفى المشرع الجزائري بالمعيار الموضوعي كمسلك لإثبات حالة الدفاع الشرعي، بينما تنوعت طرق إثباته في الشريعة الإسلامية والتي جنحت إلى الأخذ بالمعيار الشخصي في الإثبات حين أقرت قبول اليمين دليلاً على صدق المصول عليه، دون إغفال حق الغير وهذا في الأخذ بالبينية كطريق لإثبات الصيال.

● من خلال المقارنة بين أركان الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري والشريعة الإسلامية، يتضح أنهما متفقان في الشروط والأركان، وإن كانت الشريعة الإسلامية تفرق بين الاعتداء الواقع على العرض فتجعله واجباً، وبالتالي تجعل الدفاع شديد في مواجهة المعتدي، بينما القانون الوضعي يسوي بين حالات الاعتداء على العرض، والاعتداء على النفس والمال، ويرتب لذلك نفس الأحكام. ثم أن الفقه الإسلامي ينفرد بمبدأ المثلية بين الضرر وبين ما يجبره.

● يتفق قانون العقوبات الجزائري مع الفقه الإسلامي في إباحة الدفاع وعدم قيام المسؤولية الجنائية، وإن كان قانون العقوبات الجزائري يعفي المدافع أيضاً من المسؤولية المدنية، أما الفقه الإسلامي فالقول بالدية أو الضمان محل خلاف بين الفقهاء.

- من خلال عرض المعايير الخاصة بتجاوز حدود الدفاع الشرعي في القانون الوضعي وكذا الشريعة الإسلامية يتضح أن كلاهما يتفقان في اعتبار المعيار الموضوعي المتعلق بأفعال الدفاع، دون إهمال المعيار الشخصي والمتعلق بالظروف الشخصية للمدافع، وإن كان القانون الوضعي وفي أخذه بالمعيار المزدوج قد سوى بين النظر إلى الظروف الموضوعية والظروف الشخصية في حين ركزت الشريعة الإسلامية في اقرارها لمعيار التجاوز على القوة الدفاعية للمدافع، وأوجبت ضرورة تناسبها مع الاعتداء من جهة، والأخذ بالوسيلة الأخف مع الإثبات من جهة أخرى.
- لم يفصل المشرع الجزائري في أحكام الخطر الوهمي، ولم يبين موقفه من استعمال وسائل الدفاع الميكانيكي.
- الحالات الممتازة للدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري حالتين فقط حسب نص المادة (40) من قانون العقوبات الجزائري. والقرينة القانونية المنصوص عليها بموجب المادة (40) (ق.ع.ج) قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها.
- يكسب الفعل صفة الإباحة والخروج عن نطاق التجريم والانتقام متى كان مباحاً في نظر المشرع ونص عليه قانوناً.
- لم ينص المشرع الجزائري على شروط التجاوز كما فعل المشرع المصري، أما الشريعة الإسلامية فلم تضع شروطاً بعينها، وإن أرست مبدأ المماثلة والتناسب عموماً. كما أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على أنواع وصور التجاوز وحكمها، بل أكد في نص المادة 2/39 (ق.ع.ج) على ضرورة الأخذ بشرط التناسب.
- إمكانية تطبيق الأعدار القانونية المخففة في حالة تجاوز حدود الدفاع الشرعي تعطي الحق في تخفيف العقوبة.
- لم يضع المشرع الجزائري نصوصاً قانونية محددة تحكم أعمال ضباط الشرطة القضائية أثناء ممارسة أعمالهم، ولم يضع شروطاً خاصة تبين إمكانية الاستفادة من الدفاع الشرعي في حالات تجاوز الضباط لحدود وظيفتهم.

الفصل الرابع

السلامة الجسدية و الأعمال الطبية

- المبحث الأول: الأعمال الطبية في الفقه الإسلامي.
- المبحث الثاني: الأعمال الطبية في القانون الوضعي.

الفصل الرابع: السلامة الجسدية و الأعمال الطبية.

تمهيد:

إن الأعمال الطبية، والعمليات الجراحية، والفحوصات التشخيصية للأمراض، والتي يجريها الأطباء والجراحون على جسم الإنسان، قد تؤدي أحياناً للمساس بالسلامة الجسدية، والراحة البدنية للمريض، كما قد تؤدي أحياناً أخرى إلى إيذائه وعجزه عوض علاجه وشفائه، ومع ذلك تنتفي المسؤولية المدنية والجزائية عن الطبيب أو الجراح، إذا ما كان عملهما مطابقاً للأصول الفنية للمهنة، والتزما شروط ممارسة الأعمال الطبية.

المبحث الأول: الأعمال الطبية في الفقه الإسلامي.

عنت الشريعة الإسلامية بالنفس البشرية، واعتبرت الحفاظ عليها حفاظاً على المصالح الخمس (الدين، النفس، العقل، النسل، المال)، وأباحت الشريعة الإسلامية الأعمال الطبية، واعتبرت التطبيب حاجة وضرورة اجتماعية إنسانية من شأنها الحفاظ على مصلحة الفرد دون هدر لمصلحة الجماعة، فالأصل العام هو حرمة جسم الإنسان ومنع المساس بأي جزء من أجزاء جسده، وعدم التعرض لأعضائه، إلا أن ضرورة العلاج تبرر ما هو محرم، وتجزئ ما هو محظور حفاظاً على النفس البشرية، واستمراراً للحياة الإنسانية، وصوناً للمقاصد الشرعية.

المطلب الأول: مشروعية الأعمال الطبية وعلّة إباحتها في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: مفهوم الأعمال الطبية.

أولاً: تعريف الطب لغة.

طب: الطب علاج الجسم والنفس. رجل طَبُّ وطِيبٌ " عالم بالطب؛ تقول: ما كنت طبيباً، ولقد طَبَّبت، والمتطَبَّبُ: الذي بتعاطى علم الطب.

والطبُّ، مثله الطاء: علاج الجسم والنفس، يَطْبُ وَيَطَّبُ، والرفق، والسحر، وبالكسر: الشهوة، والإرادة، والشأن، والعادة، وبالفتح: الماهر الحاذق بعمله، كالطبيب... والمتطَبَّبُ: متعاطي علم الطب⁽¹⁾.

ثانياً: مفهوم الطب في الاصطلاح الفقهي.

الطب له تعريفات عديدة منها:

- 1- هو علم يعرف منه أحوال بدن الإنسان من جهة ما يعرض لها من صحة وفساد.
- 2- هو علم يعرف به أحوال بدن الإنسان من الصحة والمرض.
- 3- هو علم بأحوال بدن الإنسان يحفظ به حاصل الصحة، ويسترد زائلها.
- 4- هو علم يعرف منه أحوال بدن الإنسان من جهة ما يصح، ويزول عن الصحة ليحفظ الصحة حاصله، ويستردها زائلة⁽²⁾.

(1) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، (دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة)، ج1، ص: 553.

- الفيروز آبادي، القاموس المحيط، (مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثامنة، 2005م)، ج1، ص 108.

(2) نائل محمد يحيى، المسؤولية الجنائية عن خطأ التأديب والتطبيب "دراسة فقهية مقارنة"، (رسالة للحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، جامعة الأزهر غزة، 2012م)، ص: 129-130.

وعرّف العمل الطبي على أنه « كل فعل يرد على جسم الإنسان أو نفسه، ويتفق في طبيعته مع الأصول والقواعد الثابتة المتعارف عليها نظرياً وعملياً في علم الطب، ويقوم به طبيب مصرح له قانوناً. بمزاولة ذلك العمل بقصد الكشف عن الأمراض، وتشخيصها، وعلاجها لتحقيق الشفاء، أو تخفيف آلام المرضى، أو الحد منها أو منع الأمراض، ويهدف إلى المحافظة على صحة الأفراد أو تحقيق مصلحة اجتماعية، شريطة أن يتوافر رضا من يجري عليه هذا العمل الطبي»⁽¹⁾.

والتعريفات السابقة وردت متقاربة المعنى، متفاوتة الألفاظ، وإن كان التعريف الأخير شمل الشروط الواجب توافرها في الأعمال الطبية، والهدف من مباشرة العمل الطبي وهو تحقيق المصلحة الفردية والاجتماعية.

والتعريف الذي يبدو لي مناسباً هو: « العمل الطبي هو العمل الذي يباشر على جسم الإنسان أو نفسه برضاه، يحفظ الصحة الموجودة بالوقاية من المرض ودفع العلة الموجودة بالشفاء من السقم».

ثالثاً: مفهوم الطبيب:

« الطبيب هو الذي يفرق ما يضر بالإنسان جمعه، أو يجمع فيه ما يضره تفرقه، أو ينقص منه ما يضره زيادته، أو يزيد فيه ما يضره نقصه، فيجلب الصحة المفقودة، أو يحفظها بالشكل والشبه، ويدفع العلة الموجودة بالضد والنقيض، ويخرجها، أو يدفعها بما يمنع من حصولها بالحمية»⁽²⁾.

الفرع الثاني: مشروعية الأعمال الطبية في الفقه الإسلامي.

« من المتفق عليه في الشريعة أن تعلم فن الطب من فروض الكفاية، وأنه واجب حتم على كل شخص لا يسقط عنه إلا إذا قام به غيره، وقد اعتبر تعلم الطب فرضاً لحاجة الجماعة للتطبيب، لأنه ضرورة اجتماعية. وإذا كان الغرض من تعلم الطب هو التطبيب، وكان تعلم الطب واجباً فيترتب على هذا أن يكون التطبيب واجباً على الطبيب لا مفر له من أدائه»⁽³⁾.

⁽¹⁾ منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، (جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، الطبعة الأولى، 2004م)، ص: 15.

⁽²⁾ ابن قيم الجوزية، الطب النبوي، تحقيق وتصحيح: الشيخ أحمد بن محمد آل نبعه، (مؤسسة المعارف، لبنان، الطبعة الأولى، 2003م)، ص: 8.

⁽³⁾ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج1، ص: 520.

أولاً: دليل مشروعية الأعمال الطبية في القرآن الكريم.

1- قوله تعالى: ﴿ وَنُنَزِّلُ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَهُوَ شَيْبَاءٌ وَرَحْمَةٌ لِّلْمُؤْمِنِينَ وَلَا يَزِيدُ

الظَّالِمِينَ إِلَّا خَسَارًا ﴾⁽¹⁾، « فجميع القرآن شفاء للمؤمنين، واعلم أن القرآن

شفاء من الأمراض الروحانية، وشفاء أيضاً من الأمراض الجسمانية »⁽²⁾.

2- قوله تعالى: ﴿ يَخْرُجُ مِنْ بُطُونِهَا شَرَابٌ مُّخْتَلِفٌ أَلْوَانُهُ فِيهِ شِفَاءٌ لِّلنَّاسِ إِنِّي فِي

ذَٰلِكَ لَآيَةٌ لِّقَوْمٍ يَتَّبِعُونَ ﴾⁽³⁾، « فالعسل شفاء للأمراض، كما أن القرآن

شفاء لما في الصدور، ومن كانت نيته طاهرة، و يقينه بالله كبير، فإن العسل يعد

شفاء له من كل مرض وداء »⁽⁴⁾.

ثانياً: دليل مشروعية الأعمال الطبية في السنة النبوية.

هناك أحاديث جمة في السنة النبوية الشريفة، تقرر جواز العمل الطبي وتؤكد مشروعيتها منها:

1- حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: « لكل داء دواء، فإذا أصيب

دواء الداء برأ بإذن الله عز وجل »⁽⁵⁾.

2- حديث أسامة بن شريك رضي الله عنه قال: « أتيت النبي ﷺ وأصحابه كأنما على رؤوسهم الطير،

فسلمت ثم قعدت، فجاء الأعراب من هاهنا وهاهنا، فقالوا: يا رسول الله أنتداوى؟ فقال

تداووا فإن الله تعالى لم يضع داء إلا وضع له دواء، غير داء واحد: الهرم »⁽⁶⁾.

(1) سورة الإسراء، الآية: 82.

(2) أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي، مفاتيح الغيب " التفسير الكبير "، (دار إحياء التراث العربي، بيروت)، الطبعة الثالثة، ج21، ص: 389.

(3) سورة النحل، الآية: 69.

(4) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج10، ص: 137.

(5) أخرجه: مسلم، الصحيح، باب « لكل داء دواء واستحباب التداوي »، رقم الحديث (2204)، 1729/4.

(6) أخرجه: أبو داود، السنن، كتاب الطب، باب « في الرجل يتداوى »، رقم الحديث (3855)، 3/4.

- الترمذي، السنن، أبواب الطب، باب « ما جاء في الدواء والحث عليه »، رقم الحديث (2038)، 451/3.

- قال الترمذي: « وهذا حديث حسن صحيح ».

- قال الألباني: « صحيح »، سنن أبو داود، حكم على أحاديثه وآثاره وعلق عليه: محمد ناصر الدين الألباني،

.(3855).693

3- حديث الربيع بنت معوذ رضي الله عنها قالت: « كنا مع النبي ﷺ نسقي ونداوي الجرحى»⁽¹⁾.

« وفي قوله ﷺ: « لكل داء دواء»، تقوية لنفس المريض والطبيب، وحث على طلب ذلك الدواء والتفتيش عليه، فإن المريض إذا استشعرت نفسه أن لدائه دواء يزيله، تعلق قلبه بروح الرجاء، وبردت عنده حرارة اليأس، وانفتح له باب الرجاء، ومتى قويت نفسه انبعثت حرارته الغريزية، وكان ذلك سبباً لقوة الأرواح الحيوانية والنفسانية والطبيعية، ومتى قويت هذه الأرواح، قويت القوى التي هي حاملة لها، فقهرت المرض ودفعته.

وكذلك الطبيب إذا علم أن لهذا الداء دواء أمكنه طلبه والتفتيش عليه»⁽²⁾.

ثالثاً: دليل مشروعية الأعمال الطبية في الإجماع وحكمها:

« التطبيب يعتبر واجباً كفايماً كلما وجد أكثر من طبيب في بلدة واحدة، فإذا لم يوجد إلا واحد فالتطبيب فرض عين عليه أي: أنه واجب غير قابل للسقوط»⁽³⁾.

• ومن فروض الكفاية علم الطب المحتاج إليه لمعالجة الأبدان⁽⁴⁾.

وجاء في المغني « ويجوز الاستئجار على الختان والمداواة، وقطع السلعة لا نعلم فيه خلافاً، ولأنه فعل يحتاج إليه مأذون فيه شرعاً»⁽⁵⁾.

« وتعلم الطب وممارسته من فروض الكفاية التي يتعين على فريق من الأمة القيام بها، وإلا أئمت جميعاً»⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب الجهاد والسير، باب « مداواة النساء الجرحى في الغزو»، رقم الحديث (2882)، 39/4.

⁽²⁾ ابن القيم الجوزية، الطب النبوي، حققه وصححه الشيخ أحمد بن محمد آل نبعه، (مؤسسة المعارف، لبنان الطبعة الأولى 2003م)، ص: 13-14.

⁽³⁾ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج1، ص: 520.

⁽⁴⁾ شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، (دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى)، ج6، ص: 10.

⁽⁵⁾ ابن قدامة، المغني، ج8، ص: 117.

⁽⁶⁾ أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، (الطبعة الثانية 1987م)، ص: 31-32.

رابعاً: دليل مشروعية الأعمال الطبية من العقل.

دل العقل على جواز الجراحة الطبية وذلك من الوجوه التالية:

الوجه الأول: « يجوز التداوي بالجراحة كما يجوز التداوي بالعقاقير الطبية، بجامع دفع مفسدة الآلام والأمراض بكل منهما.

الوجه الثاني: يشرع للمكلف دفع مشقة الأمراض الجراحية بفعل الجراحة اللازمة لعلاجها، كما يشرع له دفع ضرر الصائل والمحارب بالمقاتلة، بجامع دفع مشقة الضرر في الكل.

الوجه الثالث: أن الشريعة الإسلامية راعت جلب المصالح، ودرء المفاسد، وفي الجراحة الطبية ما يحقق ذلك فيجوز فعلها طلباً لتحصيل مقصود الشرع، ومطلوبه»⁽¹⁾.

« والذي وضع الشرع هو الذي وضع الطب، فإن كل واحد منهما موضوع لجلب مصالح العباد ودرء مفاسدهم»⁽²⁾.

وقال الشاطبي « فلا يمتنع قصد الطبيب لسقي الدواء المر، وقطع الأعضاء المتأكلة، وقلع الأضراس الوجعة، وبط الجراحات، وأن يجمي المريض ما يشتهي، وإن كان يلزم منه إيذاء المريض، لأن المقصود إنما هو المصلحة التي هي أعظم وأشد في المراعاة من مفسدة الإيذاء الشبهى بطريق اللزوم وهذا شأن الشريعة أبداً»⁽³⁾.

والذي يبدو لي أن الشريعة الإسلامية أباحت الأعمال الطبية كونها تحقق مصلحة الفرد في التخلص من المرض وابتعاده عن السقم وبرئه من العلة التي تلحق به، فالفعل البشري يجيز، ولا يفوت حق الإنسان في التداوي، وحق المجتمع في السلامة الجسدية، فيحتمل الضرر اليسير في إمكانية إيذاء المريض لدفع الضرر العسير وهو انتشار الأمراض واستفحال الأوبئة.

وقال العز بن عبد السلام « وكذلك الأطباء يدفعون أعظم المرضين بالتزام بقاء أديناهما، ويجلبون أعلى السلامتين والصحتين ولا يباليون بفوات أديناهما، ويتوقفون عند الحيرة في التفاوت

⁽¹⁾ الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، (رسالة دكتوراه مقدمة للجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، مكتبة الصحابة، جدة الشرقية، الطبعة الثانية 1994م)، ص: 97.

⁽²⁾ عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، (دار ابن حزم الطبعة الأولى، 2003م)، ص 10.

⁽³⁾ الشاطبي الموافقات، ج2، ص 219.

والتساوي فإن الطب كالشرع، وضع لجلب مصالح السلامة والعافية، ولدرء مفسد المعاطب والأسقام، ولدرء ما أمكن درؤه من ذلك ولجلب ما أمكن جلبه من ذلك»⁽¹⁾

الفرع الثالث: أساس إباحة الأعمال الطبية في الفقه الإسلامي.

الشرعية الإسلامية أباحت الأعمال الطبية، لأن إباحتها ومباشرتها حفاظاً على مصلحة الجسم، وضمنان لاستمرارية الإنسان، فالمسؤولية الجنائية ترتفع عن الطبيب حال أدى عمله نتائج غير ضاره بالمريض متى توافرت شروط رفع المسؤولية، لأن الإباحة تؤدي إلى استبعاد نية الاعتداء.

المذهب الأول: يرى أن المسؤولية الطبية ترتفع لسببين:

1- الضرورة الاجتماعية: وذلك لأن الحاجة ماسة إلى عمل الطبيب، وهذا يقتضي تشجيعه وإباحة العمل له، ورفع المسؤولية الجنائية عنه حتى لا يحمل الخوف من هذه المساءلة على عدم مباشرة عمله وفي هذا ضرر عظيم بالجماعة.

2- إذن المجني عليه (المريض أو وليه)⁽²⁾.

المذهب الثاني:

اعتقد بعض الفقهاء أنه يمكن أن يستتج من قول الاتجاه الفقهي التقليدي الذي يذهب أنصاره إلى سقوط القصاص، أو النية إذا أذن المجني عليه بالاعتداء، أن الإنسان يستطيع أن يتنازل عن حقه في سلامة جسده، وأن هذا الحكم يسري على الطبيب بحيث يمكن إرجاع عدم مسؤوليته عن المساس بهذا الحق إلى رضاء المريض به⁽³⁾.

ومع ذلك فإن مثل هذا الشرط وحده لا يكفي لجعل إذن المريض الأساس الوحيد لإباحة العمل الطبي، والسبب في ذلك أن رضا المريض يقتصر أثره على الجانب الفردي للحق ولا يبرر المساس بجانبه الاجتماعي الذي يمثله حق الله، والشارع لا يأذن بهذا المساس إلا باجتماع مجموعة من الشروط، وإلا ظل الفعل خاضعاً للمسائلة⁽⁴⁾.

(1) عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، ص: 9.

(2) سامي جميل الفياض الكبيسي، رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة، ص: 155.

(3) أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ص: 40.

(4) عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الاخلال به "دراسة مقارنة"، (دار النهضة العربية، القاهرة،

المذهب الثالث:

أما مالك⁽¹⁾ فيرى أن سبب رفع المسؤولية هو إذن الحاكم أولاً، وإذن المريض ثانياً، فإذا كان الحاكم يبيح للطبيب الاشتغال بالتطبيب، وإذن المريض يبيح للطبيب أن يفعل بالمريض ما يرى صلاحه، فإذا اجتمع هذان الإذنان فلا مسؤولية على الطبيب ما لم يخالف أصول الفن أو يخطئ في فعله⁽²⁾.

المذهب الرابع: يرى الإمام الشافعي والإمام أحمد⁽³⁾ أن علة رفع المسؤولية الجنائية عن الطبيب هي:

1- إذن المريض عليه في العلاج.

2- قصد الطبيب صلاح المريض، وعدم قصد الإضرار به.

وهذا الشرط لا يمكن الأخذ به على إطلاقه، لأنه استبعد حق الله تعالى أو إذن الشرع كسبب لإباحة العمل الطبي⁽⁴⁾.

الترجيح:

« يذهب الرأي الراجح في الفقه الإسلامي إلى أن أساس عدم مسؤولية الطبيب أو الجراح هو إذن الشرع وإذن المريض، كما اتفق الفقهاء على أنه إذا تولد عن فعل الطبيب الحاذق تلف النفس أو العضو فلا ضمان عليه متى كان مأذوناً من جهة الشارع ومن جهة المريض، وهذا تطبيق للقاعدة القائلة بأن " الجواز الشرعي ينافي الضمان " ⁽⁵⁾ فإذا فعل الشخص ما يجوز شرعاً فلا يسأل عن الضرر الحادث وإن كان سبباً له »⁽⁶⁾.

(1) ينظر: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج6، ص: 266.

(2) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج1، ص: 521.

(3) ينظر الشافعي، الأم، ج6، ص: 189، ابن قدامة، المغني، ج5، ص: 398-400.

(4) سامي جميل الفياض الكبيسي، رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة، ص: 155-156.

(5) أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، (دار القلم، دمشق، الطبعة الخامسة، 1998م)، ص: 449.

(6) أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ص: 41-42.

« وأما عن سبب إذن الشارع للطبيب بممارسة مهنة الطب بالرغم من تضمنها مساساً بجسم المريض، فيقول الفقهاء أن علة تلکم الإباحة تكمن في الفائدة التي تعود على الفرد والمجتمع من خلال قيامها بواجب العلاج.

فقد قدر الشرع أن العمل الطبي، وإن كان فيه مساس بجسم المريض، إلا أنه يحفظ مصلحة المريض والشرع في آن واحد من خلال صيانة حياة وجسم المريض، وإن إباحة الشرع مقيدة بهذه الحدود»⁽¹⁾.

المطلب الثاني: قيود إباحة الأعمال الطبية في الفقه الإسلامي.

يعتبر العمل الطبي ضرورة اجتماعية دعت إليها الحاجة في السلامة والرغبة في الشفاء، وقد يؤدي تدخل الطبيب الطبي إلى الإضرار بالمريض، أو وفاته بدل علاجه، لأن أعمال التطبيب تستلزم المساس بجسم الإنسان، من أجل هذا أبيحت الأعمال الطبية في الفقه الإسلامي بشروط وقيود تهدف جميعها إلى عدم تجاوز الطبيب للهدف من التدخل الطبي، فإذا خرج الطبيب أو الجراح عن حدود وقواعد العلاج خضع للمساءلة المدنية والجنائية.

والفقه الإسلامي عند وضعه لقواعد التطبيب، راعى مصلحة المريض أولاً، دون أن يهمل مصلحة الطبيب وواجبه المهني، فخفف من المسؤولية الطبية للطبيب.

الفرع الأول: شروط الإباحة المتعلقة بإذن الله تعالى.

« لانتفاء المسؤولية عن التدخل الطبي، يجب أن يصدر عن ذي صفة، وأن تستدعيه حالة المريض لغاية العلاج، كما يجب أن تتم الممارسة الطبية داخل الرسم المتبع في أمثاله»⁽²⁾.

أولاً: صفة المعالج.

فيجب أن يكون الطبيب مرخصاً له بمزاولة المهنة، وفي عهد الدولة الإسلامية الأول كان المجتمع يعاني من قلة الأطباء ولم تكن مزاولة مهنة الطب خاضعة للترخيص من قبل الدولة آنذاك واستمر الأمر كذلك في عهد فجر الإسلام، واكتفى بتضمين الطبيب الجاهل والمعتدي في المزاولة.

(1) عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، ص: 20-21.

(2) عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، ص: 22.

ولعل قول الرسول ﷺ: « ومن تطيب ولم يعلم منه طب قبل ذلك فهو ضامن »⁽¹⁾، فهو نص صريح لما يعرف في عصرنا بالإجازة الطبية⁽²⁾.

جاء في المغني: « ولا ضمان على حجام، ولا ختان، ولا متطيب، إذا عُرف منهم حذق الصنعة..... ولم يضمنوا بشرطين أن يكونوا ذوي حذق في صناعتهم، ولهم بها بصارة ومعرفة؛ لأنه إذا لم يكن كذلك لم يحل له مباشرة القطع، وإذا قطع مع هذا كان فعلاً محرماً فيضمن من سرايته، كالقطع ابتداءً، الثاني أن لا تجني أيديهم، فيتجاوزوا ما ينبغي أن يقطع »⁽³⁾

« وأما الطبيب وما أشبهه إذا أخطأ في فعله، وكان من أهل المعرفة فلا شيء عليه في النفس، والدية على العاقلة فيما فوق الثلث وفي ماله فيما دون الثلث. وإن يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب، والسجن، والدية، قيل: في ماله، وقيل: على العاقلة »⁽⁴⁾.

ثانياً: صفة العلاج:

يجب أن يكون الباعث على عمل الطبيب هو علاج المريض، أو بصفة عامة رعاية مصلحة مشروعة، وهذا هو السبب الذي من أجله رخص له الشارع بممارسة عمله، ويسأل الطبيب إذا استهدف بعمله غرضاً آخر غير علاج المريض، فإذا طلب شخص منه أن يقطع شيئاً سليماً من جسده حتى يعفى من الخدمة العسكرية مثلاً ففعل، حقت عليه المساءلة، بعكس ما إذا كان القطع تستدعيه ضرورة إنقاذ حياة الشخص أو صحته⁽⁵⁾.

(1) أخرجه: ابن ماجه، السنن، كتاب الطب، باب « من تطيب ولم يعلم منه طب »، رقم الحديث (3466)، 2/1148.

- أبو داود، السنن، كتاب الديات، باب « فيمن تطيب بغير علم فأعنت »، رقم الحديث (4586)، 4/195.

- ذكر الألباني للحديث طريقين، وقال « الحديث حسن بمجموع الطريقين ».

ينظر: الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، (مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى)، ج2، ص: 226-227.

(2) سامي جميل الفياض الكبيسي، رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة، ص: 155-156.

(3) ابن قدامة، المغني، ج5، ص: 398.

(4) محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (دار المعرفة للطباعة والنشر، لبنان، الطبعة الخامسة 1981م)، ج2، ص: 233.

(5) أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ص: 48-49.

ثالثاً: وجوب اتباع أصول مهنة الطب.

اشترط العلماء في العمل الطبي أن يكون مطابقاً للأصول العلمية في علوم الطب، فإذا جاء مطابقاً للأصول العلمية وبذل الطبيب العناية الواجبة عليه للمريض فلا مسؤولية عليه إذا أخطأ وقد ذهب الشافعية إلى القول إنه لا مسؤولية على الطبيب، إذا جاء عمله مطابقاً للأصول العلمية في الطب⁽¹⁾.

ويرى البعض أنه يجوز للطبيب أن يجتهد في علاج المريض، فلا يسأل لو خالف آراء زملائه متى كان رأيه يقوم على أساس سليم. في حين يرى آخرون أنه تنعقد في هذه الحالة مسؤولية الطبيب عن خطئه، وإذا وقع ضرر للمريض تقع الدية على عاقلته أو على بيت المال، فالمطلوب من الطبيب وفقاً لرأي غالبية الفقهاء، أن يكون حاذقاً فيعطي مهنته حقها بأن يبذل العناية المعتادة التي يبذلها أمثاله في مهنة الطب في تشخيص وعلاج الأمراض⁽²⁾.

وجاء في المغني لابن قدامة « فأما إن كان حاذقاً أو جنت يده، مثل أن تجاوز قطع الختان إلى الحشفة، أو إلى بعضها، أو قطع في غير محل القطع، أو يقطع الطبيب سلعة من إنسان، فيتجاوزها، أو يقطع بألة كآلة يكثر ألمها، أو في وقت لا يصلح القطع فيه، وأشباه هذا، ضمن فيه كله؛ لأنه إتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ، فأشبهه إتلاف المال، ولأن هذا فعل محرم فيضمن سرايته، كالقطع ابتداءً»⁽³⁾.

الفرع الثاني: شروط الإباحة المتعلقة بإذن المريض.

اتفق الفقهاء على ضرورة إذن المريض أو وليه إذا كان قاصراً، أو كان في حال لا يتمكن فيها من إذن الطبيب.. فإن لم يكن له ولي، وجب استئذان الحاكم لأنه ولي من لا ولي له.. وهذا لا يعني عن إذن عام لهذا الطبيب بمزاولة مهنة الطب⁽⁴⁾.

(1) منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجناحية في الأخطاء الطبية، (جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، الطبعة الأولى 2004م)، ص: 21، وينظر: الشافعي، الأم، ج6، ص: 190، 187.

(2) عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، ص: 5-26.

(3) ابن قدامة، المغني، ج5، ص: 398.

(4) أحمد هبة، موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم والعقاب، (عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الأولى 1985)، ص: 94.

وفي تبصرة الحكام « إذا أذن الرجل لحجام يقصده أو يختن ولده أو لبيطار في دابة، فتولد من ذلك الفعل ذهاب نفس، أو عضو، أو تلفت الدابة أو العبد فلا ضمان عليه لأجل الإذن. قال ابن رشد وحكى القاضي أبو محمد رواية بالضمنان؛ لأنه قتله خطأ، أما إذا كان جاهلاً أو فعل غير ما أذن له فيه خطأ، أو تجاوز الحد فيما أذن له فيه، أو قصر فيه عن المقدار المطلوب، ضمن ما تولد عن ذلك»⁽¹⁾.

واتفق الفقهاء على ضرورة إذن المريض لإجراء العلاج أو الجراحة، إذا كان المريض أهلاً للرضا وكانت إرادته سليمة مما يشوبها أو يعيها، أو إذن وليه أو وصيه إذا كان قاصراً أو في حالة يتعذر أخذ إذنه فيها، فإن لم يكن للمريض ولي أو وصي وجب إذن الحاكم باعتباره ولي من لا ولي له وإذن الحاكم في إجراء الجراحة يختلف عن إذنه للطبيب في مباشرة التطبيب بصفة عامة⁽²⁾.

« والموضع الثاني: الذي يبطل فيه العقل والقود رجل يعطي الختان فيختنه والطبيب فيفتح عروقه أو يقطع العرق من عروقه خوف أكلة أو داء فيموت في ذلك، فلا نجعل فيه عقلاً ولا قوداً من قبل أنه فعله بصاحبه بإذنه ففعله كفعله بنفسه إذا كان الذي فعل به ذلك بالغاً حراً، أو مملوكاً بإذن سيده فإن كان مملوكاً بغير إذن سيده ضمن قيمته»⁽³⁾.

جاء في المغني « وإن ختن صبياً بغير إذن وليه، أو قطع سلعة من إنسان بغير إذنه، أو من صبي بغير إذن وليه، فسرت جنائته، ضمن؛ لأنه قطع غير مأذون فيه»⁽⁴⁾ ومما يدل على اعتبار الفقهاء - رحمهم الله - لهذا الشرط ما نصوا عليه من أن الطبيب لا يجوز له أن يجبر المريض إذا استأجره لقلع ضرسه أو سنه الوجعة، ثم امتنع المريض من تمكنه من فعل الجراحة مع وجود الألم، قال الخطيب الشربيني رحمه الله: «... ولو استأجره لقلع سن وجعة فبرئت، انفسخت الإجارة لتعذر القلع. فإن لم تبرأ ومنعه من قلعه لم يجبر عليه»⁽⁵⁾.

(1) ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الحكام، (دار عالم الكتب، الرياض، 2003م)، ج2، ص: 252.

(2) سامي جميل الفياض الكبيسي، رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة، ص: 168.

(3) الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب، الأم، (دار المعرفة، بيروت، 1990م)، ج6، ص: 187.

(4) ابن قدامة، المغني، ج5، ص: 398.

(5) الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج3، ص: 449.

« فحكمهم بعدم إجبار المريض على فعل الجراحة مع وجود السبب الموجب لفعلها وهو الألم، فيه دليل واضح على أنه ليس من حق الطبيب الجراح أن يقدم على فعل الجراحة بالمريض، إلا بعد موافقته على فعلها باختياره »⁽¹⁾.

المطلب الثالث: رفع المسؤولية الجنائية عن ممارسة الأعمال الطبية في الفقه الإسلامي.

الأصل أن الطبيب إذا تدخل بعمله الطبي لغاية علاج المريض، وبهدف شفائه، لا يسأل عن أفعاله ما دام قام بها على الوجه المشروع.

أما إذا خالف الطبيب الأصول الطبية المتعارف عليها، وخرج بفعله عن الشروط الواجب مراعاتها في العمل الطبي فهو ضامن، وبالتالي تقرر مسؤوليته المدنية والجنائية.

الفرع الأول: انتفاء مسؤولية الطبيب في الفقه الإسلامي

يقول ابن قيم الجوزية: « طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها ولم تجن يده، فتولد عن فعله المأذون فيه من جهة الشارع، ومن جهة من يطمه تلف العضو أو النفس، أو ذهاب صفة، فهذا لاضمان عليه اتفاقاً »⁽²⁾.

«... الختان يخنن الصبي فيموت من ختانه، أو الطبيب يسقي المريض من سقيه، أو يكويه فيموت من كيه، أو يقطع منه شيئاً فيموت من قطعه، أو الحجام يقلع الضرس فيموت المقلوع ضرسه، فلا ضمان على واحد من جميع هؤلاء »⁽³⁾.

« وأجمعوا على الطبيب إذا أخطأ لزمته الدية، مثل أن يقطع الحشفة في الختان، وما أشبه ذلك؛ لأنه في معنى الجاني خطأ. وعن مالك رواية: أنه ليس عليه شيء، وذلك عنده إذا كان من أهل الطب »⁽⁴⁾.

« وأجمعوا على أن الطبيب إذا لم يتعمد لم يضمن. وأجمعوا على أن قطع الختان إذا أخطأ فقطع الذكر، أو الحشفة، أو بعضها، فعليه ما أخطأ به، يعقله عنه العاقلة »⁽⁵⁾.

(1) الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، ص: 110-111.

(2) ابن قيم الجوزية، الطب النبوي، ص: 99.

(3) ابن فرحون، تبصرة الحكام، في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج2، ص: 244.

(4) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص: 418.

(5) ابن المنذر، الإجماع، (مؤسسة الكتب الثقافية، الطبعة الأولى، 1993)، ص: 109.

الفرع الثاني: اثبات مسؤولية الطبيب في الفقه الإسلامي.

أولاً: المسؤولية التعاقدية للطبيب.

« وتنطبق عليها القواعد العامة للإجارة على الأعمال، فالطبيب هنا صاحب مهنة، يلتزم ببذل ما في وسعه من العناية وتقديم العلاج المناسب للمريض، بينما يلتزم المريض بدفع الأموال، وعليه يكون الطبيب ملتزم سلوكياً وأديباً بعلاج المريض دون الإخلال بالعقد؛ لأنه قد باشر في التشخيص والعلاج، فإخلاله بالعقد مظنة الضرر بالمريض، فإذا ترتب عليه وقوع الضرر كان موجباً للمسؤولية»⁽¹⁾. قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽²⁾.

ثانياً: المسؤولية الجنائية للطبيب.

تقضي القاعدة العامة في الطب أن تخلف شرط من شروط المشروعية يستتبع القول بأن الفعل محرم ذلك أنه خاضع أصلاً لنص تجريم. وانتفاء أحد شروط المشروعية يعني انتفاء سبب رفع المسؤولية الجنائية ذاته، وعندها يصبح الطبيب مسؤولاً عن نتيجة عمله، فيقتص منه إن كان عامداً، أو مقصراً، أو واقعاً في خطأ فاحش خارج عن قواعد الطب⁽³⁾.

قال الشافعي - رحمه الله تعالى - « وإذا أمر الرجل أن يحجمه أو يختن غلامه أو يبيطر دابته فتلفوا من فعله، فإن كان فعل ما يُفعل مثله مما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصناعة فلا ضمان عليه، وإن كان فعل ما لا يفعل مثله من أراد الصلاح وكان عالماً به فهو ضامن»⁽⁴⁾.

يقول ابن القيم في كتابه الطب النبوي: «فإيجاب الضمان على الطبيب الجاهل، فإذا تعاطى علم الطب وعمله، ولم يتقدم له به معرفة، فقد هجم بجهله على إتلاف الأنفس، وأقدم بالتهور على ما لم يعلمه، فيكون قد غرر بالعليل، فيلزمه الضمان لذلك، وهذا إجماع من أهل العلم»⁽⁵⁾.

(1) نائل محمد يحيى، المسؤولية الجنائية عن خطأ التأديب والتطبيب، ص: 153.

(2) سورة المائدة، الآية: 1.

(3) سامي جميل الفياض الكبيسي، رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة، ص: 185.

(4) الشافعي، الأم، ج6، ص: 185.

(5) ابن قيم الجوزية، الطب النبوي، ص: 99.

« يكون الخاتن أخطأت يده بقطع ما لا يقطع، مثل أن يقطع من الحشفة شيئاً، فإن مات المختون من ذلك فديته على عاقلة الخاتن، وإن عاش نُظر، فإن كان قطعها كلها ففيها الدية كاملة على العاقلة؛ لأنه يعد خطأً من الخاتن، وإن كان أقل من ذلك فبحسابه، وما كان أقل من الثلث ففي ماله، وذلك إذا كان معروفاً بالختن والإصابة فيه، حتى أتى على يده بغير عمد، أو تجاوزت يده بغير عمد ما به أمر، قال وإن كان الخاتن غير معروف بالختن والإصابة فيه، وعرض نفسه فهو ضامن لجميع ما وصفنا في ماله، ولا تحمل العاقلة من ذلك شيئاً»⁽¹⁾.

وخلاصة القول في المسؤولية الطبية في الفقه الإسلامي أن الطبيب إذا قام بواجبه، وراعى المصلحة المشروعة تنتفي مسؤوليته ولو أخطأ.

قال ابن قيم الجوزية « ملاك أمر الطبيب - أن يجعل علاجه وتدبيره دائراً على ستة أركان: حفظ الصحة الموجودة، ورد الصحة المفقودة بحسب الإمكان، وإزالة العلة أو تقليلها بحسب الإمكان، واحتمال أدنى المفسدين لإزالة أعظمها، وتفويت أدنى المصلحتين لتحصيل أعظمها، فعلى هذه الأصول الستة مدار العلاج، وكل طبيب لا تكون هذه أحيته التي يرجع إليها، فليس بطبيب والله أعلم»⁽²⁾.

⁽¹⁾ ابن فرحون، تبصرة الحكام، في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج2، ص: 244-245.

⁽²⁾ ابن قيم الجوزية، الطب النبوي، ص: 103.

المبحث الثاني: الأعمال الطبية في القانون الوضعي.

المطلب الأول: مضمون الأعمال الطبية في القانون الوضعي .

أباححت القوانين الوضعية مباشرة الأعمال الطبية، وأذنت للطبيب ممارسة الأفعال التي من شأنها تحقيق مقصد السلامة الجسدية، فالمصلحة الاجتماعية في شفاء المريض تغلب على المصلحة الفردية في إمكانية إصابته بجروح، أو أية أمراض أخرى جراء إجراء عمليات جراحية، أو أعمال طبية، و تجارب علاجية.

الفرع الأول: مفهوم الأعمال الطبية في القانون الوضعي.

أولاً: التعريف الفقهي .

ذهب رأي من الفقه إلى اعتبار العمل الطبي مرحلة من مراحل العلاج فقط، وذهب رأي آخر إلى أن العمل الطبي يشمل كل المراحل من فحص وتشخيص وعلاج. فَعُرفَ العمل الطبي على أنه: « النشاط الذي يباشره شخص متخصص، بغية شفاء الغير وذلك وفقاً للأصول والقواعد الطبية المقررة في علم الطب »⁽¹⁾.

وعُرِّفَ أيضاً بأنه: « ذلك النشاط الذي يتفق في كيفية وظروف مباشرته مع القواعد المقررة في علم الطب، ويتجه في ذاته - أي وفق المجرى العادي للأموال - إلى شفاء المريض، والأصل في العمل الطبي أن يكون علاجياً، أي يستهدف التخلص من المرض أو تخفيف حدته، أو مجرد تخفيف آلامه، ولكن يعد كذلك من قبيل الأعمال الطبية ما يستهدف الكشف عن أسباب الصحة أو مجرد الوقاية من المرض »⁽²⁾.

والعمل الطبي هو: « كل نشاط يرد على جسم الإنسان أو نفسه، ويتفق في طبيعته وكيفيته مع الأصول العلمية والقواعد المتعارف عليها نظرياً وعملياً في علم الطب، ويقوم به طبيب مصرح له قانوناً، بقصد الكشف عن المرض وتشخيصه وعلاجه لتحقيق الشفاء، أو تخفيف آلام المرضى، أو الحد منها، أو منع المرض، أو بهدف المحافظة على صحة الأفراد، أو تحقيق مصلحة اجتماعية، شريطة توافر رضا من يجري عليه هذا العمل »⁽³⁾.

(1) محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، ص: 5-6.

(2) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني (القسم العام)، (دار النهضة العربية، 1984م)، ص: 201-202.

(3) أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء " دراسة مقارنة "، (دار النهضة العربية، القاهرة، 1987)، ص: 55.

والتعريف الأخير ألم بمراحل العمل الطبي، وتضمن أساس مشروعية الأعمال الطبية، وتناول صفة القائم بالتطبيب، والهدف من العمل الطبي.

ثانياً: التعريف القانوني .

1- العمل الطبي في مفهومه العام: « كل نشاط يتفق في كيفية وظروف مباشرته - مع القواعد المقررة في علم الطب - ويتجه في ذاته ووفق المجرى العادي للأمور إلى شفاء المريض ». « فالأصل في العمل الطبي أن يكون علاجياً أي يستهدف التخلص من مرض، أو تخفيف حدته أو مجرد تخفيف آلامه، ولكن يدخل في مفهومه الأعمال الطبية تلك التي تستهدف الكشف عن أسباب سوء الصحة، أو الكشف عن المرض، ويتسع أيضاً في دلالته للأعمال الطبية التي تهدف إلى مجرد الوقاية من المرض»⁽¹⁾.

فالأعمال الطبية بهذا المفهوم تشمل كل العمليات الجراحية، والأعمال الطبية التي من شأنها شفاء المريض، والأعمال التي تكشف عن الداء، والتي تصف العلاج، وحتى الأعمال التي مناطها الوقاية من الأمراض.

2- عرّف العمل الطبي بأنه: « كل عمل يكون ضرورياً، أو ملائماً لاستعمال الطبيب حقه في ممارسة المهنة الطبية »⁽²⁾.

والتعريف ربط العمل الطبي بصفة القائم به، ألا وهو الطبيب دون بيان لمفهوم العمل الطبي في حد ذاته.

3- « العمل الطبي يتحدد له نطاق رجل متخصص في علوم الطب يقوم بفحص المريض وتشخيص الداء ووضع العلاج، على أن يكون ذلك متفقاً مع الأصول العلمية الحديثة ». من هنا فإن كل عمل طبي يقوم به أحد المتخصصين في علم الطب، يستند في أدائه لعمله لأصول مستقرة لذلك العلم يعد من الأعمال الطبية الفنية⁽³⁾.

(1) نظام توفيق الجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام، ص: 193.

(2) شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء، (دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2003م)، ص: 87-88.

(3) سمير عبد السميع الأوزن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم -مدنياً وجنائياً- وإدارياً- (منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004م)، ص: 12.

4- والذي تؤيده هو أن العمل الطبي: « كل فعل يتفق في كيفية وظروف مباشرته مع القواعد والأصول الفنية المقررة في علم الطب، على أن يباشره طبيب مختص، مصرح له قانوناً بمزاولة مهنة الطب، بقصد الكشف عن المريض وصولاً لعلاج وشفائه، أو منع المرض عنه، بتحديد أساليب الوقاية، حفاظاً على سلامة الأفراد في ظل مراعاة شروط الأعمال الطبية ».

الفرع الثاني: مشروعية الأعمال الطبية في القانون الوضعي.

إذا كانت إباحة الأعمال الطبية تستند إلى فكرة استعمال الحق، فإن العلة الحقيقية لهذه الإباحة إنما تكمن في أن الأعمال الطبية لا تنتج اعتداءً حقيقياً على الحق في سلامة الجسم. « إذ الأفعال التي تقوم بها جرائم الاعتداء على سلامة الجسم ليست الأفعال التي تمس مادته، ولكنها الأفعال التي تمس مصلحته في أن تصان له سلامته، وأن يسير سيراً عادياً طبيعياً، وقد قدر المشرع أن الأعمال الطبية، وإن مست مادة الجسم، فهي لم تؤذ، ولم تهدد مصلحته، بل صانتها، ومن ثم لم ينتج اعتداء على الحق الذي يحميه القانون »⁽¹⁾.

أولاً: انتفاء القصد الجنائي.

« يذهب جانب من الفقه إلى القول، بأن أسباب إباحة عمل الطبيب وعدم مسؤوليته عن أفعاله أثناء ممارسته لمهنته، يكمن في انتفاء القصد الجنائي لديه، والذي تتطلبه جريمة الجرح، أو الضرب لقيامها، وذلك على سند من القول بأن إرادة الطبيب لا تتجه إلى الإضرار بصحة المريض، وإنما إلى شفاؤه من مرضه »⁽²⁾.

وهذا الرأي معيب؛ إذ ينطوي على تحديد غير صحيح لعناصر القصد الجنائي، ويخلط بين عناصر القصد والباعث. فالباعث ليس ركناً من أركان الجريمة ولا عنصر من عناصرها، وقد يكون الباعث شريفاً، ومع ذلك يتوافر القصد الجنائي⁽³⁾.

(1) جابر محمود علي، دور الإرادة في العمل الطبي " دراسة مقارنة"، (دار النهضة العربية، القاهرة)، ص: 72.

(2) محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، (دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004م)، ص: 12.

(3) مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والفقه الإسلامي "دراسة مقارنة"،

(الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى 2003م)، ص: 259.

ثانياً: رضا المريض .

يذهب رأي من الفقه إلى أن أساس إباحة أفعال الطبيب، وعدم مسؤوليته عن أفعاله أثناء ممارسته لمهنته، يكمن في رضا المريض بالعمل الطبي، أو الجراحي على جسده، وذلك على سند من القول بأن الرضا يعد سبباً لإباحة العمل الطبي، حتى ولو قام به شخص آخر غير طبيب، ولم يتوافر لديه قصد العلاج، شريطة أن تتوافر لديه كل من الغاية المشروعة ورضا المريض⁽¹⁾.
« وهذا الرأي معيب؛ لأن الحق في سلامة الجسم ذو أهمية اجتماعية واضحة، بل أنه حق للمجتمع الذي يهتمه محافظة كل فرد من أفرادها على سلامة جسمه كي يستطيع القيام بوظائفه، التي يفرضها عليه المجتمع الذي يعيش فيه، فإذا رضي المريض بالاعتداء على سلامة جسمه، اقتصر أثر رضائه على الجانب الفردي للحق دون الجانب الاجتماعي، فيظل حق المجتمع قائماً ويظل فعل الاعتداء خاضعاً للتجريم»⁽²⁾.

ثالثاً: الترخيص القانوني .

« يذهب الرأي الراجح في الفقه والقضاء في الأنظمة القانونية المعاصرة إلى أن إباحة الأعمال الطبية التي يباشرها الأطباء على أجسام مرضاهم، تستند إلى ترخيص النظام القانوني لهؤلاء الأطباء بمباشرة مهنة الطب، والنتيجة المنطقية لوجود هذا الترخيص القانوني، الذي يأذن بموجبه المشرع في ممارسة مهنة الطب وفقاً للشروط والقواعد التي يحددها هي إقرار المشرع لطائفة الإطباء بحقهم في مباشرة الأعمال الطبية، ومن ثم إباحة جميع الأفعال التي يباشروا من خلالها هذا الحق»⁽³⁾.

وحظي هذا الاتجاه بتأييد من غالبية الفقه الفرنسي والمصري، إلا أن هذا لم يمنع جانباً من الفقه من الاعتراض عليه، وذلك على سند من القول، بأن الترخيص القانوني بذاته لا يعتبر أساساً لإباحة العمل الطبي، على اعتبار أن أساس الإباحة إنما يرجع إلى المؤهل العلمي الذي على أساسه يمنح الطبيب هذا الترخيص بمزاولة المهنة⁽⁴⁾.

(1) محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، ص: 15.

(2) مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، ص: 259.

(3) عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم « دراسة جنائية مقارنة »، (دار الفكر والقانون، المنصورة، 2008م)، ج2، ص: 983.

(4) محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، ص: 19.

والذي يبدو لي ضرورة اعتماد الأسس الثلاثة في إباحة العمل الطبي، فانتفاء القصد الجنائي أساس لإباحة العمل الطبي؛ لأن هدف الطبيب علاج المريض لا الإضرار به، كما أن رضا المريض ضرورة لإباحة المساس بالجسد باعتبار الحق في التكامل الجسدي مكفول للأفراد على حد سواء، أما الترخيص القانوني أو المؤهل العلمي فيحتاجهما الطبيب أو الجراح؛ لأن بهما ترتفع المسؤولية المدنية والجنائية.

الفرع الثالث: إباحة الأعمال الطبية ومضمونها في التشريع الجزائري. **أولاً: أساس إباحة الأعمال الطبية ومضمونه في التشريع الجزائري.**

ساير المشرع الجزائري الأنظمة القانونية المعاصرة والتي تبيح الأعمال الطبية على أساس الترخيص القانوني، والمؤهل العلمي.

فتنص المادة (197) من قانون حماية الصحة وترقيتها على أن « تتوقف ممارسة مهنة الطبيب، والصيدلي، وجراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة، بناء على الشروط التالية:

- أن يكون طالب هذه الرخصة حائزاً، حسب الحالة، إحدى الشهادات الجزائرية: دكتوراه في الطب، أو جراح أسنان، أو صيدلي، أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها»⁽¹⁾.

فالقاعدة العامة في إباحة العمل الطبي بالنسبة للمشرع الجزائري هي الترخيص القانوني، وهذا لا يمنع من اشتراط رضا المريض، وانتفاء القصد الجنائي كأساس للإباحة.

ثانياً: مضمون الأعمال الطبية في التشريع الجزائري.

لم يتبن المشرع الجزائري مفهوم دقيق أو تعريف محدد للأعمال الطبية، شأنه شأن بعض التشريعات الوضعية، ونؤيد ما ذهب إليه المشرع الجزائري، لأن الأعمال الطبية تتغير وتتجدد حسب التطور العلمي والطبي والتكنولوجي.

والعمل الطبي في نظر المشرع الجزائري هو العمل الذي يباشره الطبيب المؤهل المختص، المصرح له قانوناً بمزاولة مهنة الطب، وهو العمل الذي يهدف للعلاج من المرض، والوقاية منه، وهو السهر على راحة المرضى وتربيتهم الصحية ونظافتهم الجسدية.

⁽¹⁾ المادة (197) من القانون رقم (05/85) المؤرخ في 16 فبراير 1985، الجريدة الرسمية عدد (08)، المؤرخ في 17 فبراير 1985 المعدل والمتمم.

فتنص المادة (7) من قانون حماية الصحة وترقيتها على « يكون تصور الشبكة الصحية الوطنية بكيفية تمكن من توفير علاج صحي كامل». ونصت المادة (8) « يشمل العلاج الصحي الكامل ما يأتي:

- الوقاية من الأمراض في جميع المستويات،
- تشخيص المرض وعلاجه،
- إعادة تكييف المرضى،
- التربية الصحية «.

ونصت المادة (96) من قانون حماية الصحة وترقيتها « التربية الصحية واجب منوط بالدولة طبقاً لأحكام هذا القانون «.

وتنص المادة (195) من نفس القانون على « يتعين على الأطباء والصيدالة وجراحي الأسنان القيام بما يأتي:

- السهر على حماية صحة السكان بتقديم العلاج الطبي الملائم لهم.
- المشاركة في التربية الصحية .
- القيام بتكوين مستخدمي الصحة وتحسين مستواهم وتحديد معلوماتهم، والمشاركة في البحث العلمي، طبقاً للتنظيم الجاري به العمل «.
- ونصت المادة (196) من نفس القانون على « يكلف المساعدون الطبيون، حسب اختصاصهم وتحت مسؤولية طبيب أو صيدلي أو جراح أسنان بما يأتي:
- السهر على احترام أسس المداوة والعلاج الطبي الموصوف،
- المراقبة الدائمة لحالة المرضى ونظافتهم الجسدية،
- المشاركة في أعمال وقاية السكان وتربيتهم الصحية،
- المشاركة في تكوين مستخدمي الصحة وتحسين مستواهم وتحديد معلوماتهم «⁽¹⁾.

⁽¹⁾ المواد (7)، (8)، (96)، (195)، (196)، من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

ونصت المادة (6) من مدونة أخلاقيات الطب « يكون الطبيب وجراح الأسنان في خدمة الفرد والصحة العمومية. يمارسان مهامهما ضمن احترام حياة الفرد وشخصه البشري ». كما نصت المادة (9) على « يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضاً يواجه خطراً وشيكاً، أو أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له ». ونصت المادة (16) من المدونة « يخول الطبيب وجراح الأسنان القيام بكل أعمال التشخيص والوقاية والعلاج، ولا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم علاجاً، أو يواصله، أو يقدم وصفات في ميادين تتجاوز اختصاصاته، أو امكانياته، إلا في الحالات الاستثنائية»⁽¹⁾.

⁽¹⁾ المواد (6)، (9)، (16)، من المرسوم التنفيذي رقم (92-276) المؤرخ في 6 يوليو 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية عدد (52) مؤرخ في 8 يوليو 1992.

المطلب الثاني: شروط إباحة الأعمال الطبية في القانون الوضعي.

يتعامل الطبيب وبصفة مباشرة مع جسم الإنسان، وبالتالي فهو حر في كيفية علاجه، وتسهيل شفائه. ولضمان عدم إيذائه وضعت التشريعات الوضعية أصول فنية، ومبادئ علمية يجب مراعاتها، ومراحل محددة يتعين المرور بها، وشروط خاصة على الطبيب اتباعها، والالتزام بتطبيقها، وإلا اعتبر مسؤولاً جنائياً عن كل ما أتاه مسبباً ضرراً للمريض.

فالتبيب وبحكم عمله محور العملية العلاجية، وأساس للسلامة الفردية، فهو الذي يكشف الداء، ويحدد الدواء. والقانون الوضعي أباح التدخل الطبي، وضيّق من دائرة التوسع في استعمال حق مزاوله الأعمال الطبية، وذلك بوضع شروط من شأنها تقييد عمل الطبيب من جهة، وإعفائه من المسؤولية الجنائية والمدنية في حال تعرض المريض للضرر، من جهة أخرى.

الفرع الأول: ضرورة الترخيص لتبرير العمل.

« لا يباح العمل الطبي إلا إذا كان من أجراه مرخصاً له بذلك قانوناً، وإلا فإنه يكون مسؤولاً عن أعمال الإيذاء الواقعة طبقاً للقواعد العامة، فضلاً عن معاقبته لارتكابه جرم مزاوله مهنة الطب بلا ترخيص، إلا إذا كان أمام حالة ضرورة بشروطها القانونية»⁽¹⁾.

ويسمح القانون لبعض الأشخاص بممارسة أعمال طبية معينة، كالممرضات والمولّدات، ويعتبر هؤلاء الأشخاص في حكم الأطباء بالنسبة للأعمال التي يمارسونها، وتطبيقاً لذلك لا يستفيد من سبب التبرير من يباشر أعمالاً طبية، دون أن يكون حاصلًا على إجازة ترخص بذلك قانوناً، حتى لو كان لديه من الخبرة والدراية ما يجعله في مستوى الأطباء الحقيقيين⁽²⁾.

الفرع الثاني: احترام المبادئ والأصول المتبعة لممارسة المهنة.

يشمل التزام الطبيب بمراعاة القواعد المتبعة في ممارسة مهنة الطب نوعين من القواعد؛ أولهما: تلك القواعد العامة المتعلقة بتنظيم الحياة الاجتماعية ككل، والتي تشمل واجب الحيطة والحذر الملزم به كافة أفراد المجتمع، بحيث يؤدي الإخلال بهذه القواعد في حالة تحقق الضرر إلى قيام المسؤولية، كتسريح الطبيب للمريض من المستشفى قبل أن يكتمل علاجه، أو قيام الجراح

(1) سمير عالية، شرح قانون العقوبات القسم العام، ص: 375.

(2) علي عبد القادر قهوجي، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، ص: 158-159.

يأجرا عملية جراحية دون مراعاة الشروط الخاصة بنظافة المكان، أو دون تعقيم الأجهزة والوسائل المستخدمة. وقد يكون السبب شخصياً كأن يزاول الطبيب أو الجراح عمله وهو في حالة لا تساعد على ذلك، كحالة السكر، مما قد ينجم عنه أضرار للمريض. وهذا ما يعرف في لغة القانون بالخطأ المادي للطبيب أو الجراح.

أما النوع الثاني من القواعد فهو يشمل القواعد والأصول الطبية المعروفة، وهي ما استقر عليه أهل الطب في ممارستهم اليومية حسب التخصصات، ويشكل الإخلال بها ما يسمى بالخطأ الفني أو المهني⁽¹⁾.

« فيسأل الطبيب إذا أجرى العملية بأدوات غير معقمة، أو كان في حالة سكر، أو أجراها مع كون يده اليمنى مصابة بعجز عن الحركة، أو ترك سهواً في جسم المريض أداة جراحية، أو قطعة قماش، ومن البديهي أن تكون مسؤولية الطبيب في هذه الأحوال مسندة إلى الرعونة، وهي إحدى صور الخطأ⁽²⁾ ».

الفرع الثالث: مزاوله عمل طبي أو جراحي.

يباح للمرخص بمزاولة العمل الطبي، كل ما يلزم لعلاج المرضى، من إبداء مشورة طبية، أو عيادة مريض، ووصف دواء له، أو إجراء عملية جراحية، وغير ذلك. ويثور الخلاف حول عمليات التجميل والتعقيم والإجهاض، ونقل الدم وزرع الأعضاء، وليس من شك الآن في مشروعية الجراحات التجميلية، فقد أصبحت من العمليات المعترف بها في جميع الدول، ويتخصص بها الأطباء، فهي إن لم تكن علاجاً لمرض جسماني، فإنها علاج لعلة نفسية، وقد يصل التشويه إلى درجة تصبح حياة من يشكو منه عبئاً قد يدفعه للانتحار، أما عمليات التعقيم والإجهاض، فلا يباح للطبيب القيام بها، إلا إذا كانت ضرورية أو لازمة لإنقاذ المريض⁽³⁾.

(1) عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به " دراسة مقارنة " (دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م)، ص: 34.

(2) كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، ص: 199.

(3) سمير عالية، شرح قانون العقوبات القسم العام، ص: 375-376.

« وبالنسبة لنقل الدم والأعضاء، فلا شك في مشروعيتها بالنسبة لمن ينقل إليه الدم أو العضو، لأنها تعد علاجاً، أما بالنسبة لمن ينقل منه الدم أو عضو من الأعضاء، فإنها تشكل مساساً بالجسم بغير قصد العلاج، وبالتالي لا تعتبر مبررة على أساس ممارسة الأعمال الطبية، وإن كان يمكن تبريرها على أساس الرضا، أو الإعفاء من العقوبة عنها على أساس حالة الضرورة إذا توافرت شروط أيهما»⁽¹⁾.

الفرع الرابع: رضا المريض أو ممثليه بالعلاج أو توافر الضرورة.

الطبيب لا يستطيع أن يخضع المريض لأي عمل طبي دون الحصول، مقدماً على رضائه بهذا العمل. ولكن هذا الرضا يجب أن يكون مستنيراً، أي صادر عن نية تامة، وهو مالا يتأتى إلا إذا كان المريض قد حصل على معلومات كافية تمكنه من أن يتخذ قراره بقبول العلاج، أو رفضه عن فهم وإدراك كاملين⁽²⁾.

« وحتى يكون الرضا صحيحاً وله محل، يتعين على الطبيب ابتداءً أن يبصر المريض أو ذويه بالعواقب المحتملة للعمل الطبي وخصوصاً في الأعمال الجراحية التي قد تنطوي على أخطار، ولكن الطبيب ليس ملزماً بأن يذكر للمريض أو من يمثله كل النتائج وتفصيلات العمل الطبي وآثاره بصورة دقيقة، لأن القول بذلك قد يفوت الغرض من تبرير العمل الطبي، ولن يقبل أحد أن يخضع للعمل الجراحي أو الطبي»⁽³⁾.

ولا يشترط أن يكون رضا المريض صريحاً، فيجوز أن يكون ضمناً، بشرط أن يكون دالاً على موافقة المريض، ولا يكفي أن يستخلص ذلك من مجرد ذهاب المريض إلى الطبيب⁽⁴⁾.

تطلب الفقه والقضاء لصحة رضا المريض عدة شروط أهمها:

- 1- « أن يكون من صدر عنه الرضا بالغاً، أو من ينوب عنه قانوناً إن كان غير راشد.
- 2- أن يكون من صدر عنه الرضا عاقلاً، أو من المسؤول عنه إن كان غير عاقل.
- 3- أن يكون من صدر عنه الرضا واعياً، وأن يكون مدر كاً لأقواله وأفعاله.

(1) علي عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات (القسم العام)، ص: 161.

(2) جابر محمود علي، دور الإرادة في العمل الطبي دراسة مقارنة، (دار النهضة العربية القاهرة)، ص: 82.

(3) نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام، ص: 196.

(4) علي عبد القادر قهوجي، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، ص: 275.

4- أن يكون رضاء المريض حراً خالياً من عيوب الإرادة.

5- أن يكون موضوع الرضاء مشروعاً وصادراً ممن له صفة «(1)».

قد يقوم الطبيب بالعمل الطبي دون توقف على رضاء المريض، وذلك في حالتين:

❖ **الحالة الأولى:** حالة انتشار الأوبئة، حيث يقوم الطبيب بالعمل الطبي ولو رفض المريض ذلك،

وعندئذ لا تستند الإباحة إلى استعمال الحق، وإنما تستند إلى تنفيذ القانون أو استعمال السلطة.

❖ **الحالة الثانية:** حالة الضرورة إذا كان المريض مهدداً بخطر جسيم حال على حياته، وكان غير

قادر على التعبير عن إرادته وليس هناك من يمثله. وهنا تنتفي مسؤولية الطبيب ليس استناداً

إلى سبب إباحة، وإنما استناداً إلى حالة الضرورة التي تعتبر مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية(2).

ويجوز للطبيب أن يتدخل رغماً عن إرادة المريض إذا كان رفض هذا الأخير للعلاج

يؤدي إلى تهديد حياته أو صحته. كما يجوز للطبيب أن يكذب على المريض ليحمله على قبول

عمل طبي يعتقد أنه ضروري للحفاظ على مصلحته. وعلى العكس من ذلك فإن عمل الطبيب

يكون غير مشروع إذا لم يستهدف مصلحة المريض، بل مصلحة أخرى للطبيب أو حتى للمجتمع

(كإجراء تجربة طبية على شخص سليم)، وعدم المشروعية يستند في هذه الحالة إلى مبدأ معصومية

جسم الإنسان الذي يمنع من المساس به(3).

الفرع الخامس: أن يكون تدخل الطبيب بقصد العلاج.

« لا يكون العمل الطبي مشروعاً إلا إذا قصد به علاج المريض، أما إذا لم يتوافر قصد

العلاج زال حق الطبيب وانعدم قانوناً بانعدام علته وزوال أساسه، وجرى عليه حكم القانون

أسوة بسائر الناس فيسأل عن فعله جنائياً «(4)».

فيجب أن تكون الأعمال الطبية التي يباشرها الطبيب على المريض يهدف منها شفاء

المريض من مرض ألم به، أو علة يشكو منها، ويكفي توافر القصد حتى يعتبر تدخل الطبيب مبرراً،

(1) سمير عبد السميع الأوزن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم، ص: 21.

(2) محمد القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، ص: 26.

(3) جابر محمود علي، دور الإرادة في العمل الطبي، ص: 77.

(4) شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء، (دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، الطبعة

الأولى، 2003م)، ص: 93.

ويعني ذلك عدم اشتراط تحقق شفاء المريض. فلا يكون فعل الطبيب مبرراً، وتقوم مسؤوليته إذا كانت الأعمال التي يباشرها بهدف إجراء تجربة علمية معينة، أو الانتقام، أو الاعتداء⁽¹⁾.

« أما الطبيب الذي يقوم بالقتل راحة للمريض في آلامه، يعتبر مرتكباً لجريمة قتل مقصود، ولا يجد به نفعاً رضاء الجني عليه، لأن حق الإنسان في الحياة لا يعتبر من الحقوق القابلة للتصرف فيها، ولا يكون المساس به مبرراً إلا لفائدة الإنسان ذاته، وكذا الطبيب الذي يقوم بعملية جراحية لامرأة يستأصل بها مبايض التناسل لديها بغير مقتضى، يكون مستحقاً للعقاب على جريمة مقصودة، ولو كان ذلك بناءً على طلبها⁽²⁾.

موقف المشرع الجزائري من شروط إباحة الأعمال الطبية.

المشرع الجزائري شأنه شأن التشريعات القانونية ربط مزاولة الأعمال الطبية بشروط خاصة، منها ما يتعلق بالترخيص القانوني كأساس للإباحة والتدخل الطبي، ومنها ما يتعلق بالهدف من استعمال حق التطبيب وهو قصد شفاء المريض.

أ/ **الترخيص القانوني والكفاءة المهنية:** فتتص المادة (197) من قانون حماية الصحة وترقيتها على « تتوقف ممارسة مهنة الطبيب والصيدلي وجراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة، بناء على الشروط التالية:

- أن يكون طالب هذه الرخصة حائزاً حسب الحالة، إحدى الشهادات الجزائرية: دكتوراه في الطب أو جراح أسنان أو صيدلي، أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها،
- أن لا يكون مصاباً بعاهة، أو بعلّة مرضية منافية لممارسة المهنة،
- أن لا يكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف،
- أن يكون جزائري الجنسية، ويمكن استثناء هذا الشرط على أساس المعاهدات والاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر، وبناء على مقرر يتخذه الوزير المكلف بالصحة⁽³⁾.

(1) علي عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات (القسم العام)، ص: 160.

(2) كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، ص: 197.

(3) المادة (197) من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

كما نصت المادة (198) من نفس القانون على « لا يجوز لأحد أن يمارس طبيب اختصاصي، أو جراح أسنان اختصاصي، أو صيدلي اختصاصي، إذا لم يكن حائز شهادة في الاختصاص الطبي، أو شهادة أجنبية معترفاً بمعادلتها، زيادة على الشروط المنصوص عليها في المادة (197) أعلاه»⁽¹⁾.

ولقد أحسن المشرع الجزائري ربط الكفاءة المهنية بالترخيص القانوني؛ لأنه بموجب الترخيص القانوني تبسط الدولة رقابتها على الأعمال الطبية، وبالتالي يمكن مساءلة الطبيب مدنياً وجنائياً في حال الأخطاء الطبية المرتكبة ضد المريض.

ونصت المادة (2) من مدونة أخلاقيات الطب على « تفرض أحكام هذه المدونة أخلاقيات الطب على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو طالب في الطب أو في جراحة الأسنان أو في الصيدلة مرخص له بممارسة المهنة وفق الشروط المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما»⁽²⁾.

ب/ اتباع أصول مزاوله مهنة الطب: فنصت المادة الأولى من مدونة أخلاقيات الطب على « أخلاقيات الطب هي مجموعة المبادئ والقواعد والأعراف التي يتعين على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أن يراعيها، وأن يستلهمها في ممارسة مهنته».

كما نصت المادة (14) من نفس القانون على « يجب أن تتوفر للطبيب، أو جراح الأسنان، في المكان الذي يمارس فيه مهنته، تجهيزات ملائمة ووسائل تقنية كافية لأداء هذه المهمة، ولا ينبغي للطبيب أو جراح الأسنان، بأي حال من الأحوال، أن يمارس مهنته في ظروف من شأنها أن تضر بنوعية العلاج أو الأعمال الطبية»⁽³⁾.

وبالتالي يعد مخالفاً للأصول العلمية، والقواعد الطبية المتعارف عليها للطبيب، الذي يجهز عيادته بتجهيزات قديمة، ووسائل لا تناسب التطور التكنولوجي والطبي.

(1) المادة (198) من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

(2) المادة (2) من مدونة أخلاقيات الطب.

(3) المادة (14) من مدونة أخلاقيات الطب.

ونصت المادة (18) من مدونة أخلاقيات الطب على « لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض، إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة، تحت رقابة صارمة، أو عند التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض »⁽¹⁾.

ومن خلال هذه المادة يتبين أن الطبيب ملزم بإتباع الأصول العلمية، المتمثلة في استعمال العلاج الذي يخضع لدراسات بيولوجية سابقة، ومن ثمة لا يجوز للطبيب التجريب في جسم الإنسان باستعمال علاج جديد غير خاضع للدراسة والرقابة.

ج/ رضا المريض بالعلاج: والمشرع الجزائري أكد ضرورة تبني شرط الرضا في الممارسات الطبية، باعتبار الرضا أساس إباحة التدخل الطبي.

نصت المادة (154) من قانون حماية الصحة وترقيتها على « يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك »⁽²⁾.

ونصت المادة (44) من مدونة أخلاقيات الطب على أنه « يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون، وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته »⁽³⁾.

والمشرع الجزائري يشترط حصول الرضا من إرادة واعية سواء صدر الرضا من المريض نفسه، أو ممن يمثله قانوناً.

ونصت المادة (49) من مدونة أخلاقيات الطب على « يشترط من المريض، إذا رفض العلاج الطبي، أن يقدم تصريحاً كتابياً في هذا الشأن »⁽⁴⁾.

ويلاحظ في هذا المقام، أن المشرع أكد على ضرورة الرضا، وبالتالي شدّد في طريقة بيان رفض العلاج الطبي من المريض حيث اشترط أن يكون الرفض كتابياً لا ضمناً.

(1) المادة (18) من مدونة أخلاقيات الطب

(2) المادة (154) من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

(3) المادة (44) من مدونة أخلاقيات الطب.

(4) المادة (49) من مدونة أخلاقيات الطب.

د/ أن يكون الهدف من التدخل الطبي حصول العلاج: اشترط المشرع الجزائري أن تكون نية الطبيب من مزاولة العمل الطبي شفاء المريض، وإزالة سقمه وعلته، وبالتالي تقوم مسؤولية الطبيب الجنائية، إذا كان هدفه من إجراء عملية مثلاً المساهمة في تطوير تجربة علمية، أو اكتشاف دواء جديد.

ونصت المادة (7) من مدونة أخلاقيات الطب على « تتمثل رسالة الطبيب وجراح الأسنان في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية، وفي التخفيف من المعاناة، ضمن احترام حياة الفرد وكرامته الإنسانية، دون تمييز من حيث الجنس والسن والعرف والدين والجنسية والوضع الاجتماعي والعقيدة السياسية، أو أي سبب آخر في السلم أو الحرب »⁽¹⁾

⁽¹⁾ المادة (7) من مدونة أخلاقيات الطب.

المطلب الثالث: مراحل الأعمال الطبية في القانون الوضعي والتشريع الجزائري.

العمل الطبي هو التدخل الذي يأتيه طبيب متخصص مرخص له بمزاولة مهنة الطب على جسم المريض، من أجل علاجه، على أن يكون نشاط الطبيب متفقاً مع الأصول العلمية في الطب. والعمل الطبي يمر بمراحل مختلفة تبدأ ببيان وتشخيص العلة، مروراً بوصف العلاج المناسب، وتنتهي بمراقبة المريض للتأكد من شفائه.

الفرع الأول: مرحلة الفحص الطبي والتشخيص.

أولاً: مرحلة الفحص الطبي.

« يعتبر الفحص الطبي بداية العمل الطبي الذي يقوم به الطبيب، ويتمثل في فحص الحالة الصحية للمريض، بفحصه فحصاً ظاهرياً، وذلك بملاحظة العلامات والدلائل الإكلينيكية كمظهر المريض وجسمه، وقد يستعين الطبيب في الفحص ببعض الأجهزة البسيطة مثل السماعة الطبية، وجهاز ضغط الدم»⁽¹⁾.

ويتم الفحص الطبي عبر مرحلتين، تتمثل الأولى في الفحص الطبي التمهيدي، يقوم فيها الطبيب بإجراء الفحص مستخدماً يديه، أو عينيه أو بعض الأجهزة الطبية البسيطة، أما الثانية وهي مرحلة الفحص الطبي التكميلي، ويقوم فيها باستعمال أدوات طبية أكثر تطوراً كالتحاليل والأشعة، ورسام القلب والدماغ.

تعتبر القاعدة العامة والمستقر عليها أن عدم قيام الطبيب بإجراء الفحوص الطبية التمهيدي والتكميلية يشكل إهمالاً، وبالتالي يقترف خطأً، ويسأل إذا نتج عن هذا الإهمال ضرر بالمريض⁽²⁾.

ثانياً: مرحلة التشخيص.

عرّف جانب من الفقه التشخيص بالقول: « التشخيص هو البحث والتحقق من نوع المرض الذي يعاني منه المريض، ويقوم بتشخيصه الطبيب سواء كان ممارساً عاماً أو متخصصاً ».

⁽¹⁾ أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية " دراسة مقارنة "، (دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009م)، ص: 241.

⁽²⁾ بوحرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع « قانون المسؤولية المدنية»، جامعة مولود معمري تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 2011/10/05م)، ص: 23.

كما عرفه جانب آخر من الفقه بأنه: « العمل الذي يشتمل على بحث وتحديد الأمراض، أو الإصابات الجراحية عند الشخص المريض ». «

كما عرفه آخرون بأنه: « العمل المحدد للأمراض عند المريض وصفاتها وأسبابها »⁽¹⁾. يتضح من هذه التعريفات المختلفة أنه يتطلب لإجراء التشخيص أن يتوافر للطبيب شرطان: المعرفة العلمية- والبحث لتحديد المرض.

الشرط الأول: المعرفة العلمية.

« وهذا الشرط نصت عليه المادة (36) من قانون أخلاقيات الطب في فرنسا، والتي أوجبت على الطبيب أن يجري التشخيص بعناية أكثر دقة وتخصيصا.

هذا ما يجب أن يكون بالنسبة لكافة الأطباء الممارسين، أما بالنسبة للأطباء الأخصائيين فالتخصص المهني من المبادئ المعروفة في طب اليوم، فيجب أن تكون عنايتهم أكثر دقة لأن عملهم ومعرفتهم يجب أن تكون أكثر دقة وثقة من غيرهم. ومثال ذلك حالة أخصائي الأشعة»⁽²⁾.

الشرط الثاني: تحديد المرض.

يقوم الطبيب في مرحلة التشخيص بأعمال ثلاثة هي: الملاحظة التشخيصية - واستخدام الأجهزة العلمية في التشخيص - وإجراء التشاور الطبي بشأن التحديد الدقيق للتشخيص⁽³⁾ موقف المشرع الجزائري.

المشرع الجزائري نص على التشخيص كمرحلة من مراحل العمل الطبي، فنصت المادة (16) من مدونة أخلاق الطب « يخول الطبيب وجراح الأسنان القيام بكل أعمال التشخيص والوقاية والعلاج، ولا يجوز للطبيب وجراح الأسنان أن يقدم علاجاً أو يواصله أو يقدم وصفات في ميادين تتجاوز اختصاصاته أو إمكانياته إلا في الحالات الاستثنائية »⁽⁴⁾.

(1) مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، (الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، 2003م)، ص: 284-285.

(2) مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، ص: 285.

(3) مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، ص: 286.

(4) المادة (16) من مدونة أخلاقيات الطب.

كما نصت المادة (17) من نفس القانون « يجب أن يمتنع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو علاجه ».

واشترط المشرع الجزائري توفير التجهيزات الطبية الكاملة والمناسبة لنجاح عملية التشخيص. فقد نصت المادة (14) من مدونة أخلاق الطب على « يجب أن تتوفر للطبيب أو جراح الأسنان في المكان الذي يمارس فيه مهنته، تجهيزات ملائمة ووسائل تقنية كاملة لأداء هذه المهمة، ولا ينبغي للطبيب أو جراح الأسنان، بأي حال من الأحوال، أن يمارس مهنته في ظروف من شأنها أن تضر بنوعية العلاج أو الأعمال الطبية ».

وأكد المشرع الجزائري على التشاور الطبي لتحديد طبيعة المرض، والتأكد من وصف العلاج فنصت المادة (69) من مدونة أخلاق الطب « يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يقترح استشارة طبية مشتركة مع زميل آخر بمجرد ما تقتضي الحاجة ذلك. وعليه أن يقبل إجراء استشارة يطلبها المريض أو محيطه...»⁽¹⁾.

الفرع الثاني: مرحلة العلاج

« يعتبر العلاج المرحلة التي تلي مباشرة مرحلة التشخيص، فيها يصف الطبيب ويحدد طريقة العلاج الملائمة لنوعية المرض وطبيعته، ويدرس الطرق والوسائل الممكنة والمتاحة من أجل الوصول بالمريض إلى الشفاء أو التخفيف من آلامه متى أمكن ذلك، ويتمتع الطبيب في سبيل ذلك بحرية واسعة، وهذه الحرية تعتبر من المبادئ الأساسية في مهنة الطب.

عرف الإسلام العلاج قبل أن تعرفه القوانين الوضعية بعدة قرون، قال النبي ﷺ: « **تداووا** عباد الله فإن الله لم يضع داء إلا وضع له شفاء »⁽²⁾. وهذا يدل دلالة واضحة على أن الإسلام عرف العلاج كعنصر من عناصر العمل الطبي، يعتمد على الدواء لا على السحر يقوم به طبيب لا كاهن »⁽³⁾.

⁽¹⁾ المواد (14)، (16)، (17)، (69)، من المرسوم التنفيذي رقم (92-276) المؤرخ في 6 يوليو 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية عدد (52) مؤرخ في 8 يوليو 1992.

⁽²⁾ سبق تخريجه، ص: 161.

⁽³⁾ بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، ص: 24.

موقف المشرع الجزائري.

نص المشرع الجزائري على ضرورة تقديم العلاج للمرضى، ولكنه لم يعرف مصطلح العلاج واكتفى ببيان الهدف منه فقط، فنصت المادة (16) من مدونة أخلاق الطب على « يخول للطبيب أو جراح الأسنان القيام بكل أعمال التشخيص والوقاية والعلاج ... »⁽¹⁾. كما نصت المادة (195) من قانون حماية الصحة وترقيتها « يتعين على الأطباء والصيدالوجراح الأسنان القيام بما يأتي: السهر على حماية صحة السكان بتقديم العلاج الطبي الملائم لهم »⁽²⁾.

ونصت المادة (11) من مدونة أخلاق الطب على الوصفة الطبية « يكون الطبيب وجراح الأسنان حرين في تقديم الوصفة التي يراها أكثر ملائمة للحالة، ويجب أن تقتصر وصفاتهما وأعمالهما على ما هو ضروري في نطاق ما ينسجم مع نجاعة العلاج ودون إهمال واجب المساعدة المعنوية »⁽³⁾.

الفرع الثالث: مرحلة الرقابة.

« لم يرد في قانون مزاولة مهنة الطب سواء الفرنسي أو المصري، ولا حتى الجزائري نص على الرقابة العلاجية، إلا أن القضاء استقر على إبراز أهمية التزام الجراح بمراعاة المريض ومتابعة حالته وتطورها، وإعطاء الأوامر والتوجيهات اللازمة بشأنه بعد تمام العملية الجراحية، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية الجراح بسبب إهماله العناية بالمريض بعد إجرائه العملية الجراحية، وحكمت بمسؤولية جراح التجميل بسبب إهماله رقابة مريضه بعد إجراء جراحة تجميلية له »⁽⁴⁾.

« أما موقف القضاء المصري فقد تمثل في حكم محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 11 فبراير 1973 والذي قضى بمسؤولية الطبيب عن خطئه بسبب إجرائه جراحة للمريض في العينين معاً مخالفاً بذلك الأصول العلمية، كما أنه لم يتخذ الاحتياطات الكافية لتأمين

(1) المادة (16) من مدونة أخلاق الطب.

(2) المادة (195) من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

(3) المادة (11) من مدونة أخلاق الطب.

(4) بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، ص: 25.

نتيجة العملية، مما يترتب عليه فقد الإبصار الكامل لعينه، والمستفاد من هذا الحكم إقرار محكمة النقض خطأ الطبيب في رقابته للمريض عقب إجراء العملية الجراحية»⁽¹⁾.
موقف المشرع الجزائري.

المشرع الجزائري اعتبر الرقابة مرحلة من مراحل العلاج الأساسية، فبدونها لا يتحقق الشفاء الكلي. فنصت المادة (56) من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه « تستهدف الرقابة الصحية في هذا الحدود الوقاية من تفشي الأمراض المعدية براً أو جواً أو بحراً، تطبيقاً للقوانين والتنظيمات الجاري بها العمل ».

كما نصت المادة (139) من نفس القانون على « يتعين على طبيب الأمراض العقلية في المؤسسة أن يحرر شهادة وصفية عندما يحول الوضع رهن الملاحظة إلى ترتيب إداري أو إستشفاء إجباري »⁽²⁾.

أما مدونة أخلاق الطب فنصت على الرقابة الطبية في مجموعة من المواد: فنصت المادة (90) على أنه « يجب على الطبيب أو جراح الأسنان المكلف بمهمة أن يشعر الشخص الخاضع لمراقبته بأنه يفحصه بصفة طبيب مراقب أو جراح أسنان مراقب... ».

ونصت المادة (91) من المدونة « يكون الطبيب أو جراح الأسنان، المكلف بالمراقبة، ملزماً بالسر تجاه إدارته أو المؤسسة التي تشغله. ولا يجوز كشف المعلومات الطبية، الواردة في الملفات التي أعدها هذا الطبيب أو جراح الأسنان أمام أشخاص غرباء عن المصلحة الطبية ولا إلى إدارة أخرى ».

أما المادة (92) من نفس المدونة فنصت على « يجب على الطبيب المراقب أو جراح الأسنان المراقب، ألا يقدم بحال من الأحوال، تقديراً للعلاج المقدم، وعليه أن يمتنع امتناعاً كلياً عن إعطاء أي علاج آخر... »⁽³⁾.

(1) مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، ص: 291-292.

(2) المادتين (56)، (139) من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

(3) ينظر المواد (90)، (91)، (92)، من مدونة أخلاق الطب.

المطلب الرابع: رفع المسؤولية الجنائية عن ممارسة الأعمال الطبية في القانون الوضعي.

قد تؤدي الممارسات الطبية المتطورة لأخطاء عديدة متجددة، منها ما يتعلق بالفحص والتشخيص أو وصف الأدوية، ومنها ما يتعلق بإساءة استخدام الأجهزة الطبية. ويعتبر الطبيب المسؤول الأول عن الأخطاء الطبية التي ترتكب ضد سلامة الأشخاص الجسدية، إلا أنه إذا التزم بقواعد وأصول مهنة الطب واحترم مراحل العلاج وراعى شروط العمل الطبي من الترخيص القانوني، وتوافر رضا المريض، والتدخل بقصد الشفاء، فإن مسؤوليته عن خطئه الطبي مسؤولية غير عمدية.

الفرع الأول: المسؤولية الجنائية لفقدان شروط العمل الطبي.

إن القائم بالعمل الطبي يعتبر مسؤولاً عن جريمة عمدية إذا كان تدخله قد فقد شرط من شروط الإباحة، فبالنسبة لشرط الترخيص القانوني فإن القائم بالعمل الطبي إذا لم يكن طبيباً - بالمعنى القانوني- يسأل عن جرمي مزاوله الطب بدون ترخيص، وعن إحداث الجرح العمدي، ويتعرض للعقوبة الشديدة في أي منهما.

كذلك الحال بالنسبة لشرط الرضا، فالمسؤولية عمدية ولو أدى التدخل إلى شفاء المريض، إذ أن التدخل فقد منذ البداية شرط الرضا. ولكن حالة الضرورة قد تعفي عن أخذ الرضا. ويسأل الفاعل عن جريمة عمدية عن تخلف شرط قصد العلاج وانصراف النية لتحقيق غرض آخر.

الفرع الثاني: المسؤولية الجنائية بتوافر شروط العمل الطبي.

« إن الطبيب ملزم باتباع القواعد الفنية المقررة، والمبادئ الثابتة في علم الطب، فإذا ما قصر في الالتزام بها، وتخلف عن ذلك نتيجة ضارة بالمريض فإنه يعاقب على أساس الجريمة غير العمدية ذلك لأنه لم يُرد النتيجة التي تخلفت عن العلاج، حيث أن هدفه كان تخفيف آلام المريض وشفائه؛ ولكن قصر في اتباع الأصول الفنية فهو يسأل عن الخطأ الذي وقع فيه، والذي كان بإمكانه التحوط منه»⁽¹⁾.

⁽¹⁾ سامي جميل الفياض الكبيسي، رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة، (دار الكتب العلمية لبنان، الطبعة الأولى 2005م)،

وفي الأخير نستنتج أن الطب من أهم العلوم وأجلها وأنبليها بما يقوم به من دور في مجال حماية الصحة البدنية، والسلامة العقلية، فالحق في سلامة الجسم يتقرر ببيان الأعمال الطبية، وأساس المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب.

● سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية في بيان مشروعية العمل الطبي باعتباره واجباً على كل شخص لا يسقط عنه إلا إذا قام به غيره، وأساس العمل الطبي ومقصده مصلحة العلاج والتي هي أعظم وأشد في المراعاة من مفسدة الإيذاء.

● إن كان العمل الطبي في القانون يرتكز على النشاط المهني والفني للأشخاص بغض النظر عن صفة القائم بالعمل، فإن الفقه الإسلامي وبتعريفه للعمل الطبي ضمنه جانبين أساسيين؛ جانب المحافظة على الصحة الموجودة التي كرم الله تعالى بها ابن آدم وذلك بضرورة الوقاية وحفظ النسل، وجانب طلب العلاج للتخلص من العلة الموجودة، وفي هذه مراعاة لمقصد حفظ السلامة الجسدية.

● إن أساس إباحة الأعمال الطبية في القانون هو انتفاء القصد الجنائي باعتبار العلاج هدف التدخل الطبي، ورضا المريض على أساس الحق في التكامل الجسدي للإنسان، والترخيص القانوني لرفع المسؤولية المدنية والجنائية عن الطبيب. أما الفقه الإسلامي وفي إقراره وإباحته للأعمال الطبية بإذن الشرع، وإذن المريض فقد تميز عن القانون الوضعي وذلك بالحفاظ على مصلحة الجماعة ومراعاة حق الله سبحانه وتعالى في النفس البشرية (إذن الشرع)، دون إهمال للمصلحة الفردية وحق الأشخاص في السلامة الجسدية (إذن المريض).

● القوانين الوضعية شرعت الأعمال الطبية وقيدتها بشروط يجب مراعاتها، تتمثل أساساً في احترام المبادئ والأصول المهنية الطبية، ضرورة الترخيص لتبرير العمل، مزاولة العمل الطبي في التدخل، رضا المريض أو من ينوب عنه بالعلاج، وأن يكون تدخل الطبيب بقصد العلاج. وهي نفس الشروط التي وضعها المشرع الجزائري. أما الفقه الإسلامي اشترط شروط متعلقة بإذن الله تعالى؛ وهي أن يكون المعالج طبيباً - وإلا ضمن وتقررت مسؤوليته، فلا يكفي أن يكون الطبيب مؤهلاً لمزاولة نشاطه المهني، بل يجب أن يضمن ويكون مسؤولاً عن أخطائه الطبية وفي هذا مراعاة لحق الله تعالى وحق المريض، - وأن يكون تدخله بهدف العلاج، وأن يتبع

- الأصول المتعارف عليها في علم الطب، أما الشروط المتعلقة بإذن المريض فتتمثل أساساً في رضاه، أو رضا من ينوب عنه بالتدخل الطبي، وهذا مراعاة للمصلحة الفردية للمريض.
- تميز الفقه الإسلامي بعدم حصر الأعمال الطبية، وعلى النقيض من ذلك حدد القانون الجزائري الأعمال الطبية، ونؤيد مذهب عدم التحديد الوصفي للأعمال الطبية وهذا للتضييق على الطبيب من جهة، وللتأكيد على مسؤوليته لاحتمال ظهور صور أخرى للتدخلات الطبية في ظل تنامي التكنولوجيا الطبية، والبحث عن أساليب أخرى للعلاج من جهة أخرى.
 - عرف الإسلام العلاج وأقره، وحدد مراحلها، قبل أن يقرره القانون الوضعي كمرحلة من مراحل العمل الطبي، إلا أن القانون الوضعي تميز عن الفقه الإسلامي بترتيب المراحل الخاصة بالعمل الطبي وبيان ترابطها وتلازمها، فبالمرحلة التمهيدية والمتمثلة في الفحص، يمكن تشخيص المرض أو ما يعرف بمرحلة التشخيص والتي تنتهي بمرحلة وصف الدواء، واختيار الأنسب في العلاج، وصولاً في الأخير لمرحلة الرقابة للتأكد من شفاء المريض وسلامته.
 - إن المسؤولية الجنائية والمدنية للطبيب تتحدد بالالتزام القانوني الذي يقضي بتحمل الطبيب تبعه أعماله، وبالتالي لا يسأل الطبيب إذا كان عمله يستند إلى أساس قانوني، وتوافرت فيه شروط مشروعية العمل الطبي المستقر عليها. وفي الفقه الإسلامي تنتفي مسؤولية الطبيب إذا كان عالماً بأصول الصنعة، وتولد عن فعله تلف فلا ضمان عليه، إذا اجتهد ولم يقصر، أما إذا أخطأ الطبيب خطأً فاحشاً نتيجة إهمال وعدم حيطة، وأدى خطأه إلى الإضرار بجسم المريض، بحيث لم يتبع أصول الجراحة فأتلف عضو فالراجح تضمين الطبيب. أما في القانون فالقائم بالعمل الطبي يعتبر مسؤول عن جريمة عمدية إذا كان تدخله قد فقد شرط من شروط إباحة الأعمال الطبية - وجريمة غير عمدية إذا اتبع الطبيب الشروط الخاصة بمزاولة الأعمال الطبية ونتج عن فعله إضرار بالمريض نتيجة إهمال وتقصير.

الفصل الخامس

السلامة الجسدية والتجارب الطبية

- المبحث الأول: مفهوم التجارب الطبية وأهميتها.
- المبحث الثاني: الأساس القانوني للتجارب الطبية
- المبحث الثالث: شروط إجراء التجارب الطبية.

الفصل الخامس: السلامة الجسدية والتجارب الطبية.

تمهيد:

إن جسم الإنسان يحظى بحماية شرعية وقانونية، ولا يجوز انتهاك هاته الحماية، إلا أنه ولدواعي علاجية، وأبحاث علمية، يمكن إجراء تجارب طبية على جسم الإنسان، وهاته التجارب قد تلحق بجسم الإنسان أضراراً مادية وآلام نفسية، ولذلك أوجبت القوانين والتشريعات وضع حدود وضوابط شرعية وقانونية للتجارب الطبية العلمية، كي تتماشى والتطورات التكنولوجية من جهة، دون الاضرار بمعصومية، وحرمة الجسد البشري من جهة أخرى.

المبحث الأول: مفهوم التجارب الطبية وأهميتها.

المطلب الأول: مفهوم التجارب الطبية.

الفرع الأول: التجربة في اللغة.

« من جرب الشيء تجريباً وتجربة، أي اختبره مرة بعد أخرى، لتلافي النقص في هذا الشيء وإصلاحه، أو للتحقق من صحته؛ وجمعها تجارب »⁽¹⁾.

الفرع الثاني: التجربة إصطلاحاً.

التجربة انحراف عن الأصول الطبية المتعارف عليها، لغرض جمع معطيات علمية أو فنية، أو اكتساب معارف طبية جديدة، بهدف تطوير العلوم الطبية والبيولوجية والحيوية. فهي تلك الأعمال العلمية، أو الفنية الطبية التي يقوم بإجرائها الطبيب الباحث على مريضه، بهدف تجريب أثر دواء معين، أو نجاح عملية جراحية معينة لم تعرف نتائجها من قبل، للحصول على معلومات جديدة لخدمة الطب والبشرية⁽²⁾.

ويمكن تعريف التجارب الطبية على الإنسان بالتجارب التي يكون محلها البشر، كما عرفها آخرون بأنها: « انحراف عن الأصول الطبية لغرض اكتساب معارف جديدة ». وهذا ما جاء في القانون الفرنسي رقم (88/1138) الصادر في 20 ديسمبر 1988 الخاص بحماية الأشخاص الذين يخضعون للأبحاث الطبية الحيوية، بحيث عرّف التجارب الطبية بأنها: « الأبحاث والدراسات التي تجري على الكائن البشري بهدف تطوير العلوم الحيوية والطبية »⁽³⁾.

(1) ابن منظور، لسان العرب، ج1، ص: 261-262.

(2) بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري "دراسة مقارنة"، ديوان المطبوعات الجامعية، 2011م، ص: 16.

(3) خالد بن النوى، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسؤولية المدنية، "رسالة ماجستير" (دار الفكر والقانون، طبعة 2010م)، ص: 52.

المطلب الثاني: أنواع التجارب الطبية.**الفرع الأول: التجارب العلاجية.**

« وتسمى أحياناً علاجاً تجريبياً، والعلاج التجريبي في المفهوم الطبي هو الذي يقصد علاج المريض باستخدام الوسائل الحديثة، وذلك في حالة ما إذا كانت الطرق والوسائل المعروفة والمستقرة علمياً أخفقت في تحقيق الشفاء للمريض، يبحث الطبيب عن وسائل حديثة، وبعد تجريبها في المعمل أو على الحيوان تستخدم على الإنسان المريض ويطلق عليها الأطباء « التجريب العلاجي أو التشخيصي »، إذ أن القصد منه هو إجراء التشخيص أو العلاج على المريض»⁽¹⁾.

الفرع الثاني: التجارب الطبية العلمية أو المحضة.

وهي التجارب الطبية لغير قصد العلاج، وهي الأعمال الطبية العلمية أو التجريبية الخالصة التي يباشرها الطبيب الباحث على جسم المريض بغرض البحث العلمي لاكتساب معارف جديدة، بخصوص الوقاية من الأمراض، أو المعالجة الوقائية، أو العلاج⁽²⁾.

وما يميز بين نوعي التجارب الطبية هو الهدف أو الغرض الذي يسعى الطبيب إلى تحقيقه من وراء كل منها، فالتجربة العلاجية تهدف إلى إيجاد أفضل طرق العلاج الممكنة لصالح المريض مع إمكانية تعميم هذه الفائدة إلى غيره من المرضى ممن يشكون من نفس المرض حالياً أو مستقبلياً.

أما التجربة العلمية المحضة أو غير العلاجية، فالهدف منها هو كسب معارف جديدة بخصوص التشخيص، أو العلاج كأن يجرب الطبيب مستحضر طبي جديد أو طرق علاجية لم يسبق تجربتها فيما مضى، ويجري هذا النوع من التجارب عادة على متطوعين أصحاء أو مرضى بدون أن تكون لهم مصلحة شخصية مباشرة في إجراء التجربة⁽³⁾.

(1) مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، ص: 297.

(2) بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية، ص: 21.

(3) خالد بن النوى، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسؤولية المدنية، ص: 54.

المطلب الثالث: أهمية التجارب الطبية .

للتجربة الطبية أهمية بالغة في تطور العلوم والتكنولوجيا، وإلا ما رخصت التشريعات باختلافها على إجراءاتها، فالاكتشافات الحديثة للعلاج والأدوية ما هي إلا امتداد ونتيجة حتمية للتجربة العلمية الطبية.

الفرع الأول: حتمية تطوير العلوم الطبية والبيولوجية.

« إن التجارب الطبية سواء أكانت علاجية، أم غير علاجية، أو جراحية، أو وقائية، أو دوائية، في إطار المحاولات العلاجية العديدة للمريض لاختيار كفاءة وبنجاعة علاج معين؛ تعتبر النواة الأساسية لتطوير العلوم الطبية والبيولوجية. وهي ضرورة حتمية لتقدم البشرية، من ثم وجب البحث في مشروعية هذه التجارب من الوجهة الشرعية والقانونية والأخلاقية والإنسانية، ودراسة أحكامها الفقهية والنظامية وجميع الإشكالات التي تصاحب مثل هذه التجارب الطبية والعلمية»⁽¹⁾.

الفرع الثاني: دور التجارب العلمية في مسائل الجراحة.

وفي مجال الجراحة، فقد أجريت أول عملية لاستئصال بنكرياس مصاب بمرض السرطان، وكان ذلك على سبيل التجربة، وفي جراحة القلب نجح Bailly بعد عدة محاولات في توسيع صمامات القلب، وذلك بعد أن فشل الكثير ممن سبقوه في هذه العملية، وبنفس الطريقة التجريبية توصل الأطباء عبر التاريخ إلى استئصال وإعادة زرع الأعضاء البشرية من أجل الحفاظ على حياة الإنسان وإطالتها، فصار من المؤلفون نقل كلية شخص سليم لآخر مريض، أو زرع القلب والرئة وغيرها من الأعضاء البشرية الحيوية في الجسم البشري، وكانت التجربة مرة أخرى هي المحرك الأساسي في نجاح هذا النوع من العمليات، إلى أن أصبحت طرقاً علاجية مألوفة في حياة البشر⁽²⁾.

(1) بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية، ص: 22-23.

(2) خالد بن النوى، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسؤولية المدنية، ص: 61.

المبحث الثاني: الأساس القانوني للتجارب الطبية.

المطلب الأول: الأساس القانوني للتجربة الطبية في التشريعات الغربية .

الفرع الأول: القانون الأمريكي.

ذهبت بعض قوانين الولايات المتحدة الأمريكية إلى إباحة التجارب والأبحاث العلمية قصد تحقيق التقدم للإنسان. ومن هذه القوانين قانون ولاية « أوهايو » الذي نص على جواز إجراء التجارب الطبية على المحكوم عليهم بالإعدام، بحيث إذا لم يمت بسبب التجربة استبدلت عقوبة الإعدام بعقوبة سالبة للحرية، والغرض من ذلك التوفيق بين مقتضيات التقدم العلمي من جهة، والتكفير عن خطأ المحكوم عليه من جهة أخرى.

هذا وقد نظمت اللائحة الفدرالية الصادرة عن الإدارة الصحية الأمريكية بتاريخ 26 جانفي 1981 الشروط والضمانات التي بتوافرها يمكن إجراء هذه التجارب، بحيث نصت المادة 46/102 من هذه اللائحة على تعريف التجربة العلمية بالقول « هو كل بحث منهجي يهدف إلى تنمية المعرفة على وجه العموم، أو المساهمة فيها بطريق مباشر».

كما نصت هذه اللائحة على جملة من الشروط يجب مراعاتها عند ممارسة مثل هذه التجارب ومنها:

- ضرورة العمل على تقليل المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها الشخص إلى أدنى حد ممكن.
- مراعاة تناسب الأخطار التي تصيب الشخص، والفوائد المرجوة بالنظر إلى أهمية المعرفة التي يأمل الحصول عليها⁽¹⁾

الفرع الثاني: القانون الفرنسي.

« تستمد التجارب الطبية أساسها القانوني في القانون الفرنسي من المادة L 1121-1 من قانون الصحة العامة الصادر في: 23 يناير 1991 المعدل لقانون 20 ديسمبر 1988 والذي كرس لذلك الكتاب الثاني مكرر الذي ورد تحت عنوان « حماية الأشخاص الذين يشاركون في الأبحاث البيولوجية والطبية». وخصص الباب الثاني من هذا الكتاب (المواد L 209-9 إلى L 209-10) لمسألة الرضا.

⁽¹⁾ مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، ص: 311.

ولقد انتظر الكثير من الفرنسيين من أهل الاختصاص صدور هذا القانون؛ لأن النصوص القانونية القليلة التي كانت تنظم هذا المجال لم تتطرق إلى الشروط والضوابط الموضوعية التي يمكن في ضوءها إجراء التجارب الطبية على الإنسان، أو تلك التي تحدد طبيعة المسؤولية، أو الجزاء المترتب على مخالفة تلك الشروط والضوابط»⁽¹⁾.

المطلب الثاني: الأساس القانوني للتجربة الطبية في التشريعات العربية.

الفرع الأول: القانون المصري.

في القانون المصري اكتسبت التجارب الطبية مشروعيتها بمقتضى المادة (43) من دستور 1971 التي تنص على أنه « لا يجوز إجراء أي تجربة طبية أو علمية على أي إنسان بغير رضائه الحر»، والنص فيما نرى يضيف الشرعية على نوعي التجارب الطبية، العلمية والعلاجية. ولكن يبقى أن النص، وإن أشار إلى ضرورة الحصول مقدماً على رضا من يتم إخضاعه للتجربة، إلا أنه لم يتعرض بأي شكل لالتزام القائم بها بالتبصير حتى يحصل على رضا مستنير. هذا القصور وغيره في موضوع بالغ الحساسية بهذه الصورة، لا يمكن علاجه إلا من خلال تشريع خاص يتدخل لتحديد إطار المشروعية التي قررها الدستور للتجارب الطبية وذلك ببيان شروط ممارستها والتزامات القائم بها.

ومع ذلك فإن الفقه يقرر، على الأقل بالنسبة للتجارب التي تتم لغرض العلاج أنه « يجب تبصير الخاضع للتجربة تبصيراً كاملاً وتفصيلاً بالمخاطر والنتائج التي تترتب على التجربة، ويلزم أن يصدر الرضا بعد العلم بكل التفاصيل»⁽²⁾.

(1) خالد بن النوى، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسؤولية المدنية، ص: 102.

(2) جابر محمود علي، دور الإرادة في العمل الطبي، ص: 322.

الفرع الثاني: القانون الجزائري.

يظهر موقف القانون الجزائري من التجارب العلمية في المادة (168) التي استحدثتها المشرع الجزائري بالقانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 يوليو 1990، ليطمئنها نصوص قانون حماية الصحة وترقيتها.

وقد نصت المادة الجديدة (168) في فقرتها الأولى على ما يلي « يجب حتماً احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم الممارسة الطبية، أثناء القيام بالتجريب على الإنسان في إطار البحث العلمي »⁽¹⁾.

« يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري أوجب على الطبيب القائم بالتجربة العلمية أن يلتزم باحترام المبادئ والأخلاق العلمية التي تفرضها عليه الممارسة الطبية، وذلك حفاظاً على حماية سلامة جسم الإنسان من أي عبث طبي، وبمعنى آخر يتعين أن تكون التجربة العلمية وفقاً لمبادئ الأخلاق والعلم التي تبرر البحث في الطب الإنساني »⁽²⁾.

وتنص المادة (18) من مدونة أخلاقيات الطب على ما يلي: « لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض إلا بعد دراسات بيولوجية ملائمة تحت رقابة صارمة وعند التأكد من هذا العلاج »⁽³⁾.

والقانون الطبي الجزائري يميز صراحة التجارب الطبية على الإنسان، سواء كانت علاجية أو علمية، فإن الهدف من التدخل الطبي إنما هو العلاج بغرض شفاء المريض وفقاً للأصول المتبعة، فلا يجوز للطبيب تجاوز هذه الغاية: بإجراء علاج جديد، أو استخدام أدوية غير مصرح بها من وزارة الصحة، أو إجراء تجربة طبية من أجل فائدة البحث العلمي إلا عند وجود المبرر الشرعي القانوني⁽⁴⁾.

(1) المادة (168) من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

(2) مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، ص: 317.

(3) المادة (18) من مدونة أخلاقيات الطب.

(4) بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية، ص: 102.

أما بخصوص القواعد الأساسية المنظمة لكيفية إجراء هذه التجارب فقد اقتصر تدخل المشرع الجزائي على بعض منها فقط، كشرط الموافقة، وطبيعة المسؤولية الناتجة عن تضرر الخاضع للتجربة، في حين اسند مهمة التوجيه والرقابة بخصوص التجارب الطبية على الإنسان إلى المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية، وهو ما يعني إن إجازة التجارب الطبية خاصة منها غير العلاجية مرتبطة بالرأي المسبق لهذا المجلس وفقاً للضوابط العلمية المعمول بها⁽¹⁾.

فتنص المادة 1/168 من قانون حماية الصحة وترقيتها « ينشأ مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية، يكلف بتوجيه وتقديم الآراء والتوصيات حول عملية انتزاع الأنسجة والأعضاء وزرعها والتجريب وكل المناهج العلاجية التي يفرضها تطور التقنيات الطبية والبحث العلمي مع السهر على احترام حياة الإنسان وحماية سلامته البدنية وكرامته، والأخذ بعين الاعتبار الوقت الملائم للعمل الطبي، والقيمة العلمية لمشروع الاختبار والتجريب »⁽²⁾.

(1) خالد بن النوى، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسؤولية المدنية، ص: 112.

(2) المادة (168) من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

المبحث الثالث: شروط إجراء التجارب الطبية.

الرأي السائد في الفقه: عدم مشروعية إجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان بغير هدف العلاج، أو مصلحة المريض، وهذا راجع إلى أن بعض التجارب لا تهدف إلى تحقيق المصلحة الصحية للفرد الخاضع للتجربة، وإنما الغاية من إجرائها حصول الفائدة العلمية أو السابقة العلاجية. والقاعدة العامة عدم المساس بجسم الإنسان، إلا للضرورة الطبية. وعلى ذلك يشترط القانون لإباحة التجارب الطبية شروط تختلف من تشريع لآخر حسب الضوابط القانونية والطبية لكل تشريع، وتتفق جميعها في كونها تحترم إرادة المريض، وتحرص على صحته وحياته، وتقدر حقه في سلامة جسده.

المطلب الأول: شروط إجراء التجارب الطبية على الإنسان في القانون الوضعي .

الفرع الأول: أن تكون التجربة الطبية قصد العلاج.

« التجربة العلاجية في الأعمال الطبية غير ممنوعة إذا كانت غير مرتبطة بقصد العلاج، وباحترام الأصول المتبعة حسب المعايير العلمية التي يحددها أهل الاختصاص، في حدود القياس المتعارف عليه بين أهل المهنة، ويشترط عدم تجاوز المبادئ القانونية والأخلاقية التي تحكم التجارب العلاجية، فالتجارب الطبية العلاجية مشروعة لتوافر قصد العلاج، وهي حتمية لتقدم العلوم الطبية، كما أن حرية الطبيب في اختيار الوسيلة العلاجية لمعالجة مريضه، هي من المبادئ الأساسية التي يركز عليها في ممارسة مهنة الطب، إلا أنه لا بد من اتخاذ الاحتياطات اللازمة لعدم إلحاق الضرر بالمريض»⁽¹⁾.

الفرع الثاني: أن تكون فوائد التجربة أكبر من المخاطر المحتملة في مجال التجارب الطبية العلاجية.

فيجب أن يكون تناسب بين الهدف المقصود من التجربة، والمخاطر التي يتعرض لها الخاضع للتجربة. وفي جميع الأحوال يجب الحرص على حياة وصحة الخاضع للتجربة⁽²⁾. وما تجدر الملاحظة إليه هو أن مضمون هذا الشرط في القانون الجنائي يختلف اختلافاً بيناً عنه في نطاق القانون المدني، وفي نطاق القانون الجنائي فإن مفهوم هذا الشرط يتعين أن يكون

(1) بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية، ص: 37.

(2) منير رضا حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، (دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2007م)، ص: 407.

للشخص مصلحة شخصية مباشرة في إجراء التجربة، بينما في نطاق القانون المدني فإن هذا الشرط يتعين أن تكون المزايا المنتظرة أكبر من المخاطر التي يحدثها التجريب، وهذا ما ذهبت إليه بعض القوانين المقارنة، منها مثلاً القانون الجنائي لولاية «كويك» بكندا الذي ينص في مادته (45) على ما يلي: «... أن يكون للشخص مصلحة مباشرة في إجراء التجربة ... وإذا كان من الملائم ممارسة العملية وفقاً للحالة الصحية للشخص... وكل ظروف الحالة الأخرى...» بينما القانون المدني لذات الولاية فقد نص في مادته (20) على ما يلي: «ألا يكون الخطر غير متناسب مع المنفعة التي يأمل ترتيبها.. وألا يكون جدياً على الصحة»⁽¹⁾.

الفرع الثالث: أن يكون الخطر منعدياً في التجربة غير العلاجية.

عندما يتعلق الأمر بتجربة غير علاجية، فإنه يجب استبعاد المنفعة الفردية والشخصية، وبذلك قد يبدو للوهلة الأولى أن هذا الفرض غريباً بعض الشيء؛ لأنه قد يصطدم بالمبادئ التقليدية في حرمة وعصمة جسم الإنسان، ويبدو منطقيّاً من الناحية العلمية في إطار التجربة غير العلاجية أن يكون الخطر منتفياً أي منعدياً بالنسبة للخاضع للتجربة أيّاً كانت مصلحة البحث للطب وللمجتمع؛ لأنه في هذه الأحوال، يوجد أيضاً خطر غير متوقع يمكن ألا يكون مغتفراً. وقد أخذ المشرع الفرنسي بهذا الفرض عندما نصت المادة 14 / 209 L من قانون الصحة الفرنسي على «التجارب التي يتم إجراؤها دون فائدة شخصية مباشرة، لا يجوز أن تحمل أي مخاطرة متوقعة وجادة بالنسبة لصحة الأشخاص الذين يخضعون لها، ويجب أن يسبقها فحص طبي للأشخاص المعنيين، ويجب إخطارهم بنتيجة هذا الفحص بواسطة طبيب يختارونه»⁽²⁾.

الفرع الرابع: الخبرة والكفاءة المهنية.

يشترط أن يقوم بإجراء التجارب الطبية على الإنسان، طبيب مختص ذو كفاءة وخبرة علمية عالية، لا يقل عن مستوى استشاري في التخصص نفسه، بمساعدة فريق طبي ذي كفاءة عالية، وأن تجرى هذه التجارب العلمية في المستشفيات المرخص لها، التي تتوفر على التخصصات الطبية المطلوبة، والخبرات والقدرات الكافية، والمستلزمات الفنية والتقنية اللازمة لإجراء مثل هذه

⁽¹⁾ مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، ص: 328.

⁽²⁾ خالد بن النوى، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسؤولية المدنية، ص: 156-157.

التجارب التجريبية وغير المسبوقة، وأن تخضع هذه التجارب لرقابة مستمرة من الجهات الطبية المختصة في الدولة أخلاقياً وعلمياً⁽¹⁾.

الفرع الخامس: الأهلية.

يعد شرط الأهلية من الشروط الهامة لشرعية التجربة، لأنه بتوافر الأهلية يمكن للشخص فهم طبيعة ما يرضى به من تدخل جراحي عليه، وتقدير آثاره، ويقال حينئذ أن الرضاء صادر عن ذي أهلية.

أما عدم الأهلية فيعد وسيلة لحماية بعض الأشخاص الذين لا يملكون القدرة على فهم وتمييز طبيعة التجارب التي يرضون بها، ومن ثم فإن رضاهم لن يكون حراً متبصراً⁽²⁾.

ويسود في أغلب الولايات المتحدة مبدأ عدم الاعتداد برضاء الصغير الذي لم يبلغ بعد عمره 18 سنة، إلا أن بعض الولايات تميز للصبي المميز الذي لم يبلغ بعد السن القانوني والذي يتميز بالقدرة على الإدراك والاختيار أن يوافق على الأعمال الطبية متى كانت تحقق مصلحة مؤكدة وثابتة للقاصر ولو أمام رفض الوالدين، ويتجه القضاء هناك أيضاً، وعلى غرار نظيره الإنجليزي إلى الأخذ بعين الاعتبار وضعية الصبي وقدراته العقلية للتأكد من مدى قدرته على اتخاذ القرارات المتعلقة بصحته، وبوجه عام فالغالب في الولايات المتحدة يتفق مع الاتجاه السائد في بريطانيا والذي يستند إلى إباحة عمل الطبيب إذا صدرت الموافقة من الصغير الذي لم يتجاوز سنه الثماني عشرة سنة، إذا كان قادراً على فهم وتقدير الإجراءات الطبي من حيث طبيعته وآثاره وكان يحقق مصالحه الصحية والاجتماعية، ولا يتضمن مساساً جسيماً بسلامة بدنه أو يحتمل مخاطر معتبرة⁽³⁾.

ويجيز القانون الفرنسي إجراء التجارب الطبية على القصر ومن في حكمهم بشرط الالتزام بالضوابط المنصوص عليها في قانون الصحة العامة⁽⁴⁾.

(1) بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية، ص: 83.

(2) مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، ص: 325.

(3) عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الاخلال به، ص: 204.

(4) خالد بن النوى، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسؤولية المدنية، ص: 141.

« و طبقاً للمادة (1122) مكرر 2 من قانون الصحة العامة، يمكن مباشرة التجارب الطبية على القصر ومن في حكمهم وفقاً للضوابط الآتية:

- بالنسبة للقاصر غير المميز، بعد الحصول على موافقة من لهم السلطة الأبوية.
- بالنسبة للقاصر والراشد المحمي قانوناً يجب الحصول على موافقة الممثل القانوني بعد ترخيص مجلس العائلة وقاضي الأحداث.

ويجب على الطبيب محاولة الحصول على موافقة القاصر، أو الراشد المحمي، قانوناً عندما يكون قادراً على التعبير عن إرادته، كما يجب احترام رفضه الخضوع للتجربة أو رجوعه في الموافقة»⁽¹⁾.

الفرع السادس: اتباع الاجراءات والمراحل العلمية المتعارف عليها.

فالأبحاث الصيدلانية بخصوص أي دواء جديد مستحدث، لا بد أن تمر بالإجراءات والمراحل العلمية المتعارف عليها، لدراسة الدواء الجديد وخصائصه وفوائده العلاجية وأضراره، ومدى خطورته، ومقدار الجرعة الدوائية، وكذا احتمالات الأضرار والآثار الجانبية للدواء، والتي تبدأ على الحيوانات ثم على البشر وفقاً للضوابط الشرعية والنظامية والأخلاقية، ويعد منتج الدواء مسؤولاً مسؤولية مدنية خاصة عن كافة الأضرار التي تصيب المستهلكين، إذا كان الدواء معيباً أو ينطوي على ضرر نتيجة للعيب الموجود بالدواء، وهذا لحماية سلامة صحة الإنسان في مواجهة مخاطر التقدم الطبي العلمي والتكنولوجي⁽²⁾

(1) خالد بن النوى، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسؤولية المدنية، ص: 141-142.

(2) بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية، ص: 38.

المطلب الثاني: شروط إجراء التجارب الطبية على الإنسان في القانون الجزائري.

الفرع الأول: أن يكون هدف التجربة الطبية "العلاج".

فتنص المادة (18) من مدونة أخلاقيات الطب على أنه « لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض إلا بعد دراسات بيولوجية ملائمة تحت رقابة صارمة، وبعد التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض»⁽¹⁾، وبالتالي لا يجوز استخدام علاج جديد أو أدوية مستحدثة دون الترخيص القانوني أو المبرر الشرعي.

الفرع الثاني: موافقة الشخص الخاضع للتجريب.

وقد نص المشرع الجزائري على ذلك صراحة في المادة 2/168 من قانون حماية الصحة وترقيتها « يجب حتما احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان، في إطار البحث العلمي، يخضع التجريب للموافقة الحرة والمنيرة للشخص موضوع التجريب أو عند عدمه لممثله الشرعي». كما نصت نفس المادة في فقرتها الرابعة على « لا تبرئ موافقة الشخص موضوع التجريب ورأي المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المبادر إلى التجريب من مسؤوليته المدنية»⁽²⁾. ومن استقراء هاته المادة يتبين صراحة أن المشرع الجزائري أكد على تبصير الخاضع للتجربة تبصيراً حراً كاملاً، ويجب أن تكون إرادته إرادة حرة سليمة من العيوب.

الفرع الثالث: الحرص على سلامة الشخص الخاضع للتجربة.

فتنص المادة (17) من مدونة أخلاقيات الطب على أنه « يجب أن يمتنع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو علاجه»⁽³⁾.

(1) المادة (18) من مدونة أخلاقيات الطب.

(2) المادة (168) من القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16/02/1985 المعدل والمتمم بالقانون رقم 17/90 المؤرخ في 31/07/1990.

(3) المادة (17) من مدونة أخلاقيات الطب.

الفرع الرابع: موافقة المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية.

فتنص المادة 1/168 من قانون حماية الصحة وترقيتها على « ينشأ مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية، يكلف بتوجيه وتقديم الآراء والتوصيات حول عملية انتزاع الأنسجة والأعضاء وزرعها والتجريب، وكل المناهج العلاجية التي يفرضها تطور التقنيات الطبية والبحث العلمي مع السهر على احترام حياة الإنسان وحماية سلامته البدنية وكرامته، والأخذ بعين الاعتبار الوقت الملائم للعمل الطبي والقيمة العلمية لمشروع الاختبار والتجريب »⁽¹⁾.

الفرع الخامس: احترام الكيان الجسدي للشخص الخاضع للتجريب، وكرامته الأدمية، فلا يجوز المساس بجسم الإنسان، إلا لتحقيق مصلحة علاجية له، أو للأغراض العلمية.

الفرع السادس: التأكد من توافر الشروط الأمنية لسلامته البدنية والعقلية والنفسية، بحيث لا يتم تنفيذ التجربة إلا إذا تحققت الظروف المواتية للظفر بالنتائج المرجوة⁽²⁾.

الفرع السابع: تعويض الأضرار الناتجة عن التجربة.

فتنص المادة 4/168 من قانون حماية الصحة وترقيتها على « لا تبرئ موافقة الشخص موضوع التجريب ورأي المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المبادر إلى التجريب عن مسؤوليته المدنية »⁽³⁾.

والجدير بالذكر، أن الشريعة الإسلامية السمحة، سبقت القوانين الوضعية بإحاطة الجسم البشري بالحماية الشرعية، حيث أنها حظرت المساس بالأعضاء البشرية في سبيل التجربة العلمية، وقررت معصومية الجسد البشري، وعدم العبث به إلا لتحقيق مصلحة مشروعة أولى بالحماية.

(1) المادة (168)، من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

(2) بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية، ص: 103.

(3) المادة (168)، من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

والتجارب الطبية العلاجية والجراحية ساهمت في تقرير السلامة الجسدية للإنسان كونها ضرورة علمية، وحتمية قانونية لتطوير العلوم الطبية، ولضمان تحقيق المصلحة من التجربة العلمية ضمنتها القوانين الوضعية شروط علمية تتمثل أساساً في الحصول على الشفاء والعلاج المطلوب مقابل التجربة؛ ولضمان عدم المساس بالتكامل الجسدي، اشترط القانون حصول الرضا من طرف المريض لضمان أمنه وسلامته، وحقه في معصومية جسمه.

والمشرع الجزائري ساير القوانين الوضعية في تقرير ضمانات طبية وقانونية للتجربة الطبية، كما أنه أنشأ هيئة طبية خاصة دورها رقابة التجارب الطبية وتمثل في " المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية " .

الفصل السادس

السلامة الجسدية والمسؤولية الطبية

- المبحث الأول: أنواع المسؤولية الطبية.
- المبحث الثاني: طبيعة المسؤولية الطبية.
- المبحث الثالث: أركان المسؤولية الطبية.

الفصل السادس: السلامة الجسدية و المسؤولية الطبية.

تمهيد:

الأصل أن المساس بجسم المجني عليه من طرف الآخرين جريمة يحظرها القانون ويعاقب عليها. والاستثناء يبيحه القانون للأطباء، وذلك بالسماح لهم بالاتصال وملامسة الجسد البشري لعلاج المرضى وفقاً للقوانين واللوائح الطبية، والواجبات والالتزامات المهنية. فالمرضى شأنه شأن المعافى السليم له الحق في تكامل جسمه، والاحتفاظ بأعضائه وأي ضرر يقع عليه يكون أساساً للمساءلة المدنية والجنائية للطبيب. ولطبيعة جسم الإنسان المعقدة، وتعدد أمراضه، وتباين حالاته يصعب أحياناً إثبات الضرر الذي يلحقه مقارنة بمصلحة شفائه وعلاجه. ولذلك وجب تقرير المسؤولية الطبية حفاظاً على مبدأ السلامة الجسدية.

المبحث الأول: أنواع المسؤولية الطبية.

تعتبر مهنة الطب مهنة جليلة عظيمة عظم القائمين عليها وهم الأطباء المسؤولين عن علاج المرضى وإنقاذ الغرقى، وسلامة الجرحى.

فالطبيب يتعامل مباشرة مع جسم الإنسان، فهو مسؤول عن حماية حقه في السلامة الجسدية هذا الحق المقدس في الشريعة الإسلامية قبل القوانين والمواثيق الدولية، وبالتالي فإن كل إضرار بالسلامة خلال العمل الطبي نتيجة خطأ، أو غلط في التشخيص، أو إهمال، أو رعونة، أو امتناع عن تقديم المساعدة، يرتب المسؤولية الطبية للطبيب بجميع أنواعها الجزائرية، المدنية، الإدارية أو التأديبية، فالطبيب ملزم ببذل العناية اللازمة، لتحقيق النتيجة الجازمة " الشفاء " .

المطلب الأول: المسؤولية المدنية.

« المسؤولية المدنية هي نقطة الارتكاز من القانون عامة، فهي المرجع في كل أمر. كما أن كل الاتجاهات ترد إليها سواء كان ذلك في القانون العام أو في القانون الخاص، وسواء كان ذلك في دائرة الأشخاص، أم في دائرة الأموال »⁽¹⁾.

والمسؤولية المدنية هي: « إخلال الشخص بموجب يقع عليه ومفروض عليه تنفيذه إما قانوناً أو التزاماً، وهنا تقوم المسؤولية نتيجة إخلال الفرد بالتزام بين طرفين نتج عنه ضرر، وهذا الضرر يقابله التعويض، والمسؤولية هنا تعني التزام الشخص بالتعويض عن الضرر الذي سببه للغير، إما نتيجة مخالفته لقاعدة قانونية، أو لبند الاتفاق، أو الالتزام الذي في ذمته»⁽²⁾.

أما المسؤولية المدنية الطبية فتتمثل في تعويض المضرور عما حل به من أضرار مادية، أو أدبية بسبب الخطأ الطبي. والدعوى المدنية التي يرفعها المضرور أو ذويه هي وسيلة الحصول على التعويض⁽³⁾.

(1) راييس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، (دار هومة الجزائر، 2007م)، ص: 351.

(2) منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، (جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض المملكة العربية السعودية، (1425هـ-2004م)، ص: 38.

(3) ينظر: منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، ص: 39.

المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية.

إذا كان فعل الطبيب يشكل جريمة (قتل، أو جرح، أو عاهة مستديمة، أو إصابة...) عمدية أو من قبيل الخطأ، ومن المقرر أن الخطأ الجنائي له عدة صور تتمثل في: الإهمال والرعونة وعدم الاحتراز، وعدم مراعاة القوانين والقرارات واللوائح والأنظمة، هنا يجد الطبيب نفسه معرضاً للعقوبة الجنائية التي تتناسب مع الجرم المرتكب.

والنيابة العامة هي التي تتولى - بحسب الأصل - تحريك الدعوى الجنائية ضد الطبيب وتقديمه للمحاكمة، وطلب توقيع العقوبة المقررة⁽¹⁾.

فإذا كان العمل الذي قام به الطبيب على جسم المريض غير مشروع في ذاته، فإنه يؤدي إلى قيام المسؤولية الجنائية لما قام به، فالطبيب الذي يباشر إجهاضاً غير مشروع، أو يعمد إلى إخضاع الشخص لتجربة طبية غير مسموح بها، أو إلى استقطاع عضو من جسمه في غير الأحوال التي يجيز فيها القانون ذلك، يتعرض لعقوبات جنائية قررها المشرع بنصوص خاصة⁽²⁾.

المطلب الثالث: المسؤولية التأديبية الإدارية.

« وتقوم هذه المسؤولية عندما يصدر من الطبيب الذي يشتغل في المستشفى العام، أو لدى الجهات الإدارية، أو الهيئات التابعة لوزارة الصحة والجامعة، حيث يمكن للسلطات التأديبية المنصوص عليها في قوانين العاملين النظر في تأديب الأطباء الخاضعين لهذه القوانين بالنسبة للأخطاء التي يرتكبونها أثناء عملهم، كما يتم توقيع الجزاءات التأديبية المنصوص عليها في نظمهم الوظيفية »⁽³⁾.

(1) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية " الطبيب الجراح - طبيب الأسنان، الصيدلي، التمريض، العيادة، المستشفى ،

الأجهزة الطبية"، (دار الجامعة الجديدة 2011م)، ص: 11.

(2) جابر محبوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة (دار النهضة العربية القاهرة)، ص: 457.

(3) عبد القادر بن تيشه، الخطأ الشخصي للطبيب في المستشفى العام، (دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2011م) ، ص: 60.

المبحث الثاني: طبيعة المسؤولية الطبية.

يسأل جنائياً الطبيب عن الجرائم المرتكبة ضد المريض حال العلاج سواء كانت الجريمة منصوص عليها قانوناً في قانون العقوبات، أو منصوص عليها في القانون الخاص بممارسة مهنة الطب، والمساءلة الجنائية للطبيب لا تغنيه عن المساءلة المدنية أحياناً، فهو ملزم بتعويض الضرر الناجم عن خطئه الطبي كيفما كان أساس الالتزام عقدي أو تقصيري.

المطلب الأول: الطبيعة العقدية للمسؤولية الطبية .

استقر قضاء محكمة النقض الفرنسية في حكم شهير لها في يوم 20 مايو 1936 على أنه من المقرر نشوء عقد بين الطبيب والمريض يلتزم بمقتضاه الأول لا بشفاء الثاني، بل بتقديم العناية اليقظة التي تقتضيها الظروف الخاصة للمريض، والتي تتفق مع أصول المهنة ومقتضيات التطور العلمي، ويترتب على الإخلال بهذا الالتزام التعاقدية - ولو عن غير قصد - ميلاد مسؤولية من نفس النوع، أي مسؤولية عقدية⁽¹⁾.

ونكون أمام مسؤولية عقدية نتيجة إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه على نحو سبب ضرراً للمتعاقد الآخر. فيشترط لقيام المسؤولية العقدية للطبيب وجود عقد بينه وبين المريض، وأن يكون هذا العقد صحيحاً، وأن يقوم أحد أطراف العقد بالإخلال بالتزام ناشئ عن العقد⁽²⁾.

الفرع الأول: حجج القائلين بالطبيعة العقدية للمسؤولية الطبية.

1- إن العميل أو المريض حينما يتجه إلى صاحب مهنة، أو وظيفة عارضاً عليه مصالحه، كاشفاً له بعض أوجاعه ومتاعبه، ملتماً منه المساعدة والتطبيب، فهذا يعني أن هناك تبادلاً للرضا قد تم وأن عقداً قد انعقد، ويعتبر العقد مصدراً للالتزامات المتقابلة، فالمسؤولية التعاقدية تقوم بين الطبيب وعميله، ما دام قد ارتبطا فيما بينهما في إطار عقدي حتى ولو كان هذا العقد شفهيّاً أو ضمناً⁽³⁾.

(1) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص: 217.

(2) أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، (دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2005م)، ص: 58.

(3) رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، ص: 353-354.

2- أنه لا يعتد بالوصف المهني بالالتزام المترتب على عاتق الطبيب والمتضمن حسن العلاج، وإنما ينبغي الاعتداد بمصدر هذا الالتزام وهو العقد، فالمرضى وإن كان غير ملم بأصول العلاج فإنه ملم ومدرك للعقد المبرم بينه والطبيب، والذي مضمونه بذل العناية⁽¹⁾.

3- القول أن حياة الإنسان ليست محلاً للتعاقد، لا ينسجم مع وضع المريض تحت سيطرة طبيب يتصرف بجسمه كيفما شاء، وتحميه قواعد النظام العام في القانون، فلا يجوز الاتفاق على خلافها، لا يعني اتفاق الطبيب مع المريض الإساءة للأخير أثناء العلاج، ولا يحول دون اعتبار هذه الالتزامات ذات طبيعة عقدية.

فالعقد الطبي لا يعفي الطبيب من مراعاة أصول المهنة، وإن فكرة النظام العام تضع فقط الحد الأدنى لالتزامات الطبيب، ولم تفرض تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية على الأخطاء الطبية⁽²⁾.

ويكفي في هذا الصدد لإثارة مسؤولية الطبيب، وجود أي خطأ من جانبه ولو يسيراً طالما كان هذا الخطأ مؤكداً، فلا يشترط أن يكون هذا الخطأ جسيماً. وتظل مسؤولية الطبيب تعاقدية حتى لو كان العلاج والرعاية الطبية قد تمت بدون مقابل من جانب المريض، أي على سبيل الود أو الصداقة⁽³⁾.

الفرع الثاني: شروط المسؤولية العقدية الطبية.

لا تتوافر المسؤولية العقدية إلا نتيجة إخلال أحد العاقدين بالتزامه على نحو سبب ضرراً للعاقد الآخر، ومن ثم فإنه يشترط لقيام المسؤولية العقدية توافر الشروط الآتية:

« أولاً: أن يوجد عقد يربط بين المضرور والمسؤول، وفي حالة مباشرة الطبيب العلاج دون أن يكون هناك عقد مبرم، فإن المسؤولية تكون تقصيرية.

ثانياً: أن يكون هذا العقد صحيحاً، فإذا كان العقد باطلاً فتكون المسؤولية عنه تقصيرية.

(1) ينظر: حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن "دراسة مقارنة"، (دار هومة، الجزائر) ص: 108-109.

(2) أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب، ص: 35-36.

(3) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص: 218.

ثالثاً: أن يكون المريض هو الذي أصيب بالضرر، أي أن يكون مجني عليه، فإذا كان المجني عليه مساعد الطبيب أو طبيب التخدير أو غيرهم من المساعدين، فتكون المسؤولية تقصيرية.

رابعاً: الخطأ المنسوب للطبيب نتيجة إخلاله بالرابعة العقدية، فإذا انتفت صلة الخطأ بهذه الرابطة أصبحت المسؤولية تقصيرية، كالتبيب الذي يعتمد على المريضة بإعطاء الدواء لمريضه فزادت نسبة الجرعة للمريض نتيجة خطأ مادي بالروشتة التي أعطاها لها الطبيب⁽¹⁾.

المطلب الثاني: الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية.

يرى جانب من الفقه الفرنسي أن الأخطاء المرتكبة من الطبيب حال ممارسته للعمل الطبي وتسبب أضراراً للمريض، فإن المسؤولية المدنية المترتبة على ذلك تكون مسؤولية تقصيرية، ولذلك فإن التزام الطبيب ببذل العناية يجب أن يخضع لأحكام هذه المسؤولية.

وهذا الاتجاه من الفقه يعارض غالبية الفقه في فرنسا، والذي يرى قيام المسؤولية العقدية للطبيب⁽²⁾.

الفرع الأول: حجج القائلين بالطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية.

1- القاعدة أن الطبيب في مباشرته العلاج يخضع للضمير المهني والأصول العلمية المتفق عليها في الطب، وهي أمور لا يمكن أن يحتويها العقد لخروجها عن دائرته بدليل أن دعوة مساءلة الطبيب عند طرحها على القضاء توجب الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء دون ما حاجة للبحث عن وجود العقد ومضمونه، فالطبيب الذي يسيء العلاج يخل بالتزام مهني لا بالتزام تعاقد⁽³⁾.

2- إن حياة الإنسان ليست محلاً للتعاقد، لأن ذلك غير منسجم مع وضع المريض تحت سيطرة طبيب، لكي يتصرف بجسمه كيفما شاء، وأن حياة الإنسان وسلامته البدنية، يحميها القانون وقواعد النظام العام، وأن أي مساس بها يخضع الطبيب للمساءلة طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية⁽⁴⁾.

(1) ينظر: شريف الطباخ، حرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء (دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2005م)، ص: 221-222.

(2) عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء (دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008م)، ص: 186.

(3) حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب، ص: 104.

(4) أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب، ص: 22.

- 3- إن انفراد الطبيب بمعرفة أصول الطب ومستواه الثقافي العالي، وتخصسه في مجال فنه، لا يسمح للمريض وخاصة إذا كان من عامة الناس، أن يقدر الأمور حق قدرها، وأن يناقش تفاصيلها. وبالتالي لا يمكن القول بأن علاقة المريض بالطبيب هي علاقة تعاقدية ما دام مركز الأول لا يتكافأ مع المركز القانوني والاجتماعي للطبيب⁽¹⁾.
- 4- تنطلق هذه الحجة من القاعدة التي تقضي أن كل جريمة سببت ضرراً توجب مسؤولية تقصيرية لجبر الضرر الناتج عنها. وهو ما يمكن تطبيقه على الأخطاء التي يرتكبها الطبيب وتسبب إما وفاة للضحية، أو مساس بجسمه⁽²⁾.
- 5- إن القانون المدني حدد السلوك الإيجابي والسلوك السلبي، فجعل الطبيب في حالة واجب دائم، وهذا الواجب إما أن يكون واجباً عاماً، يلتزم به جميع الأفراد على اختلاف طبقاتهم بهدف تحقيق المصلحة العامة، وإما أن يكون واجباً خاصاً، يلتزم به أشخاص محددون تجاه الآخرين، والواجب الخاص محدد الوقت والغرض، وأي إخلال بالتزامات يفسره القضاء على أساس إخلال بالواجب العام والواجب الخاص المخاطب به الكافة، وهذا يجعل خروج الطبيب عن هذا النظام القانوني بفعله غير المشروع يستوجب قيام المسؤولية التقصيرية⁽³⁾.
- 6- لا يمكن الكلام عن العلاقة التعاقدية بين الطبيب والمريض، خاصة في حالة ما إذا كان هذا الأخير في حالة غيبوبة، أو مصاباً في الطريق العام على إثر حادث خطير، أو شخص عاجز لا يعرفه الطبيب ولا يمكنه الاتصال بمن يمثله قانوناً. ففي مثل هذه الحالات يتدخل الطبيب بدون وجود أي اتفاق سابق بينه وبين المريض، وبالتالي لا يمكن الكلام عن المسؤولية العقدية، بل الحديث ينصب على المسؤولية التقصيرية⁽⁴⁾.

(1) رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، ص: 364.

(2) حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب، ص: 107.

(3) أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب، ص: 22.

(4) رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، ص: 364.

الفرع الثاني: نطاق المسؤولية التقصيرية الطبية.

القاعدة العامة: أنه متى وجد عقد بين كل من المتضرر والمتسبب في الضرر، نتيجة إخلال أي من المتعاقدين بالتزامه التعاقدية، فإن المسؤولية يكون أساسها العقد وتكون عقديّة. وأما إذا لم توجد أية علاقة تعاقدية بين الطرفين المتضرر والمتسبب في الضرر، فإن المسؤولية يكون أساسها التقصير⁽¹⁾.

أولاً: حالة بطلان العقد الطبي: تنقل مسؤولية الطبيب العقدية إلى طبيعة تقصيرية إذا ما تبين بطلان العقد المبرم بين الطبيب والمريض لأي سبب من أسباب البطلان، فانتهاج المدة المحددة للعقد الطبي، أو عدم تحقق الشرط المتفق عليه إذا كان العقد معلقاً تنفيذاً على شرط واقف، أو إذا تحقق الشرط الفاسخ للعقد... الخ⁽²⁾.

ثانياً: تكون المسؤولية تقصيرية في الحالات التي ينجم عن تدخل المريض ضرر يصيب الغير، وذلك كإهمال الطبيب في مراعاة وعلاج شخص محتمل عقلياً، فيصيب الغير بضرر. وحالة إصابة الغير من عدوى المريض تحت رعاية الطبيب، أو بسبب استعماله نفس الآلة للعلاج⁽³⁾.

ثالثاً: في الخدمات المجانية، ففي أغلب الأحيان، بل معظمها لا يكون بين الطبيب والمريض عقد في حالة علاجه بالمجان، وبالتالي تكون المسؤولية تقصيرية⁽⁴⁾.

رابعاً: « امتناع الطبيب عن التدخل في علاج المريض: فالأصل أن الطبيب حر في قبوله علاج المريض من عدمه، إلا أن ظهور فكرة المصلحة العامة دعت الفقهاء إلى إقرار مسؤولية الطبيب الممتنع عن تلبية الدعوى لعلاج مريض لا يتحمل معها تأجيل العلاج، إذا كان هدف الطبيب الإساءة إلى ذلك المريض وسماه البعض (التعسف باستعمال الحق) وهذا الموقف يستنتج من ظروف خاصة بالمريض، وظروف خاصة بالطبيب، فإن منع الطبيب ظرف طارئٍ تنتفي مسؤوليته

(1) حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب، ص: 107.

(2) أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب، ص: 22.

(3) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص: 221.

(4) شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء، ص: 224.

عن التدخل بالعلاج الفوري، وإذا انتفى هذا السبب تقوم مسؤوليته المدنية على أساس المسؤولية التقصيرية»⁽¹⁾.

خامساً: الحالات التي يتم فيها العلاج بناء على اتفاق سابق بين جهة معينة والطبيب، وذلك كأن تتفق مصلحة أو شركة مع طبيب أو عيادة على علاج العاملين لديها. إذا أمكن القول بأن هناك عقد بين رب العمل والطبيب، فالعامل يستفيد من اشتراط لمصلحته في العقد المنعقد بين الجهة التي يعمل بها والطبيب أو المستشفى المعالج⁽²⁾.

سادساً: الطبيب الذي يعمل في مستشفى عام فأى خطأ سببه الطبيب في المستشفى العام الذي يعمل بها يكون خطأ تقصيري يسأل عنه.

ويعد الطبيب الذي يعمل بهذا المستشفى موظفاً بها، وبالتالي يخضع للقوانين واللوائح الخاصة بالعاملين المدنيين بالدولة⁽³⁾.

(1) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص: 221.

(2) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص: 221.

(3) شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء، ص: 224.

المطلب الثالث: قابلية الخيار أو الجمع بين المسؤولية العقدية والتقصيرية

في المجال الطبي

تختلف المسؤولية العقدية عن المسؤولية التقصيرية في كون أساس المسؤولية العقدية الاخلال بالالتزام الذي يشمل العقد الصحيح، أما المسؤولية التقصيرية فهي الضرر الناشئ قبل إبرام العقد أو بعده إذا تبين بطلانه.

والمسؤولية المدنية الطبية قد تكون عقدية، أو تقصيرية، وهذه الطبيعة الازدواجية للمسؤولية أثارت جدلاً فقهيًا بين فقهاء القانون، ففريق يرى ضرورة التمييز بين المسؤوليتين للاختلاف الناشئ بينهما، وبالتالي استحالة الجمع والتوفيق بين المسؤولية العقدية والتقصيرية، وفريق آخر يؤيد ويجمع على توافقهما، باعتبارهما أساس للمسؤولية ونتيجة للضرر، وبالتالي يدعو للجمع بينهما.

الفرع الأول: الاتجاه المميز لحرية الاختيار بين الأساسين العقدي أو التقصيري.

وينطلق هذا الاتجاه من أن القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية طبقاً لأحكام المادة (124) ق.م. هي وجوب التعويض عن الضرر، سواء كانت هناك علاقة تعاقدية بين المتسبب في الضرر والمتضرر منه، أو لم توجد. أي سواء كان هناك عقد واتفاق بينهما أم لم يكن، ذلك أن المسؤولية التقصيرية قائمة قانوناً قبل حصول التعاقد بين الطرفين المتضرر والمتسبب. وأن العقد اللاحق عليها يقتصر دوره على إضافة التزامات جديدة تخضع لقواعد المسؤولية العقدية. فالتسبب في الضرر يسأل عن إخلاله وخطئه طبقاً للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، كما يسأل أيضاً طبقاً لأحكام العقد المبرم بينه والمتضرر⁽¹⁾.

« وهكذا قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها مؤرخ في 1926/12/14 تأييد النظرية بخصوص المسؤولية الطبية، في قضية تتلخص وقائعها في أن مريضة وضعت في مؤسسة صحية، فتمكنت من الهروب منها، وبعد مدة من الزمن وجدت المريضة هائمة في الطريق وقد تجمدت قدمها، الأمر الذي استلزم بتر أحد قدميها.

(1) حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 111.

فقضت المحكمة بالتعويض عن الضرر غير المتوقع بناء على المسؤولية التقصيرية، علماً وأن طبيب المستشفى لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً، وأن المستشفى كان يجمعه بالمريض عقد، وأن الإخلال بالتزام ناشئ عنه - عن عقد - هو الذي وقع، علماً وأن المسؤولية العقدية لا ترتب إلا التعويض عن الضرر المتوقع فقط»⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الاتجاه المانع للجمع أو الاختيار بين الأساسين العقدي والتقصيري.

« يرى أنصار هذا الاتجاه أن الخطأ المهني مستقل عن العقد الذي أبرمه رجل الفن، ذلك أن التزام هذا الأخير والذي أحل به ليس مصدره العقد فقط، وإنما هو موجود بدون، واستمراراً في تبرير وجهة نظرهم أضاف أنصار هذا التفسير أن الخطأ المهني ينبغي تشبيهه بالخطأ الجسيم، فهو يوجب المسؤولية التقصيرية، كما أن المهنة ولما لها من وظيفة اجتماعية تفرض واجبات خاصة على صاحبها، تجعل الإخلال بها يتطلب جزاءً أشد من مجرد الضمان»⁽²⁾.

الفرع الثالث: ترجيح الاختيار والجمع بين المسؤولية العقدية والتقصيرية في المجال الطبي.

« والذي نراه جواز الجمع بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، أو الاختيار بينهما كمسلك سديد لتطبيق المبادئ والأحكام القانونية للمسؤولية المدنية المهنية الطبية، وذلك للاعتبارات الآتية:

- 1- رغم الاختلافات الكثيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، إلا أن هدفهما واحد وهو تعويض الضرر الناشئ عن الالتزام دون الإخلال بالالتزامات العقدية والنظام العام، مع مراعاة مصلحة المتضرر في ظل الحفاظ على عدم الإضرار بالجاني كذلك.
- 2- القول بتطبيق المسؤولية العقدية دون غيرها في جميع الأحوال، فيه إضرار للمجني عليه؛ لأن أحكام المسؤولية العقدية تستبعد التعويض عن الضرر الغير متوقع، والضرر الناتج عن الخطأ اليسير، وبالتالي يمكن تقدير المسؤولية التقصيرية في بعض الحالات للتعويض عن الضرر الغير متوقع، والخطأ اليسير، باعتبار أن هاته المسؤولية متعلقة بالنظام العام.
- 3- الأصل العام هو احترام العلاقة التعاقدية بين المتعاقدين وما تنشئه من التزامات لكليهما، وبالتالي لا يجوز ابتداءً القول بالمسؤولية التقصيرية ومخالفة ما تم الاتفاق عليه في العقد، إلا أن هناك

(1) رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، ص: 399.

(2) حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب، ص: 113.

حالات يمكن للمشرع أن يختار تطبيق المسؤولية التقصيرية، وإن كان عمل الطبيب فيها يخل بالتزام عقدي.

- 4- الطبيعة الإنسانية والمهنية والقانونية لمهنة الطب، تفرض التزامات خاصة على جميع الأشخاص أطباء كانوا أم مرضى، وبالتالي يمكن الخروج عن الالتزامات العقدية لتحقيق العدالة الإنسانية.
- 5- الالتزام بضمان حق تعويض المضرور من جراء العمل الطبي، أو التجربة الطبية، بالرجوع إلى أحكام المسؤولية التقصيرية - عامل أساسي لتطبيق المسؤولية المدنية تطبيقاً يتماشى والتطور العلمي والتكنولوجي لمهنة الطب والأمراض المستعصية، بالخروج عن طابع الالتزام إلى الحفاظ على النظام العام»-(1).

والذي نراه أن الطبيب مسؤول عن أعماله وأخطائه الطبية، وأضراره المهنية، مسؤولية أدبية إذا كانت المسألة تتعلق بمخالفة القواعد العامة للأخلاق، ومسؤولية قانونية (مدنية أو أخلاقية) إذا كان الأمر مخالفاً لقواعد القانون، فالعبرة بتقرير المسؤولية لا بتكليفها، فالعمل الطبي المصاحب للخطأ يرتب المسؤولية العقدية إذا كان الخطأ ناتج عن الإخلال بالتزام عقدي، والمسؤولية التقصيرية إذا كان الخطأ غير عقدي، والمسؤولية الطبية إذا ارتكب الطبيب خطأ مهنيًا بحكم وظيفته(2).

(1) ينظر: حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب، ص: 399-400.

(2) ذهب الدكتور رايس محمد إلى أن «مسؤولية الطبيب هي مسؤولية طبية مهنية، لأن قواعد أخلاقيات الطب ليست مبادئ ذات إلزام أدبي فحسب، بل هي قواعد قانونية ملزمة يتصل بعضها بالنظام العام المدني، مما يؤدي إلى بطلان كل عقد يرتبط به المهني مع المتعامل معه إذا كان مخالفاً لتلك القواعد» ينظر: رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء، ص: 406.

المبحث الثالث: أركان المسؤولية الطبية.

موضوع المسؤولية الطبية حظي باهتمام الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، واتسع نطاقه في العصر الحديث نتيجة التطور العلمي والتكنولوجي الذي شهده الطب، وأساس قيام المسؤولية الطبية، وقوع الخطأ الطبي من الطبيب وحصول الضرر، فضلاً عن وجود العلاقة السببية بين الخطأ المرتكب والضرر الواقع.

فتتجسد مهمة الطبيب في علاج المرضى من الأسقام وشفائهم من الأورام، دون المساس بحقهم في السلامة الجسدية.

إلا أن الطبيب وأثناء مباشرته لعمله سواءً بالعلاج، أو أثناء إجراء عملية جراحية، قد يأتي أفعال أو قد يرتكب أخطاءً من شأنها التأثير على صحة المريض، كإحداث جروح في الجسم، أو المساس بالعضو المعافي عوض العضو المعتل. فإلى أي مدى يمكن مساءلة الطبيب المتترم ببذل العناية عن أخطائه المتولدة عن التقصير، أو الإهمال، أو الجهل بالالتزامات الطبية؟.

المطلب الأول: الخطأ الطبي .

يعتبر الخطأ الطبي الركن الأساسي لقيام المسؤولية الطبية مدنية كانت أم مهنية، وهذا ما يميز المسؤولية المدنية عن المسؤولية المهنية الطبية فالطبيب عندما يخطئ في عدم الالتزام بأحكام العقد، يسأل مدنياً مسؤولية عقدية.

أما إذا كان أساس خطئه عدم الالتزام بأخلاقيات مهنة الطب بوصفها مهنة فنية، فيسأل عن خطأ مهني.

الفرع الأول: مفهوم الخطأ الطبي.

أولاً: تعريف الخطأ الطبي في الفقه الإسلامي

عرّف فقهاء الشريعة الإسلامية الخطأ بقولهم: « وقوع الشيء خلاف الإرادة »⁽¹⁾.

وهو أيضاً « السلوك على خلاف مآذون الشارع، لا يفصح عن مضمونه »⁽²⁾.

(1) علي خفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، (دار الفكر الجامعي القاهرة 2000م)، ص: 36-37.

(2) محمود أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، (دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى 1989م)،

أما الخطأ الطبي فهو: مخالفة الطبيب ما تقتضيه العلاقة التعاقدية القائمة بينه وبين المريض؛ أي التقصير من الطبيب في مراعاة شروط الاتفاق بينه وبين المريض، ويدل على هذا المعنى ما جاء في مجمع الضمانات، « فيما لو استأجر حجماً ليقلع له سناً، فقلع، فقال صاحب السن: ما أمرت بقلع هذا؛ كان القول قوله، ويضمن الحجام»⁽¹⁾.

ثانياً: تعريف الخطأ الطبي في القانون الوضعي.

الخطأ بصفة عامة هو كل تقصير في التزام قانوني سابق.

كما عرف الخطأ بأنه « إخلال الشخص عند تصرفه بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون، وعدم حيلولته تبعاً لذلك دون أن يفضي إلى حدوث الضرر، في حين كان ذلك في استطاعته ومن واجبه»⁽²⁾.

أما الخطأ الطبي فيعرف بأنه « تقصير في مسلك الطبيب، وهو لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول»⁽³⁾.

وعرف الخطأ الطبي على أنه « كل مخالفة، أو خروج من الطبيب في سلوكه على القواعد والأصول الطبية التي يقضي بها العلم، أو المتعارف عليها نظرياً وعملياً، وقت تنفيذه للعمل الطبي أو إخلاله بواجبات الحيطة واليقظة التي يفرضها القانون، متى ترتب على فعله نتائج جسيمة، في حين كان في قدرته وواجباً عليه أن يتخذ في تصرفه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالمريض»⁽⁴⁾.

والتعريف المناسب للخطأ الطبي والذي يعتبر ضماناً للسلامة الجسدية هو: « الخطأ بصفة عامة، هو الإخلال بالالتزام مقرر سلفاً. ومقياسه في خصوص النشاط الطبي سيكون بموجبات ممارسة مهنة الطب؛ فتقوم المسؤولية إذا ترتب الإخلال بهذه الموجبات حرمان المريض من الضمانات الطبية التي يحق له اقتضاءها من المرفق الطبي، أي نتاجاً للمقابلة بين الحادثة التي سببها الخطأ وبين ضمانات السلامة الواجب توفيرها للمرضى، ومتى جمعت الخطأ المتمثل في هذا

(1) محمد بن غانم البغدادي، مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، (المطبعة الخيرية، مصر، الطبعة الأولى، 1308هـ)، ص: 48.

(2) عبد القادر بين تيشة، الخطأ الشخصي للطبيب في المستشفى العام، (دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011م)، ص: 18.

(3) عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، (دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008م)، ص: 158.

(4) محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، (دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004م)، ص: 78.

الإخلال بأضراره رابطة سببية مباشرة، إذ الخطأ ومهما كانت درجة خطورته، لا يكفي بذاته ووحيداً لقيام المسؤولية إن انتفت أي رابطة تربطه مباشرة بالضرر الحاصل»⁽¹⁾.

فأساس مسؤولية الطبيب، ليس وجود الخطأ بصفة عامة، بل هو الخطأ الذي يؤدي إلى الضرر و الإخلال بالالتزامات الطبية، والضمانات الأساسية لسلامة المرضى.

الفرع الثاني: أنواع الأخطاء الطبية.

أولاً: الأخطاء الفنية والمادية.

أ- الأخطاء الفنية.

وهي الأخطاء التي يخرج فيها الطبيب على الأصول والقواعد الفنية، والمقصود بالأصول والقواعد: الأصول الثابتة والقواعد المتعارف عليها نظرياً، وعملياً بين الأطباء، والتي يجب أن يلم بها كل طبيب وقت العمل الطبي سواءً كانت علوماً مقررة قديمة أو كانت علوماً مستحدثة طرأ اكتشافها، فهذه تعتبر أصولاً علمية بشرطين:

- أن تكون صادرة من جهة معتبرة، مثل: الجهات المختصة بالأبحاث الطبية.
- أن يشهد أهل الخبرة بكفاءتهما⁽²⁾.

ويعرّف الخطأ المهني أو الفني بشكل عام على أنه: « الخطأ الذي يرتكبه أصحاب المهن أثناء مهنتهم، ويخرجون بها عن السلوك المهني المؤلف طبقاً للأصول الثابتة، وهذا الخطأ ينجم عن الإخلال بأصول المهنة وقواعدها المتعارف عليها، والخطأ المهني بالنسبة للطبيب هو الذي يحدث منه كلما خالف القواعد التي تفرضها عليه مهنة الطب»⁽³⁾.

ب- الأخطاء المادية.

« يقصد بالخطأ المادي الإخلال بالقواعد العامة التي تحكم سلوك جميع الأفراد، والتي تتطلب الحيطة والحذر في كل سلوك يمارسه الشخص، ومن ثم فالخطأ المادي الذي يقع فيه

⁽¹⁾ محمد فؤاد عبد الباسط، تراجع فكرة الخطأ أساساً لمسؤولية المرفق الطبي العام، (توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003م)، ص: 10-14.

⁽²⁾ هاني بن عبد الله بن محمد الجبير، الأخطاء الطبية في ميزان القضاء، (مجلة العدل 140 العدد الثاني والعشرون - ربيع الآخر 1425هـ)، ص: 7.

⁽³⁾ عبد القادر بن تيشة، الخطأ الشخصي للطبيب في المستشفى العام، ص: 18.

الطبيب هو الخطأ الخارج عن مهنة الطب، أي الذي لا يخضع للخلافات الفنية، ولا يتصل بسبب بالأصول العلاجية المعترف بها»⁽¹⁾.

ثانياً: الخطأ البسيط والخطأ الواعي.

أ- الخطأ البسيط.

ويقع الخطأ البسيط نتيجة عدم توقع الجاني نشاطه الايجابي، أو السلبي، مع قدرة الشخص العادي من فئته وفي ظروفه على توقعها وتفاديها، فلا تعتبر النتيجة الإجرامية متوقعة، إلا إذا كان حدوثها يدخل في نطاق السير العادي للأمر.

ب- الخطأ الواعي.

« ويسمى هذا الخطأ أيضاً بالخطأ البصير، أو الخطأ مع التوقيع، وفيه يتصور الجاني إمكان تحقيق نتائج ضارة من نشاطه، ومع ذلك يقدم عليه، إما راجحاً عدم وقوع هذه النتائج، أو واثقاً في قدرته على دفعها، وهذا النوع من الخطأ يعد أشد درجة من النوع الأول»⁽²⁾.

فعندها يكفي لقيام المسؤولية مجرد توافر الفعل المسبب للضرر على وصف الخطأ، بغير أن تلازم مطلبه درجة معينة منه، تكون بصدد خطأ بسيط.

أما عندما يرتكز قيام المسؤولية على أساس الخطأ بدرجة متقدمة منه يتجاوز عاديته وليس بأقل منها، فهنا يكون مجال الحديث عن خطأ جسيم⁽³⁾.

ثالثاً: الخطأ الجنائي والخطأ المدني.

فالخطأ الجنائي هو الإخلال بواجب قانوني تكفله القوانين العقابية بنص خاص، أما الخطأ المدني فهو الإخلال بأي واجب قانوني ولو لم تكفله تلك القوانين، ومن ثم فهو أوسع دائرة من الخطأ الجنائي، ولذلك فإن الخطأ الجنائي يشكل دائماً خطأ مدنياً⁽⁴⁾.

(1) محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، ص: 79.

(2) ينظر: شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء، ص: 11-12.

(3) محمد فؤاد عبد الباسط، تراجع فكرة الخطأ أساساً لمسؤولية المرفق الطبي العام، ص: 14-15.

(4) شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء، ص: 19.

الفرع الثالث: معيار الخطأ الطبي.

من الأمور المختلف في شأنها، ما إذا كان كل خطأ من الجاني يستوجب المسؤولية الجنائية بغض النظر عن درجة جسامته، أو أن القانون لا يعتد فيها إلا بالخطأ الذي يكون على درجة من الجسامة، إذ أن الخطأ ليس على درجة واحدة من الجسامة، كما أن الخطأ له أنواع⁽¹⁾.

الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية.

معيار ودرجة الخطأ الطبي ونوعه آثار جدلاً كبيراً في الجانب الفقهي والقضائي، فالفريق الأول يشترط الخطأ الجسيم للقول بمسائلة الطبيب، في حين يرى الفريق الآخر ضرورة مساءلة الطبيب عن أخطائه فنية كانت، أم مهنية بسيطة، أو عادية، أو جسيمة.

1- الرأي الأول:

لا يسأل الطبيب إلا عن خطئه الجسيم أو غير المغتفر، حيث أن القضاة الفرنسي والمصري قد اشترطا في بادئ الأمر لقيام مسؤولية الطبيب أن ينسب إليه خطأ جسيم، أو غير مغتفر، إذ لا يكفي لقيام مسؤولية الطبيب سندا لهذا الرأي، أن ينسب إليه خطأ يسير للقول بمسؤوليته.

وقد اعتر هذا الرأي الفقهي أنه لا يصح أن يسلب سيف المسؤولية على الطبيب بسبب هفوات أو أخطاء يسيرة، وإنما يجب أن لا يسأل الطبيب سندا لهذا الرأي إلا عن جهله الفاحش بأصول المهنة أو عن خطئه الفاحش، وعدم احتياطه وجهله الفاضح بالأمور⁽²⁾.

2- الرأي الثاني: يسأل الطبيب عن الأخطاء البسيطة:

« فهذا الاتجاه يرى مسؤولية الطبيب عن مطلق الخطأ، ذلك أنه يسأل عن الخطأ الطبي اليسير والجسيم، وسواءً أكان الخطأ مادياً أم مهنياً، واعتنق القضاء في مصر وفرنسا هذا المعيار كذلك⁽³⁾ ».

(1) محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، ص: 79.

(2) عبد القادر بن تيشة، الخطأ الشخصي للطبيب في المستشفى العام، ص: 18.

(3) عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، ص: 160.

3- الرأي الراجح: يسأل الطبيب عن جسامته النتيجة.

وبناء على ما سبق، فقد نادى جانب من الفقه، بضرورة التدخل التشريعي لتحديد ماهية الخطأ الطبي الذي يكون محلاً للمسؤولية الجنائية، حيث وضع ضابطاً لتقرير المسؤولية الجنائية عن الخطأ الطبي، ينحصر في الاعتداد بجسامته النتائج لا بجسامته الخطأ، وهذا الضابط يحقق هدفان: الأول: وهو مصلحة الطبيب في العمل بقدر من الحرية، دون الخوف من المسؤولية الجنائية عن أي خطأ يرتكبه.

الثاني: حماية مصالح الأفراد والصالح العام، بتحقيق الردع الخاص والعام عن توقيع العقوبة على الطبيب المهمل أو الجاهل بأصول وقواعد المهنة الذي يترتب على خطئه هذه النتائج الجسيمة، فيتوخى الحيطة واليقظة والحذر ويعمل وفق الأصول والقواعد الطبية المتعارف عليها، الأمر الذي يتحقق معه تلافي الوقوع في الخطأ⁽¹⁾.

والذي يبدو لي أن العبرة بجسامته النتيجة والضرر، لا الخطأ؛ لأن الخطأ اليسير قد يوصل إلى الضرر الجسيم، والخطأ الفني الجسيم قد تكون نتائجه بسيطة وأضراره غير شديدة.

الفرع الرابع: أساس تقدير الخطأ.

الالتزام العام في تقدير المسؤولية الطبية، والذي على أساسه يتم تقرير الخطأ: هو التزام الطبيب ببذل العناية، ولكن معيار الالتزام ببذل العناية يكون مرده أحياناً إلى الأساس الشخصي، بحيث تقاس الأخطاء على أساس أحوال وظروف كل طبيب، وأحياناً أخرى يكون أساسه المعيار الموضوعي الذي يتجسد أحياناً في مراعاة الظروف الخارجية.

أولاً: المعيار الشخصي:

« ويقصد بالمعيار الشخصي أو الواقعي: إلزام الطبيب ببذل ما اعتاد على بذله من يقظة وتبصر، بحيث إذا ظهر إنه كان يستطيع أن يتفادى الفعل الضار المنسوب إليه، وكان ضميره يؤنبه على ما اقترفه من أعمال، اعتُبر مخطئاً. وعلى العكس من ذلك إذا كان الطبيب لا يستطيع أن يتفادى الفعل الضار المنسوب إليه بعد قيامه ببذل ما اعتاد على بذله من اليقظة والتبصر، اعتبر إنه غير مخطئ⁽²⁾».

(1) محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، ص: 81.

(2) رابح محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، ص: 156.

ثانياً: المعيار الموضوعي:

وهو المعيار الذي يقيس الفعل على أساس سلوك معين لا يختلف من حالة إلى أخرى، وهو سلوك الشخص المعتاد. أي أن القاضي في سبيل تقدير خطأ طبيب في علاج مريض، يقيس سلوكه على سلوك طبيب آخر من نفس المستوى: طبيياً عاماً أم طبيياً متخصصاً أم أستاذ في الطب.

فالمحكمة لا تأخذ بالمعيار الذاتي الذي يكون المرجع فيه نفس الشخص الذي صدر منه الإنحراف؛ لأن ذلك يؤدي إلى أن يكون الفعل خطأً بالنسبة لشخص معين دون أن يكون كذلك بالنسبة لشخص آخر⁽¹⁾.

ثالثاً: المعيار المختلط:

لا يمكن أن تجري عملية تحديد المعيار الموضوعي، إلا من خلال المنظار الشخصي للقاضي الذي يكيف المعطيات التي يفترضها لدى " الشخص - النموذج " تبعاً للتصور الذي تتحكم به ثقافته الشخصية وخبرته ومفاهيمه السلوكية، وبالتالي يعكس القاضي المفهوم العام للرجل العادي العامل كما يلمسه في بيئته ومجتمعه، وكما يستنتجه من معلوماته ومفاهيمه، لذا فإن التمييز بين المعيار الموضوعي والمعيار الشخصي ليس تمييزاً قاطعاً تماماً، إذ يطغى دوماً جزء من التقويم الشخصي على النموذج الموضوعي الاعتباري المبحوث فيه⁽²⁾.

واستقر القضاء على ضرورة أن يكون الخطأ واضحاً وثابتاً بصورة قاطعة لا احتمالية. فيسأل الطبيب عن خطئه في العلاج إن كان الخطأ ظاهراً لا يحتمل نقاشاً فنياً تختلف فيه الآراء، فإن وجدت مسائل فنية علمية يتجادل فيها العلماء ولو لم يستقر الرأي عليها فاتبعها، فلا لوم عليه⁽³⁾.

(1) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص: 18.

(2) علي عصام غصن، الخطأ الطبي، (منشورات زين الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى 2006م)، ص: 23-24.

(3) شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء، ص: 20.

الفرع الخامس: التزام الطبيب.**أولاً: التزام الطبيب ببذل عناية:**

يكاد يكون هناك إجماع فقهي على أن الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب نحو خدمة المريض هو التزام ببذل العناية، والمتمثل في بذل الجهود الصادقة اليقظة، التي تتفق مع الظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة، بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية⁽¹⁾.

« تقضي محكمة النقض: بأن التزام الطبيب، ليس التزام بتحقيق نتيجة هي شفاء المريض، إنما هو التزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول، كما يسأل عن خطئه العادي أياً كانت درجة جسامته »⁽²⁾.

ثانياً: التزام الطبيب بتحقيق نتيجة:

فإذا كانت القاعدة هي موجب عناية، إلا أن هناك حالات استثنائية يلتزم فيها الطبيب بموجب تحقيق نتيجة، ويتحقق ذلك من إرادة طرفي العقد عندما يتعهد الطبيب بتنفيذ العمل الطبي في وقت محدد أو يلتزم بتنفيذه شخصياً، أو من طبيعة موضوع الموجب عندما يكون هذا الموضوع محددًا تحديداً دقيقاً ولا يحتمل أي صعوبة بالنسبة للطبيب العادي⁽³⁾.

« قررت محكمة استئناف باريس في 1991/11/28 أن مركز الدم يعد مسؤولاً في عقد نقل الدم عن تقديم دم خالٍ من أي عيوب، وهو التزام بتحقيق نتيجة. بحيث يستوي أن يكون بصدد نقل دم طبيعي أو أحد مشتقات الدم، أو مكونات المعالجة الصناعية، على أن لا يثبت مركز الدم السبب الأجنبي »⁽⁴⁾.

والمشروع الجزائري ساير التشريعات الأخرى في اعتبار الأصل العام للطبيب هو التزام ببذل عناية، والاستثناء تحقيق نتيجة.

(1) عبد القادر بن تيشة، الخطأ الشخصي للطبيب في المستشفى العام، ص: 31.

(2) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص: 16.

(3) علي عصام غصن، الخطأ الطبي، ص: 24.

(4) أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب، ص: 50.

« ومن أمثلة الالتزام ببذل عناية: قررت المحكمة العليا الجزائرية في غرفتها الإدارية، وحيث أن الفريق (ك) أجاب بعريضة مؤرخة في 1990/01/01 مذكرين أن وفاة مورثهم (ك.م) في اليوم التالي لدخول (مستشفى سطيف) للأمراض العقلية كان بسبب إهمال لعدم إنارة الغرفة التي كان بها المريض، وما دام عمال المستشفى لم يقوموا بالعناية اللازمة للمريض فيكون قد ارتكبوا خطأ كبيراً يتحمل المستشفى تبعته»⁽¹⁾،⁽²⁾.

الفرع السادس: صور الخطأ الطبي.

تتعدد حالات وصور الخطأ الطبي التي توجب المسؤولية الطبية، فهناك أخطاء تتعلق بالطبيب، مثلاً: كرفضه معالجة المريض، وهناك أخطاء فنية مهنية يرتكبها الطبيب أثناء مباشرته للعلاج كالخطأ في التشخيص، أو الخطأ في تقديم الوصفة الطبية.

أولاً: الخطأ في التشخيص:

ويقصد بالتشخيص « العمل الذي يبحث ويحدد الأمراض بعد معرفة أعراضها » فيتطلب التشخيص الذي يقوم به الطبيب توافر شرطان، يتمثل الأول في المعرفة العلمية، والثاني هو البحث لتحديد نوع المرض⁽³⁾.

ومن المقرر الآن أن كل خطأ في التشخيص مهما كان يسيراً، يرتب مسؤولية الطبيب ما دام أنه لا يمكن أن يصدر من طبيب يقظ يمر بنفس الظروف التي كان يمر بها المتهم، وتثور المسؤولية الطبية عند الخطأ في التشخيص:

- 1- « إذا كان الخطأ يشكل جهلاً واضحاً بالمبادئ الأولية للطب المتفق عليها من قبل الجميع، والتي تعد الحد الأدنى الذي يتفق مع أصول المهنة الطبية.
- 2- الغلط في التشخيص لا يشكل بالضرورة خطأ طبيًا، فمثل هذا الغلط يمكن أن يثير مسؤولية الطبيب إذا تم عن جهل جسيم بأولويات الطب، أو عن إهمال في الفحص، كأن يتم بطريقة سطحية وسريعة، أو غير كاملة.

⁽¹⁾ المجلة القضائية الجزائرية، العدد 2، 1996، ملف رقم 75670 قرار بتاريخ 13/01/1991، ص 127.

⁽²⁾ أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب، ص: 46.

⁽³⁾ بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع " قانون المسؤولية المهنية " جامعة مولود معمري تيزي وزو كلية الحقوق والعلوم السياسية، تاريخ المناقشة: 2011/10/05)، ص: 23.

3- إذا كان الغلط في التشخيص غير مغتفر، كما إذا كانت علامات وأعراض المرض من الظهور بحيث لا تفوت على الطبيب مثل الذي قام بالتشخيص.

4- إذا كان الخطأ ينطوي على إهمال واضح من قبل الطبيب، لا يتفق مع ما جرى عليه العمل في مثل هذه الحالات»⁽¹⁾.

ثانياً: رفض علاج المريض:

وهذا الواجب لا يعني وجود التزام على الطبيب بقبول علاج كل من يطلب ذلك، فهذا الالتزام يتحدد بنطاق معين وفي ظروف معينة.

ويبدو هذا الالتزام واضحاً في الحالة التي يوجد فيها الطبيب في مركز المحتكر، بمعنى أنه في الظروف القائمة لا يوجد سواه لإسعاف وعلاج المريض، سواءً كان ذلك راجعاً لمكان وزمان العمل، أم للظروف الملحة التي وجد فيها الطبيب المريض، أم لطبيعة عمل الطبيب.

وذلك كوجود المريض في مكان ناءٍ ولم يكن هناك سواءً طبيب معين لإنقاذه، أو علاجه في ساعة معينة من الزمن لا يوجد فيها غيره، وكذلك وجود المريض في حالة خطيرة تستدعي التدخل السريع والفوري من قبل الطبيب الحاضر، أو المتخصص⁽²⁾.

ثالثاً: الخطأ في العلاج:

خطأ الطبيب قسمان: خطأ في التقدير، وخطأ في الفعل، أما خطأ التقدير فذلك بأن يشخص المرض، ويكتب الدواء وهو يظن فيه الشفاء، فيتبين أن المرض غير ما شخص، وأن الدواء غير ما وصف، وقد تأخر العلاج بسبب ذلك، فترتب عليه تلف عضو من الأعضاء أو جزء من عضو، ثم يكون خطأ في التقدير، فتبين أن المرض كان يمكن علاجه بدواء من غير قطع، فإن التلف الذي أصاب الجسم لم يكن في هذا الحال من الفعل فقط، بل من خطأ التقدير، وإن الحكم في الصورة الأولى كما هو واضح من المبادئ الفقهية المقررة الثابتة عند الفقهاء أنه لا ضمان فيه ما دام الطبيب قد ثبتت كفاءته⁽³⁾.

(1) شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء، ص: 39.

(2) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص: 35.

(3) محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، (دار الفكر العربي، القاهرة 1988م)، ص: 348.

أما الخطأ في الفعل بالنسبة للطبيب، وهو أن يجرح للعلاج فيؤدي الجرح إلى تلف الجسم كله، كمن يقطع عضواً أصابته الأكلة فيترتب عليه تلف الجسم كله، وكمن يختن طفلاً أو جارية فيترتب على ذلك موت المختون، فإن هذا النوع من الخطأ يشبه الخطأ في الفعل في القتل، وقد أجمع الفقهاء على أنه لا يضمن إذا لم يكن ممنوعاً من الجراحة، وقد بذل أقصى الجهد والاحتياط، وجاءت النتيجة عكس ما يريد⁽¹⁾.

ب- الخطأ في العلاج في القانون الوضعي:

الخطأ في العلاج ومباشرته لا يثير مسؤولية إلا إذا كان هذا الخطأ منطوياً على جهل ومخالفة للأصول العلمية الثابتة التي يتحتم على كل طبيب الإلمام بها، بشرط أن يكون الطبيب قد بذل الجهود الصادقة اليقظة التي يبذلها الطبيب المماثل له وفي ذات ظروفه. إذ أن المستقر عليه أن حرية الطبيب في وصف واختيار العلاج المناسب له مكفولة له ولا يقيد هذه الحرية إلا تحقيق مصلحة المريض⁽²⁾.

ج- الخطأ في العلاج في القانون الجزائري:

نصت المادة (43) من مدونة أخلاقيات الطب على « يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي »⁽³⁾. ونصت المادة (47) من نفس المدونة على « يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يحرر وصفاته بكل وضوح، وأن يحرص على تمكين المريض أو محيطه من فهم وصفاته فهما جيداً، كما يتعين عليه أن يجتهد للحصول على أحسن تنفيذ للعلاج »⁽⁴⁾.

« كما أن القضاء الجزائري قرر مسؤولية المستشفى بمقتضى حكم صادر بتاريخ 03 فبراير 1988، وذلك بسبب سوء وضع الجبس من طرف الطبيب على رجل المريض وهذا ما أدى إلى تعفن تلك الرجل وبتراها بعد ذلك. وهكذا فإن القانون إذا لم يلزم الطبيب بالكمال والعصمة، فإنه لم يسمح له كذلك بالأداء القائم على أساس الرعونة والطيش دون أن يحيط نفسه

(1) محمد أبو زهرة، الجريمة، ص: 350. وينظر: بن المنذر، الإجماع، (مؤسسة الكتب الثقافية، ط1، 1993)، ص: 109.

(2) محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، ص: 87.

(3) المادة (43) من مدونة أخلاقيات الطب.

(4) المادة (47) من مدونة أخلاقيات الطب.

بالمعلومات الضرورية والمعطيات العلمية المعاصرة، ذلك أن التزود بالمعطيات العلمية المكتسبة الحالة والحديثة المتفق عليها، والإحالة عليها كميّار لتحديد خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية، يمثل فائدة لمصلحة المريض من جهة تشخيص المرض ومعالجته، ويفيد الطبيب عن طريق استبعاد مسؤوليته لكونه قد احترم المعطيات العلمية الحديثة»⁽¹⁾.

رابعاً: عدم الحصول على الرضا في القانون الوضعي:

التزام الطبيب باحترام إرادة المريض، يعد التزاماً عقدياً ينشأ من العقد الطبي الذي يحكم العلاقة بين هذين الطرفين. ومع ذلك فإن هذا الالتزام يتخطى نطاق العقد، ويوجد حتى في غيابه، استناداً إلى النصوص القانونية المقررة لحق أساسي من الحقوق الشخصية، وهو الحق في السلامة البدنية⁽²⁾.

فيعد خطأ يقيم مسؤولية الطبيب، تدخل هذا الأخير لإجراء العلاج الطبي دون الحصول على رضا المريض به، ولعل أكثر حالات عدم الرضا وضوحاً هي حالة قيام الطبيب بمباشرة العلاج، أو العملية الجراحية بالقوة أو بالحيلة والخديعة، دون الحصول على موافقة المريض، أو حتى دون اكتراث بالرفض الصادر من هذا الأخير، ودون أن يكون هناك استعجال أو خطر جسيم يبرز ذلك فهذه هي الصورة القصوى للهيمنة الطبية⁽³⁾.

ولا يكفي وجود الرضا، بل يجب أن يصدر الرضا عن إرادة حرة ومستنيرة، وحتى يتحقق التزام الطبيب في ذلك قبل إبرام العقد، فلا بد أن يفضي الطبيب إلى المريض بكل المعلومات الكفيلة بجعل رضائه كذلك، وهذا ما يعرف - بالالتزام قبل التعاقد - بالإدلاء بالبيانات ذلك أنه يجب عليه احاطته علماً بطبيعة العلاج ومخاطر العملية الجراحية، وإلا كان الطبيب مسؤولاً عن كافة النتائج الضارة من جراء تدخله ولو لم يرتكب خطأ في عمله⁽⁴⁾.

(1) رايس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، (دار هومة، الجزائر) ص: 85.

(2) جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة (دار النهضة العربية القاهرة)، ص: 487.

(3) جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، ص: 483.

(4) عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، ص: 174.

وينبغي - من حيث المبدأ - أن يصدر الرضا من المريض نفسه طالما أن حالته تسمح له بذلك، وأن رضاه يعتد به قانوناً. على أنه لا يلزم في الرضا أن يعبر عنه المريض صراحة بالقول أو بالكتابة، بل يكفي أن يكون معبراً عنه ضمناً، بأن يكون مستفاداً من مسلك المريض. وإن كان المريض غير أهل للتعبير عن رضائه، أو كان فاقد الوعي، فإنه يكفي أن يصدر الرضا ممن له في شأنه سلطة قانونية، أو من أقرباء يفترض فيهم أنهم رعاية الطبيعيين⁽¹⁾. ويمكن الاستغناء عن رضا المريض في الحالات التي يكون فيها وضع لا يسمح له بإبداء ذلك الرضا، لكونه في غيبوبة، أو ناقص الأهلية، أو عديمها فهنا يلزم رضا ممثليه القانونيين، أو أقربائه المقربين.

ولا يلزم الرضا كذلك في الوضع الذي تقتضي فيه حالة المريض التدخل السريع وعدم انتظار أخذ رأيه أو رأي ممثليه أو أقربائه، كمن هو في حادث. ويثور الأمر أيضاً عند إجراء العمليات الجراحية حيث تقتضي الضرورة أحياناً إجراء عملية جراحية أخرى ملازمة ولا تحتل الانتظار. ومن أمثلة ذلك: ما قضت به المحاكم الفرنسية من أن الجراح أثناء قيامه بعملية استئصال الزائدة الدودية قد لاحظ أن مبايض المريضة ملتهبة فاستأصلها دون أخذ رضائها⁽²⁾.

« ومن التطبيقات القضائية عن عدم الحصول على الرضا أساس لمسؤولية الطبيب أن محكمة استئناف Amiens قضت بوجود خطأ في جانب الجراح الذي قام به، رغم عدم وجود استعجال بإجراء عملية فتح واسع في تجويف الرئة، بدلاً من عملية تدمير قمة الرئة التي رضيت بها المريضة كوسيلة للعلاج من السل الرئوي الذي كانت مصابة به »⁽³⁾.

« ويذهب الرأي الراجح إلى أنه إذا كان احترام إرادة المريض تقتضي من الطبيب التوقف عن عمله الطبي لحين الحصول على موافقة مريضه، إلا أنه عند وجود حالة الضرورة، يكون الانتظار للحصول على موافقته أمراً ضاراً به ويشكل خطراً عليه. وفي هذه الحالة فقط، يمكن للطبيب عدم الالتفات إلى واجبه في الحصول على رضی المريض، ما دام أن عمله كان يهدف إنقاذ حياته أو المحافظة على سلامته البدنية، إذ أن مصلحة المريض الذاتية وغريزة حبه للبقاء والرغبة

(1) شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء، ص: 46.

(2) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص: 39-40.

(3) جابر محبوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، ص: 474.

في التخلص من المرض، يعتبران مبرراً يمكن الاستناد إليه لإعفاء الطبيب من المسؤولية في حالة عدم حصوله على رضی المريض»⁽¹⁾.

ج- عدم الحصول على الرضى في القانون الجزائري:

يعتبر رضا المريض شرط أساسي يسمح من خلاله للطبيب بمباشرة عمله على جسم المريض، فالطبيب لا يباشر أي عمل طبي دون الحصول على رضا وقبول المريض، أو من يحل محله إذا كان المريض قاصراً أو في غيبوبة، فتنص المادة (44) من مدونة أخلاقيات الطب على « يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة متبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه، أو من القانون، وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته»⁽²⁾.

وتنص المادة (145) من قانون حماية الصحة وترقيتها على « يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك»⁽³⁾.

خامساً: خطأ الطبيب في تقديم الوصفة الطبية:

يعد تشخيص المرض مرحلة أولية كي يصف الطبيب الدواء، ويحدد طريقة العلاج الملائمة له.

ومن الطبيعي ألا يلتزم الطبيب بنتيجة معينة وهي شفاء المريض، ولكن كل ما عليه هو بذل العناية الواجبة في اختيار الدواء والعلاج الملائمين لحالة المريض، بغية التوصل إلى شفاؤه أو تخفيف آلامه، فلا يسأل الطبيب عن نتيجة ذلك؛ لأن الأمر مرجعه مدى فعالية العلاج من جهة ومدى قابلية جسم المريض وحالته لاستيعاب ذلك من جهة أخرى⁽⁴⁾.

« فقد أدان القضاء الطبيب الذي يصف دواء دون مراعاة آثاره الجانبية الضارة بالنسبة لحالة المريض. وأدان الطبيب الذي لم يصف الأدوية ذات الفعالية الكافية، فقد أخطأ في تحديد

(1) علي عصام غصن، الخطأ الطبي، ص: 39.

(2) المادة (44) من مدونة أخلاقيات الطب.

(3) المادة (145) من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

(4) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص: 55.

الجرعة وتوقيتها. وكذا الطبيب الذي لم يتابع تطور حالة المريض بعد تعاطي الدواء. وكذلك الطبيب الذي وصف علاجاً تم هجره طيباً»⁽¹⁾.

والمشرع الجزائري دعى الطبيب إلى تحرير الوصفة الطبية بكل وضوح، فقد نصت المادة (47) من مدونة أخلاقيات مهنة الطب « يجب على الطبيب أن يحرر وصفاته بكل وضوح وأن يحرص على تمكين المريض أو محيطه من فهم وصفاته فهما جيداً، كما يتعين عليه أن يجتهد للحصول على أحسن تنفيذ للعلاج»⁽²⁾.

« ويعد المشرع الجزائري الرائد الأول في توضيحه لهذه الإشكالية بحيث نصت المادة (77)⁽³⁾ من مدونة أخلاقيات الطب على أنه « لا يسوغ للطبيب أو الجراح... أن يثبت على الورق المخصص للوصفات والبطاقات الشخصية أو الدليل المهني إلا البيانات التالية:

1- الاسم واللقب، والعنوان ورقم الهاتف، وساعة الإستشارة الطبية. 2- أسماء الزملاء المشاركين إذا كان الطبيب... يمارس مهنته بصفة مشتركة، 3- الشهادات والوظائف والمؤهلات المعترف بها»⁽⁴⁾.

وتعتبر الوصفة الطبية، التذكرة التي يثبت فيها الطبيب ما قرره بعد إجراء الفحص والتشخيص، بحيث تتميز عن غيرها من الأوراق المثبت فيها الأعمال الطبية الأخرى، كالتحاليل والأشعة، وتعتبر دليل إثبات العلاقة بين الطبيب والمريض⁽⁵⁾.

سادساً: الخطأ في الرقابة:

تعتبر الرقابة في العمل الطبي من أهم مراحل التدخل الطبي، لما يترتب عليها من تحقيق سليم للوصول إلى شفاء المريض، وخاصة بعد إجراء العمل الجراحي، إذ يتوقف حسن وسلامة رقابة المريض على نجاح أو فشل العمل الطبي السابق برمته⁽⁶⁾.

(1) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص: 56.

(2) المادة (47) من مدونة أخلاقيات الطب.

(3) المادة (77) من مدونة أخلاقيات الطب.

(4) مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، ص: 290.

(5) أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب، ص: 121.

(6) أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب، ص: 123-124.

فلا يقف التزام الطبيب عند مجرد إجراء العملية الجراحية، إذ يمتد التزامه بالعناية بالمريض عقب ذلك حتى يتفادى ما يمكن أن يترتب على العملية من نتائج ومضاعفات من جهة، ويستطيع المريض الخروج من الغيبوبة ويستعيد نفسه من جديد من جهة أخرى، ولا يصل ذلك بطبيعة الحال إلى حد ضمان شفاء المريض ونجاح العملية، بل الاستمرار في الرعاية وبذل العناية⁽¹⁾.

1- الرقابة الطبية على العلاج:

يرى جانب من الفقه أن مخاطر العلاج لا يمكن إغفالها، وعلى الخصوص بعد وصف أدوية أكثر خطورة وتأثيراً وخارجة عن المألوف، وذلك يستلزم مراقبة واعية وحريصة من الطبيب.

فقضاءً قررت محكمة (Poitiers) في 23 مارس 1972 على إدانة الطبيب المتسبب بوفاة سيدة بعد أن وصف لها علاجاً خطيراً، دون إجراء فحص سابق، وبدون متابعة مباشرة لآثار العلاج الموصوف⁽²⁾.

2- الرقابة الطبية بعد التدخل الجراحي:

إن مهمة الطبيب أخصائي الجراحة والتزاماته تجاه مريضه الذي باشر عليه العلاج الجراحي لا تنته بمجرد انتهائه من الفعل الجراحي المتفق والمتعاقد عليه، بل إنها تستمر إلى ما بعد الفعل الجراحي بمتابعة المريض ومراقبة تطورات ومضاعفات ذلك التدخل الجراحي عليه، وكذا التأكد من إفاقة المريض إفاقة كاملة بخروجه من الغيبوبة وبعودة الوعي إليه وتأقلم الجسم مع العلاج الجراحي الذي بوشر عليه، وعودته إلى القيام بوظائفه بصورة عادية، ذلك أن مضاعفات التدخل الجراحي غالباً ما تظهر بعد انتهاء الطبيب من فعله الجراحي، إذ لوحظ عملياً أنه نادراً ما تقع وفيات المرضى المعالجين جراحياً فوق طاولة الجراحة، أثناء مباشرة الفعل الجراحي، بل أنه كثيراً ما كانت بعده⁽³⁾.

(1) عبد القادر بن تيشه، الخطأ الشخصي للطبيب في المستشفى العام، ص: 117.

(2) أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب، ص: 124-125.

(3) حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب، ص: 148.

« وقررت محكمة النقض الفرنسية في 11/04/1984 أن مرحلة الإشراف والرقابة بعد العمل الجراحي تستمر لغاية استعادة المريض كامل وعيه، وكامل وظائف جسمه الحيوية، وعلى الخصوص الأمعاء، فحكمت بإدانة الطبيب؛ لأن المريض بعد إجراء عملية الحقن التي سببت الضرر رغم أنه كان مستيقظاً لم يكن قد تم إنعاشه بالمعنى التقني للكلمة، وأن أمعائه لم تستعد وظيفتها بعد»⁽¹⁾.

كما قضى بمسؤولية الطبيب أخصائي جراحة الأذن والحنجرة، جزائياً عن وفاة طفل عمره 5 سنوات، باشر عليه عملية جراحية على مستوى الحنجرة وبعد الانتهاء من العملية سلمه إلى والدته التي نقلته إلى المنزل، لتلاحظ عليه أثناء نقله وجود بقع دم سوداء، مع العلم أنه سلمت لها ورقة تتضمن توجيهها بعدم القلق في حالة ارتفاع الحرارة أو الألم أو خروج الدم الأسود الأمر الذي جعلها لا تكثر بما لاحظته عليه من مضاعفات عند المساء، لتفاجأ بعدها بوفاة الطفل على يديها في الساعة الثانية صباحاً، وبعد التشريح ثبت أن الوفاة ناتجة عن نزيف الدم بسبب العملية الجراحية وأكد الخبراء أن ذلك ناتجاً عن غياب المراقبة والمتابعة البعدية للعملية الجراحية، وأنه ينبغي أن يخضع المريض المعالج جراحياً للمراقبة في مصحة على الأقل لمدة 24 ساعة بعد العملية، ولقد صادق مجلس باريس على رأي الخبراء، وقضى بمسؤولية الطبيب محملاً إياه التعويض⁽²⁾.

3- الرقابة الطبية في التشريع الجزائري:

وسع المشرع الجزائري مجال الرقابة بحيث اعتبرها من عوامل الوقاية من الأمراض، فالرقابة الصحية تستهدف الوقاية من تفشي الأمراض المعدية براً وجواً وبحراً تطبيقاً للقوانين والأنظمة الجاري العمل بها⁽³⁾.

(1) أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب، ص: 125.

(2) حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب، ص: 148-149.

(3) أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب، ص: 124.

ونص المشرع الجزائري في المادة (90) من مدونة أخلاقيات الطب على « يجب على الطبيب أو جراح الأسنان المكلف بمهمة أن يشعر الشخص الخاضع لمراقبته بأنه يفحصه بصفة طبيب مراقب أو جراح أسنان مراقب...».

ويجب أن يكون شديد الاحتراز في حديثه، وأن يمتنع عن إفشاء أي سر أو الإدلاء بأي تفسير. ويتعين أن يتحرى الموضوعية الكاملة في استنتاجاته «⁽¹⁾.

أما المادة (91) من المدونة فنصت « يكون الطبيب أو جراح الأسنان، المكلف بالمراقبة، ملزماً بالسر اتجاه إدارته، أو المؤسسة التي تشغله. ولا يجوز كشف المعلومات الطبية الواردة في الملفات التي أعدها هذا الطبيب، أو جراح الأسنان أمام أشخاص غرباء عن المصلحة الطبية ولا إلى إدارة أخرى».

ونصت المادة (93) من مدونة أخلاقيات الطب على أنه « لا يجوز لأحد أن يكون طبيباً مراقباً وطبيباً معالجاً، أو جراح أسنان مراقباً وجراح أسنان معالجاً لنفس المريض «⁽²⁾.

الفرع السابع: إثبات الخطأ الطبي:

تعدد صور الأخطاء الطبية، وتباين أنواعها من أخطاء في التشخيص والعلاج إلى أخطاء في الأشعة والتخدير، وأخطاء في الحقن، وأخطاء فنية كالإهمال ونسيان أشياء خارجية في جسم المريض، وأخطاء في المراقبة... إلخ.

وكل خطأ من هاته الأخطاء يتميز بطبيعته الخاصة ونتيجته الهامة وبالتالي تشكل مسألة الإثبات صعوبة كبيرة، خاصة في جانب المتضرر ألا وهو المريض والذي يسلك طريق شاق في سبيل إثبات خطأ الطبيب، وبالتالي إمكانية تعويض ضرره وجبر معاناته.

أولاً: عبء إثبات الخطأ الطبي:

« يتجه القضاء الإداري والمدني بصفة عامة إلى إلقاء عبء الإثبات على عاتق المريض الضحية، فعليه إثبات أن الطبيب المعالج هو الذي تسبب له بالضرر، سواء كان الخطأ المدعى به من الأخطاء المتصلة بالإنسانية الطبية، أو من الأخطاء المتصلة بالأصول الفنية. إن واجب إقامة الدليل

⁽¹⁾ المادة (90) من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري.

⁽²⁾ ينظر المواد (91، 92، 93) من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري.

على المدعى به، مهمة شاقة وصعبة، لمن يقع على عاتقه، ما يجعل المكلف بهذا العبء في مركز دون مركز خصمه⁽¹⁾.

أ) إثبات خطأ الطبيب بالالتزام بالعناية :

ففي حالة الالتزام ببذل عناية، فإنه يجب على الدائن إثبات خطأ المدين المتمثل في بذل العناية المطلوبة. ولما كان الأصل أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية، فيما عدا بعض الحالات الاستثنائية التي يلتزم فيها بالتزام محدد، أي بتحقيق نتيجة معينة، وهي ضمان سلامة المريض، فإن على المريض لكي يثبت خطأ طبيبه أن يثبت على الطبيب إهمالاً معيناً، أو انحرافاً عن أصول المهنة، فإذا أثبت ذلك كان هذا إثباتاً لخطأ الطبيب، وعلى المريض بعد ذلك أن يثبت الضرر ليستحق التعويض، ما لم يثبت الطبيب أن عدم تنفيذه، وعوده عن بذل العناية المطلوبة، إنما يرجع إلى سبب أجنبي، فتتعدم علاقة السببية، ولا تتحقق مسؤولية الطبيب⁽²⁾.

وقررت محكمة النقض المصرية في 20 مايو 1965، إن التزام الطبيب ببذل العناية في سبيل شفاء المريض وليس بتحقيق نتيجة، وأن مهمة الطبيب تنحصر في بذل العناية لما يقدمه طبيب يقظ من أوسط زملائه علماً ودراية وفي نفس الظروف المحيطة، وأن انحراف الطبيب عن ذلك يقيم مسؤوليته عن الضرر لنقله مريضة من مستشفى إلى آخر، وهي على وشك الوفاة قبل نقلها للقسم المختص لفحصها مما أدى إلى وفاتها، أو أن مخالفة وصف الفعل أو الترك بأنه خطأ يستوجب قيام المسؤولية المدنية يخضع لرقابة المحكمة العليا، وأما تقدير رابطة السببية بين الخطأ والضرر فأمره متروك لمحكمة الموضوع ولا يخضع لرقابة محكمة النقض⁽³⁾.

ب) إثبات خطأ الطبيب في الالتزام بتحقيق نتيجة :

هناك حالات قد اكتسبت معطيات علمية بعيدة عن فكرة الاحتمال؛ إذ تمكن من الوصول إلى نتائج مؤكدة لأن الوسائل فيها أصبحت في متناول أيدي الأطباء، ففي هذا الحالات أصبح التزام الطبيب أن يثبت المريض (المضروب) الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب

(1) علي عصام غصن، الخطأ الطبي، ص: 114.

(2) منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقهاء الفرنسي والمصري، (دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2007م)، ص: 561-562.

(3) أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب، ص: 113.

بالإضافة إلى إثبات حصول الضرر وذلك مثل: عمليات نقل الدم، أو التركيبات الصناعية، والأسنان، بالإضافة إلى ذلك الالتزام العام الذي يقع على عاتق المستشفى: سلامة المريض خلال فترة إقامته فيه⁽¹⁾.

« وتقضي القواعد العامة، أنه في الالتزام بتحقيق نتيجة، يكلف المدين بإثبات السبب الأجنبي، إذا لم تكن النتيجة قد تحققت على الوجه المرضي، وليس على الدائن أن يثبت أن المدين قد ارتكب إهمالاً معيناً، إذ قد ثبت الركن المادي للخطأ بمجرد عدم تحقق النتيجة، ويفترض القانون أن ذلك راجع إلى فعل المدين، فيلتزم بالتعويض، ما لم يسقط هذه القرينة بإقامة الدليل على أن سبباً أجنبياً لا بد له فيه، قد جعل تنفيذ الالتزام على الوجه المرضي مستحيلاً»⁽²⁾.

ج) الخطأ المضمّر (المقدر):

القضاء الفرنسي، في عديد من أحكامه الحديثة أظهر تشدداً بشأن مسؤولية الطبيب، في أخذه بفكرة الخطأ المضمّر أو المقدر، أي استنتاج التقصير أو الخطأ من مجرد وقوع الضرر، على خلاف القواعد العامة التي توجب على المدعي في دعوى المسؤولية أن يقيم الدليل على خطأ المدعى عليه فقد قرر مسؤولية الطبيب العقدية، ولو لم تثبت علاقة السببية بين الخطأ الذي نسب إليه، والضرر الذي لحق بالمريض، وإن كان لا يحكم عليه إلا بتعويض جزئي على تقدير أن هذا الخطأ قد فوت على المريض فرصة الحياة، أو على العموم فرصة تجنب الضرر الذي لحقه⁽³⁾.

الخطأ المفترض:

الأصل في المسؤولية التقصيرية أنها تقوم على خطأ يقام الدليل عليه، أي أن عبء الإثبات يقع على عاتق الطرف الدائن (المضرور)، إلا أن المشرع قرر في أحكام خاصة افتراض الخطأ. ومن هذه الأحكام المسؤولية عن فعل الغير، والمسؤولية الناشئة عن الأشياء. هذا الاتجاه يخالف أحداث الاتجاهات الفقهية والقضائية الأجنبية، بحيث تخلى الفقه تدريجياً عن فكرة الخطأ واجب الإثبات في المسؤولية الطبية⁽⁴⁾.

(1) عبد القادر بن تيشه، الخطأ الشخصي للطبيب في المستشفى العام، ص: 43.

(2) منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للطبيب، ص: 563.

(3) منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للطبيب، ص: 566.

(4) أحمد حسن الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب، ص: 114.

« فإذا كان الطبيب المجرب أو الباحث حارساً لأشياء خطيرة، مما تحتاج في حراستها إلى عناية خاصة، ثم وقع للخاضع للتجربة ضرر بسببها، وبفعل إيجابي فسوف يكفي هذا المريض أن يثبت وقوع الضرر له، وعندئذ يعفى من عبء إثبات خطأ الطبيب المجرب حيث يصبح هذا الخطأ مفترضاً، ولا يعفى الطبيب من المسؤولية، إلا إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، كقوة قاهرة، أو حادث فجائي، أو فعل المضرور، أو فعل الغير»⁽¹⁾.

ثانياً: دور الخبرة في إثبات الخطأ الطبي:

نظراً لأن الخطأ الطبي يتمثل في الخروج على الأصول الفنية للمهنة، أو مخالفته قواعد العلم والمهنة، وعليه لا يستطيع القاضي لعدم إلمامه بالمعرفة الطبية أن يتصدى مباشرة لمناقشة مثل هذه المسائل وتقدير خطأ الطبيب في هذا المجال، فيفترض فيه الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء مع احتفاظه بحقه في تقدير آراء الخبراء وفقاً للمبادئ العلمية، وله حق تقرير الأخذ بهذه الخبرة من عدمها⁽²⁾.

موقف المشرع الجزائري:

نص المشرع الجزائري في المادة (95) من مدونة أخلاقيات الطب على الخبرة بقوله « تعد الخبرة الطبية عملاً يقدم من خلاله الطبيب أو جراح الأسنان، الذي يعينه قاضي أو سلطة أو هيئة أخرى مساعدته التقنية لتقدير حالة شخص ما الجسدية أو العقلية، ثم القيام عموماً بتقييم التبعات التي تترتب عليها آثار جنائية أو مدنية ».

كما نصت المادة (96) من نفس القانون على « يجب على الطبيب الخبير، أو جراح الأسنان الخبير، قبل الشروع في أي عملية خبرة، أن يخطر الشخص المعني بمهمته »⁽³⁾.

« ومهمة الخبير تنحصر في عدم الخوض في المسائل القانونية، إنما تقتصر على البحث عن الوقائع ذات العلاقة بالعمل الطبي، وتقديرها وتدعيمها بالحجج المرتبطة بالنظريات العلمية.

(1) خالد بن النوى، ضوابط مشروعية التجارب الطبية، ص: 208.

(2) أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب، ص: 115.

(3) المادتين (95)، (96) من مدونة أخلاقيات الطب.

وعلى الخبير عدم المحاباة لزميل، لهذا فإن القضاء يلجأ لدرء هذه المسألة إلى تشكيل لجنة خبراء أو استشارة خبراء من مؤسسات أو جهات مختلفة، بهدف تحقيق أعلى درجة من العدالة والتزاهة. والقاضي غير ملزم بالأخذ برأي الخبير أو بالنتيجة التي انتهت إليها الخبرة دائماً، بل يصدر حكمه بما يميله عليه ضميره وعادة ما يحكم برأي الخبرة، إلا إذا وجد أسباباً قوية تقتضي عدم الأخذ بها⁽¹⁾.

وللتأكيد على حق السلامة الجسدية بإقرار المسؤولية الطبية نستنتج، والله أعلم:

- 1- استخدام التقنيات الطبية الحديثة انعكس سلباً وإيجاباً على صحة الإنسان وسلامته البدنية، وموضوع المسؤولية القانونية والطبية والأدبية والأخلاقية للطبيب موضوع بغاية الأهمية، كونه يحمل الطبيب مسؤولية علاج المريض، وحمائته من شتى المخاطر التي تصاحب عملية العلاج.
- 2- مسؤولية الطبيب ومساءلته جنائياً لا تعفيه من المساءلة المدنية أو الأدبية، فالعبرة بتقرير المسؤولية لا بتكليف الالتزامات الخاصة بالطبيب. وفي ظل تزايد وتفاقم الأخطاء والأضرار الجسدية الناتجة عن التدخلات الطبية تقررت المسؤولية القانونية والطبية في الاعتراف بحجم الضرر، لا جسامته الخطأ.
- 3- مسؤولية الطبيب لا تقف عند حدود بذل العناية اللازمة والخبرة الضرورية للحفاظ على حق السلامة الجسدية بل تتعدى ذلك لتحقيق الموازنة بين الالتزامات المقررة قانوناً - والتي تتفق والأصول العلمية والقواعد المهنية - والواجبات العلمية، والأخلاقيات الإنسانية للوقاية من الأضرار الجسدية قبل تحقيق النتائج العلاجية.
- 4- الطبيب وبمحكم عمله يرتكب أخطاء متباينة تشكل مساساً بالتكامل الجسدي، كالخطأ في التشخيص وإجراء التحاليل، والخطأ في الأشعة والتخدير، والخطأ في استخدام الأجهزة الطبية الحديثة وكل خطأ من هاته الأخطاء يقرر جانباً خاصاً من المسؤولية الطبية.
- 5- هناك أخطاء طبية يقع عبء إثباتها على المريض فالقاعدة العامة تقتضي بذل العناية اللازمة من الطبيب، وأخطاء أخرى مضمرة يكفي في إثباتها وقوع الضرر ولو لم تنشأ العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وفي هذا كل الحماية لحق السلامة الجسدية.

(1) أحمد حسن الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب، ص: 116-117.

6- استعان المشرع الجزائري بالخبرة الطبية لإثبات الأخطاء الفنية والمهنية والطبية، وتقدير حالة الشخص المضرور، بتصنيف الخطأ وتحديد معياره، على أن تقرير الخبرة الطبية قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بوجود أسباب جديدة، وحالات تقتضي عدم الأخذ بها.

الباب الثاني

صور المساس العمدي وغير العمدي بحق السلامة الجسدية

- الفصل الأول: صور المساس العمدي بحق السلامة الجسدية
في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

- الفصل الثاني: صور المساس غير العمدي بحق السلامة الجسدية.

- الفصل الثالث: الجرائم المستحدثة المؤثرة في حق السلامة الجسدية.

الباب الثاني: صور المساس العمدي وغير العمدي بحق السلامة الجسدية

يعتبر الجسد أساس وجود الإنسان، وركيزة بقائه، بل هو الضامن الأكبر لهذا الوجود. فالجسد هو العنصر المادي، والنفسي، والعضوي، المكون للشخص، وبزواله أو بالمس من سلامته ينعقد وجود الشخص أو يقع المساس بجرمته وتكامله الجسدي.

ويحمي القانون حق الإنسان في سلامة الجسم، حتى يتمكن من التمتع بحياته وهو سليم معافى. وحماية الحق في السلامة الجسدية تقتضي تجريم مختلف الأفعال العمدية - كالضرب والجرح وإعطاء المواد الضارة - وغير العمدية والمتمثلة في المساس بأعضاء الجسد وتعطيل بعض وظائفه تحقيقاً لغايات ومصالح طبية، أو تجارية، أو إنسانية.

الفصل الأول

صور المساس العمدي بحق السلامة الجسدية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

– المبحث الأول: تجريم الأفعال الماسة بسلامة الجسم
في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

– المبحث الثاني: تجريم الأفعال الماسة بسلامة الجسم
في قانون العقوبات الجزائري

المبحث الثالث: الجرائم الملحقة بالجرائم الماسة بحق السلامة الجسدية.

الفصل الأول: صور المساس العمدي بحق السلامة الجسدية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

تمهيد:

يعتبر حق الإنسان في سلامة بدنه من الضروريات والمصالح التي يحرص الشارع على حمايتها والمحافظة عليها؛ لكي يبقى الجسم مؤدياً لوظائفه الحيوية والعضوية. لأن الفرد عضو من المجتمع، وتعطيل أحد أعضائه فيه تعطيل للمجتمع ككل. وهذا الجسد قد يتعرض لاعتداءات، وانتهاكات خطيرة، تشكل جرائم عمدية تهدر حق الإنسان في سلامة بدنه: كالضرب، والتعذيب، والعنف... الخ.

المبحث الأول: تجريم الأفعال الماسة بسلامة الجسم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

اتفقت التشريعات الوضعية على تحديد الأفعال الماسة بجسد الإنسان، واعتبارها جريمة تستحق العقاب.

فأفعال الجرح والضرب وإعطاء المواد الضارة؛ وأفعال العنف والتعدي بأشكاله المختلفة جرائم مادية، واعتداءات وحشية تصيب الإنسان في مادة جسمه، ومحور نشاطه، وبالتالي تسلبه الحق في سلامته البدنية، وصحته الجسدية.

المطلب الأول: فعل الجرح في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. الفرع الأول: مفهوم الجرح.

أولاً: مفهوم الجرح في الفقه الإسلامي:

« الجرح؛ يراد به كل قطع في جسم الإنسان أو تمزيق في الأنسجة ناشئ عن استعمال آلة حادة، ويدخل في ذلك الرضوض، والتسلخات، والعض، والكسر، والحروق والجروح الداخلية»⁽¹⁾.

ثانياً: مفهوم الجرح في القانون الوضعي:

والجرح هو تمزق أي من أنسجة الجسم نتيجة العنف، وهو بذلك الوصف يشمل الكدمات والسحجات، وكسور العظام⁽²⁾.

فالجرح يعني كل مساس بمادة الجسم يؤدي إلى تمزيق أنسجته، سواء أكان سطحياً خارجياً كقطع في الجسد، أو عميقاً ينال الأنسجة التي يغطيها الجلد، أو باطنياً ينال الأجهزة أو الأعضاء الداخلية كالكبد أو الطحال أو الكلى أو المعدة أو الأمعاء، وسواءً أن يكون التمزيق عريضاً كقطع بسكين، أو أن يكون ضيقاً كوخز بإبرة، وسواءً أن يكون التمزيق كلياً كبتير عضو

⁽¹⁾ أحمد فتحي بھنسي، الجرائم في الفقه الإسلامي " دراسة فقهية مقارنة "، (دار الشروق، القاهرة، الطبعة السادسة 1988)، ص: 225.

⁽²⁾ شريف الطباخ، جرائم الجرح والضرب وإعطاء المواد الضارة وإصابات العمل والعاهات، (دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى 2003)، ص: 65.

من أعضاء الجسم، أو أن يكون جزئياً يقتصر على استئصال جزء من أنسجة الجسم، ولو كان ضئيلاً كما في التسلخات والسحجات، أو أن يؤدي إلى إتلاف جزء من أنسجة الجسم كما في الحروق.

وليس بشرط أن يتزف الدم خارج الجلد، فقد يقتصر التمزيق على أوعية الدم دون أن يتمزق الجلد فيتحول لون الجلد إلى أزرق قاتم، ويعد من قبيل الجرح كسر عظام المجني عليه أو كسر أسنانه، لأن الكسر ما هو إلا هتك للأنسجة التي تكسو العظام، أو الأسنان⁽¹⁾. ويحدث الجرح من جسم خارجي، أي من أداة قاطعة كالسكين، أو راضة كعصا أو واخزة كإبرة؛ أو أي سلاح مدبب، أو سلاح ناري. وقد يحصل الجرح بفعل حيوان، فيعد مرتكباً للجرح العمد من يحرش حيوان على آخر فيحدث جرحاً⁽²⁾.

الفرع الثاني: أنواع الجروح في القانون الوضعي

1- الجروح الرضية: وفيها يتفرق اتصال أنسجة الجسم البشري نتيجة استعمال آلات رضية، وتنقسم إلى:

أ- السحجات: وهي التسلخات التي تحدث من احتكاك جلد المصاب بجلد خشن، والتي تؤدي إلى تآكل الجزء الخارجي من طبقات الجلد، وارتشاح سائل مصلي أصفر اللون، وقد يكون مدمماً، أي نعرفه ببعض النقاط الدموية، وتنشأ السحجات من احتكاك الجلد بسطح خشن أو حاد يكشط خلايا الجلد السطحية في موضع الاحتكاك، وهي تبعاً لذلك غير مصحوبة بأي ألم، أو نزف، وتشفى دائماً دون أن تترك أي أثر⁽³⁾.

ب- الرضى أو التكدم: « وهو التلون الذي يصحب انسكاب دموي في الأنسجة، كنتيجة للإصابة. وتتوقف سعة وشكل الكدم على: مقدار القوة التي استعملت في إحداثه.

(1) أحمد شوقي عمر أبو خطوة، جرائم الاعتداء على الأشخاص، (دار النهضة العربية، 1993)، ص: 141.

(2) عمرو عيسى الفقي، جرائم الجرح والضرب والترويع، البلطجة، (المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، 1998)، ص: 23.

(3) شريف الطباخ، جرائم الجرح والضرب وإعطاء المواد الضارة، ص: 66.

- نوع النسيج الذي حصل فيه الكدم، فعادة تكون درجة التكدّم أكثر في الأطفال، والنساء والشيوخ، وكذا فإنها تكون شديدة في الأنسجة متزايدة الرخاوة مثل: الجفون.
- حجم وشكل الآلة التي أحدثت الكدم⁽¹⁾.
- ج- **الضغط البسيط:** وهو يشبه في أثره الكدم والرضا، ويحدث نتيجة تشقق ينتج على سطح جزء مكدم من جراء ضغط شديد بالبشرة، وبالنسيج الخلوي أسفلها وذلك بالقوة الضاربة، ورد الفعل من باطن الجسم إلى الخارج كقوة مضادة، بحيث ينحسر الجلد والنسيج تحته فيما بين القوتين المضادتين إلى الدرجة القصوى، التي لا يمكن بعدها بقوة تمدد الجسم أن يحتمل فينشق الجرح في المكان الموجه إليه الصدمة⁽²⁾.
- 2- **الجروح القطعية:** « وهي الجروح التي تحدث على الجسم أو الأنسجة باستخدام آلة حادة مثل: الموس أو السكين، أو ما شابه ذلك من آلات»، ويمكن أن تعرف الجروح القطعية أيضاً بأنها: « كل جرح أحدث بجرّ حرف الآلة الحادة على سطح الجسم، وأكثر ما تكون هذه الجروح في الرقبة والأطراف، ويتميز الجرح القطعي بانتظام حوافه وتباعدها ونظافة قاعدته، وحدة زواياه وكثرة الترف الخارج منه، وطوله عادة أكبر من عمقه، وفي بعض الحالات تكون حوافي الجرح القطعي غير منتظمة، ويحصل ذلك عند تشابك عدد من الجروح القطعية، أو إذا حدث الجرح في مكان متغصن الجلد مثل الرقبة أو الإبط⁽³⁾».
- 3- **الجروح الطعنية:** وهي الجروح التي تغور في الأنسجة، والتي تحصل نتيجة الطعن بالطرف المدب لآلة حادة، ومن خواصها:
 - أن عمقها أكبر من طولها وحوافيها في العادة حادة، وقد تكون زاويتها حادتين عندما تكون الآلة ذات حدين.
 - أنها كثيراً ما تأخذ شكل الآلة التي أحدثتها، خصوصاً في الأنسجة الصلبة نوعاً كالغضاريف.

(1) مديحة فؤاد الحضري عقيد، أحمد بسيوني أبو الروس، الطب الشرعي ومسرح الجريمة والبحث الجنائي، (المكتبة الجامعية)، ص: 126.

(2) عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم " دراسة جنائية مقارنة " (دار الفكر والقانون، الطبعة الثانية 2008م)، المجلد الأول، ص: 251.

(3) شريف الطباخ، جرائم الجرح والضرب وإعطاء المواد الضارة، ص: 71.

● إنها إن لم تتسع أثناء استخراج الآلة منها، يكون طولها أصغر قليلاً من عرض نصل الآلة التي أحدثتها، وعرضها أكبر قليلاً من سمك النصل.

وتحصل الجروح المذكورة من أية آلة ذات طرف مدبب، أو حاد، مثل: السكين والسيف، أما الجروح التي تحدث من آلات مدببة غير حادة الحوافي، مثل: المسمار، والمبرد، فتعرف بالجروح الوخزية. وتتميز عن الطعنية بكون حوافيها ليست حادة، بل تختلف باختلاف الآلة التي أحدثتها فقد تكون مستديرة في حالة المسمار المستدير⁽¹⁾.

4- **الجروح العضية:** « وهي التي تحدث من عضه حيوانية أو آدمية بواسطة الأسنان، فتحدث تفریقاً في اتصال الأنسجة، وعادة تؤدي إلى تجمع دموي أو نزيف.

5- **الجروح التهتكية:** وهي جروح رضية، بيد أن درجة الرض بالأنسجة تجاوز الحد العادي فيها، وتظهر من هذه الجروح الأنسجة في حالة تهتك. وتحدث هذه الجروح من المصادمة بأشياء ثقيلة كقطع الحديد والفأس، وعادة يحدث عنها نزيف شديد⁽²⁾.

(1) مديحة فؤاد الخضري عقيد، أحمد بسيوني أبو الروس، الطب الشرعي ومسرح الجريمة، ص: 129-130.

(2) عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، المجلد الأول، ص: 252.

المطلب الثاني: فعل الضرب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

الفرع الأول: فعل الضرب في الفقه الإسلامي.

« ويدخل فيه كل أثر يحدث بجسم الإنسان، ناشئ عن استعمال أداة غير قاطعة، ويوجد الضرب ولو لم يترك وراءه أثراً ظاهراً من دم أو احتقان، ويشمل أيضاً كل صور الصدم والجذب والعنف والضغط على الأعضاء والحنق»⁽¹⁾.

الفرع الثاني: فعل الضرب في القانون الوضعي.

« يقصد بالضرب كل ضغط يقع على أنسجة الجسم، دون أن يؤدي إلى تمزيقها، ولو لم يترتب على الضغط آثار ككدمات أو احمرار بالجلد، أو ينشئ عنه مرض أو عجز»⁽²⁾.

ويعتبر الضرب كل مساس بأنسجة الجسم عن طريق الضغط عليه مباشرة، أو بالواسطة دون أن يترك جرحاً، وقد يقع ذلك بصفع المجني عليه، أو ركله بالقدم، وقد يقع باستعمال أداة كعصا، أو حجر أو غيرها من الوسائل⁽³⁾.

ولا يشترط لتحقيق الضرب أن يقوم الجاني بتوجيه عدة ضربات للمجني عليه، إذ يكفي لوقوع الاعتداء على جسم المجني عليه أن تقع ضربة واحدة، وهذه تكفي لقيام الجريمة مهما كان الضرب بسيطاً أو ضئيلاً؛ أو تاركاً أثراً أو غير تارك لأبي أثر، كما أنه لا يشترط أن يسبب الضرب ألماً للمجني عليه أو لا يسبب له أي ألم، فالاعتداء يقع وتقوم به الجريمة، ولو حصل الضرب على جسم إنسان مخدر أو مغمى عليه⁽⁴⁾.

الفرق بين الجرح والضرب: يختلف الجرح عن الضرب، فإن كانا يشتركان في أن كل مصادمة

للجسم على شيء من الأهمية تحدث بجسم خارجي، إلا أنهما يختلفان حول النتيجة، فما نشأ

(1) أحمد فتحي مهنسي، الجرائم في الفقه الإسلامي، ص: 226.

(2) شريف الطباخ، جرائم الجرح والضرب وإعطاء المواد الضارة، ص: 15.

(3) محمد علي جعفر، قانون العقوبات القسم الخاص، ص: 208.

(4) محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات القسم الخاص "الجرائم الواقعة على الأشخاص"، (الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى 2002م)، ج1، ص: 116-117.

عن المصادمة جرح اعتبرت الواقعة جرحاً، وإن لم يتخلف عنها جرح كانت ضرباً، سواءً أترك الضرب آثاراً كاحمرار في الجلد أو كدمات، أو لم يترك أي أثر⁽¹⁾.

المطلب الثالث: فعل إعطاء المواد الضارة.

لا شك أن أفعال الضرب لا تشمل جميع صور الإيذاء الذي يشكل مساساً بسلامة جسم الإنسان، فهناك بعض الأفعال التي تشكل اعتداءً، إلا أنه لا يمكن اعتبارها جرحاً أو ضرباً، ومن قبيل ذلك إعطاء مواد ضارة للمجني عليه تسبب له إيذاءً، كمن يعطي الآخر حبوباً تسبب له القيء أو الإسهال، أو يعطيه حبوباً تضعف شهيته للأكل مما يسبب له الضعف، وما إلى ذلك⁽²⁾. وعرفت المادة (265) من قانون العقوبات المصري المواد الضارة بأنها « الجواهر غير القاتلة التي ينشأ عنها مرض أو عجز وقي عن العمل » ويتوقف تحديد ما هية المواد الضارة على مدى تأثيرها بالضرر على الصحة سواءً بإحداث اعتلال بها، أو بزيادة ما كانت تعانيه من انحراف من قبل⁽³⁾.

ولم يتطلب القانون صورة معينة للإعطاء، ولذلك فإنه ينصرف إلى كل فعل يتمكن به الجاني من إقامة الصلة بين المواد الضارة وجسم المجني عليه⁽⁴⁾. وتعتبر المادة ضارة، إذا كان تعاطيها يؤدي إلى الإخلال بالوضع الصحي البدني أو النفسي أو العقلي للمجني عليه؛ أي أن المادة تعتبر ضارة إذا كان تناولها يؤدي إلى حدوث اضطراب في وظائف أعضاء الجسم⁽⁵⁾.

(1) عمرو عيسى الفقي، جرائم الجرح والضرب والترويع، البلطجة، ص: 34.

(2) محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، ج1، ص: 119.

(3) شريف الطباخ، جرائم الجرح والضرب وإعطاء المواد الضارة، ص: 25.

(4) معوض عبد التواب، الطب الشرعي، ص: 541.

(5) ماهر عبد الشويس، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، ص: 187.

المطلب الرابع: أفعال العنف والتعدي.

أعمال العنف والتعدي يمارسها الجاني قبل المجني عليه، كلما اعتدى بسلوك عنيف على المجني عليه، عالماً أن فعله يحظره القانون. « وأعمال العنف هي كل استخدام غير مشروع لوسائل القسر المادي أو البدني، يمارسها الجاني ضد المعتدى عليه، بغية تحقيق غايات معينة ». وقيل بأنه كل فعل ينطوي على استخدام القوة البدنية، وينال من مادة جسم المجني عليه، بحيث يقصر أثره دون تخلف ضرب أو جرح⁽¹⁾.

المطلب الخامس: فعل الإيذاء.

« والإيذاء هو كل نشاط يصدر من الجاني يسبب ألماً للمجني عليه، وفكرة الإيذاء لم تعد تقتصر على إحداث الألم بل اتسعت كي تشمل كل ما يعمل على الإضرار بسلامة الجسم أو البدن »⁽²⁾.

وقد عرفت المادة (319) من قانون العقوبات الهندي الإيذاء بقولها « كل من يحدث ألماً جسمانياً، أو مرضياً، أو عجزاً، لأي شخص يقال أنه قد أحدث أذى ». كما عرفته المادة (271) من قانون العقوبات السوداني بالقول « كل من يسبب لإنسان ألماً جسمانياً، أو مرضاً أو عاهة، يكون قد سبب له أذى »⁽³⁾.

والإيذاء مفهومه شامل لكل الأفعال التي تمس سلامة الجسم، دون أن يعتبر ضرباً أو جرحاً، ويدخل في إطاره أعمال العنف والشدة التي تمس سلامة الجسم مهما اختلفت صورها وأشكالها⁽⁴⁾.

ومثال ذلك: « من يوجه أشعة إلى جسم المجني عليه، مما يؤدي إلى إحداث خلل في السير الطبيعي لأجهزته الداخلية، كجهاز الهضم، أو جهاز التنفس، أو الجهاز العصبي؛ فلا شك في أن مثل هذه الأفعال تعد من قبيل الإيذاء. ويعتبر من قبيل الإيذاء أيضاً من يجمع بين مريض بمرض سريع العدوى مع آخر غير مريض، بنية نقل العدوى إليه. أو من يعرض شخصاً نائماً لتيار

(1) عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، المجلد الأول، ص: 272.

(2) شريف الطباخ، جرائم الجرح والضرب وإعطاء المواد الضارة، ص: 25.

(3) مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، ص: 132.

(4) محمد علي جعفر، قانون العقوبات القسم الخاص، ص: 208.

هوائي بارد مما يسفر عن إصابة المحني عليه بالبرد الشديد، كذلك يعتبر من قبيل الإيذاء المقصود إدخال المحني عليه في ثلاجة وإقفال بابها عليه»⁽¹⁾.

المطلب السادس: فعل التعذيب والتهديد.

يعتبر جسم الإنسان الكيان المادي والنفسي، والذي من خلاله يباشر الشخص وظائفه العامة والخاصة. وبالتالي المساس الذي ينال الجسم ويصيبه بالضرر يعتبر ضرباً من ضروب التعذيب.

الفرع الأول: فعل التعذيب.

وقد عرفته المادة الأولى من اتفاقية مناهضة التعذيب بقولها « يقصد بالتعذيب أي عمل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد، جسدياً كان أم عقلياً، يلحق عمداً بشخص ما بقصد الحصول من هذا الشخص، أو من شخص ثالث، على معلومات أو على اعتراف، أو معاقبته على عمل ارتكبه أو يشتبه في أنه ارتكبه، هو أو شخص ثالث، أو تخويفه، أو إرغامه هو أو أي شخص ثالث، أو عندما يلحق مثل هذا الألم أو العذاب لأي سبب من الأسباب يقوم على التمييز أياً كان نوعه، أو يجرى عليه، أو يوافق عليه أو يسكت عنه موظف رسمي، أو أي شخص آخر يتصرف بصفته الرسمية. ولا يتضمن ذلك الألم أو العذاب الناشئ فقط عن عقوبات قانونية، أو الملازم لهذه العقوبات، أو الذي يكون نتيجة عرضية لها»⁽²⁾.

وجاء في المادة السابعة من العهد الدولي الخاص بالحقوق السياسية والمدنية « لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب، ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية، أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة. وعلى وجه الخصوص، لا يجوز إجراء أية تجربة طبية على أحد دون رضاه الحر»⁽³⁾.

« فجريمة التعذيب شملت التعذيب العقلي والبدني، ووقوع الأذى على المشتبه فيه، أو على شخص آخر، وأن الغرض قد يكون للحصول على معلومات أو للتأديب أو بسبب قائم على التمييز أيضاً كان نوع هذا التمييز... وضم التعريف المسؤولية عن تلك الجريمة فلم يقصرها

(1) محمد سعيد نمور، الجرائم الواقعة على الأشخاص في قانون العقوبات الأردني، (دار عمار، الأردن، الطبعة الثالثة، 2000م)، ص: 102.

(2) نجاد البرعي، الحق في سلامة الجسم، ص: 6.

(3) العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية « اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة 2200 (ألف) المؤرخ في 16 كانون الأول/ ديسمبر 1966. تاريخ بدء النفاذ: 23 آذار/ مارس 1976، طبقاً للمادة 49.

على من قام بالتعذيب بنفسه، بل أيضاً من حرّض عليه أو علم بوقوعه ولم يتخذ الإجراءات القانونية للإبلاغ بوقوع الجريمة»⁽¹⁾.

وهذا ما أكدته لجنة الدول الأمريكية لمنع التعذيب، والمعاقبة عليه في تعريفها للتعذيب بأنه: « استخدام أساليب ضد شخص ما، بهدف مسح شخصية الضحية، أو إضعاف قدراته الجسدية والعقلية حتى لو لم تسبب ألماً جسدياً أو مرضاً عقلياً »⁽²⁾.

والملاحظ أن التعريفات السابقة لم تحصر صور التعذيب، ولم تبين هدفه أو مفهومه بقدر ما حاولت بيان آثاره والنتائج المترتبة عنه.

ويمكن القول بأن التعذيب « هو الفعل أو الوسيلة العمدية الموجهة ضد شخص بغرض تأديبه، أو الانتقام منه، أو بحمله على الاعتراف، أو بأي وسيلة أخرى تستعمل لإلحاق الضرر النفسي والعقلي والجسدي للإنسان ».

ولا يمكن بأي حال من الأحوال حصر وسائل التعذيب، ولا تحديد طرقه، ذلك أن التقدم التكنولوجي والنمو الحضاري يفرز معه - على مختلف الأصعدة - أنواع جديدة مبتكرة في استحداث صور أكثر إيلا، وأشد اعتداء.

الفرع الثاني: فعل التهديد.

يعتبر التهديد الصادر بالإيذاء من الجاني تجاه المجني عليه، من عداد الأفعال الماسة بحق الأخير في سلامته الجسدية، ويتضمن هذا التهديد كل فعل يصدر من الجاني وينبئ عن اعتداء وشيك على سلامة جسم المجني عليه. فيولد لديه إحساساً بالرهبة والخوف من هذا التعدي. كما يندرج تحت هذا المعنى كل اعتداء على سلامة جسم المجني عليه لم تتكامل أركانه. وعلى ذلك فإنه تحت هذه الصورة، كل فعل من شأنه أن ينال من السلامة النفسية لجسم المجني عليه - بجانب مساسه بالصحة البدنية - كالتلويح بقبضة يد الجاني على أنف المجني عليه، وتوجيه مسدس أو سلاح تجاه جسم المجني عليه.

(1) ماجدة عدلي، الحق في سلامة الجسد، ص: 56.

(2) نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، ص: 69.

ولتجريم السلوك الصادر من الجاني بتهديد السلامة الجسدية للمجني عليه، يشترط أن يولد لدى المعتدى عليه الإحساس الحقيقي بالخشية من الاتصال الفيزيقي بجسده، أما إذا لم يتولد لديه هذا الإحساس، فلا تقوم جريمة التهديد بالاعتداء⁽¹⁾.

⁽¹⁾ عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، المجلد الثاني، ص: 619-620.

المبحث الثاني: تجريم الأفعال الماسة بسلامة الجسم في قانون العقوبات الجزائري.

ساير المشرع الجزائري النظم القانونية الجنائية المعاصرة في تقرير الحق في سلامة الجسم، ومنع الاعتداء على التكامل الجسدي. من خلال تجريمه لأفعال الجرح والضرب، وإعطاء المواد المضارة، ومختلف أشكال العنف والتعدي الأخرى.

المطلب الأول: جريمة الجرح والضرب وإعطاء المواد المضارة وأعمال العنف الأخرى والتعدي.

« وهي عبارة عن أفعال اعتداء تقع على جسم الشخص وتمس بسلامته، سواء ارتكبت عمداً أو بصورة غير عمدية، وفي هذا الشأن فإن السلامة الجسدية حق ثابت يمنع الشرع والقانون المساس به أو الانتقاص منه على أي نحو، وهذا الحق قد يكون في سلامة بنيانه الجسدي أو سلامة وظائف أعضاء وأجهزة جسمه، أو سلامته من الآلام المختلفة»⁽¹⁾.

الفرع الأول: محل الاعتداء أو حق جسم الإنسان في السلامة.

جسم الإنسان الذي يحميه القانون هو جسم الإنسان الحي الذي يكون صالحاً لمباشرة وظائف الحياة، ولا يفرق القانون الجزائري بين أجزاء الجسم الداخلية أو الخارجية، فمن يحدث جرحاً ظاهراً في الوجه أو اليدين مثلاً يحقق الاعتداء على جسم الإنسان، شأنه في ذلك من يتعدى على عضو داخلي مثل الكلى أو الرئة، أو غدة من الغدد، فكل اعتداء على جسم الإنسان يشكل عدواناً حتى ولو لم توجد علامات خارجية ظاهرة تدل على الاعتداء.

« والحق في سلامة الجسم هو من الحقوق الثابتة لكل إنسان، ولو كان مريضاً، لأن الحق في سلامة جسم المريض يعني له الحفاظ على القدر من الصحة، الذي لا يزال متوافراً لديه، ويشمل الحق في سلامة الجسم بتر عضو من أعضاء الجسم، أو ذهاب منفعة كلياً أو جزئياً، ولا أهمية لقيمة العضو بالنسبة لجسم الإنسان، كما يشمل الآلام التي يعاني منها المحني عليه»⁽²⁾.

(1) نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص « شرح 50 جريمة ملحق بها الجرائم المستحدثة بموجب القانون 09-01 »، (دار الهدى، الجزائر، 2009م)، ص: 86.

(2) حسين فريجة، شرح قانون العقوبات الجزائري « جرائم الأشخاص، جرائم الأموال »، (ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 2009م)، ص: 138-139.

الفرع الثاني: الركن المادي في الاعتداء على سلامة الجسم. أولاً: فعل الاعتداء:

يتمثل الركن المادي في الاعتداء على سلامة الجسم بإتيان الجاني سلوكاً، أو فعلاً مادياً يؤثر على المادة العضوية للجسم، أو يصيب العقل والجهاز العصبي والنفسي للإنسان، أو أي اعتداء ولو لم توجد آثار ظاهرية دالة عليه.

وقانون العقوبات الجزائري نص على جرائم الاعتداء المتمثلة في: الجرح، والضرب، وإعطاء المواد الضارة.

1- الجرح: « ويراد بالجرح كل قطع أو تمزيق في الجسم، أو في أنسجته بترك أثر يدل عليه كالعض والحروق والكسر، والتسلخ، والرضوض، مهما كانت باطنية أو ظاهرية، ويحدث الجرح بأي شيء مادي يلامس الجسم ويصدمه»⁽¹⁾.

2- الضرب: « يقصد بالضرب كل ضغط مادي على الجسم، لا يؤدي إلى إحداث قطع فيه، أو تمزيق لأنسجته، ولا يشترط أن يكون الضغط على جسم الإنسان باستعمال أداة معينة، وإنما قد يحدث ذلك بغير استعمال أداة؛ لذلك يعتبر من قبيل الضرب توجيه صفعه باليد، ولا يتطلب القانون في الضرب المعاقب عليه أن يكون على درجة معينة من الجسامه، فالعقاب على الضرب واجب مهما كان بسيطاً ولو لم يترك أي أثر في الجسم»⁽²⁾.

3- إعطاء المواد الضارة: اعتبر المشرع الجزائري إعطاء مادة ضارة في حكم الجرح والضرب، بحيث يتوافر الركن المادي في هذه الجريمة بتناول المجني عليه مادة ضارة تؤدي إلى عجز وقتي عن العمل، والمادة الضارة هي التي تؤدي إلى ارتباك واضطراب خلايا وأعضاء الجسم ووظائفها وحتى تتم الجريمة على هذه الصورة، يجب أن تكون المادة التي أعطيت قد نشأ عنها فعلاً مرضاً أو عجزاً وقتي عن العمل حتى يعاقب عليها القانون⁽³⁾.

(1) محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري " القسم الخاص "، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية (1990م)، ص: 49.

(2) حسين فريجة، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص: 141-142.

(3) محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري " القسم الخاص "، ص: 50.

4- أعمال العنف الأخرى والتعدي: وتنقسم إلى قسمين:

أولاً: أعمال العنف الأخرى: ويقصد بها تلك الأعمال التي تصيب جسم الضحية دون أن تؤثر عليه أو تترك أثراً فيه، ومن هذا القبيل دفع شخص إلى أن يسقط أرضاً، جذب الشعر، قص شعر شخص عنوة، لمس امرأة على وجهها، جلب شخص أو جذبه من أذنيه، لوي ذراع شخص...
ثانياً: التعدي: ويقصد به تلك الأعمال المادية التي وإن كانت لا تصيب جسم الضحية مباشرة، فإنها تسبب لها إنزعاجاً، أو رعباً شديداً من شأنه أن يؤدي إلى اضطراب في قواها الجسدية أو العقلية، ومن هذا القبيل إطلاق عيار ناري لإحداث الرعب في نفس شخص؛ تهديد شخص بمسدس أو بسكين أو بمذراة أو بعصا، والبصق في وجه شخص أو قذفه بالماء، أو الإرسال إلى شخص بظرف يحتوي على قاذورات أو رسائل تحتوي على صور لأكفان⁽¹⁾.
ولكي يكتمل الركن المادي لمختلف جرائم الإيذاء العمدي، ربط المشرع الجزائري فعل الاعتداء بالشروط التالية:

- الشرط الأول: أن يكون الاعتداء موجهاً إلى جسم الإنسان: ومعنى ذلك إذا كان الاعتداء غير موجه إلى جسم الإنسان فلا تكون هناك جريمة إيذاء عمدي ومثال ذلك: أن يقذف شخصاً حجر على سيارة يقودها إنسان قاصداً بذلك إتلاف السيارة، دون إصابة السائق فهنا تقوم جريمة الإتلاف أو تخطيم أموال منقولة مملوكة للغير⁽²⁾.

- الشرط الثاني: أن يكون الاعتداء بطريقة إيجابية أو سلبية: يتحقق الركن المادي في جرائم الإيذاء المقصود بإتيان الفعل المكون للاعتداء العمدي المتمثل إيجابياً في الجرح أو الضرب أو إعطاء مواد ضارة، أو سلبياً عن طريق الامتناع عن تقديم الطعام والمساعدة حسب النص القانوني.

فتنص المادة (269) من قانون العقوبات الجزائري « كل من جرح أو ضرب عمداً قاصراً لا تتجاوز سنه السادسة عشرة أو منع عنه عمداً الطعام أو العناية إلى الحد الذي يعرض صحته

⁽¹⁾ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، (الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال وبعض الجرائم

الخاصة)، (دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، الطبعة الثانية عشر)، ج1، ص: 54.

⁽²⁾ حسين فريجة، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص: 143-144.

للضرر، أو ارتكب ضده عمداً أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي فيما عدا الإيذاء الخفيف، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 5000 دج⁽¹⁾.
ويظهر جلياً من هذا النص أن الامتناع عن تقديم العناية أو الطعام للطفل الحدث يعتبر سلوكاً مجرمًا في الإيذاء العمدي، ويشترط لتوقيع العقوبة على الجاني الإضرار بسلامة جسم القاصر. ومن استقراء النصوص المتعلقة بالإيذاء العمدي يمكن القول بأن المشرع الجزائري قد اعتبر الاعتداء الذي يؤدي إلى مرض أو عجز عن العمل لمدة تتجاوز 15 يوماً من قبيل الجنح⁽²⁾.
أما إذا أدى الاعتداء إلى عجز يستحيل شفاؤه (عاهة مستديمة) يعتبر جنائية؛ لأنه في هذه الحالة يعد اعتداءً جسيماً⁽³⁾، أما إذا أدى الاعتداء إلى الوفاة فيعتبر الإيذاء أشد جساماً، ويعاقب عليه بالحد الأقصى للسجن المؤقت⁽⁴⁾ (5).

- الشرط الثالث: ألا يكون الاعتداء بقصد إتيان الوفاة: ويعني ذلك اشتراط ألا تكون إرادة الجاني قد اتجهت وقت ارتكاب الفعل إلى إحداث الوفاة، وإلا كان بصدد قتل عمدي.
فانعدام قصد القتل هو الذي يميز الجرح والضرب، وإعطاء المواد الضارة المفضي إلى الموت عن القتل العمدي⁽⁶⁾.

(1) المادة (269) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

(2) نصت المادة (1/264) على أنه « كل من أحدث عمداً جروحاً للغير أو ضربه أو ارتكب أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي، يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج، إذا نتج عن هذه الأنواع من العنف مرض أو عجز كلي عن العمل لمدة تزيد عن خمسة عشر (15) يوماً»، ينظر: المادة (264) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

(3) نصت المادة (3/264) « وإذا ترتب على أعمال العنف الموضحة أعلاه فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر أو فقد ابصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات».

(4) نصت المادة (4/264) من قانون العقوبات الجزائري « وإذا أفضى الضرب أو الجرح الذي ارتكب عمداً إلى الوفاة دون قصد إحداثها فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة»، ينظر: المادة (264) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

(5) حسين فريجة، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص: 144.

(6) شريف الطباخ، جرائم الجرح والضرب وإعطاء المواد الضارة، ص: 52.

« ويشترط بالنسبة لجريمة الضرب أو الجرح المفضي إلى الموت، أن الضرب أو الجرح إذا استعملت فيه أداة معينة، فيجب أن تكون هذه الأداة ليس من شأنها أن تفضي إلى الموت، أي أن لا يستعمل الجاني أداة قاتلة لارتكاب فعل الإيذاء، لأنه إن فعل ذلك فلا يمكنه الزعم أنه كان يقصد إيذاء المجني عليه فقط، لأن استعمال أداة قاتلة كالمسدس أو البندقية أو الفأس لا يدل على نية الإيذاء، وإنما يدل على نية القتل، مما يجعل الفاعل مسؤولاً عن قتل مقصود وليس عن مجرد ضرب أو جرح أفضى إلى الموت»⁽¹⁾.

ثانياً: نتيجة الاعتداء:

يتمثل فعل الاعتداء في الأذى الذي يلحق بجسم المجني عليه، أي أن النتيجة التي يجرمها القانون هي المساس بحق المجني عليه في سلامة جسمه، فإذا لم يترتب على الفعل أي مساس بسلامة جسم المجني عليه، فلا تقوم جريمة من جرائم الضرب أو الجرح أو إعطاء المواد الضارة. والقاعدة أنه لا عقاب على الشروع في جرائم الضرب والجرح والإيذاء العمدي؛ لأن الجريمة إذا قامت تتحقق النتيجة، والمشرع يعاقب عليها، أما الشروع في الجنايات كقاعدة عامة معاقب عليها⁽²⁾ ⁽³⁾.

ثالثاً: علاقة السببية:

من المقرر أن الجاني في جريمة الضرب أو إحداث جرح عمداً، يكون مسؤولاً عن جميع النتائج المحتمل حصولها نتيجة سلوكه الإجرامي، ولو كانت عن طريق غير مباشر، ما لم تتداخل عوامل أجنبية غير مألوفة تقطع رابطة السببية بين فعله وبين النتيجة⁽⁴⁾.

« وعلاقة السببية معناها أن يعتبر الفعل هو سبب حدوث النتيجة. فيكون الفاعل مسؤولاً عن موت المجني عليه إذا كانت الوفاة هي نتيجة محتملة لفعله تبعاً للمجرى العادي للأمر.

(1) محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، ج1، ص: 131.

(2) حسين فريجة، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص: 145-146.

(3) الشروع في جنحة الضرب والجرح العمدي غير معاقب عليه، أما الشروع في الضرب المفضي إلى الموت فهو غير متصور إطلاقاً، ولكن الأمر يختلف في الضرب المنشئ لعاهة مستديمة فقد تكون هذه العاهة مستديمة شرع في إحداثها شخص ولكنها لم تتم والشروع هنا يمكن أن يعاقب عليه بدون نص لأن الفعل يكون جنائياً، أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج1، ص: 57.

(4) شريف الطباخ، جرائم الجرح والضرب وإعطاء المواد الضارة، ص: 35.

ومعيار توافر علاقة السببية بين الفعل والنتيجة يقوم على عدم تصور وقوع النتيجة، باستبعاد الفعل الجرمي الذي ارتكبه الجاني، ويستوي في هذا الصدد أن تكون علاقة السببية مباشرة أو غير مباشرة، كالتراخي في العلاج من جانب المجني عليه، أو وقوع إهمال طفيف من قبل الطبيب المعالج، ما لم يثبت أن التراخي في العلاج كان متعمداً من جانب المجني عليه لتجسيم مسؤولية الجاني»⁽¹⁾.

الفرع الثالث: الركن المعنوي.

يتحقق الركن المعنوي في جرائم الجرح أو الضرب أو أعمال العنف الأخرى، إذا قام الجاني بفعل الجرح أو الضرب عن إرادة وعلم بأن فعله هذا يترتب عليه المساس بسلامة جسم المجني عليه أو بصحته أو إيلامه⁽²⁾.

أولاً: **عنصر العلم:** فيجب أن يكون الجاني عالماً بحقيقة نشاطه، وبما يؤدي إليه من نتيجة معينة؛ وهي المساس بحق إنسان في سلامة جسمه أو صحته.

وبهذا العنصر يتميز القصد عما عداه من صور الإثم، فإذا انتفى علم الشخص بحقيقة نشاطه أو بما يؤدي إليه فإن الجريمة لا تكون عمدية، ويستوي في ذلك أن يكون أثر النشاط قد تجلّى في ضرب أو جرح، أو إعطاء مادة ضارة، فمن ينظف سلاحاً محشواً على غير علمه فتنتلق منه رصاصة تجرح شخصاً لا يعتبر قاصداً لإحداث الجرح، وإن جاز معاقبته على الإصابة الخطأ إذا انطوى مسلكه على الإهمال أو عدم الاحتياط⁽³⁾.

ثانياً: **عنصر الإرادة:** فيجب أن تتجه إرادة الجاني إلى إتيان النشاط المكون لفعل الاعتداء، وأن تتجه أيضاً إلى المساس بسلامة جسم المجني عليه، وهي إرادة تحقيق النتيجة.

فإذا ثبت أن الجاني كان ضحية إكراه مادي، ولم تتوفر لديه إرادة إتيان الفعل، كما في حالة ما إذا دفعه آخر فاصطدم بشخص ثالث صدمة عنيفة أدت إلى جرحه. فإن القصد الجنائي لا يتوافر ولا تلحق بالجاني أية مسؤولية، كذلك لا يسأل الجاني عن جريمة الإيذاء المقصود ولو توافرت لديه إرادة النشاط، إذا لم يكن لديه إرادة تحقيق النتيجة، فمن يطلق عياراً نارياً

(1) محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، ج1، ص: 133.

(2) محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري " القسم الخاص"، ص: 50.

(3) عمر عيسى الفقي، جرائم الجرح والضرب والترويح، البلطجة، ص: 59-60.

لاصطياد طير، فيصيب شخص بجروح فإن القصد الجرمي لا يتوافر ويسأل الفاعل عن جريمة التسبب بالإيذاء عن غير قصد، إذا ثبت الخطأ في حقه⁽¹⁾.

ولا ينفي الغلط في الشخصية؛ أو الحيدة عن الهدف والقصد الجنائي، فالقانون يحمي الحق في سلامة الجسم وصحته لكافة الناس، وما دام الجاني يعلم بأنه يعتدي على سلامة إنسان، وقد وقع الاعتداء فعلاً على إنسان فلا أهمية بعد ذلك للغلط الواقع منه في الأوصاف التي تميز هذا الشخص من ذلك؛ لأنه غلط يتعلق بأمور زائدة عن القدر الذي يراه القانون، ولنفس السبب فإن القصد لا يعتبر غير محدود، إذا كان الشخص يعلم أن نشاطه يصيب بالأذى حق أناس في سلامة أجسامهم أو صحتهم، ولكنه لا يعلم مقدماً بأشخاص ضحايا. كمن يضع مادة ضارة بالصحة في مياه بئر يردها أهل القرية، فمثل هذا الشخص لديه العلم بأن نشاطه سيؤدي -حتماً- إلى الإضرار بسلامة إنسان أو عدد من الناس، وهذا كل ما يلزم لقيام القصد وتحديده⁽²⁾.

وعند توافر القصد الجرمي: العلم والإرادة، يُسأل الجاني عن جريمة مقصودة بغض النظر عن الباعث أو النية التي نواها من وراء ارتكاب فعل الاعتداء، إذ لا يشترط أن تتوافر لديه نية الإضرار بالمجني عليه، فمن يجرح شخصاً، أو يكويه بالنار بقصد شفائه يسأل عن جريمة الإيذاء المقصود إذا كان الجاني ليس من الأطباء، ولا من المرضين الذين يخول لهم القانون إتيان مثل هذه الأفعال « إذ لا عبرة بالبواعث على ارتكاب الفعل، ولو كانت شريفة مبعثها الشفقة وابتغاء الخير للمصاب »؛ لأن الباعث ليس عنصراً من عناصر القصد الجرمي⁽³⁾.

(1) محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، ج1، ص: 121.

(2) عمرو عيسى الفقي، جرائم الجرح والضرب والترويع، البلطجة، ص: 60.

(3) محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، ج1، ص: 122.

الفرع الرابع: عقوبة الإيذاء العمدي:

- تقسم التشريعات الجنائية العقوبات المقررة لجرائم الإيذاء العمدي إلى ثلاث فئات:
- الفئة الأولى: يعاقب عليها قانون العقوبات بعقوبة الجنحة.
 - الفئة الثانية: يعاقب عليها بعقوبة المخالفة.
 - الفئة الثالثة: يعاقب عليها بعقوبة الجنائية، عندما يؤدي الاعتداء إلى عاهة مستديمة أو يفضي إلى الموت⁽¹⁾.

أولاً: الإيذاء العمدي المعاقب عليه بعقوبة جنحة:

تعرض المشرع الجزائري لجنح الإيذاء العمدي في قانون العقوبات في المواد: 264 و 266 و 268 و 269 و 270 و 272 و 275 و 276⁽²⁾.

1- المادتين 264 و 266 (عقوبات جزائري): فتتضمن المادة (1/264) من قانون العقوبات الجزائري على « كل من أحدث عمداً جروحاً للغير، أو ضربه، أو ارتكب أي عمل من أعمال العنف أو التعدي، يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج، إذا نتج عن هذه الأنواع من العنف مرض أو عجز كلي عن العمل لمدة تزيد عن خمسة عشر (15) يوماً.

ويجوز علاوة على ذلك، أن يجرم الفاعل من الحقوق الواردة في المادة (14) من هذا القانون من سنة (1) على الأقل إلى خمس (5) سنوات على الأكثر⁽³⁾.

(1) حسين فريجة، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص: 152.

(2) حسين فريجة، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص: 152.

(3) المادة (264) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

وبالرجوع إلى المادة (14) من قانون العقوبات الجزائري نجد أنها تنص صراحة على أنه « يجوز للمحكمة عند قضائها في جنحة، وفي الحالات التي يحددها القانون أن تحظر على المحكوم عليه ممارسة حق أو أكثر من الحقوق الوطنية المذكورة في المادة 9 مكرراً، وذلك لمدة لا تزيد عن خمس سنوات »⁽¹⁾.

أما المادة (266) من (القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006) « إذا وقع الجرح أو الضرب أو غير ذلك من أعمال العنف أو الاعتداءات الأخرى مع سبق الإصرار أو التردد⁽²⁾، أو مع حمل أسلحة ولم يؤد إلى مرض أو عجز كلي عن العمل لمدة خمسة عشر (15) يوماً، فيعاقب الجاني بالحبس من سنتين (2) إلى (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج.... »⁽³⁾.

⁽¹⁾ المادة "14" (القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006)، وتنص المادة (9 مكرراً) من قانون العقوبات الجزائري « (القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006)، يتمثل الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية في:

- 1- العزل أو الإقصاء من جميع الوظائف والمناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة؛
- 2- الحرمان من حق الانتخاب أو الترشح ومن حمل أي وسام؛
- 3- عدم الأهلية لأن يكون مساعداً محلفاً، أو خبيراً، أو شاهد على أي عقد، أو شاهداً أمام القضاء إلا على سبيل الاستدلال؛
- 4- الحرمان من الحق في حمل الأسلحة، وفي التدريس، وفي إدارة مدرسة أو الخدمة في مؤسسة للتعليم بوصفه أستاذاً، أو مدرسا، أو مراقباً؛
- 5- عدم الأهلية لأن يكون وصياً أو قيمياً؛
- 6- سقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها... »، المادة (9 مكرراً) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

⁽²⁾ تنص المادة (256) « سبق الإصرار هو عقد العزم قبل ارتكاب الفعل على الاعتداء على شخص معين أو حتى على شخص يتصادف وجوده أو مقابلته وحتى لو كانت هذه النية متوقفة على أي ظرف أو شرط كان ». وتنص المادة (257) «الترصد هو إنتظار شخص لفترة طالت أو قصرت في مكان أو أكثر وذلك إما لإزهاق روحه أو للاعتداء عليه»، ينظر: قانون العقوبات الصادر بموجب الأمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 يونيو 1966 ج.ر. 49 مؤرخة في 11-06-1966، معدل ومتمم، آخر تحيين: القانون رقم 14-01 مؤرخ في 4 فبراير 2014 ج.ر. 07 مؤرخة في 16-02-2014، (دار بلقيس للنشر، دار البيضاء- الجزائر)، ص 93-94.

⁽³⁾ المادة (266) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

أما حمل الأسلحة فهو ظرف مشدد يتعلق بالركن المادي في جريمة الإيذاء العمدي، ومؤداه أن يكون الجاني حاملاً سلاحاً، ويستوي أن يكون سلاحاً نارياً أم سلاحاً أبيض، كالخنجر أو السكين أو المطواة، وما شابه ذلك، كما يستوي أن يكون ذلك السلاح قد استخدم في الإيذاء أم لم يستخدم، ويستوي أن يكون السلاح ظاهراً أو مخبئاً، وأساس التشديد هنا هو خطورة الجاني من ناحية ترويع المجني عليه، وإفزاعه من ناحية أخرى⁽¹⁾.

« ويقصد بالمرض، كل اعتلال في الصحة يؤدي إلى الإخلال بالسير الطبيعي لوظيفة من وظائف الحياة في الجسم، سواء أن يكون المرض بدنياً أو نفسياً أو عقلياً، ويترتب على المرض عجز عن العمل، ويشترط أن يكون المرض على قدر من الجسامة حتى يتحقق الظرف المشدد، ولذلك لا يكفي مجرد حدوث الألم الذي لا يدل على اختلال في السير الطبيعي لوظيفة من وظائف الجسم. ويقصد بالعجز عن العمل: العجز عن القيام بالأعمال البدنية التي يقتضي القيام بها كون جسم الإنسان في حالة عادية، فلا يقصد بالعجز عن الأعمال عجز المجني عليه عن القيام بالأعمال التي تتطلبها مهنته أو وظيفته، كما لو أدت الإصابة إلى عجز عن تحريك الذراع أو عجز عن المشي»⁽²⁾.

2- المادتين 268 و 269 (عقوبات جزائري): فتنص المادة (268) « كل من اشترك في مشاجرة أو في عصيان أو في اجتماع بغرض الفتنة وقعت أثناءه أعمال عنف أدت إلى الوفاة وفقاً للشروط المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من المادة 264 يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، ما لم يعاقب بعقوبة أشد لارتكابه أعمال العنف. إذا وقع ضرب أو جرح أثناء المشاجرة أو العصيان أو الاجتماع المذكور فتكون العقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين، ما لم توقع عقوبة أشد على مرتكب أعمال العنف ممن اشتركوا في هذه المشاجرة أو ذلك العصيان أو الاجتماع.

(1) نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص " شرح 50 جريمة، ملحق بها الجرائم المستحدثة بموجب القانون 09-01"، (دار الهدى، الجزائر، 2009)، ص 101.

(2) حسين فريجة، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص 155.

ويعاقب رؤساء ومرتكبو المشاجرة أو العصيان، أو القائمون على الاجتماع المذكور أو الداعون إليه، أو المحرضون عليه، كما لو كانوا هم مرتكبي أعمال العنف أنفسهم»⁽¹⁾.
 أما المادة (269) فتتص « كل من جرح أو ضرب عمداً قاصراً لا تتجاوز سنه السادسة عشرة، أو منع عنه عمداً الطعام أو العناية إلى الحد الذي يعرض صحته للضرر، أو ارتكب ضده أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي فيما عدا الإيذاء الخفيف، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 5.000 دج ».

3- المادتين (270) و (272) عقوبات جزائري): فتتص المادة 270 « إذا نتج عن الضرب أو الجرح أو العنف أو التعدي أو الحرمان المشار إليه في المادة السابقة، مرض أو عدم القدرة على الحركة أو عجز كلي عن العمل لأكثر من خمسة عشر يوماً، أو إذا وجد سبق إصرار، أو ترصد فتكون العقوبة الحبس من ثلاث إلى عشر سنوات والغرامة من 500 إلى 6.000 دج...».

أما المادة (272) فتتص « إذا كان الجناة هم أحد الوالدين الشرعيين، أو غيرهما من الأصول الشرعيين أو أي شخص آخر له سلطة على الطفل أو يتولى رعايته فيكون عقابهم كما يلي:

- 1- بالعقوبات الواردة في المادة (270) وذلك في الحالة المنصوص عليها في المادة (269)...»⁽²⁾
 - 4- إعطاء المادة الضارة طبقاً للمادة (275) (عقوبات جزائري): فتتص « يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات، وبغرامة من 500 إلى 2.000 دينار كل من سبب للغير مرضاً أو عجزاً عن العمل الشخصي، وذلك بأن أعطاه عمداً أو بأية طريقة كانت وبدون قصد إحداث الوفاة مواد ضارة بالصحة.
- وإذا نتج عنها مرض أو عجز عن العمل لمدة تجاوز خمسة عشر يوماً، فتكون العقوبة الحبس من سنتين إلى خمس سنوات...»⁽³⁾

(1) ينظر المادة (268) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

(2) ينظر المواد: (268)، (269)، (270)، (272) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

(3) المادة: (275) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

أما المادة (276) عقوبات جزائري، فتشدد العقوبة على الجاني إذا كان أحد أفراد الأسرة، أو أصحاب الولاية أو المسؤولين عن المجني عليه⁽¹⁾.

ثانياً: الاعتداء العمدي المعاقب عليه بعقوبة جنائية:

والمشروع الجزائري نص على اعتبار الاعتداء العمدي جنائية في المواد:

1/ المادة (264)، الفقرة الثالثة والرابعة حيث نصت «... وإذا ترتب على أعمال العنف الموضحة أعلاه، فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله، أو فقد البصر، أو فقد إبصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى⁽²⁾ فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات.

وإذا أفضى الضرب أو الجرح الذي ارتكب عمداً إلى الوفاة قصد إحداثها، فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة⁽³⁾.

2/ المادة (265) من قانون العقوبات الجزائري حيث نصت «إذا وجد سبق إصرار أو ترصد فإن العقوبة تكون السجن المؤبد إذا حدثت الوفاة، وتكون السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة إذا أدت أعمال العنف إلى فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر أو فقد إبصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى...»⁽⁴⁾.

3/ المادة (267) حيث نصت «كل من أحدث عمداً جرحاً أو ضرباً بوالديه الشرعيين، أو غيرهما من أصوله الشرعيين يعاقب كما يلي:

(1) ينظر المادة: (276) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

(2) ولم يعرف القانون العاهة الدائمة، وإنما ذكر بعض صورها، كالقطع أو استئصال أحد الأعضاء أو بتر أحد الأطراف أو تعطيلهما، أو تعطيل إحدى الحواس عن العمل، أو أحداث تشويه جسيم، وهذه الصورة لم ترد على سبيل الحصر بدليل قوله: «... أو أية عاهة أخرى» وتحديد صفة الديمومة منوط بالطب الشرعي. ويمكن تعريف العاهة الدائمة على أنها «فقد الجسم عضو من أعضاء أو فقدته منفعة هذا العضو أو فقدته حاسة أو امكانية، وسواء في الحالات السابقة جميعاً أن يكون الفقد كلياً أو جزئياً». ينظر: كامل السعيد، شرح قانون العقوبات «الجرائم الواقعة على الإنسان»، (دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006م)، ص: 294.

(3) المادة (264) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

(4) في المادة (264) اعتبر الفعل جنائية بالنظر إلى حسامة النتيجة الإجرامية «العاهة المستديمة، الوفاة»، أما المادة (265) فالمشروع اعتد فيها بالظروف المشددة "سبق الإصرار والترصد" وبالتالي اعتبر الفعل جنائية استناداً على ظرف التشديد.

- 1- بالحبس المؤقت من خمس إلى عشر سنوات، إذا لم ينشأ عن الجرح أو الضرب أي مرض أو عجز كلي عن العمل من النوع الوارد في المادة 264.
 - 2- بالحد الأقصى للحبس المؤقت من خمس إلى عشر سنوات، إذا نشأ عجز كلي عن العمل لمدة تزيد عن خمسة عشرة يوماً.
 - 3- بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة، إذا نشأ عن الجرح أو الضرب فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله، أو فقد البصر، أو فقد بصر إحدى العينين، أو أية عاهة مستديمة أخرى،
 - 4- بالسجن المؤبد إذا أدى الجرح أو الضرب المرتكب عمداً إلى الوفاة بدون قصد إحداثها. وإذا وجد سبق إصرار، أو ترصد تكون العقوبة:
- الحد الأقصى للحبس المؤقت من خمس إلى عشر سنوات في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى،
 - السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة، إذا نشأ عن الجرح أو الضرب عجز كلي عن العمل لمدة تزيد على خمسة عشر يوماً،
 - السجن المؤبد في الحالات المنصوص عليها في الفقرة 3 من هذه المادة.»
- 4/ المادة (271) حيث نصت « إذا نتج عن الضرب أو الجرح أو العنف أو التعدي المشار إليه في المادة 269 فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر أو فقد إبصار إحدى العينين، أو أية عاهة مستديمة أخرى فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة.
- وإذا نتجت عنها الوفاة بدون قصد إحداثها، فتكون العقوبة هي الحد الأقصى للسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة.
- وإذا نتجت عنها الوفاة بدون قصد إحداثها ولكنها حدثت نتيجة لظروف علاجية معتادة تكون العقوبة السجن المؤبد.
- وإذا وقع الضرب أو الجرح أو العنف أو التعدي أو الحرمان بقصد إحداث الوفاة فيعاقب الفاعل باعتباره قد ارتكب جناية القتل أو شرع في ارتكابها»⁽¹⁾.

(1) ينظر المواد (267)، (271) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

- 5/ المادة (274) حيث نصت « كل من ارتكب جناية الخشاء⁽¹⁾ يعاقب بالسجن المؤبد ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة⁽²⁾ .
- 6/ المادة (272) اعتبرت الاعتداء العمدي جناية إذا كان الجناة هم أحد الوالدين الشرعيين أو غيرهما ممن له سلطة على الطفل المعتدى عليه⁽³⁾ .
- 7/ المادتين (275) و (276) ويتعلق الأمر بإعطاء مواد ضارة عن طريق العمد مما يؤدي إلى إحداث مرض أو عاهة مستديمة أو الوفاة. أو إعطاء مادة ضارة من طرف الجاني إلى أحد الأصول، أو الفروع، أو أحد الزوجين، أو من يرث المحني عليه أو أحد الأشخاص الذين لهم سلطة عليه⁽⁴⁾ .

(1) إهدار فاعلية الخصيتين لدى الرجال وفقد خاصية الإنجاب وهي عاهة مستديمة يستحيل شفائها، ينظر: حسين فريجة، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص: 13-14.

(2) ينظر المادة (274) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

(3) ينظر المادة (272) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

(4) ينظر المادتين (265)، (276) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

المطلب الثاني: فعل التعذيب في قانون العقوبات الجزائري.

الفرع الأول: مفهوم التعذيب في قانون العقوبات الجزائري:

عرفت المادة (263) مكرر التعذيب بقولها « يقصد بالتعذيب كل عمل ينتج عنه عذاب أو ألم شديد جسدياً كان أو عقلياً يلحق عمداً بشخص ما، مهما كان سببه »⁽¹⁾.
والمشروع الجزائري استمد تعريف التعذيب من "اتفاقية الأمم المتحدة المناهضة للتعذيب"
ولقد أحسن صنعا في عدم تحديد أساليب وصور التعذيب، كما أن المشروع الجزائري ركز على الآثار الجسدية والعقلية المتولدة عن التعذيب كيف ما كانت صفة القائم به.

الفرع الثاني: أركان جريمة التعذيب في قانون العقوبات الجزائري:

أولاً: الركن المادي:

ويتمثل في ارتكاب عمل يسبب للضحية ألماً شديداً، وفي القضاء الفرنسي أمثلة عن هذه الأفعال الشنيعة.

- الجاني الذي يقوم بشطب وجه الضحية ويديها ومفصلي اليد بسكين، بعد أن أشبعها ضرباً باللكمات.
- الزوج الذي كتم زوجته وعراها وربطها، ثم قام بجلدها ووضع على ثديها كلابة الأقمشة، وشطب مختلف أجزاء جسمها بسكين.
- الجناة الذي قاموا بغرض السطو على بيت، بتكميم عجوز وربطها في سريرها، ثم أشبعوها ضرباً باللكمات وختموا على هذه الأعمال الشنيعة بإيلاج جسم في فرجها.
- الجناة الذي قاموا بضرب المجني عليها بالسوط على رجلها خلال 5 ساعات، وأشربوها كمية كبيرة من الماء المالح ومسكوا عنقها وضغطوا عليها، ثم أدخلوا منشفة في فمها⁽²⁾.

⁽¹⁾ المادة (263) مكرر من قانون العقوبات الجزائري، المعدل بموجب القانون رقم 14-01 مؤرخ في 04 فبراير 2014 «ج.ر. 07 مؤرخة في 2014/02/16».

⁽²⁾ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، (دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع - الجزائر، الطبعة الثانية عشرة 2010م)، الجزء الأول، ص: 67-68.

والأمثلة السابقة الذكر على سبيل التمثيل لا الحصر، لأنه لا يمكن بأي حال من الأحوال حصر الأفعال التي تدخل ضمن الركن المادي لجريمة التعذيب، بل كل ما ينتج عنه عذاب أو ألم شديد جسدي كان أو عقلي يلحق عمداً، بالشخص يعتبر تعذيب. كما يدخل ضمن أفعال التعذيب، التعذيب المعنوي الذي لا يخلف آثاراً مادية.

ثانياً: الركن المعنوي:

تعتبر جريمة التعذيب جريمة عمدية تتطلب القصد العام، والقصد الخاص.

● **القصد العام:** وهو انصراف إرادة الجاني إلى ارتكاب جريمة التعذيب، أي تتجه إرادته إلى ارتكاب السلوك الإجرامي مهما كانت الوسائل المستعملة، وسواء كان تعذيب جسدي أو معنوي كما تتجه إرادته إلى تحقيق النتيجة المتمثلة في العذاب أو الألم الشديد الجسدي أو العقلي. كما لا بد أن يعلم بتوفر أركان الجريمة كما يتطلبها القانون، ولا يمكنه التمسك بالجهل بالقانون؛ لأنه لا يعذر أحد بجهله القانون.

● **القصد الخاص:** يشترط القانون إضافة إلى القصد العام، توفر القصد الخاص، وهو الغاية التي يقصدها الجاني، والمتمثلة في إيلاء المحني عليه والتسبب له في معاناة شديدة. والمشرع الجزائري لم يأخذ بعين الاعتبار سبب ارتكاب الجريمة فقد يكون الغرض الحصول على اعترافات مهما كانت طبيعتها أو معلومات، أو يكون انتقام أو أي سبب آخر، فالجريمة تقوم مهما كانت الأسباب التي دفعت للقيام بها⁽¹⁾.

الفرع الثالث: عقوبة التعذيب:

نصت المادة (263) مكرر 1 « يعاقب بالسجن المؤقت من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج كل من يمارس أو يحرض أو يأمر بممارسة التعذيب على الشخص.

يعاقب على التعذيب بالسجن المؤقت من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 150.000 دج إلى 800.000 دج إذا سبق أو صاحب أو تلى جنائية غير القتل العمدي»⁽²⁾.

(1) نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، ص: 75.

(2) المادة (263 مكرر 1) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

فالمادة (263 مكرر1) تعاقب عن فعل التعذيب إذا كان من مارسه غير الموظف، وتشدد العقوبة إذا سبق التعذيب أو صاحب أو تلا جنائية غير القتل العمدي.

أما عقوبة التعذيب الذي يمارسه الموظف فنصت المادة (263 مكرر2) بقولها « يعاقب بالسجن المؤقت من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 150.000 دج إلى 800.000 دج، كل موظف يمارس أو يجرّس، أو يأمر بممارسة التعذيب من أجل الحصول على الاعترافات، أو معلومات، أو لأي سبب آخر. وتكون العقوبة السجن المؤبد، إذا سبق التعذيب أو صاحب أو تلى جنائية غير القتل العمدي...»⁽¹⁾.

فالمشرع الجزائري شدد عقوبة التعذيب المرتكبة من طرف الموظف الذي يمارس، أو يجرّس أو يأمر بالتعذيب، ولو كان الهدف من التعذيب الحصول على معلومات أو اعترافات أو أي سبب آخر.

⁽¹⁾ المادة (263 مكرر2) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

وباستقراء المادتين « 263 مكرر 1 و 2 » من قانون العقوبات الجزائري نستشف الأحكام

التالية:

1- لم يحدد المشرع الجزائري فعل التعذيب، بل اعتبره كل ما يؤدي إلى ألم وعذاب بواسطة أعمال وحشية ترتكب ضد المجني عليه، وحسن ما فعل المشرع بعدم حصر أعمال التعذيب المسببة للآلام الجسدية أو الأضرار المعنوية؛ لأن التطور التكنولوجي في مختلف المجالات يصاحبه استحداث لا متناهي لطرق التعذيب الممارسة ضد الضحية. وإن كان يعاب على المشرع الجزائري عدم التمثيل لبعض أساليب التعذيب، لبيان المعيار المتبنى من طرف قضاة الموضوع في تحديد ما يعد تعذيباً.

2- اشترط المشرع الجزائري إثبات السلوك المادي المصاحب للألم والعذاب الشديد. والذي يبدو لي عدم اللجوء إلى هذا الشرط المرتبط بتحقيق نتيجة الألم الجسدي أو المرض العقلي أثناء التعذيب، لأنه وإن كانت الغاية المرجوة من التعذيب تتمثل أساساً في التأديب، والاعتراف ببعض الحقائق المهمة والتي لا يمكن الحصول عليها إلا بطريق الألم، إلا أن الوجود في كثير من الأحيان يلي فعل التعذيب ويكون نتيجة له، مما يؤدي إلى المساس بالتكامل الجسدي، ومثاله: تخدير الضحية وتعذيبها وتشويهها من طرف الجاني؛ لإجبارها على الاستسلام وعدم المقاومة، وبالتالي يتحقق الألم بعد انتهاء مفعول المادة المخدرة، وظهور آثار التعذيب على جسم المجني عليها. ومثاله: أيضاً التعذيب المعنوي أو النفسي لزوج الضحية إثر تعذيبها تمهيداً لاغتصابها من طرف الجاني. فيستوي في التعذيب والأعمال الوحشية تحقيق الألم أثناء فعل التعذيب أو بعده.

3- تتطلب جريمة التعذيب القصد الجاني، وهو انصراف إرادة الجاني لتحقيق النتيجة الإجرامية، والمتمثلة في إلحاق الضرر عمداً بجسم أو عقل المجني عليه، وعلمه التام ببشاعة سلوكه الإجرامي.

4- قد يمارس التعذيب ضد الضحية مباشرة، أو بتحريض أو أمر من شخص آخر غير الجاني، وجميع الأشخاص المساهمون في تعذيب الجاني يتعرضون للعقوبة بموجب القانون.

5- تشدد العقوبة في فعل التعذيب بالنظر إلى صفة القائم بها « الموظف » وبالنظر إلى جسامة النتيجة « جناية غير القتل العمد ».

وفي الأخير، ننوه بموقف المشرع الجزائري في التدرج بالعقوبة الناتجة عن الإيذاء العمدي وتشديدها:

- ربط وصف الجريمة وتحديد عقوبتها بموضوع الحق المعتدى عليه (الإيذاء العمدي ضد الوالدين الشرعيين أو غيرهما من الأصول الشرعية، والإيذاء العمدي ضد القصر)،
- اعتبار الجريمة جنائية إذا تعلق الأمر بالظروف المشددة (سبق الإصرار والترصد).
- وصف الجريمة جنائية في حال جسامته النتيجة الإجرامية (العاهة المستديمة، الوفاة)⁽¹⁾.
- التشديد في العقوبة بحسب خطورة الجريمة (جريمة الخشاء).
- الأخذ بعين الاعتبار الوسيلة المؤدية للنتيجة الإجرامية (المواد الضارة)⁽²⁾.

(1) لم يعرف المشرع الجزائري "العاهة المستديمة" ولم يحدد صورها، وبالتالي منح السلطة المطلقة لقضاة الموضوع في اعتبار الإعتداء على أي عضو وتعطيل وظائفه وبيان عجزه عاهة مستديمة.

(2) يؤخذ على المشرع الجزائري عدم إعطاء مفهوم دقيق للمادة الضارة، وأثرها في تحقيق النتيجة المعاقب عليها، مما يؤدي إلى عدم اعتبار بعض المواد ضارة بالرغم من مساسها بمادة الجسم.

المبحث الثالث: الجرائم الملحقه بالجرائم الماسة بحق السلامة الجسدية.

جرمت التشريعات القانونية المختلفة الاعتداءات الواقعة على جسم الإنسان، واعتبرتها جرائم مستقلة يستحق فاعلها العقاب. إلا أن هناك طائفة أخرى من الجرائم وبالرغم من أنها تشكل خطورة على مادة الجسم، وتهدد مصلحته المحمية قانوناً، لكنها لا تصنف ضمن الجرائم الماسة بحق السلامة الجسدية للإنسان، ويتعلق الأمر بجريمة الاغتصاب، وجريمة ترك الأطفال والعاجزين وتعريضهم للخطر.

المطلب الأول: جريمة الاغتصاب في القانون الوضعي.

فبعض الجرائم الواقعة على العرض ومهما تباين وصفها القانوني والاجتماعي، تعتبر من قبيل الاعتداء على الحق في السلامة الجسدية للإنسان، خصوصاً إذا صاحبها عنف واعتداء مع عدم رضا المجني عليه بالفعل الفاحش كجريمة الاغتصاب.

ولهذا تحرص معظم التشريعات العقابية، وعلى اختلاف قوانينها، تجريم هاته الجريمة وتقرير العقوبة المناسبة لها. لا لكونها من الجرائم الماسة بالعرض فقط، بل لأنها تمس بالتكامل الجسدي للإنسان، وتساهم في إهمال الصحة النفسية والمادية للمجني عليه.

الفرع الأول: جريمة الاغتصاب في القانون الوضعي.

أولاً: تعريف جريمة الاغتصاب:

يعرف الاغتصاب بأنه: « كل إيلاج جنسي جرى ارتكابه على شخص الغير، ذكراً كان أو أنثى، بدون رضاه ».

ويعرف الاغتصاب قانوناً أيضاً « بمواقعة أنثى بغير رضاها، من أجل إشباع رغبة جنسية »⁽¹⁾.

والمفهوم القانوني والذي يبدو لي مناسباً للاغتصاب هو: « موقعة غير الزوج الذكر لأنثى جنسياً، بإيلاج عضو التذكير في فرجها، وبغير رضاها إشباعاً لرغبة جنسية، وتحقيقاً لغاية غير مشروعة ».

(1) نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، (دار الهدى، الجزائر، 2009) ص: 292.

محددات التعريف:

- **فعل المواقعة:** وينصرف إلى كمال العملية الجنسية.
- **غير الزوج:** فيشترط أن يكون فعل الوقاع صادر من أجنبي، لا من زوج الضحية أو المحني عليه.
- **لأنثى:** فالمواقعة المقصودة تكون من الذكر للأنثى، وليست من أنثى لأنثى، ولا من ذكر لذكر.
- **عضو التذكير:** باعتباره العضو الوحيد في ممارسة العملية الجنسية المتعلقة بالاغتصاب.
- **فرجها:** أي أن مواقعة الذكر يشترط أن تكون في الفرج، وليس مكان آخر، فلا يعتبر اغتصاب من واقع المرأة من الخلف.
- **بغير رضاها:** بحيث تقع المواقعة تحت إكراه مادي أو معنوي، أو برضا غير صحيح، ولا يعتد به قانوناً كرضا الصغيرة أو المجنونة.
- **إشباعاً لرغبة جنسية:** فعادة ما يكون قصد الجاني من وراء الاغتصاب هو الوصول إلى إشباع شهواته الجنسية عن طريق الإكراه.
- **تحقيقاً لغاية غير مشروعة:** فقد يكون الهدف من المواقعة هو الانتقام، أو الإضرار الجسدي، وممارسة العنف ضد المرأة، أو أي هدف آخر إجرامي غير مشروع شرعاً أو قانوناً.

ثانياً: أركان جريمة الاغتصاب:

تكتمل جريمة الاغتصاب بتوافر أركانها:

- 1- « **الركن المادي أو فعل الوقاع:** ويقصد بالوقاع اتصال الرجل بالمرأة جنسياً طبيعياً، ويتحقق ذلك بإيلاج الرجل عضو تذكيره في المكان المعد له من المرأة، فكل عبث بجسم الأنثى لا يرقى إلى درجة هذا الفعل لا يعد وقاعاً، فلا تقوم به جريمة اغتصاب الأنثى⁽¹⁾.

(1) نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، ص: 293.

ولا يعد اغتصاباً فعل الفحشاء الذي يقع من ذكر على ذكر، أو أنثى على أنثى، كذلك لا يعد اغتصاباً الاعتداء الجنسي على امرأة بخلاف الطبيعة، فإتيان المرأة من الخلف، أو وضع الأصبع، أو أي شيء آخر غير عضو التذكير في فرج المرأة يعد من قبيل هتك العرض ولا يعتبر اغتصاباً⁽¹⁾.

2- **انعدام الرضا:** وانعدام رضا الأنثى هو جوهر الاغتصاب، فإذا حصل الوقاع برضاء الأنثى فلا جريمة فيه، إلا إذا حصل من شخص متزوج فيكون الفعل جريمة زنا، أو حصل علانية فيكون الفعل فاضحاً علنياً. ويتوافر هذا الركن في جريمة الاغتصاب، كلما كان الفعل المكون لها قد وقع بغير رضا الأنثى، سواء باستعمال المتهم في سبيل تنفيذ مقصده وسائل التهديد والقوة، أو غير ذلك مما يؤثر في المجني عليها فيعدمها الإرادة⁽²⁾.

3- **القصد الجنائي:** يتوافر القصد الجنائي في هذه الجريمة بانصراف إرادة الجاني إلى مباشرة فعل الوقاع، مع العلم بعدم مشروعيته، وبانعدام الرضا به من جانب المجني عليها؛ فلا يعد القصد الجنائي متوافراً إذا كان الجاني يعتقد شرعية فعله نتيجة جهله مثلاً ببطلان الزواج الذي يربطه بالمجني عليها، كذلك يتخلف القصد الجنائي إذا اعتقد الجاني خلافاً للواقع رضا المجني عليها بفعل الوقاع⁽³⁾.

وتخضع جريمة الاغتصاب للقاعدة القائلة بأنه: لا عبرة بالبواعث في تحديد عناصر الجريمة «فلا أهمية للباعث في ارتكاب الجريمة، سواء كان للشهوة، أو الانتقام، أو حب الاستطلاع». وقضت محكمة النقض المصرية بأنه «يكفي لتوافر القصد الجنائي أن يأتي المتهم عمله عمداً وعن علم مهما كان الباعث شريفاً، كإنشاء أسرة جديدة». (نقض 8 ديسمبر 1915)، وهو ما يجري عليه القضاء في الدول الأخرى⁽⁴⁾.

(1) محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات القسم الخاص "الجرائم الواقعة على الأشخاص"، (دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005م)، ج 2، ص: 197.

(2) محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائي القسم الخاص، ص: 75.

(3) نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، ص: 296.

(4) فهمي القاطرجي، جريمة الاغتصاب في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، (مجد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، الطبعة الأولى 2003م)، ص: 186.

الفرع الثاني: جريمة الاغتصاب في قانون العقوبات الجزائري.

نص المشرع الجزائري في قانون العقوبات على تجريم جرائم العرض في القسم السادس

الموسوم بـ « انتهاك الآداب ».

أولاً: تعريف جريمة الاغتصاب في قانون العقوبات الجزائري:

لم يتبن قانون العقوبات الجزائري مفهوماً أو تعريفاً خاصاً بالاغتصاب في مواده القانونية،

بل اكتفى ببيان العقوبات المقررة لهاته الجناية.

1- الفرق بين الاغتصاب وهتك العرض:

أ- الاغتصاب لا يقع إلا من رجل، ولا يقع إلا على أنثى، أما هتك العرض فيقع على الذكر أو الأنثى، ولا يشترط في الجاني أن يكون من نوع معين، فيستوي أن يكون الجاني ذكراً أو أنثى.

ب- الاغتصاب جناية دائماً « م. 336 عقوبات جزائري »، أما هتك العرض فقد يكون جنحة « م. 334 عقوبات جزائري »، وقد يكون جناية « م. 335 عقوبات جزائري »⁽¹⁾.

ج- الاغتصاب يشترط فيه أن يتم بالوقاع، عكس هتك العرض الذي يشمل ما دون الوقاع من الأفعال الماسة بالعرض⁽²⁾.

2- أركان جريمة الاغتصاب في قانون العقوبات الجزائري.

تتمثل أركان جريمة الاغتصاب في قانون العقوبات الجزائري في الركن المادي المتمثل في فعل الوقاع، وانعدام الرضا لدى الأنثى أو المحني عليه، والقصد الجنائي المتمثل في انصراف إرادة الجاني إلى مباشرة فعل الوقاع مع علمه بعدم مشروعية فعله.

(1) نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، ص: 299.

(2) محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري " القسم الخاص "، ص: 78.

ثانياً: عقوبة الاغتصاب في قانون العقوبات الجزائري:

نصت المادة (336) من قانون العقوبات الجزائري « كل من ارتكب جناية الاغتصاب يعاقب بالسجن المؤقت من (5) سنوات إلى 10 سنوات.

إذا وقع الاغتصاب على قاصر لم يكمل الثامنة عشرة (18) سنة، فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة»⁽¹⁾.

ففي المادة السابقة الذكر ميز المشرع بين حالتين، ففي الحالة الأولى تكون العقوبة من 5 سنوات إلى 10 سنوات باعتبار المجني عليه قاصر.

أما الحالة الثانية والتمثلة في وقوع الجناية الخاصة بالاغتصاب ضد القاصر، فالعقوبة المقررة هي السجن المؤقت من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة، فالمشرع الجزائري اعتد بسن المجني عليه، فالاعتداء على قاصر غير الاعتداء على راشد.

أما المادة (337) من قانون العقوبات الجزائري فنصت « إذا كان الجاني من أصول من وقع عليه الفعل المخل بالحياء، أو هتك العرض، أو كان من فئة من لهم سلطة عليه، أو كان من معلميه أو ممن يخدمونه بأجر أو كان خادماً بأجر لدى الأشخاص المبيينين أعلاه أو كان موظفاً أو من رجال الدين، أو إذا كان الجاني مهما كانت صفته قد استعان في ارتكاب الجناية بشخص أو أكثر، فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 334 والسجن المؤبد في الحالتين المنصوص عليهما في المادتين 335 و 336»⁽²⁾.

فالمادة (337) شددت عقوبة الاغتصاب إذا كان الجاني من أصول المجني عليه، وممن له ولاية أو سلطة عليه، ذلك أن الفعل الفاحش المرتكب من الأقارب أو الأوصياء أشد وطأة مقارنة بمن لا تربطهم علاقة بالمجني عليه. باعتبار عنصر الثقة المفترض في الوصي أو الولي أو القريب.

(1) المادة (336) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

(2) المادة (337) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

المطلب الثاني: ترك الأطفال والعاجزين وتعريضهم للخطر.

تعتبر هذه الجريمة من الجرائم الموجهة ضد الأسرة والآداب العامة، كما تجدد موقعها ضمن الجرائم الماسة بحق السلامة الجسدية للأطفال والعاجزين، فجريمة ترك الأبناء في مكان خال وتعريضهم للخطر لا تختلف من حيث أثرها عن جرائم الجرح والضرب، وخاصة إذا أصيب الطفل بعاهة مستديمة، أو مرض، أو عجز كلي، أو عنف بدني، أو تمت المتاجرة بأعضائه، أو خطفه، لاستغلاله في أعمال غير مشروعة.

الفرع الأول: تعريض طفل أو عاجز للخطر.

وتتطلب هاته الجريمة توافر ركنين، والجزء المترتب عنها.

أولاً: الركن المادي: ويتمثل في:

- 1- **الترك أو التعريض للخطر:** ويكفي ترك الطفل أو تعريضه للخطر لقيام الجريمة، وتبعاً لذلك تقوم الجريمة في حق من يترك طفلاً أمام باب ملجأ، وكذلك في حق من يترك طفلاً في مكان ما ولو تم ذلك على مرأى الناس، كما قضي في فرنسا بقيام هذه الجريمة في حق أم تركت ولداً عند أحد الأشخاص على أن تعود إليه فاختمت ولم تعد إليه.
- 2- **حمل الغير على ترك الطفل أو تعريضه للخطر:** وهو وجه من أوجه التحريض، ويشكل جريمة يعاقب عليها القانون كما يعاقب على الفعل في حد ذاته.

وتجدر الإشارة إلى أن الجريمة لا تقتصر على تعريض الطفل للخطر، بل تعني أيضاً العاجز سواء بسبب حالته البدنية (كبر السن أو عاهة) أو بسبب حالته العقلية (معتوه أو مجنون)⁽¹⁾.
فتنص المادة (314) من قانون العقوبات الجزائري «كل من ترك طفلاً أو عاجزاً غير قادر على حماية نفسه بسبب حالته البدنية أو العقلية أو عرضه للخطر في مكان خال من الناس أو حمل الغير على ذلك، يعاقب لمجرد هذا الفعل بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات»⁽²⁾.

(1) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ص: 189.

(2) المادة (314)، من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

ثانياً: الركن المعنوي:

فتتطلب هذه الجريمة توافر القصد الجنائي، إلا أن ما يتحكم في العقوبة هو النتيجة المترتبة عن الفعل وليس القصد الجنائي الذي لا أثر له في درجة العقوبة، غير أن الأستاذ عبد العزيز سعد يرى « أن مجرد توفر الركن المادي وشروط الجريمة يعني من البحث عن نية الفاعل وقصده، إذ يرى أن القانون لم يجعل من النية أو القصد الجرمي ركناً متميزاً إلى جانب الأركان الأخرى وذلك ما دام لم ينتج عن هذا الفعل أية مضاعفات خطيرة ». إلا أن هذه الجريمة تتطلب على الجاني بجميع أركانها ما يتطلبها القانون، واتجاه إرادته الحرة إلى تعريض الطفل للخطر والتخلي عنه، وأن تكون هذه الإرادة لم يمسه عيب كالإكراه المادي أو المعنوي الذي قد يعيب الإرادة أحياناً، وقد يعدها أحياناً أخرى⁽¹⁾.

ثالثاً: الجزاء

تختلف العقوبة حسب الظروف المكانية لارتكاب الجريمة، وما ترتب عنها من نتائج، وصلة الجاني بالجني عليه.

1- ترك طفل في مكان خال (المادتان 314-315) من قانون العقوبات الجزائري

وتتحكم في تحديد المكان الخالي عدة عوامل، يأتي العامل الجغرافي على رأسها وتليه الظروف، وأخيراً حظوظ إنقاذ الطفل⁽²⁾.

تنص المادة (314) من قانون العقوبات الجزائري « يعاقب مجرد هذا الفعل بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات.

فإذا نشأ عن الترك أو التعريض للخطر مرض أو عجز كلي لمدة تجاوز عشرين يوماً فيكون الحبس من سنتين إلى خمس سنوات.

وإذا حدث للطفل أو للعاجز بتر أو عجز في أحد الأعضاء أو أصيب بعاهة مستديمة، فتكون العقوبة هي السجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات.

(1) نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، ص: 226.

(2) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ص: 189.

وإذا تسبب الترك أو التعريض للخطر في الموت فتكون العقوبة هي السجن من عشر سنوات إلى عشرين سنة»⁽¹⁾.

أ- فعقوبة الترك الأصلية هي الحبس من سنة إلى ثلاث سنوات.

ب- تشدد العقوبة في حالة إصابة الطفل أو العاجز بمرض أو عجز كلي « من سنتين إلى خمس سنوات ».

ج- تشدد العقوبة إذا أدى التحلي إلى بتر أو عجز أحد الأعضاء أو أدى إلى الإصابة بعاهة مستديمة « من سنتين إلى خمس سنوات ».

د- تشدد العقوبة إذا تسبب تعريض الطفل للخطر في الموت « السجن من عشر إلى عشرين سنة ».

● أما المادة (315) من قانون العقوبات الجزائري فتنص على « إذا كان مرتكب الحادث من أصول الطفل أو العاجز أو ممن له سلطة عليه أو ممن يتولون رعايته فتكون العقوبة كما يلي:

- الحبس من سنتين إلى خمس سنوات في الحالات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة (314)،

- السجن من خمس إلى عشر سنوات في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة المذكورة،

- السجن من عشر سنوات إلى عشرين سنة في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة المذكورة،

- السجن المؤبد في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من المادة المذكورة»⁽²⁾.

فالمشرع الجزائري غلظ العقوبة الناتجة عن تعريض الطفل أو العاجز للخطر من السجن المحدد بخمس أو عشر سنوات إلى السجن المؤبد، إذا كان الجاني أحد أصول الطفل أو العاجز، أو كان ممن لهم سلطة أو ولاية على المجني عليه.

(1) المادة (314) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

(2) المادة (315) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

2- ترك الطفل في مكان غير خال (المادتان 316-317) من قانون العقوبات الجزائري

فتنص المادة (316) من قانون العقوبات الجزائري « كل من ترك طفلاً أو عاجزاً غير قادر على حماية نفسه بسبب حالته البدنية أو العقلية، أو عرضه للخطر في مكان غير خال من الناس أو حمل الغير على ذلك، يعاقب مجرد هذا الفعل بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة. إذا نشأ عن الترك أو التعريض للخطر مرض أو عجز كلي لمدة تجاوز عشرين يوماً، فيكون الحبس من ستة أشهر إلى سنتين.

وإذا حدث للطفل أو للعاجز بتر أو عجز في أحد الأعضاء أو أصيب بعاهة مستديمة، فتكون العقوبة هي الحبس من سنتين إلى خمس سنوات.

وإذا أدى ذلك إلى الوفاة، فتكون العقوبة هي السجن من خمس إلى عشر سنوات⁽¹⁾.

ومن خلال المادة السالفة الذكر نستشف الأحكام الآتية:

أ- العقوبة المقررة للجاني تتراوح كأصل عام من ثلاثة أشهر إلى سنة، وهي بذلك تختلف عن عقوبة الجاني في المادة (314) عقوبات جزائري، فالمشرع راعى مكان الحادثة، باعتبار ترك الطفل أو العاجز في مكان غير خال لا يترتب نفس النتائج السلبية، فيمكن مساعدة الطفل أو العاجز من طرف العامة.

ب- تشدد العقوبة في حالة الإصابة بمرض أو عجز كلي « من ستة أشهر إلى سنتين ».

ج- تشدد العقوبة إذا أدى التخلي إلى بتر أو عجز أحد الأعضاء، أو أدى إلى الإصابة بعاهة مستديمة « من سنتين إلى خمس سنوات ».

د- تشدد العقوبة إذا تسبب تعريض الطفل للخطر إلى الوفاة « السجن من عشر إلى عشرين سنة ».

⁽¹⁾ المادة (316) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

أما المادة (317) من قانون العقوبات الجزائري فتنص على « إذا كان مرتكب الحادث من أصول الطفل أو العاجز أو ممن يتولون رعايته، فتكون العقوبة كما يأتي:

- الحبس من ستة أشهر إلى سنتين في الحالة المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 316؛
- الحبس من سنتين إلى خمس سنوات في الحالة المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة المذكورة؛
- السجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات في الحالة المنصوص عليها في الفقرة 3 من المادة المذكورة؛
- السجن من عشر سنوات إلى عشرين سنة في الحالة المنصوص عليها في الفقرة 4 من المادة المذكورة.⁽¹⁾

فالمشرع الجزائري راعى صفة الجاني في المادة (317) من قانون العقوبات الجزائري فنص على تغليظ العقوبة إذا كان الجاني من أصول المحني عليه، أو ممن لهم سلطة أو ولاية على الطفل أو العاجز.

وفي كل الأحوال وسواء تعلق الأمر بترك الطفل في مكان خال أو غير خال، يعاقب الجاني بالسجن المؤبد إذا تسبب ترك الطفل أو تعريضه للخطر في الوفاة مع توافر نية إحداثها، ويعاقب بالإعدام إذا اقترن الفعل بسبق الإصرار أو التردد (المادة 318).
وعلاوة على العقوبات الأصلية تطبق على المحكوم عليه العقوبات التكميلية الإلزامية والاختيارية المقررة للجنايات والجنح، وذلك تبعاً لوصف الجريمة⁽²⁾.

الفرع الثاني: التحريض على ترك طفل.

وتنص على هاته الجريمة المادتان (320) و (320 مكرر) من قانون العقوبات الجزائري.
فتنص المادة (320) من قانون العقوبات الجزائري « يعاقب بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة من 500 إلى 20.000 دينار

1 - كل من حرض أبوين أو أحدهما على التخلي عن طفلها المولود، أو الذي سيولد، وذلك بنية الحصول على فائدة.

⁽¹⁾ المادة (317) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

⁽²⁾ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ص: 191.

- 2 - كل من تحصل من أبوين أو من أحدهما على عقد يتعهدان بمقتضاه بالتخلي عن طفلهما الذي سيولد أو شرع في ذلك، وكل من حاز مثل هذا العقد أو استعمله أو شرع في استعماله.
- 3 - كل من قدم وساطته للحصول على طفل بنية التوصل إلى فائدة، أو شرع في ذلك»⁽¹⁾.

أولاً: الركن المادي:

وهو ارتكاب الجاني أحد الأفعال الثلاثة المذكورة في المادة (320) وهي:

1- التحريض:

وهو العنصر المتمثل في قيام شخص معين بالعمل على تحريض وإغراء أحد الوالدين أو كليهما، ودفعهما بشتى الوسائل والأساليب المادية والمعنوية إلى أن يتخليا له عن ابنهما المولود أو الذي سيولد في المستقبل، ويسلمانه له أو لغيره تسليماً مادياً وحسبياً بمقابل أو بدون مقابل.

2- العقد:

أياً كان شكله عرفياً أو موثقاً يبرمه الجاني مع امرأة حامل، أو زوجها يتضمن تعهد الوالدين بالتخلي عن الولد الذي سيولد أو الشروع في ذلك، وكذا حيازة مثل هذا العقد أو استعماله أو الشروع في استعماله. وفي هذه الحالة يتمثل الركن المادي في توجه شخص معين إلى الأم أو الأب أو إليهما مجتمعين ويستكتبتهما أو يستكتب أحدهما، ويطلب منه تحرير وثيقة رسمية أو عرفية يتعهد فيها بأنه سيتخلى له أو لغيره نهائياً عن طفله أو ابنه الذي سيولد مستقبلاً، وينشأ هذا الركن بمجرد الفراغ من تحرير الوثيقة.

3- الوساطة: أن يعرض شخص تدخله بين الأبوين أو أحدهما وبين شخص آخر، ويقوم بالمساعي الموصلة أو المؤدية إلى تهيئة الجو المناسب، وإنجاز الغرض المطلوب حتى ولو لم تحصل النتيجة المرجوة فعلاً لأن القانون يعاقب على مجرد الوساطة⁽²⁾.

« وهكذا، فإن الممارسات التي بموجبها تقبل المرأة حمل طفل عن طريق التلقيح الاصطناعي على أن تتنازل عنه عند ولادته لامرأة أخرى أو لزوجين، تتضمن بالضرورة عقداً، أياً كان شكله، يتعهد بمقتضاه أحد الوالدين بالتخلي عن الطفل الذي سيولد.

(1) المادة (320) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

(2) نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، ص: 228-229.

ومن ثم قضى مجلس الدولة الفرنسي بعدم شرعية محل جمعيات الأمهات اللواتي تحملن أطفالاً من أجل الغير⁽¹⁾.

ثانياً: عنصر الغاية:

ويتمثل هذا العنصر في أن تكون الغاية من الوساطة هي تحقيق تنازل الوالدين أو أحدهما عن طفله الحديث العهد بالولادة أو الذي سيولد مستقبلاً، وأن يكون الهدف من ذلك تحقيق منفعة من وراء فعل الوساطة بصرف النظر عن كون الوساطة كانت منتجة أو غير منتجة⁽²⁾.

ثالثاً: العقوبة:

وهي الحبس من شهرين إلى ستة أشهر والغرامة من 500 إلى 20.000 دينار، ضف إلى ذلك العقوبات المقررة بموجب (المادة 320 مكرر) من قانون العقوبات الجزائري.

(1) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ص: 192-193.

(2) نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، ص: 231.

ومن خلال عرض جرمي الاغتصاب، وترك الأطفال والعاجزين وتعريضهم للخطر وعلاقتها بامتلاك الحق في السلامة الجسدية للإنسان، نستشف الحقائق الآتية:

✓ - تقوم جريمة الاعتداء على حق السلامة الجسدية بتوافر أركان ثلاثة، يتمثل أولهما في الركن المادي والذي يمس بطريق مباشر أو غير مباشر بمادة الجسم عن طريق العنف. وثانيهما الركن المعنوي المتعلق بالقصد الجنائي العام والخاص، وثالثهما الأثر السلبي المتولد عن فعل الاعتداء، وجميع الأركان الثلاثة متوافرة في جريمة الاغتصاب، وجريمة ترك الأطفال والعاجزين وتعريضهم للخطر.

✓ - نص المشرع الجزائري على حماية الإنسان وحقه في سلامة جسمه، فقرر العقوبة على الجناة المعتدين على هذا الحق. وتعتبر جريمة الاغتصاب أحد الجرائم الخطيرة والتي يسبب إتيانها عن طريق العنف وعدم الرضا في عدم السير الحسن لوظائف الجسم، فالجني عليها في جريمة الاغتصاب غالباً ما تتعرض لإصابات خطيرة على مستوى الجسم نتيجة العنف الممارس ضدها، ناهيك عن الأمراض النفسية المتولدة عن فعل الاعتداء.

✓ - جرائم الاغتصاب لا تقل خطورة عن جرائم الجرح والضرب، كونها تسلب المجني عليها حقها في الراحة البدنية، والسلامة الجسدية عن طريق فعل الاعتداء (إحداث جروح وندبات- الضرب والضغط- إعطاء مادة مخدرة- ربط الضحية... إلخ).

✓ - كي توقع العقوبة على الجاني في جرائم الاغتصاب، يجب أن يوجه الاعتداء إلى جسم المجني عليها، وأن تتحقق النتيجة الإجرامية المؤثرة في التكامل الجسدي.

✓ - يتمثل فعل الاعتداء في جريمة ترك الأطفال والعاجزين وتعريضهم للخطر في إصابة الطفل أو العاجز بعاهة مستديمة أو مرض وعجز كلي، أو عنف بدني، أو الاتجار بأعضائه فهاته الأشكال والصور تمحي وصف التمتع بحق السلامة الجسدية، وتقضي على مقومات السكينة البدنية للأفراد.

✓ - كي توصف جريمة ترك الأطفال والعاجزين وتعريضهم للخطر بالجرائم الماسة بحق السلامة الجسدية، يجب أن يتحقق الركن المعنوي للجريمة، فلا يكفي توافر القصد الجنائي لاكتمال فعل الاعتداء، بل لا بد من تحقق النتيجة المترتبة عن الاعتداء. فإذا تعرض الطفل أو العاجز للترك

في مكان خال أو غير خال ولم يتسبب فعل الترك في أذيتهما فلا يشكل ذلك مساساً بالتكامل الجسدي للإنسان.

- ✓ - يعاقب المشرع الجزائري في جرائم ترك الأطفال والعاجزين وتعريضهم للخطر على فعل الترك، سواءً تعلق الأمر بتحقيق النتيجة الإجرامية أو مجرد التعريض للخطر.
- ✓ - راعى المشرع الجزائري ظرف المكان في جرائم ترك الأطفال والعاجزين وتعريضهم للخطر، فشدّد العقوبة حال ترك الأطفال والعاجزين في مكان خال لاحتمال إصابتهم بأضرار خطيرة.
- ✓ - تشدّد العقوبات في جرائم ترك الأطفال والعاجزين وتعريضهم للخطر بالنظر لجسامة النتيجة الإجرامية « مرض، عجز كلي، عاهة مستديمة، بتر أحد الأعضاء، الوفاة »، وبالنظر أيضاً لصفة الجاني وعلاقته بالمجني عليه « أصول المجني عليه، أو ممن لهم سلطة أو ولاية عليه ».
- ✓ - يعاقب المشرع الجزائري على فعل الترك في جرائم ترك الأطفال والعاجزين وتعريضهم للخطر بمختلف حالاته « العقد، الوساطة، التحريض ».

الفصل الثاني

صور المساس غير العمدي بحق

السلامة الجسدية

– المبحث الأول: الجراحة التجميلية في الفقه الإسلامي
والقانون الوضعي

– المبحث الثاني: التلقيح الاصطناعي في الفقه الإسلامي
والقانون الوضعي

الفصل الثاني: صور المساس غير العمدي بحق السلامة الجسدية.

تهديد:

الاعتداء على السلامة الجسدية لا يتأتى فقط بالصور العمدية المباشرة، كالضرب، والجرح والتعذيب، وإعطاء المواد الضارة، بل هناك أعمال طبية حديثة ماسة بمادة الجسم، ومؤثرة في تكامله وتجانسه.

وبالرغم من اهتمام الفقهاء القانونيين بمساءلة الطبيب عن أخطائه المختلفة والمتنوعة بتنوع وتقدم الطب والعلم. إلا أن المجال الخاص بالمسؤولية المدنية والجنائية الطبية ما زال يشهد إشكالات أساسية تتعلق أساساً بمدى - مسايرة القواعد العامة والتقليدية للمسؤولية الطبية - للتطور التكنولوجي والعلمي والطبي من جهة، والاختلاف في مدى إباحة هذا النوع من التدخلات على جسم الإنسان من جهة أخرى.

المبحث الأول: الجراحة التجميلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

أباح الفقه الإسلامي والقانون الوضعي العمل الطبي الذي يكون الغرض منه علاج المريض، وشفائه وإن كان هذا العمل يلحق ضرراً بالشخص المريض على أساس الموازنة بين المصالح العلاجية وحق السلامة الجسدية، أما العمليات التجميلية أو الجراحات الخارجية والتي يكون الغرض منها عادة إزالة تشويه بسيط، أو إضفاء ملمس جمالي أو تحسين اعوجاج خلقي، فاختلف الفقه والقانون في جوازها والقول بمشروعيتها؛ لأن الجراحة التجميلية تقتضي ضمان توفير عناية طبية خاصة، حماية للمرضى من شتى المخاطر الملازمة للعملية، والتي تبتدئ عادة بانتهاك حق السلامة الجسدية، وقد تنتهي بتشويه الشخص، إذا أخفق الطبيب في اختيار الوسائل اللازمة للجراحة، أو حاول استخدام طريقة علاجية مستحدثة دون تجربتها مسبقاً.

المطلب الأول: الجراحة التجميلية في الفقه الإسلامي.

أباح الشريعة الإسلامية الأعمال الطبية وأقرت مشروعيتها، واعتبرت الحق في العلاج من الضروريات الخاصة بحفظ النفس البشرية من الهلاك. والعلاج المشروع في الإسلام هو الذي يحقق مصلحة التداوي؛ ويدفع مفسدة السقم. فالإقدام على العمليات الجراحية بقصد إزالة العيوب والتشوهات يتزل متزلة الضروريات والحاجيات في حفظ حاجات المكلف، ودفع أضراره الحسية والمعنوية. أما التهافت على الجراحة التجميلية لتغيير حلقة أصلية، أو تشييب صورة عمرية، فلا يمكن الجزم بمشروعيته، والجدال في قبوله، باعتباره عبث واندفاع غير معتبر شرعاً.

الفرع الأول: مفهوم عمليات التجميل في الفقه الإسلامي.

هي « عمليات طبية جراحية تستهدف إدخال تعديلات وتغييرات على الجسم البشري؛ إما بهدف العلاج؛ كما هو في عمليات الترميم ومعالجة الحروق، وإما بهدف التحسين والتغيير وفقاً لمعايير الحسن والجمال السائدة»⁽¹⁾.

(1) محمد الحسيني، عمليات التجميل الجراحية ومشروعيتها الجزائية بين الشريعة والقانون، (سلسلة "دراسات فقهية"، مركز ابن إدريس الحلبي للدراسات الفقهية، الطبعة الأولى 2008م)، ص: 23-24.

الفرع الثاني: أنواع العمليات التجميلية في الفقه الإسلامي:

أولاً: عمليات التجميل الضرورية:

وهي عمليات يقصد بها: « إزالة عيب في خلقة، أو تشوه، أو نقص، لتوافر الضرورة التي تحفظ بها النفس من الهلكة »⁽¹⁾.

وهاته العمليات تنقسم إلى قسمين:

أ/ عمليات جراحية لعيوب خلقية ولد بها الإنسان مثل: انسداد إحدى فتحتي الأنف، وكذلك فتح القناة الخارجية للأذن، وإغلاق شق الحلق، وبناء المثانة بالشرايح العضلية، وفتح انسداد فتحة البول السفلية في الذكر، وانسداد فتحة الشرج، وشذوذ حويصة الكلى والحالب وأورامهما.

ب/ عمليات جراحية لعيوب مكتسبة، مثل عيب ناشئ عن مرض يصاب به الإنسان، مثل تغير شكل الأذن نتيجة تآكل غضروف صيوانها بسبب مرض الجذام، أو الزهري، أو السرطان، ومثل حالات التصاق بسبب الحروق⁽²⁾.

ثانياً: عمليات التجميل الحاجية:

وهي عمليات يقصد بها: « إزالة العيوب والتشوهات؛ وذلك لتوفر الحاجة التي تلحق بالكلف ضرراً حسيماً أو معنوياً، ولا تصل إلى حد الضرورة الشرعية.

والأطباء يصفون هذه العمليات بكونها ضرورية، ولا يفرقون بين الضرورة والحاجة التي لا تبلغ مقام الضرورة؛ ذلك أنهم ينظرون إليها بدافع الحاجة إلى فعلها، كما أن وصف هذه الجراحة بكونها ضرورية، أو حاجية هو بالنسبة لدواعيه الموجبة لفعله، ووصفها بالتجميلي هو بالنسبة لآثارها ونتائجها »⁽³⁾.

(1) محمد خالد عبد العزيز منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، (دار النفائس، عمان، الأردن 2004م)، ص: 184.

(2) إلهام عبد الله باجنيد، موقف الشريعة الإسلامية من العمليات الجراحية التجميلية، (بحث مقدم في جدة، 1428/11/23هـ، 2007م)، ص: 18.

(3) محمد خالد عبد العزيز منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ص: 184-185.

ثالثاً: عمليات التجميل التحسينية

« وهي جراحة تحسين المظهر، وتحديد الشباب، والمراد بتحسين المظهر تحقيق الشكل الأفضل والصورة الأجمل، دون وجود دوافع ضرورية أو حاجية تستلزم فعل الجراحة. أما تحديد الشباب فالمراد به إزالة الشيخوخة، فيبدو المسن بعدها وكأنه في مقتبل العمر، وعنقوان الشباب» (1).

الفرع الثالث: الجراحة التجميلية المشروعة

وسيقترن حديثنا حول مسألة ثقب أذن البنت للترزين بالحلي.

❖ **القول الأول:** يجوز ثقب أذن الأنثى للحلي، وهو الصحيح من مذهب الحنابلة. «ويكره ثقب أذن صبي لا جارية نصاً لحاجتها للترزين بخلافه» (2).

❖ **أدلة القائلين بالجواز:** واستدل بما يلي:

1. السنة التقريرية: مع عدم ورود النصوص الزاجرة عنه، فلو كان مما ينهى عنه لنهى القرآن أو السنة (3).
2. حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أن: «النبي ﷺ صلى يوم العيد ركعتين، لم يُصلِّ قَبْلَهَا، وَلَا بَعْدَهَا، ثُمَّ أَتَى النِّسَاءَ وَمَعَهُ بِلَالٌ، فَأَمْرَهُنَّ بِالصَّدَقَةِ، فَجَعَلَتِ الْمَرْأَةُ تُلْقِي قَرَطَهَا» (4).
3. قول النبي ﷺ لعائشة رضي الله عنها في حديث أم زرع: كنتُ لك كأبي زرعٍ لأمِّ زرعٍ، مع قولها: أناس من حُلِّي أَدْنِي، أي مَلَأَهَا مِنَ الْحَلِيِّ، حَتَّى صَارَ يَنْوَسُ فِيهَا: أي يتحرك ويجول (5).

(1) جمال الذيب، الجراحية التجميلية في الشريعة الإسلامية، (الملتقى الوطني حول "المسؤولية الطبية"، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق، يومي 24، 23/01/2008م) ص: 17.

(2) ينظر: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الأفتاح، تحقيق: أمين الضناوي، (عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، الطبعة الأولى، 1997م)، ج1، ص: 75.

(3) كمال الدين بكر، مسائل وأحكام فيما يمس جسد الإنسان، (دار الملتقى للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا، الطبعة الأولى 2005م)، ص: 98.

(4) أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب النكاح، باب «القرط للنساء»، رقم الحديث (5883) 158/7.

(5) أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب النكاح، باب «حسن المعاشرة مع الأهل» رقب الحديث (5189)، 27/7.

4. أن الأنثى محتاجة للثقب من أجل التحلي، وهو مصلحة في حقها، فيجاز لها فعله⁽¹⁾

● **القول الثاني:** لا يجوز ثقب الأذن، وبه قال الشافعية.

فقال الشافعية « ولا يجوز تثقيب الأذان للقرط وإن أبيض القرط؛ لأنه تعذيب بلا فائدة، ووجب القصاص على المثقب إن وجدت شروطه...»⁽²⁾.

« وبالمقارنة بين عبارتي الحنابلة والشافعية يتحرر النزاع بين الاتجاهين: فالحنابلة عدّوا تزيين المرأة من المصالح الحاجية، التي يجوز لأجلها ارتكاب بعض المحظورات دفعاً للحرَج الذي يمكن أن تواجهه المرأة بدون هذا النوع من التزيين، على حين عده الشافعية من المصالح التحسينية التي يمكن للمرأة الاستغناء عنه اكتفاءً بنوع آخر من التزيين، أو بالتزيين به، ولكن بطريقة أخرى غير الثقب، كأن يكون للقرط آلة ضاغطة لاقطة، تضغط على طرفي الأذن؛ فيثبت القرط، وهي طريقة باتت اليوم مألوفة ومعروفة - إن لم تكن معروفة من قبل - لدى النساء وتجار الحلي والمجوهرات، وبه تكون المرأة قد أخذت نفسها بأحوط الأحكام دون أن تحرم نفسها من متعة التزيين»⁽³⁾.

● **أدلة القائلين بعدم جواز ثقب أذن الأنثى للتحلي:** واستدل هذا الفريق بالأدلة التالية:

1. أن ثقب أذن الأنثى ملحق بتبتيك آذان الأنعام الذي هو من أمر الشيطان⁽⁴⁾، كما أخبر الله تبارك وتعالى عن ذلك بقوله: ﴿وَلَا مَرْنَهُمْ فَلْيَبْتِكُنَّ آذَانَ الْإِنْعَامِ﴾⁽⁵⁾.

واعترض على هذا الاستدلال:

« بأن إلحاق ثقب أذن الأنثى للتحلي بتبتيك آذان الأنعام قياس مع الفارق، حيث أن الأصل الذي قاسوا عليه محرم، وهو شرعة الشيطان وأمره؛ لأن المشركين كانوا إذا ولدت الناقة خمسة أبطن، وكان السادس ذكراً، شقوا أذن الناقة، وحرّموا ركوبها، وشرع لهم الشيطان ذلك شريعة

(1) محمد خالد عبد العزيز منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ص: 193.

(2) الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج 2 ص: 100..

(3) كمال الدين بكرو، مسائل وأحكام فيما يمس حسد الإنسان، ص: 100.

(4) الإمام أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية، تحفة المودود بأحكام المولود، (دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع)، ص: 309..

(5) سورة النساء، الآية: 119.

من عنده»⁽¹⁾. بخلاف ثقب أذن الأنثى ففيه مصلحة شهد الشرع بجوازها، وهي: تحلي المرأة وتجميلها، فحرم الأصل، وجاز الفرع.

2. أن في ثقب أذن الأنثى جرحاً مؤلماً، وتعجيل أذى بلا منفعة، وهذا لا يجوز فعله إلا للحاجة مهمة، والتحلي ليس منها⁽²⁾.

واعترض على هذا الاستدلال:

بأنه لا يسلم عدم أهمية ثقب أذن الأنثى، ذلك أن فيه مصلحة مهمة للمرأة، وهي التحلي، وقد فطر الله النساء على حب التحلي، والتزين، قال تعالى ﴿أَوْ مَنْ يَنْشَوُّهُ فِي الْحِلْيَةِ وَهُوَ فِي الْخِصَامِ غَيْرُ مُبِينٍ﴾⁽³⁾.

فإنكار الفائدة من ثقب الأذن للتحلي أمر مخالف للعادة والحس. والأذى اليسير الذي يلحق الأنثى من جراء ثقب الأذن لا يقاس في مقابل منفعة التحلي المرجو تحصيلها.

3. قياس ثقب أذن الأنثى على الوشم؛ بجامع وقوع الأذى في كل.

واعترض على هذا الاستدلال:

الأول: «أن الأذى المترتب من ثقب الأذن هو أخف من الأذى الناتج عن الوشم.

الثاني: أن في الوشم تغييراً لخلق الله، وعبثاً بالنفس الإنسانية بلا حاجة، ولا مسوغ، بخلاف ثقب أذن الأنثى، فإنه فعل يقصد به التزين الذي شهدت أدلة الشرع بإباحته»⁽⁴⁾.

4. «لا يقال: إن في ثقب الأذن تغييراً لخلق الله تعالى، ومثله، وقد نهى الشرع عنهما. ذلك لأن

عملية الثقب تلك لا تؤثر في شكلية الأذن وأصل خلقتها، كما أن ذلك ليس بمثله، لأن المثلة

إما أن تكون على صعيد الحيوان، فهي داخلة في عقائد المشركين، وإما أن تكون بين البشر

فهي من مخلفات الحروب، ولا يلجأ إليها إلا بدافع حب التشفي والانتقام بما لا يتفق والحرب

(1) ابن القيم، تحفة المودود بأحكام المولود، ص: 155.

(2) محمد خالد عبد العزيز منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ص: 193.

(3) سورة الزخرف، الآية: 17.

(4) محمد خالد عبد العزيز منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ص: 194.

الإسلامية، بل الحروب الإنسانية كلها. أما ثقب الأذن للزينة فهو بعيد كل البعد عن مثل هذه الأمور»⁽¹⁾.

والذي يبدو لي - والله أعلم - جواز ثقب أذن الأنثى للتحلي:

- 1- لإباحة النصوص الشرعية ثقب الأذن الخاصة بالأنثى بهدف الزينة والتحلي.
- 2- لأنه ليس في عملية الثقب تغييراً لخلق الله ولا مثله.
- 3- ولأن مصلحة ثقب المرأة لأذنها تفوق بكثير الضرر اليسير الناتج عن الثقب.

الفرع الرابع: الجراحة التجميلية الحاجية.

وهذا النوع من الجراحة الطبية وإن كان مسماها يدل عل تعلقه بالتحسين والتجميل، إلا أنه توفرت فيه الدوافع الموجبة للترخيص بفعله.

فمما لاشك فيه أن هذه العيوب يستتضر الإنسان بها حساً، ومعنى، وذلك ثابت طبيّاً، ومن ثم فإنه يشرع التوسيع على المصابين بهذه العيوب بالإذن لهم في إزالتها بالجراحة اللازمة⁽²⁾.

أولاً: الأدلة الشرعية الدالة على جواز الجراحة التجميلية الحاجية.

أ- حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: « ما أنزل من داء، إلا وأنزل له الشفاء »⁽³⁾.

ب- حديث أسامة بن شريك رضي الله عنه: « تداووا فإن الله لم يضع داء إلا وضع له دواء، غير داء واحد: الهرم »⁽⁴⁾.

ثانياً: وجه الدلالة في الحديثين:

1- « الحديثان دالان على جواز التداوي والمعالجة الطبية من سائر الأمراض، وما ذكر من الأمراض في جراحة التجميل بقصد التداوي داخل في هذا الجواز، سواء أكان السبب الداعي له ضرورياً، أم حاجياً.

(1) كمال الدين بكرو، مسائل وأحكام فيما يمس جسد الإنسان، ص: 100.

(2) محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عنها، (مكتبة الصحابة، جدة، الطبعة الثانية،

1994م)، ص: 185.

(3) سبق تخريجه، ص: 161

(4) سبق تخريجه، ص: 161

- 2- ولأنه يجوز فعل الجراحة الطبية إذا وجد سبب مبيح لفعالها، وجراحة التجميل بقصد التداوي داخلية فيها بجامع وجود الحاجة في كل»⁽¹⁾.
- 3- قياسها على القول بجواز إزالة الزوائد على حلقة الإنسان، فإن كان إزالة ما ولد به الإنسان جائزاً، فمن باب أولى جواز ما هو حادث عليه وعلى صحته وجسده.
- 4- قياس هذه الأنواع من العمليات الجراحية التجميلية على جواز العمل الجراحي المرخص فيه لضرورة التداوي، إذ أن التداوي إزالة آثار المرض⁽²⁾.
- 5- إن هذه العيوب تشتمل على ضرر حسي، ومعنوي، وهو موجب للترخيص بفعل الجراحة لأنه يعتبر حاجة، تنزل منزلة الضرورة ويرخص بفعالها⁽³⁾ إعمالاً للقاعدة الشرعية التي تقول « الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة »⁽⁴⁾.
- 6- أن هذا النوع من الجراحة لا يقصد به تغيير الحلقة عمداً، إنما يقصد به التداوي، والتجميل جاء تبعاً؛ فيشرع للطبيب الجراح وللمريضة إجراء هذه العمليات بهدف التداوي والمعالجة، لوجود الحاجة الداعية للترخيص بالتدخل الجراحي⁽⁵⁾.
- 7- إن القواعد العامة للشريعة الإسلامية تبيح هذه العمليات الجراحية؛ لأن الشريعة مبنية على جلب المصالح ودرء المفاسد، ففي إزالة تلك التشوهات والعيوب تحصيل لمصالح كثيرة منها رفع الحرج والضييق، ومنها أيضاً استعادة الوظيفة والشكل، واستقامة الأعضاء، وكذلك فإن في إزالتها تعطيلاً لمفاسد كثيرة، أيضاً منها إزالة الضرر والألم والأذى بفعل الجراحة⁽⁶⁾.

(1) محمد خالد عبد العزيز منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ص: 187-188.

(2) سوزان وفيق محمد أبو مطر، التعديل الجراحي على جسم الإنسان، (رسالة مقدمة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية- غزة، كلية الشريعة والقانون، أبريل 2009م)، ص: 109-110.

(3) الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عنها، ص: 185.

(4) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص: 88.

(5) محمد خالد عبد العزيز منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ص: 189.

(6) سوزان وفيق محمد أبو مطر، التعديل الجراحي على جسم الإنسان، ص: 110.

8- قياس جراحة التجميل بقصد التداوي على جواز القطع الذي نص الفقهاء على جوازه، قال العز بن عبد السلام « وأما ما لا يمكن تحصيل منفعته إلا بإفساد بعضه، فكقطع اليد المتأكلة حفظاً للروح، إذا كان الغالب السلامة، فإنه يجوز قطعها، وإن كان إفساداً لها »⁽¹⁾.

الفرع الخامس: الجراحة التجميلية التحسينية.

« وهذا النوع من الجراحة الطبية لم تتوفر فيه الدواعي المعتبرة شرعاً للترخيص بفعله، وتعتبر مقاصده من جنس المقاصد المحرمة شرعاً، كالعيب بالخلقة وتغييرها طلباً للجمال والحسن »⁽²⁾.

واختلف الفقهاء في بيان حكم التجميل لغرض التحسين، فمنهم من اعتبر هذا النوع مباحاً كسائر الجراحات الطبية الأخرى، ومنهم من اعتبره منهي عنه، لأنه لا يتضمن مقصد شرعي وفيه تغيير لخلق الله.

الاتجاه الأول: إن الأصل في التجميل لغرض التحسين: الإباحة ولو اشتمل على شيء من تغيير الخلقة، باستثناء ما ورد النص بتحريمه، وما ورد النهي عنه مما يشتمل على تغيير الخلقة خمسة أنواع هي: النمص، والوصل، والوشم، والوشر، والتفليج⁽³⁾. ويلحق بهذه الأنواع ما شابهها في الصلة.

ويقرر أصحاب هذا الاتجاه أن ما يستجد في حياة الناس من صور تجميل البدن من غير ما نهى عنه الشرع، فهو مباح لأنه من قبيل العفو المسكوت عنه⁽⁴⁾.

(1) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، (دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 2003م)، ص: 93.

(2) الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عنها، ص: 190.

(3) النمص: تنف الشعر، ابن منظور، لسان العرب، ج 07، ص: 101.

- الوصل: وذلك أن تصل المرأة شعرها بشعر آخر زوراً، ابن منظور، لسان العرب، ج 11، ص: 727.

- الوشم: وهو أن يغرز الجلد بإبرة ثم تحشى المغارز كحلاً، ابن منظور، لسان العرب، ج 09، ص: 153.

- الوشر: أن تحدد المرأة أسنانها وترققها، ابن منظور، لسان العرب، ج 05، ص: 284.

- التفليج: أيضاً التذهيب، والفليج في الأسنان تباعد ما بين التنايا والرابعيات خلقة، ابن منظور، لسان العرب، ج 02، ص: 346.

(4) الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة «قسم الفقه الطبي» (جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية

السعودية، مركز التميز البحثي، الطبعة الأولى، 1436هـ/2014م)، ص: 193.

واستدل هذا الفريق بالأدلة التالية:

1- « العمل التجميلي عمل جراحي لا يختلف عن الأعمال الجراحية الأخرى، ولا يمنع منه سوى إلحاق الضرر بالجسم البشري »⁽¹⁾.

2- قوله تعالى: ﴿ فُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ، وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ ﴾⁽²⁾.
وجه الدلالة: إن عمليات التجميل تأتي في سياق تحقيق الزينة التي أباحها الله، وقد أعاب الله على من حرم الزينة على عباده، فتكون عمليات التجميل مباحة لا يصح تحريمها، لأنها من الزينة التي هدى الله الناس إليها.

ويجاب على الاستدلال بما يلي:

قوله تعالى: ﴿ يَلْبَسْنَ عَادَمَ خُذُوا زِينَتَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا ﴾⁽³⁾، فصحيح أن الله أباح التجميل والتزين لما أودعه في نفوسنا، وهو لا يمنع الناس أن يتجملوا إنما يمنع أن يتجاوزوا حدود ما لا يجوز لهم، وفي عمليات التجميل المعاصرة تجاوز لكثير من حدود الله واعتراض على خلق الله⁽⁴⁾.

3- قوله الطَّيِّبَاتِ: « إِنَّ اللَّهَ جَمِيلٌ يُحِبُّ الْجَمَالَ »⁽⁵⁾.

4- إن الأصل في التصرفات أو الأشياء ومنها التجميل الإباحة، لقوله تعالى: ﴿ وَسَخَّرَ لَكُمْ مِمَّا فِي السَّمَوَاتِ وَمِمَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِّنْهُ ﴾⁽⁶⁾.

(1) محمد الحسيني، عمليات التجميل الجراحية ومشروعيتها الجزائية بين الشريعة والقانون، ص: 94.

(2) سورة الأعراف، الآية: 32.

(3) سورة الأعراف، الآية: 31.

(4) ينظر: سوزان وفيق محمد أبو مطر، التعديل الجراحي على جسم الإنسان، ص: 114.

(5) أخرجه: مسلم، الصحيح، كتاب الإيمان، باب « تحريم الكبر وبيانه »، رقم الحديث (91)، 93/1.

(6) سورة الجاثية، الآية: 13.

5- إن من مقاصد الشريعة التجميل والتزيين، فإذا كان التجميل لغرض مشروع، وليس للعبث، وخلا من الإسراف والضرر وكشف العورات، وغيرها من المحاذير، فإن القول بجوازه يتفق مع مقاصد الشريعة⁽¹⁾.

« ويجاب عن هذا الاستدلال: بأن المقصد في الشريعة الإسلامية هو التجميل، إلا أن هناك مقصد أولى بالعناية وهو حفظ النفس، فلا يمكن بأي حال من الأحوال المجازفة بتعريض النفس للتهلكة في سبيل مقصد جمالي.

6- إن زماننا يحمل من التقدم الطبي الجراحي ما لم يكن في عهد الرسول ﷺ، ولا في عهد من بعده، فما كان فيه خطر وخوف على الصحة يمتنعان من جوازه، أصبح اليوم آمناً بفضل ما فتح الله به على عباده من العلم والتكنولوجيا، فتحریم العمليات بدعوى الضرر الحاصل منها لا يصح لأن هذا السبب لا وجود له اليوم في ظل ما نشهده من تطور الوسائل والأساليب⁽²⁾. ويرد على هذا الاستدلال: الوقت الراهن يشهد أخطاء طبية متنوعة، وأضرار جسيمة ناتجة عن التفنن في أساليب الجراحة التجميلية، مما ينتج عنه إلحاق الضرر بالمريض عوض تشبيبه أي تزيينه.

7- ورد في الشرع إباحة أنواع متعددة من تجميل البدن، وهي لا تخلو من تغيير خلق الله، منها ما هو منصوص عليه، انعقد الإجماع على مشروعيته، أو جوازه كالحتان، وقص الشعر، وبتف الإبط، وحلق العانة، والكحل، والخضاب، ومنها ما هو مسكوت عنه، وجمهور أهل العلم على جوازه كإزالة الشعر في الوجه⁽³⁾.

الاتجاه الثاني: يميل هذا الاتجاه إلى تحريم العمليات التجميلية، لأن الغاية منها تغيير خلق الله، والعبث بصحة الإنسان.

(1) الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة الطبية، ص: 194.

(2) سوزان وفيق محمد أبو مطر، التعديل الجراحي على جسم الإنسان، ص: 116.

(3) الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة، ص: 194.

واستدل هذا الفريق بالأدلة التالية:

1- قوله تعالى - حكاية عن إبليس لعنه الله - ﴿...وَأَمْرَنَهُمْ فَلَيَغْيِرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ﴾⁽¹⁾.

وجه الدلالة:

« أن هذه الآية واردة في سياق الدم، وبيان المحرمات التي يسول الشيطان فعلها للعصاة من بني آدم، ومنها تغيير خلقه الله.

وجراحة التجميل التحسينية تشتمل على تغيير خلقه الله والعبث فيها حسب الأهواء والرغبات، فهي داخلة في الذموم شرعاً، وتعتبر من جنس المحرمات التي يسول الشيطان فعلها للعصاة من بني آدم»⁽²⁾.

2- حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه قال: « سمعت رسول الله ﷺ يقول: لَعَنَ اللَّهُ الْوَاشِمَاتِ، وَالْمَتَوَشِّمَاتِ، وَالْمَتَمِصَّاتِ، وَالْمَتَفَلِّجَاتِ لِلْحُسْنِ، وَالْمَغْيِرَاتِ خَلْقَ اللَّهِ»⁽³⁾.

وجه الدلالة:

أن الحديث دل على لعن من فعل هذه الأشياء، واللعن: الطرد من رحمة الله، والطرده من رحمة الله لا يكون إلا على ارتكاب محرم؛ وقد علل ذلك بأنه تغيير لخلق الله، وحقيقته جمع بين طلب الحسن، وتغيير خلق الله، وهذان موجودان في جراحة التجميل بقصد الزينة والتحسين، لأنها تغيير لخلق الله مع ابتغاء الحسن والجمال، دون وجود موجب طبي يبيح فعلها⁽⁴⁾.

3- « إن المرأة عندما تقرر أن تعيد صنع وجهها أو تقليل حجم صدرها، أو رفع بطنها التي تدلت أو ارتخت.. فمعنى ذلك: أنها تنشُد معونة الطبيب في حل مشكلات نفسية تتعرض لها، قد تقودها إذا لم تحل إلى مأس في بعض الأحيان، وهذا النوع يحرم الإسلام القليل منه والبسيط، ويحرم من باب أولى الكثير منه والمعقد.. كما يضاف إلى ذلك: أن فتح الباب للنساء في هذه

(1) سورة النساء، الآية: 119.

(2) الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عنها، ص: 194.

(3) أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب تفسير القرآن، باب « وَالَّذِينَ تَبَوَّءُوا الدَّارَ وَالْإِيمَانَ »، رقم الحديث (4886)، 147/6.

(4) محمد خالد عبد العزيز منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ص: 200.

- المبالغات يؤدي إلى ارتمائهن في أحضان الشهوانية، والبعد تاريخياً عن رسالتهن الإنسانية، وعدم النجاح بالتالي في خلافة الإنسان لله على الأرض...»⁽¹⁾.
- 4- أن تغيير الخلقة فيه تعدد على البدن الذي هو أمانة عند العبد، فليس له أن يغير فيه، إلا فيما أذن له به مالكة الحقيقي.
- 5- أن تغيير خلق الله ينبي عن عدم الرضا بخلقة الله التي ارتضاها للعبد⁽²⁾.
- 6- حديث أسامة بن شريك رضي الله عنه وفيه: «تداووا عباد الله، فإن الله عز وجل لم يضع داء إلا وضع له دواء غير داء واحد: الهرم»⁽³⁾.
- وجه الدلالة:

- « يدل الحديث على أنه ما من داء إلا وله دواء، وهذا مشعر بجواز التداوي بشكل عام، ثم استثنى من ذلك كله داء واحد، وهو الهرم، فاستثاؤه للهرم دون سائر الأدواء يدل على عدم جواز العبث بالخلقة البشرية لإعادتها لصباها، وشبابها، أو محاولة تغيير معالم كبر السن بأي وسيلة من الوسائل، وجراحة التجميل التحسينية متضمنة لذلك، فكانت محرمة»⁽⁴⁾.
- 7- إن هذه الجراحة تتضمن في عدد من صورها الغش والتدليس وهو محرم شرعاً، ففيها إعادة صورة الشباب للكهل والمسن في وجهه وجسده، وذلك مفض للوقوع في المحذور من غش الأزواج من قبل النساء اللاتي يفعلن ذلك، وغش الزوجات من قبل الرجال الذين يفعلون ذلك⁽⁵⁾.
- 8- قياس عمليات التجميل التحسينية على عمليات الوشر والوشم، بجامع تغيير الخلقة في كل، وطلباً للحسن والجمال فكما حرمت السابقة تحرم اللاحقة.

(1) ينظر: محمد الحسيني، عمليات التجميل الجراحية ومشروعيتها الجزائية بين الشريعة والقانون، ص: 92.

(2) الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة، ص: 194.

(3) سبق تخريجه، ص: 161.

(4) محمد خالد عبد العزيز منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ص: 201.

(5) الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عنها، ص: 195.

- 9- قياس التجميل على العبادة، فإنه إذا بولغ فيها فإن الاسلام يقول لهذا المبالغ قف، ويعيد له ترتيب الأمور وضبطها كما يريد الله، وإذا بولغ في التجميل وزاد عن الحد الطبيعي فإن الإسلام يمنعه وهذه المبالغة ظاهرة في هوس التجميل اليوم⁽¹⁾.
- 10- إن هذه الجراحة لا يتم ارتكابها إلا بارتكاب بعض المحظورات وفعالها، ومن تلك المحظورات التخدير، إذ لا يمكن فعل شيء من المهمات إلا بعد تخدير المريض تخديراً عاماً أو موضوعياً. ومعلوم أن التخدير في الأصل محرم شرعاً، وفعله في هذا النوع من الجراحة لم يأذن به الشرع لفقد الأسباب الموجبة للترخيص والأذن به، وعليه فإنه يعتبر باق على الأصل الموجب لحرمة استعماله⁽²⁾.
- 11- أن فعل هذا النوع من الجراحة يؤدي إلى كشف العورة، ولمسها، ومباشرتها لغير ضرورة، ويؤدي إلى معالجة الرجال للنساء، والعكس دون ضرورة طبية، وكل ذلك فاسد شرعاً⁽³⁾.
- 12- يعمد الأطباء لاستخدام التقنيات الحديثة والحواسيب في إظهار مدى الملاءمة التي ستكون عليها نتائج العملية، وهذا يختلف عن الواقع ومدى تقبل جسد المريض للتغيرات والنتائج على الشكل القديم مما يؤدي إلى اختلاف نتائج العملية عن المطلوب⁽⁴⁾.
- 13- إن هذه الجراحة لا تخلو من الأضرار والمضاعفات التي تنشأ عنها، ففي جراحة تجميل الثديين بتكبيرهما عن طريق حقن مادة السلكون أو الهرمونات الجنسية يؤدي ذلك إلى حدوث أخطار كثيرة إضافة إلى قلة نجاحها « هناك اتجاه علمي بأن مضاعفات إجراء هذه العملية كثيرة لدرجة أن إجراءها لا ينصح به »⁽⁵⁾.

(1) سوزان وفيق محمد أبو مطر، التعديل الجراحي على جسم الإنسان، ص: 118.

(2) الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عنها، ص: 196.

(3) محمد خالد عبد العزيز منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ص: 202.

(4) سوزان وفيق محمد أبو مطر، التعديل الجراحي على جسم الإنسان، ص: 119.

(5) الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عنها، ص: 192.

وفي الأخير، لا يمكن الجزم بتحريم العمليات الجراحية التجميلية، ولا التأكيد على جوازها مطلقاً، فالقول بالجواز والتحريم تحكمه ضوابط معينة، بحسب كل عملية جراحية تجميلية على حدة، ومن بين الضوابط التي يمكن مراعاتها:

- الجراحات المنهي عنها بنصوص شرعية لا يمكن الإقبال عليها.
 - إذا كان طابع الجراحة التجميلية وقائي علاجي لإزالة عيوب أو تشوهات، فالضرورة تجيز هاته الجراحة.
 - أن لا تلحق الجراحة ضرراً بالمريض.
 - أن تحقق العملية الجراحية مصلحة معتبرة شرعاً، بأن لا تكون للتشبيب أو تغيير خلق الله.
 - أن تكون نتائج الجراحة التجميلية مضمونة، بعيدة عن الغش والتدليس، غير مصحوبة بوسائل محرمة.
 - أن يلتزم الطبيب بالأصول والقواعد العامة المتعارف عليها طبياً، وأن يلتزم بتبصير المريض بكل مخاطر العملية ومضاعفاتها.
 - أن يغلب على ظن الطبيب علاج المريض، لا الاتجار بجهله بدافع الربح.
 - مراعاة حق السلامة الجسدية وحفظ النفس البشرية.
 - لا تجوز الجراحة إلا للضرورة.
 - مراعاة مصالح ومفاسد الجراحة لإمكانية الموازنة بينهما بدفع المفسدة قبل جلب المصلحة.
- قال العز بن عبد السلام « إذا اجتمعت مصالح ومفاسد، فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك، امتثالاً لأمر الله فيهما... وإن تعذر الدرء والتحصيل، فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة، ولا نبالي بفوت المصلحة »⁽¹⁾.

⁽¹⁾ العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، ص: 98.

المطلب الثاني: الجراحة التجميلية في القانون الوضعي.

أدى التطور الطبي، إلى اتساع مفهوم الجراحة الطبية فلم يعد العمل الطبي مقصور ومحدد في هدف واحد متمثل في علاج المريض من سقم أو مرض معين، بل تعداه ليشمل وجوه عدة تتمثل أساساً في تحسين مظهر خارجي للإنسان عن طريق أساليب فنية متطورة بالغة الخطورة. وتعتبر الجراحة التجميلية وسيلة ضرورية للتخلص من الآلام النفسية، والآثار العضوية. وتتفق القوانين الوضعية حول مشروعية العمليات التجميلية رغم اختلافها في القوانين والشروط الخاصة والمطلوبة لهذا النوع من العمليات. واختلافها أيضاً حول الأساس القانوني للمسؤولية الطبية للطبيب القائم بالعملية التجميلية حال وقوع الضرر على المريض والمساس بسلامته الجسدية.

الفرع الأول: مفهوم جراحة التجميل في القانون الوضعي.

الأعمال الطبية التجميلية هي: « التي لا يكون الغرض منها علاج مرض عن طريق التدخل الجراحي، بل إزالة تشويه حدث في جسم المريض بفعل مكتسب أو خلقي أو وظيفي ». فيقصد من المعالجة إزالة تشويه في الجسم ظاهر أو خفي، فهي ذات صلة وثيقة بعلم النفس، إذ أن كثير من الأمراض النفسية تعود إلى التشوهات⁽¹⁾.

والجراحة التجميلية هي: « شق بعض بدن الإنسان، أو قطع أعضائه بمبضع (bistouri) الجراح ليس بقصد استئصال مرض أو تنظيف جروح أو ما شابه ذلك، وإنما بهدف تحسين وتجميل عضو من الجسم بسبب عيب أو تشوه بسيط لا يؤثر في صحة صاحبه »⁽²⁾.

« فالأعمال الطبية التجميلية لا يقصد منها المعالجة دائماً، وإنما إزالة تشويه في الجسم ظاهر أو خفي لغرض علاجي أو جمالي بحث. ومن هذه الأعمال الطبية التجميلية رفع الشعر من الوجه لشابة تريد الزواج، أو إزالة تشويه عن فتاة تعاني تضخم في الثديين، أو بتر إصبع زائد، أو تعديل أنف أو إزالة التجاعيد والغضون عن وجه فنانة وغيرها »⁽³⁾.

(1) محمود زكي شمس، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية " المدنية والجزائية "، (مؤسسة غبور للطباعة، دمشق، الطبعة الأولى 1999م)، ص: 54.

(2) بومدين سامية، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، (مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق تيزي وزو، 28/02/2011م)، صك 15.

(3) منذر الفضل، المسؤولية الطبية "دراسة مقارنة"، (دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2012م)، ص: 70.

الفرع الثاني: الاختلاف الفقهي في جواز العمليات التجميلية.

اختلف الفقهاء في مدى جواز العمليات الخاصة بالتجميل بين مؤيد لذلك ومعارض بحجة انتفاء قصد العلاج في الجراحة التجميلية وهو أساس إباحة الأعمال الطبية عموماً.
أولاً: الموقف الرافض للجراحة التجميلية.

ومن أبرزهم الفقيه الفرنسي « جارسون »، فلم يجز هذه الجراحة على وجه الإطلاق باعتبار أن القواعد العامة تقضي أن يكون تدخل الجراح مقصوداً به تحقيق غرض علاجي، كتخليص المريض من علة أو مرض، أو للتخفيف من حدته، أو الوقاية منه، أما الغاية الجمالية التي تصبو إليها عمليات التجميل، فتعارض بالطبع وهذا الغرض العلاجي، وقد قرر الفقيه " جارسون " بأن الطبيب الذي يتعامل مع عضو سليم من أعضاء الجسم بحجة التجميل خرج عن حدود المهنة التي تبيحها له شهادة الطب⁽¹⁾.

نقده: التمسك بغرض العلاج لإباحة الجراحة التجميلية أمر لا يستقيم؛ لأن التدخل التجميلي ليس المقصود منه دائماً تجميل الشكل الخارجي أو تحسينه، بل قد يكون الهدف من الجراحة إزالة عيب عضوي، أو إخفاء تشويه معين، أو إعادة تقويم الأسنان بعد سقوطها جراء حادث معين وهكذا...

ثانياً: الموسعون لإجراء العمليات الطبية التجميلية:

يرى أنصار هذا الاتجاه من الفقه الفرنسي أنه يجب التوسع فيما يباح من جراحة التجميل على اعتبار أن هذه الأعمال من مجددات الشباب ومن العلاج تبعاً لذلك، أو على الأقل وسيلة من وسائل الكفاح ضد المرض، بل إن التجميل يعطي للإنسان المسرة والسعادة وهما من شروط صحة الإنسان.

هذا بالإضافة إلى أن الأعمال الطبية التجميلية تدلل العقوبات التي قد تعترض الشخص في اكتساب رزقه في الحياة الاجتماعية، وإنه من الناحية المعنوية تخفف ما قد يشعر به الشخص من ألم جراء ما به من تشويه⁽²⁾.

(1) بومدين سامية، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، ص: 44.

(2) منذر الفضل، المسؤولية الطبية "دراسة مقارنة"، ص: 92.

نقده: لا يمكن بأي حال من الأحوال تأييد التوسع في إباحة عمليات التجميل خصوصاً والأمر يتعلق بالسلامة الجسدية للإنسان، فالحفاظ على حق السلامة أولى من المجازفة بعملية التجميل الغير ضرورية.

فالجراحة التجميلية تختلف بحسب حالاتها، وحالة القائمين بها، وإزالة تشويهه في الجسم تختلف عن تقويم أنف لتصغير حجمه، والعملية التجميلية المحتملة النجاح تختلف عن العملية التجميلية المحققة النجاح.

فمن الصعب النظر لجميع الحالات بنفس الرؤية، فلكل حالة ظرفها، وغايتها، ومقدار العناية الواجب توافره فيها.

ثالثاً: الموقف الواسطي للجراحة التجميلية:

ويرى أنصاره تأييد فكرة الأعمال الطبية التجميلية ولكن بصورة محدودة، أي جواز إجراء الطب التجميلي على شكل وبدن الإنسان في مجال العيوب البسيطة التي لا تحمل خطراً كاستئصال اللحيمات والعظام البارزة في الجسم والتجاعيد في الوجه وخلع الأسنان الموجهة وتكميل الأنف الناقص وغيرها، منعاً من أن تجعل صاحبها محلاً للسخرية بين الناس في المجتمع. أما العيوب غير البسيطة (الجوهرية) والتي فيها مخاطر على حياة الشخص أو جسده فهي غير جائزة ولا مبرر لها⁽¹⁾.

والذي يبدو لي ضرورة التثبت والتروي، وعدم الإسراع في الإقدام على الجراحة التجميلية، لأن الضرر الناجم عنها أصبح يفوق بكثير ما قد يجنيه الشخص من مظهر الجمال، فقد يصل أحياناً إلى وفاة المريض بدل القيام بتكبير صدره، أو تقويم شفته، أو شفط الدهون من جسمه.

الفرع الثالث: أنواع الجراحة التجميلية في القانون الوضعي:

وتتمثل في نوعين، يتعلق النوع الأول بتحسين المظهر الخارجي، أما النوع الثاني فيشمل عمليات التشيب.

1- « الجراحة الترميمية: ويطلق عليها أيضاً الجراحة التصليحية، وهي تهدف إلى علاج تشوهات خلقية إما بالميلاد أو الاكتساب.

⁽¹⁾ منذر الفضل، المسؤولية الطبية "دراسة مقارنة"، ص: 92.

أ- عيوب خلقية: وهي عيوب ناشئة في الجسم من سبب فيه لا من سبب خارج عنه، فيشتمل ذلك على نوعين من العيوب هما: العيوب الخلقية التي ولد بها الإنسان، ومثلها الشق في الشفة العليا، التصاق أصابع اليدين والرجلين، والعيوب الناشئة عن الآفات المرضية التي تصيب الجسم، ومثلها عيوب صيوان الأذن الناشئة عن الزهري والجذام والسل.

ب- عيوب مكتسبة (طارئة): وهي العيوب الناشئة بسبب خارج الجسم، كما في العيوب والتشوهات الناشئة عن الحوادث والحروق، ومن أمثلها، كسور الوجه الشديدة التي تقع بسبب حوادث المرور، تشوه الجلد بسبب الحروق.

2- الجراحة التحسينية: وهي جراحة تحسين المظهر، وتحديد الشباب، والمراد بتحسين المظهر تحقيق الشكل الأفضل، والصورة الأجمل، دون وجود دوافع ضرورية أو حاجية تستلزم فعل الجراحة.

وأما تحديد الشباب فالمراد به إزالة الشيخوخة، فيبدو المسن بعدها وكأنه في عهد الصبا، وعنفوان الشباب في شكله وصورته⁽¹⁾.

والعمليات المتعلقة بهذه الجراحة تنقسم إلى نوعين:

النوع الأول: عمليات الشكل.

النوع الثاني: عمليات التشيب.

ومن أشهر صور النوع الأول ما يلي:

- 1- «تجميل الأنف بتصغيره، وتغيير شكله من حيث العرض والارتفاع.
- 2- تجميل الذقن، وذلك بتصغير عظمها إن كان كبيراً، أو تكبيره بوضع ذقن صناعية تلحم بعضلات، وأنسجة الحنك.
- 3- تجميل الثديين بتصغيرهما إذا كانا كبيرين، أو تكبيرهما بحقن مادة معينة مباشرة في تجويف الثديين، أو بحقن الهرمونات الجنسية، أو بإدخال النهد الصناعي داخل جوف الثدي بواسطة فتحة في الطية الموجودة تحت الثدي.

(1) الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عنها، ص: 191

4- تجميل الأذن بردها إلى الوراء إن كانت متقدمة.

5- تجميل البطن بشد جلدتها وإزالة القسم الزائد بسحبه من تحت الجلد جراحياً.

وأما النوع الثاني: فإنه يجرى لكبار السن، ويقصد منه إزالة آثار الكبر والشيخوخة، ومن أشهر صورته ما يلي:

1- تجميل الوجه بشد تجاعيده، سواء برفع جزء منه، أو برفع جزء منه ومن الرقبة.

2- تجميل الأرداف، وذلك بإزالة المواد الشحمية في المنطقة الخلفية العليا، أو المنطقة الجانبية من الأرداف ثم شد جلدتها.

3- تجميل الساعد، وذلك بإزالة القسم الأدنى من الجلد والشحم.

4- تجميل اليدين وتجميل الحواجب⁽¹⁾.

فعمليات التجميل تنقسم إلى نوعين: الأول ضروري يهدف إلى إصلاح التشوهات والعيوب الحيوية الناجمة عن الحوادث والعيوب والأمراض، وهذا النوع يخضع للقواعد العامة في تحديد مسؤولية الطبيب حيث يلتزم ببذل عناية دون تحقيق نتيجة.

أما النوع الثاني والذي يشمل عمليات إضفاء الصفة الجمالية على حلقة الإنسان العادية وجعله يبدو أكثر شباباً لأسباب فنية و نفسية، وهي عمليات ذات طابع كمالي لا تتسم بالضرورة الملحة والعاجلة، فيجب التشدد فيها، كاشتراط أن يكون الطبيب على درجة كبيرة من التخصص في إجراء العملية المطلوبة، وأن يستخدم طريقة علاجية متفق عليها⁽²⁾.

الفرع الرابع: أسباب جراحة التجميل في القانون الوضعي.

أضحت العمليات التجميلية في الوقت الراهن ضرورة علاجية نفسية لا يمكن الادعاء بجهلها، أو الهروب من تقريرها. فالتشويه الذي يلحق بالشخص المشوه يحتاج إلى ترميم، والأعضاء الخارجية في شكل الإنسان تحتاج إلى التقويم لتعديلها بعد إصابتها جراء الحوادث المختلفة التي يتعرض لها الشخص وتلحق به الضرر.

وتتعدد الأسباب الخاصة بالجراحة التجميلية وتتنوع حسب الغاية المرجوة من العملية وحسب الآثار السلبية التي تنعكس على شخصية المقبل على هذا النوع من العمليات.

(1) الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عنها، ص: 191-193.

(2) محمد حسن منصور، المسؤولية الطبية، (دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006م)، ص: 109-110.

1- السبب النفسي: « بالرغم من أن الصحة تختلف في مظاهرها وخصائصها عن الجمال، فهي تتصل به أحياناً، وذلك من ناحية ما يمكن أن تتركه البشاعة والذمامة من أثر نفساني يتجلى في شكل مرض في الإنسان، إذ الأمراض النفسية كالكتابة والشعور بالحزن والعزلة الاجتماعية يعود السبب فيها إلى قبح الشكل. فقد يسعى هذا الشخص إلى إنهاء حياته لعدم تكيفه وتقبله لوضعه إذا توافرت عوامل أخرى تزيد من وطأة المشكلة النفسية»⁽¹⁾.

2- طبيعة المهنة: فقد يعوق عمل كل من الممثلة أو الراقصة أو لاعبة السيرك أو السكرتيرة الإدارية، مجرد تشوه بسيط، قد يفضي إذا لم يتم إزالته، إلى قدر من التديني في المستوى المهني المطلوب، مما يؤدي في النهاية إلى عرقلة الحياة الاجتماعية لصاحب هذا التشوه، أو على الأقل يجعل من مواجهة الحياة عبء ثقيل الوطأة.

وفي هذا الصدد « أدانت محكمة استئناف باريس في 5 جوان 1962 جراحاً بلاستيكيّاً لكون النتيجة المرجوة كانت ناقصة، بل مشوهة لتدخل جراحي على فنان، مما أدى إلى توقف الفنان عن مهنته، وكان تسبب القضاة لقرارهم هو عدم التناسب بين الخطر والفائدة المرجوة لهذا الشخص، الذي كان مظهره ضرورياً لممارسة مهنته لكونه فناناً يقدم أعماله أمام الجمهور»⁽²⁾.

ولا يمكن حصر الأسباب الرامية إلى إجراء العمليات التجميلية؛ لأنها تختلف من مجتمع لآخر، فغالبية المجتمعات الحالية تستهجن القبح، وتعتبر الجمال مقياس لشخصية الإنسان، وبالتالي يمكن الجزم بتباين المفاهيم وتناقضها كسبب للقيام بالعمليات التجميلية.

الفرع الخامس: طبيعة الالتزام في الجراحة التجميلية في القانون الوضعي.

اختلف في تحديد الطبيعة القانونية للالتزامات الناشئة عن الجراحة التجميلية، ففريق أكد التزام الطبيب بتحقيق غاية العلاج ولا يكفيه بذل عناية الرجل العادي، في حين اعتبر الفريق الآخر العمليات التجميلية عمليات طبية، لا يمكن الخروج فيها عن القواعد العامة للمسؤولية وبالتالي يلتزم الطبيب في عملية الجراحة التجميلية ببذل العناية المطلوبة، ولا يسأل عن الأخطاء الغير محتملة، ولا الأضرار الغير متوقعة الحدوث.

(1) بومدين سامية، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، ص: 26.

(2) وفاء شيعاوي، المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية، (الملتقى الوطني حول " المسؤولية الطبية "، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق، يومي 23-24/04/2008م)، ص: 4.

1- إلتزام الجراح التجميلي بتحقيق غاية:

فلقد كان القضاء يلقي على الطبيب التزاماً ضمناً « بضمان نجاح العملية » وهو يعني التزام تحقيق نتيجة. وتطبيقاً لذلك حكمت محكمة باريس في 23/01/1913 بمسؤولية طبيب التجميل رغم عدم ارتكابه خطأً طبياً وقيامه بمراعاة أصول الفن والعلاج. وتتلخص القضية في أن طبيباً فرنسياً قام بتعريض فتاة لأشعة " رونتجن " بهدف إزالة الشعر من ذقنها فتسبب في إصابة جسدها بجروق ظاهرة على وجهها، فانتدبت المحكمة خبير لفحص المصابة للتعرف على مدى الخطأ الذي يمكن نسبه للطبيب الذي قرر أنه لم يقع منه خطأً إطلاقاً وأنه راعى أصول الفن والعلاج الطبي المتيسر آنذاك، وأن النتيجة السيئة التي وقعت تعود لأمر لا يمكن التنبؤ بها مسبقاً⁽¹⁾.

2- التزام الجراح التجميلي ببذل عناية:

فالقضاء ورغم تشدده إلا أنه جمع على التزام الطبيب في عمليات جراحة التجميل لازال إلتزاماً ببذل عناية، وليس بتحقيق نتيجة. إذا يتكون عقد بين الطبيب والشخص يلتزم الأول بمقتضاه ببذل العناية والاهتمام اللذين تقتضيهما الظروف القائمة ويتفقان مع الأصول العلمية الثابتة⁽²⁾.

« وأكد ذلك قرار محكمة استئناف " باريس " في 14 نوفمبر 2006، في قضية شاب عمره 29 سنة، يعمل كعارض أزياء، ممثل ومغني، لجأ إلى طبيب جراحة التجميل بهدف مسح التجاعيد المتواجدة تحت جفون عينيه التي تشوه ابتسامته أمام الشاشة، ففي البداية استعمل الجراح طريقة الحقن، ثم لجأ إلى عملية جراحية. لكن النتيجة لم تكن مثلما تمناها الشاب فاعتبر العملية شوهدت نظره، وظهرت علامات أخرى غير مرغوب فيها تحت عينه. فلجأ الشاب إلى القضاء، وأثار مسؤولية الجراح، استناداً على التزام الطبيب بتحقيق نتيجة وهو ما لم يحققه هذا الجراح - لكن عدم ثبوت الخطأ من طرف الجراح سواءً خطأً فنياً أو أخلاقياً - كون الجراح أعلم الشاب بكل ما قد يترتب عن التدخل وحصل الطبيب على موافقته بكل صدق وشفافية، وقام بالعملية وفقاً لقواعد الطب المعترف بها. توصل القاضي إلى عدم وجود أي ضرر يستوجب التعويض عنه

(1) محمود زكي شمس، المسؤولية التقصيرية للأطباء، ص: 57-58.

(2) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص: 109.

لعدم ثبوت الخطأ والعلاقة السببية بينه والضرر، وقررت المحكمة أن الجراح غير مسؤول؛ لأن التزامه يبقى التزاماً ببذل عناية⁽¹⁾.

ويبدو لي تأييد موقف القضاء في اعتبار الالتزام في الجراحة التجميلية التزام ببذل عناية لا تحقيق نتيجة، لأن نجاح التدخل الطبي لا يقف عند عمل الجراح فقط، فهناك عوامل أخرى تساهم في تحقيق النتيجة، كحالة الشخص الصحية وعدم إصابته بمرض عضوي معين، والتقنيات والوسائل المستعملة في العملية، والغرض من الإقدام على العملية، وظروف إجرائها، ومهارة الجراح ومساعدته... الخ. وفي كل الأحوال يجب التشديد في التزامات الطبيب أو الجراح الطبية المهنية إذا تعلق الأمر بالجراحة التجميلية، فيجب أن يتأكد الجراح من النتائج الحسنة للعملية، فإذا تبين له من خلال تخصصه وخبرته أن العملية تشكل خطورة ولو محتملة على جسم أو حياة المريض، فلا يمكن المجازفة بإجرائها ولو برضا وموافقة الشخص الخاضع للعملية التجميلية.

الفرع السادس: شروط الجراحة التجميلية في القانون الوضعي.

التزام الطبيب الجراح في الجراحة التجميلية التزام ببذل العناية لا بتحقيق الغاية، إلا أن العناية المطلوبة هي العناية الشديدة من طرف الجراح المؤهل علمياً، والمتفوق طبياً، كما يشترط في الجراحة التجميلية موافقة الشخص الخاضع للعملية بعد تبصيره بكافة مخاطرها، ونسب نجاحها. أولاً: رضا المريض في الجراحة التجميلية.

ويكتسب رضا المريض في مجال التجميل أهمية خاصة، فبعض أنواع التجميل تخلو من مظاهر الضرورة الماسة أو الاستعجال، كما في حالة إصلاح بعض العيوب الخلقية، لذا فمن واجب الطبيب تبصير المريض وإمداده بكافة البيانات المتعلقة بالعملية، وأن يكون ذلك بعبارة سهلة فهمها، مما يسمح للمريض بأن يتخذ قراره وهو على بينة من أمره، فإذا كان الطبيب لا يلزم بإخبار المريض عن كل الأخطار المتوقع حدوثها عادة، فإن الأمر يختلف بالنسبة لعمليات جراحة التجميل والتي تحتم على الطبيب أن يفصح للمريض عن أدنى خطر قد تنطوي عليه مثل هذه العمليات حتى يأتي قبوله لها عن وعي كامل وإدراك مستنير⁽²⁾.

(1) ينظر: بومدين سامية، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، ص: 77-78.

(2) وفاء شعاوي، المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية، ص: 8.

وقد أصدرت محكمة استئناف (دوى)، في 10/07/1946 حكماً في قضية تتلخص وقائعها أن السيد (س) راجع أحد الأطباء في مدينة (ليل) لأنه كان يشكو من تورم طفيف قي الثلث الأعلى من ذراعه اليسرى وبعد الفحص شخص الطبيب المرض بأنه (تورم عضلي عادي) يضغط على أعصاب المرفق فيؤدي إلى الألم الذي يشكو منه المريض.

قام الطبيب بتوجيه النصح والإرشاد لمريضه بإجراء العملية لأنها بسيطة، مؤكداً له نجاحها فوافق المريض على ذلك، وعند قيامه باستئصال الورم تبين له أن الورم ليس ورماً عادياً وإنما ورم خبيث (سرطان) فقام باستئصاله فوراً ودون إشعار المريض أو حصول موافقته، وبعد يوم واحد أفاق من المخدر وعرف حقيقة الأمر وعلم أن ذراعه أصبحت عاجزة وعاطلة عن الحركة فاشتد به الغضب ولجأ إلى القضاء مطالباً بتعويضه عن الضرر.

وعند عرض النزاع أما محكمة الاستئناف المذكورة، قضت بأن على الطبيب أن يحصل على رضی المريض قبل إجراء العملية، وأن هذا الالتزام تحتمه ضرورة احترام حرية الإنسان وسلامته، وإن كان على الطبيب أن يخطر مريضه بحقيقة ما تنطوي عليه العملية من مخاطر لا سيما إذا كانت هذه المخاطر تصل إلى حد فقدان أو تعطيل عضو من أعضاء جسم المريض، ولهذا فإن الطبيب يعد مخطئاً في ذلك⁽¹⁾.

ثانياً: التناسب بين مخاطر العملية وفوائدها.

فيجب على الجراح أن يقوم بتقدير مدى ملائمة هذه العملية لتحقيق التوازن بين الضرر الناتج عن العملية والفوائد المرجوة منها، فقاعدة التوازن هذه نجدها في الالتزام بالحماية، فتتص المادة (40) من قانون أخلاقيات مهنة الطب الفرنسي « يجب على الطبيب أن يمتنع عن التدخلات التي يمارسها، كما في العلاجات التي يضعها من أن يعرض مريضه لأي خطر لا مبرر له »، وبالتالي قد تقوم مسؤولية الجراح التجميلي، إذا كانت نتيجة العملية غير متناسبة مع النفع المرتقب منها، بمعنى أن يكون ضررها أكبر من نفعها، وفي هذا الصدد جاء في محكمة استئناف فرساي « في الجراحة التجميلية المساس بسلامة المريض البدنية فلا يمكن أن يبرر، إلا إذا تم احترام نوع من التوازن ما بين الضرر الناشئ عن التدخل بالعلاج، وبين النفع الذي يتمناه المريض،

(1) منذر الفضل، المسؤولية الطبية " دراسة مقارنة"، ص: 141-142.

فعلى الطبيب إعلام مريضه بذلك، كي يتسنى له أخذ القرار المناسب، فلا يجب عليه أن يقدم على علاج أضراره بتجاوز النفع المنتظر منه»⁽¹⁾.

ثالثاً: كفاءة جراح التجميل:

فقضت المحاكم في فرنسا بمسؤولية الطبيب الذي لم يكن متخصصاً في جراحة التجميل تخصصاً دقيقاً. فقد ذهبت محكمة السين في هذا الشأن إلى تحميل الطبيب المسؤولية الجزائية والمدنية بمقتضى حكمها الصادر في 03 أبريل 1968، وتتعلق وقائع القضية أن إحدى السيدات الباحثات عن الجمال، اطلعت في إحدى المجلات الأسبوعية على مقال يثني كاتبه فيه على أحد أطباء التجميل الذي استخدم طريقة جديدة ومبتكرة لإزالة التجاعيد التي تعلقو جبهة الإنسان عند التقدم في السن، فذهبت إلى عيادته واتفقت معه على إجراء هذه العملية، وقام بإجرائها، وبعد مرور بضع أسابيع على مغادرتها للعيادة لاحظت أن شعرها أخذ يتساقط بشكل جعل جانباً من جوانب رأسها خالياً من الشعر؛ وبدت وكأنها أصيبت بالقرع، وصار جلد جبهتها أزرق اللون، فرفعت السيدة أمرها إلى قاضي الأمور المستعجلة أولاً، ثم إلى محكمة الجرح، فانتدبت المحكمة خبيرين اثنين، جاء في تقريرهما أن الطبيب المدعى عليه ليس مختصاً وغير مؤهل لإجراء هذه العمليات، وأصدرت المحكمة حكمها ومن أسبابه ما يلي: «كذلك فإن دبلوم الطب لا يبيح للطبيب في غير حالات الضرورة أو الاستعجال بأن ينساق إلى ممارسة أساليب علاجية حديثة تنطوي على أخطار لا يعلمها سوى المتخصصون فيها»⁽²⁾.

رابعاً: إجراء عمليات التجميل في الأماكن المرخص بها قانوناً:

«فجراحة التجميل باعتبارها جراحة اختيارية مخطط لها ومجدولة، لا بد لها أن تكون -إن لم نقل ناجحة- على الأقل نسبة نجاحها أكثر من نسبة فشلها، إضافة إلى ذلك يجب أن تكون غرفة العمليات مجهزة تجهيزاً كاملاً وتحتوي كل ما قد يحتاج إليه الجراح أثناء الجراحة العامة، في حالة حصول ظرف طارئ، وأن يكون الفريق الطبي مدرباً ومستعداً لمثل هذه الجراحات. ولهدف تحسين نوعية العلاج ولسلامة صحة المريض في المؤسسات الصحية، أكد قانون 4 مارس 2002 المتعلق بالصحة العامة الفرنسي، عدم ممارسة الجراحة التجميلية، إلا في المؤسسات

(1) يومدين سامية، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، ص: 85-86.

(2) داودي صحراء، مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية، (مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير فرع علوم قانونية، تخصص قانون خاص، جامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، ورقلة، 2006/06/17م)، ص: 52-53.

الصحية المهياة، أي عدم ممارستها في العيادات، وهذا ما جاء في نص المادة 1-6322- وأضفت نفس المادة، أن المنشآت الخاصة لممارسة جراحة التجميل هي موضع ترخيص من طرف الهيئات الإدارية المختصة إقليمياً⁽¹⁾.

الفرع السابع: المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية في القانون الوضعي.

إن الأضرار الناشئة عن استعمال أجهزة أو أدوات معينة أو غير دقيقة، فإن الطبيب يُسأل عنها مباشرة؛ لأن التزامه هنا هو التزام بتحقيق نتيجة هي سلامة المريض، أما الأضرار الناشئة عن الأعمال الطبية البحتة بما تنطوي عليه من خصائص فنية وعلمية، فإن التزام الطبيب يكون التزاماً ببذل عناية ولا تقوم مسؤوليته إلا إذا ثبت وجود تقصير من جانبه.

وهذا ما أكدته محكمة مرسيليا، في قضية تتعلق وقائعها بجراح تجميل أجرى عملية استئصال بعض الزوائد الموجودة في منطقة العانة، وحدثت حروق شديدة للمريض أثناء إجراء العملية بسبب الجهاز المستعمل، وسئل الجراح عن الأضرار التي نشأت عن استعمال الجهاز، لأن التزامه هنا هو التزام بنتيجة⁽²⁾.

وذهبت محكمة النقض المصرية إلى التشديد في العناية المطلوبة من جراح التجميل « إن مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض، أو نائبه لعلاجه هي مسؤولية عقدية، والطبيب وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضه بشفائه، أو بنجاح العملية التي يجريها له، لأن التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة، وإنما هو التزام ببذل عناية، أي أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل مريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني، وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول » وأضافت المحكمة « وجراح التجميل وإن كان كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجريها، إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى، اعتباراً بأن جراحة التجميل لا يقصد بها شفاء المريض من علة في جسمه، وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر⁽¹⁾.

(1) بومدين سامية، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، ص: 91.

(2) داودي صحراء، مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية، ص: 80-81.

(3) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص: 112.

أولاً: المسؤولية الجنائية عن الجراحة التجميلية:

هناك أعمال تصدر عن الطبيب وهو يقصد بها الإضرار بالمريض، وتعد هذه الأفعال جرائم عمدية تخضع لعقوبات مقررّة في قانون العقوبات، وهناك أعمال تصدر عن الطبيب عن غير قصد وتلحق بالمريض الضرر والعطل، وتعد جرائم غير عمدية، وهي أغلب الحالات التي تصدر عن الأطباء، إذ « إن أغلب أخطاء الطبيب تدخل ضمن الجرائم غير المقصودة، خاصة وأن المشرع أدخلها بطريق غير مباشر في أعمال الخطأ؛ لأن أغلب أعمال الأطباء وجرائمهم تقع تحت الإهمال أو قلة الاحتراز، أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة»⁽¹⁾.

ومن أهم الواجبات على الطبيب، في الجراحة التجميلية أو العلاجية الأخرى، قيامه بإعلام الشخص عن وضعه الصحي وما يلزمه من علاج ونتائج المعالجة المتوقعة، وعلى الطبيب الاستعانة برأي زملائه باستشارتهم عندما يجتار في علاج مسألة ما، والامتناع عن إجراء العملية الطبية إذا لم يكن لها مبرر طبي أو صحي، حتى وإن وافق على إجرائها المريض وعليه اتباع الأصول العلمية والفنية المتعارف عليها طبيًا. والقاعدة أن الطبيب إذا ارتكب الفعل قصدًا يلاحق بجرم الإيذاء أي جريمة المساس بالبدن⁽²⁾.

وطبيب التجميل قد تسند إليه جريمة الجرح وهي من جرائم الإيذاء؛ لأنها تمس سلامة الكيان البدني للإنسان سواء أكان ظاهراً أم داخلياً. أو تسند إليه جريمة إعطاء مواد ضارة تؤدي إلى اضطراب في جسم الإنسان، كحقن المريضة بمواد كيماوية طبية في حلمتي ثدييها بهدف تجميل شكلها فتصاب بالأذى البدني. فمجرد واقعة التأثير الشديد على الجني عليه مما يسبب له اضطراباً طبيعياً يعتبر اعتداء على سلامته الجسمية، وإن لم يكن فعل الضرب أو الدفع.

أما إذا ترتبت عاهة مستديمة، أو ترتب بتر عضو من أعضاء الجني عليه أو وجود تشويه كبير في جسم المريض بتعطيله عن العمل فترة معينة، فإن الطبيب يكون مسؤولاً عن الخطأ⁽³⁾.

(1) محمد الحسيني، عمليات التجميل الجراحية ومشروعيتها الجزائية بين الشريعة والقانون (سلسلة "دراسات فقهية"، مركز ابن إدريس الحلبي للدراسات الفقهية، الطبعة الأولى 2008م)، ص: 83.

(2) منذر الفضل، المسؤولية الطبية "دراسة مقارنة"، ص: 118.

(3) عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدالّة والمستشفيات «المدنية والجنائية والتأديبية»، (منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2000م)، ص: 254.

« والمسؤولية الجنائية للطبيب تقوم على الخطأ والأهلية، حيث لا مسؤولية جنائية دون خطأ ولا مسؤولية على من ليس أهلاً لتحملها، كما يلزم وجود صلة سببية بين الخطأ والنتيجة الجرمية كشرط أساسي لقيام المسؤولية الجنائية»⁽¹⁾.

ويعتبر الطبيب مسؤولاً جنائياً إذا لم يتقن قواعد الفن الطبي التجميلي، فلو مارس الطبيب عمله دون أن يكون متمكناً من ذلك، ولحق الضرر بالمريض، فإن المسؤولية القانونية تنهض عليه، كما يكون الطبيب التجميلي مسؤولاً جنائياً عن تقصيره وتقصير مساعديه، كما لو لم يحترز أو يحتاط المساعد وتحترق قطعة الشاش المبللة بالكحول وتسبب حروق أو جرحاً للمريض، ويكون الطبيب التجميلي مسؤولاً عن إهماله وعدم انتباهه لو وضع كيس من الماء الحار لتدفئة المريض المخدر، فيسبب له حروق في جسده، ويكون طبيب التجميل مسؤولاً إذا لم يراعي القوانين والأنظمة واللوائح الخاصة بالمهنة⁽²⁾.

ثانياً: المسؤولية المدنية عن الجراحة التجميلية:

لم ينص القانون المدني الفرنسي (قانون نابليون 1804) ولا تعديلاته المتفرقة، ولا القانون المدني المصري أو القوانين العربية الأخرى (كالقانون الجزائري، والكويتي، والأردني)، ولا القانون المدني العراقي، أو المشروع المدني الجديد على أي نص خاص بمسؤولية الأطباء المدنية. على أن هذا لا يعني إعفاء هؤلاء من المسؤولية المدنية، وإنما جرى مؤاخذه الأطباء والجراحين ومن في حكمهم بناء على نص المادة (1382) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على ما يلي: « كل عمل أياً كان يوقع ضرراً بالغير، من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه»⁽³⁾.

« ومسؤولية الطبيب بصفة عامة، والجراح التجميلي بصفة خاصة، هي مسؤولية عقدية، وذلك منذ صدور قرار (Mercier) عام 1936 الذي أكد الطبيعة العقدية لمسؤولية الطبيب، وهذا الحل يجد ما يبرره في جراحة التجميل كون الشخص الذي يرغب بالقيام بهذه الجراحة

(1) منذر الفضل، المسؤولية الطبية " دراسة مقارنة "، ص: 119.

(2) عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدالدة والمستشفيات، ص: 255.

(3) منذر الفضل، المسؤولية الطبية " دراسة مقارنة "، ص: 106.

شخص يتمتع بصحة جيدة، وهو حر في اللجوء إلى الجراح للقيام بمثل هذه العمليات، وحر في التعبير عن إرادته، وبالتالي العقد قائم على أساس الرضى الحر.

لكن قد تكون مسؤولية الجراح التجميلي تقصيرية، إذا ما قام بالعملية دون الحصول على رضى هذا الشخص، أو أنه قد لجأ إلى مستشفى عمومي، فاتصل هذا الشخص بأحد المستشفيات العامة، يعني تعامله مع شخص معنوي مكلف بإدارة مرفق الصحة العامة، واتصاله بأحد الأطباء المتواجدين بذلك المستشفى، لا يعني إنه تعامل معه على أساس اختيار حر له، وإنما على أساس تنظيمي من طرف الإدارة أي القطاع الصحي تحت إشراف ووصاية وزارة الصحة⁽¹⁾.

غير أنه في مجال جراحة التجميل، هناك من الفقهاء الذين بينوا الحالات التي تكون فيها المسؤولية عقدية، والحالات التي تكون فيها المسؤولية تقصيرية، وقد حددها كما يلي:

1- إخضاع العلاقة القائمة بين الجراح التجميلي، وزبونه لقواعد المسؤولية العقدية في الحالات التالية:

أ/ الحالات التي يكون فيها الغرض من التدخل مجرد إصلاح ما أفسده الدهر من جمال.

ب/ الحالات التي يتعهد بها الطبيب بتحقيق نتيجة، ويضمن فيها للمعني بالعملية النجاح.

2- إخضاع العلاقة القائمة بين المريض والجراح التجميلي لقواعد المسؤولية التقصيرية في الحالات التالية:

أ/ الحالات التي يكون فيها التشويه، مما يسبب آلام نفسية لصاحبه، وقد يدفعه إلى طلب التخلص منها، وهنا على جراح التجميل إثبات ذلك بشهادة الأخصائيين النفسيين، لأن تقدير ذلك لا يكفي للقول بأن المريض في حالة نفسية ميؤوساً منها.

ب/ الحالات التي يكون التدخل الجراحي التجميلي فيها مكماً أو نتيجة حتمية لمرض أو حادث ألم بالمريض، في هذه الحالات لا يسأل الجراح إلا عن خطئه الذي أحدث ضرراً بالمريض⁽²⁾.

(1) حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، "دراسة مقارنة"، (دار هومة، الجزائر، 2009م)، ص: 91.

(2) بومدين سامية، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، ص: 94.

- شروط قيام المسؤولية المدنية في الجراحة التجميلية:

لا تقوم المسؤولية المدنية في الجراحة التجميلية إلا بتوافر عناصر المسؤولية وهي الخطأ، الضرر، والعلاقة السببية بينهما.

أولاً: الخطأ: فتقوم مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية عن خطئه الطبي مهما كان نوعه فنياً أو غير فني، جسيماً أو يسيراً، واشترط القضاء والفقهاء أن يكون الخطأ واضح كل الوضوح، وثابتاً ثبوتاً محققاً لا يتحمل الخلاف فيه، أو الجدل في شأنه، أي أن يكون إخلالاً بواجب مسلم به في علم الطب. ومن هذا القبيل ما قضت به محكمة مصر الابتدائية الوطنية في 7 فيفري 1939، من « أنه لا ينبغي للقاضي في تحديد مسؤولية الطبيب أن يخوض في الخلافات الطبية وأن يؤيد رأياً على رأي، ولكن متى خرجت الواقعة عن نطاق البحث العلمي، ومتى صار من الواضح أن الأمر لا ينطوي على خلاف فني بل على إهمال وجهل بالأشياء التي يتعين على كل طبيب أن يعرفها، كان للمحاكم أن تقرر المسؤولية وتقدرها»⁽¹⁾.

ثانياً: الضرر: لا يكفي لقيام مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية أن يرتكب هذا الأخير خطأ أثناء مزاولته لعمله، ولكن يجب أن يسبب هذا الخطأ ضرراً يلحق بالمريض.

« والضرر هو كل أذى يصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو شرفه أو عواطفه، ويعتبر هذا التعريف هو القياس في مسؤولية الطبيب التي تخضع للقواعد العامة التي تحكم الضرر، فالقاعدة في المسؤولية الطبية، هي كالقاعدة في المسؤولية المدنية، فحصول الخطأ لوحده دون ضرر لا يرتب المسؤولية، وعلى هذا الأساس ومهما بلغت جسامة الخطأ، فإنه لا يرتب مسؤولية الطبيب ما لم ينشأ عنه ضرر حال أو مستقبلي محقق الوقوع، سواء كان الضرر مادياً أو معنوياً»⁽²⁾.

(1) داودي صحراء، مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية، ص: 102.

(2) وفاء شعاوي، المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية، ص: 15.

« ويعتبر الضرر ركناً من أركان المسؤولية، وثبوته يعتبر شرطاً لازماً لقيامها والقضاء بالتعويض تبعاً لذلك، ووقوع الضرر مسألة موضوعية لا رقابة فيها لمحكمة النقض، ولكن الشروط الواجب توافرها في الضرر مسألة قانونية تخضع لرقابتها»⁽¹⁾.

ثالثاً: علاقة السببية: والعلاقة السببية وفقاً للقواعد العامة، هي: « تواجد رابطة مباشرة بين الخطأ الطبي المرتكب من قبل الطبيب و الضرر الذي أصاب المريض، فلا يكفي مجرد وقوع الضرر للمريض وثبوت خطأ الطبيب أو الجراح، بل لا بد من وجود علاقة مباشرة بين الخطأ والضرر، وهذا ما يطبق على جراحة التجميل ».

فاشترط توافر الرابطة السببية بين الخطأ والضرر ضرورة عقلية قبل أن يكون شرطاً قانونياً، إذ ليس من المقبول عقلاً أن يسأل الإنسان، إلا إذا تسبب هذا الخطأ في إلحاق الضرر والأذى بالآخرين⁽²⁾.

غير أنه يصعب تحديد علاقة السببية في نطاق المسؤولية الطبية بالنظر إلى تعقيدات الجسم، وتغير خصائصه وعدم وضوح الأسباب التي تؤدي إلى المضاعفات الظاهرة، فقد تعود أسباب الضرر الحاصل إلى عوامل بعيدة أو غير ظاهرة ترجع لتركيب جسم المريض، وهو الأمر الذي يصعب معه معرفتها أو الوقوف على حقيقتها⁽³⁾.

ومتى أثبت المضرور الخطأ و الضرر، وكان من شأن ذلك الخطأ أن يحدث عادة مثل هذا الضرر فإن القرينة على توافر علاقة السببية بينهما تقوم لصالح المضرور، وللمسؤول نفي هذه القرينة بإثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه⁽⁴⁾.

(1) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص: 166.

(2) يومدين سامية، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، ص: 153.

(3) وفاء شيعاوي، المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية، ص: 15.

(4) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص: 174.

والسبب الأجنبي الذي تنتفي به رابطة السببية هو بوجه عام الحادث الفجائي، أو القوة القاهرة، أو خطأ وقع من المضرور، أو من الغير، وقد يكون السبب الأجنبي عيباً أو مرضاً في المضرور، إلا أن خطأ الطبيب قد لا يكون وحده السبب في الضرر الناتج، بل يشترك معه خطأ آخر للمريض أو للغير مما يؤثر في مسؤولية الطبيب، والتعويض الذي يحكم به⁽¹⁾.

المطلب الثالث: الجراحة التجميلية في القانون الجزائري:

« إذا كان القانون المقارن قد استطاع أن يواكب التطور الموجود على صعيد الجراحة التجميلية، فإن القانون الجزائري مازال بعيداً عن تنظيم هذا الاختصاص الحساس في مجالات الطب والذي بات واقعاً تكررته الممارسة.

لقد بقي المشرع الجزائري صامتاً إزاء الموضوع، فلم يعالجه بنصوص صريحة، واقتصر على النصوص العامة، فلا يوجد نص قانوني ينظم الجراحة التجميلية صراحة في الجزائر بالرغم من سبق التشريعات المتأثرة بها لذلك، وعلى رأسها التشريع الفرنسي⁽²⁾.

وعدم تنظيم المشرع الجزائري لجراحة التجميل يعد تطبيقاً لمبادئ القانون الجنائي، إذ كل عملية جراحية لا بد أن تنصرف لغرض طبي علاجي، أما إذا انعدم هذا الغرض كما هو الحال في جراحة التجميل التي هدفها الجمال، فإن الجراح بتدخله يخرج عن هدف وظيفة الطب الجراحي، وبالتالي يفقد الحصانة الطبية، ويتعرض للمسؤولية الجنائية، وفقاً لما يفضي إليه فعله من نتائج ضارة⁽³⁾.

الفرع الأول: خصائص العقد الطبي في الجراحة التجميلية:

أولاً: العقد الطبي عقد شخصي:

تنص المادة (80) من مدونات أخلاقيات الطب على ما يلي: « يجب أن تبقى ممارسة الطب أو جراحة الأسنان شخصية في العيادات المشتركة بين جماعة من الممارسين. ويتعين احترام حق المريض في حرية اختيار الطبيب أو جراح الأسنان⁽⁴⁾.

(1) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص: 174-175.

(2) وفاء شعاوي، المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية، ص: 04.

(3) بومدين سامية، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، ص: 54.

(4) المادة (80) من مدونة أخلاقيات الطب.

فالمريض في الجراحة التجميلية حر في اختيار الطبيب المختص الخبير.

ثانياً: العقد الطبي عقد معاوضة:

تنص المادة (211) من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: « تحدد عن طريق التنظيم أسعار الأعمال التي يؤديها الأطباء وجراحو الأسنان والصيدالة. ويعاقب كل من لم يحترم هذه الأسعار طبقاً للتشريع والتنظيم الجاري بهما العمل»⁽¹⁾.

ثالثاً: العقد الطبي عقد مدني:

العقد الطبي في العمليات التجميلية كسائر العقود الطبية الأخرى عقد مدني غير تجاري، وهذا ما أكدته المادة (20) من مدونة أخلاقيات الطب حيث نصت على أنه: « يجب أن لا تمارس مهنة الطب وجراحة الأسنان ممارسة تجارية، وعليه يمنع كل طبيب أو جراح أسنان من القيام بجميع أساليب الإشهار المباشرة أو غير المباشرة ».

كما نصت المادة (27) من نفس القانون على أنه: « يمنع على الطبيب أو جراح الأسنان، إجراء فحوص طبية في المحلات التجارية، وفي أي محل تباع فيه مواد وأجهزة أو أدوية ». وهذا ما أكدته أيضا المادة (29) بقولها: « يمنع كل طبيب أو جراح أسنان من ممارسة مهنة أخرى تمكنه من جني أرباح عن وصفاته أو نصائحه الطبية »⁽²⁾.

رابعاً: العقد الطبي عقد مستمر:

أي أن الطبيب المعالج ملزم بمتابعة علاج المريض، وعدم تركه قبل انتهاء العلاج طالما مازال بحاجة إلى جهوده، فترة من الزمن بحسب حالته.

خامساً: العقد الطبي عقد ملزم للجانبين:

العقد الطبي يلقي على عاتق الطرفين التزامات متقابلة؛ إذ يلتزم الطبيب بعلاج المريض، ويلتزم المريض بدفع ثمن العلاج، وبما أن هذا العقد الطبي يقوم على الثقة المتبادلة بين الطرفين فإنه يفقد هذه الثقة أو الإخلال بأحد الالتزامات، فإنه يحق للطبيب أو المريض فسخ العقد⁽³⁾.

(1) المادة (211) من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

(2) ينظر المواد (20)، (27)، (29)، من مدونة أخلاقيات الطب.

(3) ينظر: وفاء شعراوي، المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية، ص: 06.

الفرع الثاني: شروط إجراء عمليات التجميل في التشريع الجزائري:

جراحة التجميل ليست كغيرها من الجراحات العادية الأخرى، فهي تنتمي لفروع الجراحة المتخصصة التي تقتضي من الطبيب المزاولة لها أن يكون مختصاً، مُلمّاً بجميع الأصول العلمية المقررة لهذا النوع من الجراحات، ويشترط أيضاً في الجراحة التجميلية رضا المريض - باعتباره أساس إباحة مختلف الأعمال الطبية على جسده - وضرورة مراعاة التناسب بين مخاطر الجراحة وفوائدها.

أولاً: كفاءة الطبيب الجراح:

أكد المشرع الجزائري على غرار التشريعات القانونية الأخرى مسألة كفاءة الطبيب بصفة عامة. فنصت المادة (197) من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه: «تتوقف ممارسة مهنة الطبيب والصيدلي وجراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة، بناء على الشروط التالية:

- أن يكون طالب هذه الرخصة حائزاً، حسب الحالة، إحدى الشهادات الجزائرية: دكتور في الطب أو جراح أسنان أو صيدلي، أو شهادة أجنبية معترفاً بمعادلتها،
 - أن لا يكون مصاباً بعاهة أو بعللة مرضية منافية لممارسة المهنة،
 - أن لا يكون قد تعرض لعقوبة محلة بالشرف،
 - أن يكون جزائري الجنسية، ويمكن استثناء هذا الشرط على أساس المعاهدات والاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر، وبناء على مقرر يتخذه الوزير المكلف بالصحة».
- ونصت المادة (198) من نفس القانون «لا يجوز لأحد أن يمارس مهنة طبيب اختصاصي أو جراح أسنان اختصاصي أو صيدلي اختصاصي، إذا لم يكن حائزاً شهادة في الاختصاص الطبي أو شهادة أجنبية معترفاً بمعادلتها، زيادة على الشروط المنصوص عليها في المادة 197 أعلاه»⁽¹⁾.
- كما نصت المادة (77) من مدونة أخلاقيات الطب بأنه: «لا يسوغ للطبيب أو جراح الأسنان أن يثبت على الورق المخصص للوصفات والبطاقات الشخصية، أو الدليل المهني إلا البيانات الآتية:

⁽¹⁾ المادتين: (197)، (198)، من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

- 1- الاسم واللقب والعنوان ورقم الهاتف وساعات الاستشارة الطبية.
 - 2- أسماء الزملاء المشتركين إذا كان الطبيب أو جراح الأسنان يمارس مهنته بصفة مشتركة.
 - 3- الشهادات والوظائف والمؤهلات المعترف بها «
- كما نصت المادة (78) من نفس القانون على أنه: « لا يرخص للطبيب أو جراح الأسنان بأن يثبت على لوحات باب عيادته إلا البيانات الآتية:
- الاسم واللقب وأيام وساعات الاستشارة الطبية، والطابق والشهادات المحصل عليها والمؤهلات والوظائف المعترف بها، وفقاً للمادة السالفة»⁽¹⁾.

ثانياً: رضا المريض:

فنصت المادة (154) من قانون حماية الصحة وترقيتها بأنه: « يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك»⁽²⁾.

وعن طبيعة الرضا المشروط في الجراحة عموماً نصت المادة (43) من مدونة أخلاقيات الطب « يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي». ونصت المادة (44) من نفس القانون على أنه: « يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون، وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته»⁽³⁾.

والمشرع الجزائري لا يشترط الشكلية في العمليات التجميلية، بالرغم من المخاطر التي قد تنجر عنها، والأضرار التي قد تسببها. وإن كان اشتراط الشكلية في عقد التجميل يحقق الثقة بين المتعاقدين، ويضمن حقوق الشخص المضرور. ولهذا نؤيد ما ذهب إليه أحد الباحثين في هذا الشأن بقوله « حسب اعتقادنا فنحن نتفق مع فكرة اشتراط الشكلية في عقد جراحة التجميل نظراً لحساسية مثل هذه العمليات وخطورتها على الجسم البشري، وما قد يترتب من مشاكل في كيفية إثباتها إذا وقع للمريض ضرر ما، رغم أن القضاء المدني يميل كثيراً لقيام مسؤولية الجراح التجميلي

(1) المادتين: (77)، (78)، من مدونة أخلاقيات الطب.

(2) المادة: (154)، من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

(3) المادتين: (43)، (44)، من مدونة أخلاقيات الطب.

على أساس الخطأ المفترض، إلا أنه من المستحسن أن يحتاط في مثل هذه الحالة بأن يحصل على رضا زبونه وإقراره كتابة بالممامه بكافة المخاطر المتوقعة»⁽¹⁾.

ثالثاً: مراعاة التناسب بين مخاطر الجراحة وفوائدها:

فتنص المادة (17) من مدونة أخلاقيات الطب على أنه: « يجب أن يمتنع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية، أو علاجه»⁽²⁾. ويعتبر اشتراط هذا الشرط ضروري للقول بإباحة الجراحات التجميلية، خصوصاً أن هاته العمليات لا ترمي للشفاء من المرض. فيجب أن يتأكد الجراح من فوائد العملية، ونسبة نجاحها، وأن يحيط الشخص الخاضع للعملية علماً بكافة المخاطر؛ المتوقعة والمحتملة الوقوع، فلو كان خطر الجراحة يفوق الغاية والفائدة المرجوة منها، يجب على الطبيب العدول عن إجرائها حتى ولو وافق المريض على إجراء العملية.

⁽¹⁾ بومدين سامية، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، ص: 63.

⁽²⁾ المادة: (17)، من مدونة أخلاقيات الطب.

ومن خلال المقارنة بين الأساس الفقهي، والأساس القانوني للعمليات التجميلية، وأثر مسؤولية الطبيب الجنائية والمدنية في حفظ حق السلامة الجسدية، من خلال إباحة الجراحة التجميلية نستشف النتائج الآتية:

- 1- الحق في السلامة الجسدية أولى بالرعاية من حق إجراء العمليات الجراحية التجميلية، بدليل عدم جواز بعض الجراحات التجميلية في الفقه الإسلامي لانتفاء المقصد الشرعي، والمصلحة المشروعة للقول بالجواز؛ ولتعارضها مع مقصد حفظ النفس البشرية من العبث و الضرر.
- 2- يتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في تفصيل أحكام الجراحة التجميلية، ويختلفان في أساس إباحتها، فالقانون الوضعي يبيح الجراحة الترميمية والجراحة التحسينية باختلاف أنواعها، إذا تحققت شروطها، والمتمثلة أساساً في رضا المريض بالجراحة التجميلية ومراعاة شرط التناسب بين مخاطر العملية وفوائدها. أما الفقه الإسلامي فرتب أنواع الجراحة التجميلية وقسمها إلى جراحة علاجية ضرورية - لا اختلاف في إباحتها وجوازها - وجراحة تحسينية قد تتزل متزلة الجراحة الضرورية إذا توافرت موجباتها، وتقدرت ضرورتها في دفع الضرر الحسي والمعنوي الناتج عن العيوب والتشوهات؛ وجراحة تحسينية لتجديد الشباب وتحسين المظهر، اختلف الفقهاء في إباحتها، والراجح عدم القول بجوازها في غياب الدوافع الضرورية، والمصالح الشرعية للزوم الجراحة.
- 3- سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية في تقرير أحكام الجراحة التجميلية، وبيان الجراحة المشروعة للتحلي والتزيين « ثقب الأذن».
- 4- يتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في التزام الطبيب الجراح في الجراحة التجميلية التزام بذل العناية الشديدة، لأن أساس إباحة هاته الجراحة رضا المريض وتحصيل فوائد الجراحة.
- 5- لم يفصل المشرع الجزائري في أحكام الجراحة التجميلية، ولم يبين شروطها، ولا مسؤولية الطبيب المسببة ضرر للمريض جراء الجراحة التجميلية، واكتفى ببيان الشروط العامة للأعمال والجراحات الطبية.

- 6- شدد الفقه الإسلامي في الشروط والضوابط الواجب اعتبارها في الجراحة التجميلية، لتجنب الغلو والإسراف على الإقبال عليها، فلم يجز الجراحة إلا للضرورة، والمصلحة، وأن تكون العملية مضمونة بعيدة عن الغش والتدليس، وأن لا يصاحب الجراحة ارتكاب محظورات، وأن تراعى مصلحة دفع المفسدة على مصلحة جلب الشباب، أو تحسين الخلقة.
- 7- فصل الفقه الإسلامي في الحالات التي يكون الطبيب مسؤولاً جنائياً عن خطئه الطبي، فلا يسأل الطبيب عن خطئه اليسير، إذا كان ذو حذق وبصارة ولم يكن جاهلاً، فالأصل العام هو عدم تقيده بشرط السلامة، بخلاف الخطأ الفاحش العمدي.

المبحث الثاني: التلقيح الاصطناعي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

يعتبر التلقيح الاصطناعي بوجه عام، أحد أهم الوسائل الطبية والفنية والعلاجية الناجعة في علاج العقم وتحقيق رغبة الإنجاب. وتظهر أهمية التلقيح الاصطناعي في كونه علاجاً فعالاً لمواجهة ظاهرة الحرمان من الأولاد، وتحقيق الراحة النفسية للزوجين، والنهوض بغريزة الأمومة والأبوة لدى الوالدين.

والتلقيح الاصطناعي بنوعيه -الداخلي والخارجي، وإن كان يعد طريقة لعلاج مشكل العقم، ومواجهة الاضطرابات النفسية لدى الزوجين، وحماية المجتمع من خلال تكوين أسر وثقافات مختلفة السلالات، إلا أنه من المسائل الشائكة والخطيرة، والتي باتت تثير العديد من الإشكالات الشرعية والطبية والقانونية، فهل للتلقيح الاصطناعي ضوابط شرعية وقانونية، فنية وطبية تساهم في حماية الحق في السلامة الجسدية؟

المطلب الأول: التلقيح الاصطناعي في الفقه الإسلامي:

شرع الفقه الإسلامي مختلف القواعد الخاصة ببقاء النوع الإنساني، مراعاة لمقصد حماية النفس من جانب الوجود عن طريق الحق في التناسل. فالتلقيح الاصطناعي ضرورة علاجية، يلجأ إليها الأفراد تجاوزاً لأسباب العقم باعتباره مرضاً -رغبة في الإنجاب باعتباره مقصداً. وبالرغم من أهمية التلقيح الاصطناعي، ودوره في إزالة الضرر بدفع مفسدة العقم، وجلب مصلحة الولد، إلا أنه اختلف في مشروعيته وجوازه. فأقر أغلبية الفقهاء جوازه وإباحته بضوابط وشروط تحقق الهدف منه، دون الإخلال بمبدأ حق الإنسان في سلامة جسده، فيما ذهب البعض الآخر إلى حظره وتحريمه للأضرار التي يسببها، والمفاسد التي يجلبها، والمتمثلة أساساً في تلقيح المرأة بمني غير زوجها، أو تلقيحها بمني زوجها بعد وفاته، أو الاحتفاظ باللقائح وتجميدها لاستعمالها في مختلف التجارب العلمية والطبية.

الفرع الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي في الفقه الاسلامي:

هو: « عملية تجرى لعلاج حالات العقم عند المرأة، وذلك بالتحقق من إدخال مني الزوج إلى الزوجة - أو شخص أجنبي - في عضوها التناسلي بغير اتصال جنسي ». والتلقيح الصناعي من منظور فقهي لا يعتبر أمراً مستحدثاً لا علاقة لفقهاء المسلمين به، بل الثابت أن فقهاء المسلمين كان لهم السبق في تأصيل هذه المسألة وتخرجها تخريجاً فقهياً، وذلك بالتعبير عنها بمسألة (استدخال المني) في صورة ما يعرف ب(الصوفة)⁽¹⁾.

الفرع الثاني: أنواع التلقيح الاصطناعي في الفقه الاسلامي:

أولاً: التلقيح الاصطناعي الداخلي:

وهو إدخال السائل المنوي في المجاري التناسلية عند المرأة، بهدف الإنجاب عن طريق حقن كمية ضئيلة منه في داخل عنق الرحم بعد الكشف عليه وتعقيمه، وتحقن الكمية المتبقية من السائل المنوي في قعر المهبل خلف عنق الرحم، وتبقى المرأة بعد ذلك مستلقية على ظهرها مدة ساعة أو ساعتين⁽²⁾.

ثانياً: التلقيح الاصطناعي الخارجي:

وهو عبارة عن تلقيح البويضة من المرأة خارج جهازها التناسلي، ويتم التلقيح بماء الذكر، فإذا ما تم التلقيح أعيدت البويضات الملحقة إلى رحم المرأة، أو إلى رحم امرأة أخرى⁽³⁾.

الفرع الثالث: مشروعية التلقيح الاصطناعي في الفقه الاسلامي:

اختلف الفقهاء في مشروعية التلقيح الاصطناعي بنوعيه: الداخلي والخارجي، نتيجة الاختلاف في ضوابط المفاسد والمصالح المرجوة من عملية التلقيح الاصطناعي.

أولاً: حكم التلقيح الاصطناعي الداخلي:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى إباحة التلقيح الداخلي، واستدلوا بأدلة كثيرة منها:

(1) الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة الطبية، ص: 392.

(2) محمد خالد عبد العزيز منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ص: 77.

(3) الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة الطبية، ص: 403.

- 1- قاس القائلون بالجواز، التلقيح الاصطناعي على التلقيح الطبيعي - الاتصال الجنسي - بجامع أن كلاً منهما يتغى به تحصيل النسل بطريق شرعي وهو الزواج⁽¹⁾.
- 2- أن عملية التلقيح الداخلي لا تتعارض البتة مع خلق الله للإنسان، إذ أن هذه التجارب لم تتم إلا بمشيئة الله تعالى، وهي أخذ الحيوان المنوي من الرجل، وأخذ البويضة من المرأة، وكلاهما -الرجل والمرأة- من مخلوقات الله تعالى، وفي البيئة التي حددتها حكمة الله تعالى، ولا يتم نجاح مثل هذه الوسائل إلا بإرادة الله تعالى، فكان التلقيح الداخلي وفق الشروط الموضوعه جائز شرعاً⁽²⁾.
- 3- إن من مقاصد الشريعة الإسلامية إبقاء النسل وحفظه، وهذا لا يتحقق إلا بالزواج، الذي يتم فيه الاتصال الجنسي الطبيعي بين الرجل والمرأة، وحيث تعذر ذلك، فإنه يلجأ إلى استعمال طريقة التلقيح الاصطناعي الداخلي لتحقيق هذا المقصد العظيم⁽³⁾.
- 4- « أنه إذا كان بماء الرجل لزوجته، كان تصرفاً واقعاً في دائرة القانون والشرائع التي تخضع لحكمها المجتمعات الإنسانية الفاضلة، وكان عملاً مشروعاً لا إثم فيه ولا جرح، وهو بعد هذا قد يكون في تلك الحالة سبيلاً للحصول على ولد شرعي، يذكر به والداه، وبه تمتد حياتهما وتكمل سعادتهما النفسية والاجتماعية، ويطمئنان على دوام العشرة وبقاء المودة بينهما»⁽⁴⁾.
- 5- أن التلقيح الاصطناعي بين الزوج وزوجته قد يكون سبباً من أسباب الاستقرار العائلي، لأن الزوج والزوجة إذا كان أحدهما أو كلاهما ليست لديه القدرة على الإنجاب فإن ذلك قد يؤدي إلى هدم الحياة الزوجية، لأن الرغبة في الإنجاب رغبة ملحة تفرض نفسها على الإنسان، فإذا علم كل منهما أن الرغبة هذه من الممكن أن تتحقق لهما عن طريق التلقيح الصناعي، أدى ذلك إلى إضفاء الاستقرار على الأسرة⁽⁵⁾.

(1) خالد عبد العظيم أبوغاية، التعقيم وأحكامه " دراسة مقارنة بين الطب والدين والقانون "، (كلية الشريعة والقانون، القاهرة، جامعة الأزهر، الطبعة الأولى، 2008م)، ص: 97.

(2) الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة الطبية، ص: 392.

(3) محمد خالد عبد العزيز منصور، الأحكام المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ص: 84-85.

(4) محمد شلتوت، الفتاوى، (دار الشروق، القاهرة، الطبعة الثامنة عشرة 2004م)، ص: 281.

(5) الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة الطبية، ص: 397.

القول الثاني: ذهب بعض الفقهاء ومنهم الحنابلة إلى عدم جواز التلقيح الصناعي ولو بين الزوجين للاعتبارات الآتية:

1- استدلوا بما ذكره الحنابلة في كتبهم، ومنها ما جاء في المغني لابن قدامة « ولا معنى لقول من قال: يجوز أن تستدخل المرأة مني الرجل فتحمل؛ لأن الولد مخلوق من مني الرجل والمرأة جميعاً، ولذلك يأخذ الشبه منهما، وإذا استدخلت مني بغير جماع لم تحدث لها لذة تمني بها، فلا يختلط نسبهما، ولو صح ذلك لكان الأجنبيان - الرجل والمرأة- إذا تصادقا أنها استدخلت منيه، وأن الولد من ذلك المني، يلحقه نسبه، وما قال ذلك أحد»⁽¹⁾.

2- أن الله تعالى شرع الاتصال الجنسي بين الزوجين لغاية أساسية، وهي تأمين السكن النفسي الناتج عن المتعة الحسية والعاطفية، وثانية تابعة لها وهي إنجاب الأطفال ضماناً لاستمرار النسل، والتلقيح بهذه الصورة يحقق الثانية دون الأولى، ومعلوم أن الثانية لا تتحقق إلا بشرط تحقيق الأولى، فمادام التلقيح لا يحقق الإشباع النفسي فإنه يكون محرماً⁽²⁾.

3- إن تعاطي المني (استخراجاً وإدخالاً) بطريق آلي مخالف للطريقة التي شرعها الله ورضيها للبشرية وهو داخل في عموم قوله تعالى ﴿بِمَسِّ إِبْتِغَىٰ وَرَاءَ ذَٰلِكَ فَأَوْهَىٰ إِلَيْكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾⁽³⁾.

ويستدل بهذه الآية القائلون بجرمة الاستمناء اليدوي، لكن الاستمناء اليدوي غير متعين للحصول على المني اللازم للتلقيح في عملية الإنجاب الصناعي، إذ يمكن أن يتم الحصول على المني بطريق العزل عن الزوجة⁽⁴⁾.

4- « إن التلقيح الاصطناعي ينافي كرامة الإنسان، وفيه امتهان لها، لذلك حرم الله الزنا لما فيه من الامتهان لكرامة المولود، وكذلك الحال لمن يولد بطريقة التلقيح الاصطناعي هو ممتهن بالصورة التي تم استيلاده بها.

(1) ابن قدامة، المغني، ج8، ص: 80.

(2) محمد خالد عبد العزيز منصور، الأحكام المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ص: 86.

(3) سورة المعارج، الآية: 31.

(4) السيد محمود عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر، (كلية الشريعة والقانون، أسيوط، الطبعة الأولى 2002م)، ص: 499.

واعترض على هذا الاستدلال:

قياس ابن الزنا على الولد الناشئ من التلقيح الاصطناعي الداخلي قياس مع الفارق، لأن الولد الناشئ من التلقيح الاصطناعي يثبت نسبه للزوج، وتجب عليه نفقته بخلاف ابن الزنا»⁽¹⁾.

الترجيح:

والذي يبدو لي - والله أعلم -، جواز التلقيح الاصطناعي الداخلي بغية الحصول على الولد ضمن شروط وضوابط ومصالح محددة، لأن المقصد الأسمى من الزواج هو حفظ النسل، والتباهي بالولد، لا الرغبة الجنسية العاطفية فقط، كما أن العقم مرض كسائر الأمراض، فعلاجه بطريقة من الطرق - التلقيح الاصطناعي الداخلي - جائز شرعاً، ثم أن حفظ النفس البشرية وتكريمها من المقاصد العظمى والتي يجب مراعاتها في الإسلام؛ واللجوء لتقنية التلقيح الاصطناعي الداخلي، وتحقيق العلاج بالإنجاب يؤكد هذا المقصد ويحافظ عليه.

ثانياً: حكم التلقيح الاصطناعي الخارجي:

للتلقيح الخارجي أنواع متعددة ومختلفة، ولكل نوع حكمه الخاص بالجواز أو الحرمة.

النوع الأول: أن تؤخذ نطفة من زوج، وبويضة من مبيض زوجته في أنبوب اختبار طبي حتى تلتحق نطفة الزوج ببويضة زوجته، ثم تغرس اللقيحة في رحم الزوجة صاحبة البويضة، ويلجأ إلى هذا الأسلوب عندما تكون الزوجة عقيمة بسبب انسداد القناة التي تصل بين مبيضها ورحمها (قناة فالوب)⁽²⁾.

وهذا النوع من التلقيح الاصطناعي الخارجي جائز بضوابط وشروط معينة.

فاختارت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في ندوة الإنجاب سنة 1983 الاتجاه الذي ذهب إليه الأكثرون، وهو مشروعية طفل الأنابيب بالضوابط الشرعية، فجاء في توصياتها ما يلي: «انتهت الندوة بالنسبة لموضوع طفل الأنابيب إلى أنه جائز شرعاً إذا تم بين الزوجين، وأثناء قيام الزوجية، وروعت الضمانات الدقيقة الكافية لمنع اختلاط الأنساب. وإن كان هناك من تحفظ على ذلك، سداً للذرائع»⁽³⁾.

(1) محمد خالد عبد العزيز منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ص: 86-87.

(2) محمد خالد عبد العزيز منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ص: 93.

(3) سعد الدين مسعود هلاي، القضايا الطبية المستحدثة وحيثيات أحكامها الشرعية من واقع توصيات المنظمة الإسلامية للعلوم

الطبية، (ندوات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية الخمسة عشرة)، ص: 10.

رأي الجمع الفقهي:

اتجه الجمع الفقهي بمكة المكرمة في دورته السابعة 1992 إلى مشروعية طفل الأنابيب من حيث المبدأ، مع النص على عدم سلامته من موجبات الشك، فجاء في قراراته عن طفل الأنابيب: « هو أسلوب مقبول مبدئياً في ذاته بالنظر الشرعي، لكنه غير سليم تماماً من موجبات الشك فيما يستلزمه ويحيط به من ملابسات، فينبغي أن لا يلجأ إليه إلا في حالات الضرورة القصوى وبعد أن تتوافر الضوابط الشرعية العامة»⁽¹⁾.

النوع الثاني: «أخذ نطفة الزوج وبويضة الزوجة العقيم وتلقيحها في طبق، ثم إعادة اللقيحة إلى رحم زوجة أخرى للرجل صاحب النطفة متبرعة بالحمل خلال هذه المدة. وقد اختلف في حكم هذه الصورة على مذهبين:

المذهب الأول: الجواز، وهو قول جمع من الفقهاء المعاصرين، إلا إنهم اختلفوا في الأم هل هي صاحبة البويضة أم هي التي حملت؟ فقال بعضهم: الأم هي التي حملت وولدت، لقوله تعالى ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾⁽²⁾، والوالدة هي التي ولدت، وهي التي ترضع، سواء كان الأمر بالإرضاع ندباً أو وجوباً.

وقال البعض الآخر: إن الأم هي صاحبة البويضة، واستندوا في قولهم هذا على أن العلم قد أثبت أن الجنين بعد زرعها في رحم المرأة المستعارة لا يستفيد منها غير الغذاء. **المذهب الثاني:** عدم الجواز لما يترتب عليه من مشاكل، أو على الأقل تقدير الأشياء بعلاقة هذا الطفل بصاحبة البويضة»⁽³⁾.

النوع الثالث: وفيه ثلاث صور:

1- «أن تلقح بيضة الزوجة بحيوان منوي من غير زوجها، ثم تغرس اللقيحة في رحم امرأة أجنبية عن صاحب الحيوان المنوي.

⁽¹⁾ سعد الدين مسعود هلال، القضايا الطبية المستحدثة وحيثيات أحكامها الشرعية من واقع توصيات المنظمة الإسلامية للعلوم

الطبية، ص: 11.

⁽²⁾ سورة البقرة، الآية: 233.

⁽³⁾ الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة الطبية، ص: 406.

2- أن تلقح بيضة من غير الزوجة " متبرعة " بحيوان منوي من الزوج، ثم تغرس اللقيحة في رحم امرأة أجنبية عن الزوج.

3- أن تلقح بيضة من غير الزوجة بحيوان منوي من غير الزوج ، ثم تغرس اللقيحة في رحم المرأة الزوجة.

وحكم هذه الصور التحريم، وذلك لما يترتب على إجرائها من اختلاط في الأنساب من جهة الأب ومن جهة الأم»⁽¹⁾.

النوع الرابع: أن يكون التلقيح بماء رجل أجنبي عن المرأة - لا يربط بينهما عقد زواج « ولعل هذه الحالة هي أكثر ما يراد من التلقيح الصناعي عندما يتحدث الناس عنه «- فإنه يزج بالإنسان دون شك في دائرتي الحيوان والنبات، ويخرجه عن المستوى الإنساني، مستوى المجتمعات الفاضلة التي تنسج حياتها بالتعاقد الزوجي وإعلانه⁽²⁾.

النوع الخامس: أن يجري تلقيح خارجي بين بيضة امرأة ومني زوجها بعد وفاته، وذلك بأن يكون قد احتفظ الزوج بمنيه في بنك المني، أو أن يكون هناك جنين محمد للزوجين، ثم تغرس اللقيحة أو الجنين في رحم الزوجة. وهاته الصورة محرمة، وهو ما ذهبت إليه اللجنة الطبية الفقهية الدائمة في الأردن⁽³⁾.

الفرع الرابع: شروط التلقيح الاصطناعي في الفقه الإسلامي

القول بجواز التلقيح الاصطناعي باعتباره علاجاً، يقتضي شروط شرعية أقرها الفقهاء في التداوي عموماً، فضلاً عن الشروط الخاصة بتقنية التلقيح الصناعي، كشرط التلقيح بنطاف الزوجين، وضرورة قيام الزوجية بين الرجل والمرأة، وعدم كشف العورة إلا للضرورة.

أولاً: الضرورة العلاجية: « لما كان الهدف الأسمى من العلاقة الزوجية هو الإنجاب وطلب الذرية، وهو أمر لن يتأتى إلا بالتكاثر الجنسي الطبيعي، فإنه لا يتم العدول عنه كأصل إلى أمر آخر، إلا إذا استدعته داعية، كأن يكون الزوج أو الزوجة مريضاً بعد استنفاد الطرق العلاجية العادية

(1) محمد خالد عبد العزيز منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ص: 107.

(2) محمد شلتوت، الفتاوى، ص: 281.

(3) محمد خالد عبد العزيز منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ص: 109.

من تشخيص، وتحليل، ومستحضرات طبية وإجراء عملية جراحية إن تطلب الأمر، والمهم بعد المعاشرة الزوجية لمدة سنة على الأقل، فإن لم تؤد الغرض جاز اللجوء حينئذ إلى التلقيح الصناعي كإجراء أخير تحل به مشكلة العقم، فالباعث يجب أن يكون علاج المريض، ورعاية مصلحة مشروعة هي الإنجاب، وبالتالي لا يستقيم إجراء التلقيح الاصطناعي لغرض الترفيه مثلاً: كأن تطلب امرأة من أخرى أن تلقح لتحمل بدلاً عنها وذلك حفاظاً على رشاقتها وقوامها، أو أن يكون لغرض التجربة الطبية ذلك أن الإنسان - وقد كرمه الله تعالى - ليس محلاً للتجارب»⁽¹⁾.

ثانياً: عدم كشف العورة:

فلا تتم مطالبة المرأة بكشف عورتها، إلا إذا تعذر وجود الوسائل التي يمكن بواسطتها تحقيق مهمة الفحص أو العلاج بدون كشف العورة. فيشترط أن تقوم بالعملية طبية أو مختصة مسلمة، فإن تعذر فطبية ثقة غير مسلمة، فإن تعذر فطبيب ثقة مسلم. ويجب الاقتصار على الكشف المحتاج إليه، لأن الأصل حرمة الكشف، والإباحة مقيدة بقدر الضرورة موضعاً وزماناً⁽²⁾.

ثالثاً: استخدام الأساليب العلمية والتزام أصول المهنة:

يعني اشتراط ألا يتم اللجوء إلى هذه التقنية، إلا إذا تعذر علاج العقم بما دونها من الوسائل العلاجية العادية؛ وإذا أمكن بالداخلي منها فلا يصر إلى الخارجي، إذ يراعى العلاج بالأسهل فالأسهل، كما ينبغي أن يراعى قبل الإقدام عليها رجحان الظن بنجاحها وفائدتها. وأن لا تؤدي إلى ضرر أكبر، كما ينبغي أن يراعى الاحتياط الشديد من موجبات الشك في اختلاط الأنساب، لأنه باب من المفاصد عظيم، فينبغي أن يكون التلقيح أمام الزوج ما أمكن، وأن يهدر المني المتبقي بعد التلقيح، وأن يتم الاعتماد ما أمكن على البيضة الشهرية للمرأة⁽³⁾.

(1) عامر أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الاصطناعي "دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي"، (الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى 2001م)، ص: 35-37.

(2) باحمد أرفيس، مراحل الحمل والتصرفات الطبية في الجنين بين الشريعة الإسلامية والطب المعاصر، (الجزائر، الطبعة الثانية، 2005م)، ص: 497.

(3) محمد عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر، ص: 502.

رابعاً: ألا يؤدي التلقيح الصناعي لضرر:

فيجب أن لا تورث هذه العمليات أضراراً جسمية، أو عقلية أو نفسية، إذ قد أشيع أن هذه العمليات تؤدي إلى مضاعفات مرضية وتشوهات خلقية على الطفل الذي سيولد بالتلقيح الصناعي فقد تحدث « الطبيب كليفورد غروبستين» في المجلة العلمية الأمريكية قائلاً: « هل ثبت أن التلقيح الخارجي - أطفال الأنايب - مأمون العاقبة على الأم وعلى الجنين حتى يجوز النصح به كإحدى وسائل معالجة حالات العقم؟ إن احتمال الإضرار بالأم يبدو ضئيلاً بحسب المعلومات الحاضرة، أما احتمال الإضرار بالجنين من حيث أضرار أو تشوهات فيه، فليس من السهل في الوقت الحاضر تقديره»⁽¹⁾.

خامساً: ضرورة أن يكون التلقيح بين الزوجين:

يقصد بهذا الضابط، أنه لكي يكون التلقيح جائزاً شرعاً لا بد أن يتم بين رجل وامرأة تجمعهما رابطة زوجية مشروعة، بشرط أن تكون هذه الرابطة قائمة حقيقة لا حكماً. فالعلاقة الزوجية تنفرد بكونها السبيل الشرعي لإجازة ممارسة الإخصاب الإنجابي، فالزواج هو الأسلوب والشريعة الذي اختاره الله عز وجل للتوالد وبقاء النسل الإنساني وتكاثره إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، فهو عقد إلهي وبه يتحقق إشباع الغريزة الجنسية، وهو أفضل وسيلة لإنجاب الأولاد، وزيادة عدد النسل واستمرار الحياة مع المحافظة على الأنساب التي يوليها الإسلام عناية فائقة⁽²⁾.

سادساً: أن يتم التلقيح الصناعي حال قيام الزوجية:

يشترط لإباحة عملية التلقيح الصناعي أن تتم العملية حال قيام الزوجية بين الزوجين، وهذا ما تواترت به الفتاوى الفردية، وقرارات المجامع الفقهية، وتوصيات المؤتمرات والندوات المعنية⁽³⁾.

(1) عامر أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الاصطناعي، ص: 38.

(2) حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية "دراسة مقارنة"، (دار شتات للبرمجيات والنشر، 2007م)، ص: 175-176.

(3) محمد عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر، ص: 503.

سابعاً: رضا الزوجين بإجراء تقنية التلقيح الاصطناعي:

يعد ضابط رضا الزوجين بإجراء تقنية التلقيح الصناعي من المفترضات الأساسية التي يجب توافرها، فهو شرط بديهي، فالولد من ناحية يحمل اسم أبويه، ومن ثم يجب رضا كلا منهما صراحةً أو ضمناً قبل إجراء عملية التلقيح، فالبنوة مسألة اختيارية وليست - إطلاقاً - إجبارية. لذلك يرى بعض الفقه أن سبب إباحة عمل الطبيب أو الجراح يكمن في إذن الشرع الذي ينشأ له رخصة - استثناءً من المحظور - لا يستطيع في الأصل أن يستعملها على جسم المريض إلا بإذن هذا الأخير، فكأن إذن الشرع هو الذي أنشأ سبب الإباحة من الناحية التجريدية، ولا يعدو أن يكون إذن المريض أحد شروط وضع مبدأ الإباحة السابق موضع التطبيق، لذا فإنه لا يكفي اشتراط إذن الشرع لإباحة العمل الطبي والجراحي، بل لا بد أن يضاف إليه شرط إذن المريض أو وليه، إن كان قاصراً أو من في حكمه⁽¹⁾.

المطلب الثاني: التلقيح الاصطناعي في القانون الوضعي:

بالرغم من التطور والنجاح الذي حققته تقنية التلقيح الاصطناعي، إلا أن اللجوء إلى عمليات التلقيح خلف العديد من الإشكالات القانونية، والمشاكل الأسرية خاصة ما يتعلق منها بتعداد أطراف عملية التلقيح "غير الزوج والزوجة"، والمشاكل المتولدة عن وجود الأم البديلة ودورها بالنسبة للبويضة الملقحة، ضف إلى ذلك التزايد الرهيب لبنوك المني والدعوة إلى تجميد السائل المنوي لاستغلاله في عمليات غير التلقيح، أو توظيفه للتلقيح بعد وفاة الزوج. كما أن الإنجاب عن طريق التلقيح الصناعي لم يعد يقتصر عند حد تحصيل الولد بل تعداه ليشمل التحكم في جنسه عن طريق اختيار الحيوانات المنوية الذكورية، والحيوانات المنوية الأنثوية. وهكذا نلاحظ أن التلقيح الصناعي، بات يفرز العديد من المشاكل القانونية والاجتماعية والشرعية والطبية، والتي تنعكس سلباً على حق الإنسان في تكامل جسده، والاحتفاظ بسكنته.

(1) حسيني هيكال، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، ص: 187-188.

الفرع الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي في القانون الوضعي:

هناك تعريفات عديدة للتلقيح الاصطناعي، نذكر منها:

1. التلقيح الصناعي هو: « عملية طبية معقدة يتم فيها تلقيح بيضة الزوجة بماء زوجها في ظل علاقة زوجية قائمة - سواءً تم هذا الالتقاء داخل رحم الزوجة، أو تم خارجه، ثم أعيدت البيضة الأمشاج للرحم بعد تخصيبها - بغرض إنجاب الولد الذي لم يتيسر لهما إنجاب بالطريق الطبيعي»⁽¹⁾.

وينتقد هذا التعريف باعتباره لم يعرف التلقيح الصناعي، بل بين طريقة حدوثه بنوعيه الداخلي والخارجي، ووضح الغاية منه.

2. عُرف التلقيح الاصطناعي بأنه: « الجمع بين خلية جنسية مذكرة، وخلية جنسية أنثوية بغير الطريق الطبيعي، برعاية طبيب مختص قصد الإنجاب»⁽²⁾

وهذا التعريف لم يبين طريقة التلقيح ووسيلته، بل اقتصر على تمييز التلقيح الصناعي عن التلقيح الطبيعي فقط، كما أنه أهمل الجانب الطبي في العملية.

3. والتعريف المناسب للتلقيح الصناعي هو: « عملية طبية صناعية، تتحقق عن طريق اتصال الحيوان المنوي للرجل ببويضة المرأة لتلقيحها، بغرض الإنجاب وفق تقنيات طبية مستحدثة ووجه مشروع».

شرح التعريف:

أ- « عملية طبية صناعية»، لبيان الجانب الطبي للعملية، وأنها تختلف عن التلقيح الطبيعي.
ب- « اتصال الحيوان المنوي للرجل، ببويضة المرأة لتلقيحها » بيان طريقة التلقيح، وهي اتصال الحيوان المنوي الذي يفرزه الرجل ببويضة المرأة التي يفرزها المبيض بغرض التلقيح، لا الاتصال الجنسي فقط.

(1) حسيني هيكال، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، ص: 119.

(2) زوييدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي " دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، (دار الهدى، الجزائر،

ج- «بغرض الإنجاب»، ففي العبارة تأكيد على الهدف من التلقيح الصناعي وهو مواجهة العقم، للاستفادة من الولد، استبعاداً للأغراض غير العلاجية للتلقيح، والمتمثلة في تحديد سلالات معينة، أو إجراء تجارب غير علاجية على الكائن البشري.

د- « وفق تقنيات طبية مستحدثة » فعملية التلقيح الصناعي تتم تحت رقابة وإشراف أطباء مختصين في مراكز علاجية خاصة، بوسائل فنية طبية حديثة، تضمن سلامة المريض وتحقق الهدف من العملية، دون المساس بجرمة الشخص الجسدية.

هـ- « وجه مشروع »، للدلالة والتأكيد على مشروعية التلقيح الصناعي، بحظر الأغراض الغير علاجية، وتحريم التلقيح الغير شرعي، كأن يكون تلقيح الزوجة بمني غير مني زوجها، أو أن يكون التلقيح للتأكيد العلمي على بعض النظريات الطبية.

فالوجه المشروع يضبط عملية التلقيح الصناعي بضوابط وشروط وضعها الفقهاء، من شأنها تحقيق الغرض من التلقيح دون المساس بحق الله تعالى في جسد الإنسان.

الفرع الثاني: التطور التاريخي للتلقيح الصناعي في القانون الوضعي:

من الناحية العملية لم تعرف البشرية تقنية التلقيح الصناعي إلا في العقد الأول من القرن العشرين، عندما تمكن العلماء الروس من استخدام التلقيح الصناعي للأغنام والأبقار والخيول والخنازير.

ويرى البعض أن تقنية التلقيح الصناعي ترجع إلى العرب، فهم الذين استعملوا هذه التقنية منذ القرن الرابع عشر ميلادي، بهدف اصطفاء سلالات جيدة من الخيول، ثم انتقلت إلى أوروبا واستعملها الأوروبيون على البشر، ولقد كان ذلك في إنجلترا عام 1870م ثم استعملها الفرنسيون، ثم برزت عملية التلقيح الصناعي في القرن الثامن عشر الميلادي، فقد أجراها العالم الإيطالي "لازار يوسبا" في عالم الحيوان⁽¹⁾.

(1) حسيني هيكمل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، ص: 112.

« ويمكن القول بأن أول تجربة للتلقيح الصناعي على البشر، قام بها الجراح الانجليزي (جون هنتر) على امرأة في عام 1781م وتكللت تجربته بالنجاح مستفيداً من تجربة (سبالا نزاني) التي سبقته بعام واحد، وفي العام 1918م أجريت في فرنسا لأول مرة عملية تلقيح امرأة بغير نطفة زوجها، وفي عام 1932م تمكن الأستاذ (هكسلي) - وهو المفكر الأول في مسألة التلقيح المخبري وتكوين الأجنة في كتابه الذي سماه « العالم الجديد الممتاز » - من الحفاظ على البويضة الملقحة حية سليمة خارج جسم الأم في درجة حرارة ملائمة بفضل التقنية الحديثة.

وبعد انتهاء الحرب العالمية الثانية في عام 1945م توسع إجراء عمليات التلقيح الصناعي على الإنسان وذلك بغية معالجة بعض حالات العقم في الرجل أو المرأة.

وفي عام 1965م أعلن العالم الإيطالي (دوليتي) عن نجاحه في تربية جنين بعيد عن رحم أمه في أنبوبة اختبار لمدة زادت عن 95 يوماً، مات بعدها الجنين بعد استنفاذ التجربة لأغراضها⁽¹⁾.

الفرع الثالث: أسباب ودوافع التلقيح الصناعي في القانون الوضعي:

أولاً: أسباب التلقيح الاصطناعي: وتتمثل أساساً في:

- 1- قلة عدد الحيوانات المنوية الحية في الدفعة الواحدة لدى الرجل، والقادرة على إتمام عملية إخصاب البيضات الأنثوية.
- 2- الحموضة الزائدة للجهاز التناسلي للمرأة، مما يتسبب في قتل الحيوانات المنوية المتدفقة بداخله.
- 3- وجود تضاد بين خلايا الجهاز التناسلي، والحيوانات المنوية لإخصاب البيضة.
- 4- الإفرازات الكثيفة لعنق الرحم، والتي تعيق ولوج الحيوانات المنوية.
- 5- قفل الأنابيب الموصلة للمبيض بالرحم وفشل عمليات فتحها.
- 6- امتناع تلاقي بذور الإنجاب الذكرية والأنثوية معاً بالطريق الطبيعي على الرغم من توافر الإمكانيات الإنجابية للمرأة، وذلك بوجود مبيضها في حالة سليمة قادراً على إفراز البويضات، والرحم سليم ومهيأ لحمل الجنين⁽²⁾.

(1) عامر أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الاصطناعي، ص: 18-19.

(2) حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، ص: 122.

ثانياً: دوافع التلقيح الاصطناعي: هناك دوافع متعددة للجوء إلى التلقيح الاصطناعي ويمكن التركيز على أهمها:

1. فحص الأجنة قبل إعادتها في الرحم بحثاً عن اختلالات صبغية، أو أمراض وراثية مستعصية، وذلك للتخلص من الأجنة المصابة في أبكر مراحلها.
2. الرغبة في معرفة جنس الجنين قبل زرعها في الرحم، وبخاصة إذا وجد احتمال وجود مرض وراثي مرتبط بالجنس.
3. دوافع أخرى أفرزها التطور الحديث الذي يشهده مجال الاستيلاذ الاصطناعي وعلم الهندسة الوراثية، كالسعي لاختيار مواصفات الجنين، أو بغية الحصول على خلايا أو نسج جنينية للتجارب»⁽¹⁾.

الفرع الرابع: أهمية التلقيح الاصطناعي في القانون الوضعي:

لعملية التلقيح الاصطناعي أهمية كبيرة كونه يساهم في تحقيق مطلب الإنجاب وتحسين السلالات، كما أنه يساهم في:

1. الحد من الاضطرابات النفسية للزوجين، والمشاكل الاجتماعية من خصومات ومشاحنات، والتي تنشأ بسبب فقد القدرة على الإنجاب، ومن خلال تحقيق هذا الحلم تحفظ طاقة الأمة وأموالها ومعنوياتها، وتقل نسبة انحلال الرابطة الزوجية، خاصة إذا علمنا أن قانون الأسرة الجزائري يعتبر العقم مبرراً مقنعاً مجدياً للاستجابة لطلب أحد الزوجين في الانفصال عن الآخر، ونفس الحكم بالنسبة لباقي قوانين الأحوال الشخصية في البلدان العربية.
2. يعتبر التلقيح الاصطناعي أحد الوسائل الناجعة في علاج العقم، ويكسر أحد مبادئ حقوق الإنسان، وهو حق الفرد في الإنجاب، وابتغاء النسل، تلبية لنداء الفطرة بإشباع غريزتي الأمومة والأبوة، ولا يخفى على أحد ما في هذا الإنجاز العلمي من تكثير النسل، فالقوة البشرية التي يملكها أي بلد هي قوة لها حسابها ووزنها في فرز أقطاب القوة⁽²⁾.

(1) باحمد أرفيس، مراحل الحمل والتصرفات الطبية في الجنين بين الشريعة الإسلامية والطب المعاصر، ص: 306.

(2) زوبيدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص: 18-19.

الفرع الخامس: طرق التلقيح الاصطناعي في القانون الوضعي:

يعتبر التلقيح الاصطناعي بديل التلقيح الطبيعي، بتلقيح الزوجة بمني زوجها، أو مني غير الزوج، ولقد أثبت الطب الحديث مسؤولية الرجل إلى جانب المرأة في عدم تحقق الإنجاب. **أولاً: التلقيح الاصطناعي الداخلي:** « وتتم هذه العملية داخل رحم الزوجة، ولهذا سميت هذه الصورة من الإنجاب بالتلقيح الاصطناعي الداخلي، وأن أول من قام به في التاريخ البشري هو الإنجليزي " Hunter " سنة 1799 في حق زوجين لم ينجبا بشكل طبيعي بسبب إصابة الزوج بعاهة وراثية حالت دون الإنجاب، فتمت العملية بمنيه. وإذا كانت هذه الصورة من التلقيح تتم باستخدام مني الزوج، فإنه في بعض الحالات لا يكفل هذا الأسلوب بالنجاح، مما يستدعي استخدام الأسلوب الثاني لهذه الصورة، والذي يعتمد لإتمامه على تدخل شخص ثالث أجنبي، فيقوم بالتبرع بمنيه لصالح الزوجين العقيمين، وهكذا تحققن الزوجة بمني غير زوجها ويسمى هذا النوع (التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير) «⁽¹⁾.

وتعددت التعريفات الخاصة بالتلقيح الصناعي الداخلي ومنها:

1. « التلقيح الصناعي الداخلي هو عملية الإدخال الطبي لماء الرجل، في الموضع المعد له في المرأة لضرورة علاجية ».
2. « التلقيح الصناعي الداخلي عملية طبية غير معقدة تتضمن تلقيح المرأة عن طريق وضع مادة الزوج داخل رحمها على نحو تلتقي به هذه المادة مع بيضة الزوجة، إذا كان مانع طبي في إتمام ذلك على نحو طبيعي ».
3. « عملية تجرى لعلاج حالات العقم عند المرأة، وتتحقق بإدخال مني زوجها أو شخص أجنبي في عضوها التناسلي بغير اتصال جنسي »⁽²⁾.

(1) خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، (مذكرة لنيل شهادة الماجستير

في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2006-2007م)، ص: 15.

(2) حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، ص: 122.

ويمكن تحديد مفهوم لعملية التلقيح الصناعي الداخلي بأنه: « عملية طبية علاجية، يتم من خلالها إدخال مبي الرجل في الموضع المخصص له عند الزوجة، بغير اتصال جنسي بينهما، بغية الإنجاب بضوابط وشروط محددة ».

وأسلوب التلقيح الاصطناعي الداخلي يلجأ إليه في الحالات التالية:

أ- « إذا كان في الزوج قصور لسبب ما عن إيصال مائه في الواقعة إلى الموضع المناسب، إما لضآلة عدد الحيوانات المنوية، أو لصعوبة تحركها وانتقالها، أو لعدم القدرة على الإيلاج، أو للإنزال السريع.

ب- إذا كان في الزوجة ما يمنع وصول المنويات، كفرط حموضة المهبل القاتلة للنطاف، أو فساد مخاطية عنق الرحم والتي تصبح لا نفوذة فلا يخترقها المني، أو لوجود تضاد مناعي بين الزوجين بحيث تقتل الكريات البيضاء النطاف وتمنعها من اقتحام الرحم.

ج- إذا اضطر الزوج إلى علاج كيميائي معقم، مثل حالات السرطان والتي يصبح الزوج بعد العلاج منها عقيماً، لا تنتج خصيته النطاف، فيؤخذ منه النطاف قبل العلاج، ويخزن لينفق منه عند الحاجة.

د- في بعض الدول يُلجأ إلى بنوك النطاف، حيث تخزن منويات المتبرعين، عندما يكون الزوج عقيماً لا يذر في مائه، وفي أخرى تخزن نطاف الرجل لتكون خلفاً من بعده، فإذا ماتت ذهبت الزوجة تطلب نطاف زوجها لتلقح بها، ولا يخفى على أحد ما في الصورتين الأخيرتين من الانحراف عن الطبيعة والدين والأخلاق»⁽¹⁾.

ثانياً: التلقيح الاصطناعي الخارجي: وهو الإخصاب الصناعي الخارجي والذي يشمل « مجموعة الأعمال الطبية الهادفة إلى إخصاب البيضة خارج الرحم في وسط مماثل للأخير وإعادةها إليها بشروط»⁽²⁾.

وهذا النوع يلجأ إليه عادة في حالة كون المانع من الحمل مصدره الطرفان الرجل والمرأة أو أحدهما مما يستدعي سحب بذرات الإنجاب منهما، ثم الجمع بينهما في المحضنة المعدة لذلك، وتحت شروط وظروف مشابهة للوسط الطبيعي لمدة يومين ونصف تقريباً، وعندما يتم التحام

(1) باحمد أرفيس، مراحل الحمل والتصرفات الطبية في الجنين بين الشريعة الإسلامية والطب المعاصر، ص: 307-308.

(2) حسيني هيكمل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، ص: 236.

الخليتين لتكوين خلية مخصبة تبدأ في الانشطار، فيقوم الأخصائي بنقلها إلى رحم المرأة لتستكمل مراحل الخلق، وأول مولود بأسلوب الإخصاب المعملية هي الطفلة «لويز براون» ، في الخامس والعشرين من شهر جويلية عام ألف وتسعمائة وثمانية وسبعين بمسشفى " أولدهام " بإنجلترا، تلتها الطفلة «دورجو» بالهند، ثم الطفل «مونتغمري» ببريطانيا، بعدها انتشرت هذه التقنية عبر كامل أنحاء العالم⁽¹⁾.

والتلقيح الاصطناعي الخارجي يتضمن أسلوبيين، أولهما يتمثل في استخراج بويضات ووضعها في أنبوب به سائل مناسب، مع البذور الذكرية لحدوث التخصيب، وبعد مدة تنقل البويضات الملقحة داخل رحم المرأة، وتسمى هذه الطريقة « بالتلقيح الاصطناعي بواسطة أنبوب الاختبار».

أما الأسلوب الثاني فيتمثل في عدم قدرة المرأة على حمل الجنين، مما يستدعي تدخل امرأة أخرى لتنفيذ العملية بدلاً عنها، فيتكون الجنين في رحم المرأة المتبرعة لتقوم بتسليمه للمرأة العقيمة بعد تمام ولادته، وتسمى هذه الطريقة « بالتلقيح الاصطناعي بواسطة الأم البديلة »⁽²⁾

الفرع السادس: شروط التلقيح الاصطناعي في القانون الوضعي:

نظراً لصعوبة التلقيح الاصطناعي، وكثرة المشاكل القانونية والطبية الناجمة عنه والتي من بينها - الاختلاف في مصدر البنية، والاختلاط في البويضات الملقحة، أو الخطأ في عملية التلقيح - وضع فقهاء القانون شروطاً محددة تضبط عملية التلقيح، وتساهم في تحقيق الإنجاب.

أولاً: أن يتم التلقيح حال قيام العلاقة الزوجية:

« إذ لا تكفي لإباحة عملية التلقيح الصناعي أن تكون بين رجل وامرأة علاقة زوجية، إلا إذا كانت هذه العلاقة لازالت قائمة بالفعل وقت إجراء العملية، ولم تنته بموت أو طلاق »⁽³⁾.

أ- **التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج:** ويقصد بالتلقيح الصناعي بعد وفاة الزوج جميع الحيوانات المنوية للزوج أثناء قيام العلاقة الزوجية وقبل الوفاة والاحتفاظ بها في المكان المؤهل لذلك، وقيام الزوجة بعد انتهاء العلاقة الزوجية (بالوفاة أو الطلاق) باسترجاع المني وإجراء عملية التلقيح

(1) زويدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص: 44.

(2) خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، ص: 66.

(3) السيد محمود عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر، ص: 525.

الصناعي ليحدث الحمل، وذلك لعدم إنجابها من زوجها أثناء الحياة الزوجية لمانع لديه - كمرض ونحوه - رغبة منها في الإنجاب من زوجها بعد انتهاء العلاقة الزوجية⁽¹⁾. ويرى جانب كبير من الفقه تحريم هذا النوع من التلقيح على أساس أن العلاقة الزوجية تنقضي بالوفاة، وأنه حين يموت الزوج يعتبر غريباً عن زوجته، وأن التلقيح الصناعي بين الزوجين هو استثناء من الأصل، ومن ثم فلا يجوز التوسع فيه⁽²⁾.

ب- **التلقيح الاصطناعي للسجين:** ويترجح في هذا الصدد الإقرار بحق السجين في ذلك، بتقريب حق السجين في الإنجاب إلى حقه في العلاج، ومن ثم السماح له به، إن رغب فيه ووافقت على ذلك زوجته، فحق الإنجاب من الحقوق الشخصية المكفولة بالمواثيق الدولية، وطول فترة العقوبة قد يؤدي إلى فقدان الزوجين القدرة على الإنجاب وصلاحيتهما له، هذا فضلاً على أن النظم الإدارية في المؤسسات العقابية لا تتعارض مع إمكانية تنفيذ ذلك⁽³⁾.

ثانياً: الحصول على الرضاء الحر المستنير مفرغاً في شكل كتابي:

ونص التشريعات المقارنة صراحة على هذا الشرط، يتمثل في حرص هذه النظم وحشيتها من الانعكاسات القانونية والأخلاقية، والتي من الممكن أن تشكل كوارث اجتماعية يتعذر تداركها، إذا تمخض عن هذه التقنيات الحديثة سيل من دعاوى إنكار النسب، خاصة والأمر لم يعد يقتصر على الإحصاب في علاقة شرعية فحسب، بل وصل ذروته بالسماح بتبادل الخلايا التناسلية الناقصة والمكتملة لإتمام الإحصاب في علاقات شرعية وغير شرعية، إلى حد السماح بإنشاء سوق دولية لتحقيق هذا التبادل، واستباحة الأمومة البديلة، وتخليق الأجنة الإنسانية خصيصاً بغرض تقدم التجارب العلمية⁽⁴⁾.

(1) حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، ص: 199.

(2) أميرة عدلي، أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للسجين في ظل التقنيات المستحدثة، (دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007م)، ص: 71.

(3) سمح وزير العدل الفرنسي لعدد من السجناء بالإنجاب الصناعي بناءً على طلبهم سنة 1991م، كما سمحت الجهات المختصة في إيطاليا بتلبية طلبات بعض المسجونين برغبتهم في الإنجاب الصناعي، وذلك بعد دراسة هذه الحالات من قبل الجهات المعنية، (انظر: محمود عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر)، ص: 527.

(4) حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، ص: 143-144.

ثالثاً: أن يكون الإنجاب الصناعي بين زوجين:

علاقة الزوجية شرط ضروري لشرعية التلقيح الصناعي، فإذا تم التلقيح خارج إطار هذه العلاقة فإنه لا ينتج آثاراً قانونية في مجال علاقات الأسرة، فيجب على الطبيب أو المركز القائم بالعملية أن يتحقق تماماً من وجود علاقة الزواج بين المتقدمين لطلب التلقيح بالوسيلة المذكورة، وإلا انعقدت مسؤوليته عن إجراء غير مشروع⁽¹⁾.

أ- التلقيح الصناعي من غير الزوج: التلقيح الصناعي من غير الزوج « تلقيح داخل الرحم » والذي يتم بالحصول (على نطفة رجل آخر تحل محل نطفة الزوج، وهذا النوع من التلقيح أثار خلاف في مدى جوازه، فاتهمت بعض الدول إلى إباحته واتجهت دول أخرى إلى تحريمه).

فمن الدول التي أباحت هذه الوسيلة فرنسا، حيث نص المرسوم الصادر في سنة 1988 بشأن "التلقيح الصناعي" على إباحة هذه الوسيلة بشروط خاصة، فاشتراط منع اختلاط الخلايا التناسلية، بحيث لا يتم التلقيح بخلايا تناسلية لأكثر من متبرع في الحالة الواحدة، وأن تبقى الإجراءات سرية⁽²⁾.

ب- التلقيح الصناعي لامرأة غير متزوجة: وهذا عمل غير مشروع، حيث يترتب عليه وجود فئة من الأمهات بلا أزواج، وله آثاره السيئة بالنسبة للجنين الذي سيولد طفلاً غير شرعي، وفيه مخالفة للنظام العام والآداب.

وهناك بعض الدول حرمت هذا الفعل، فقد أصدرت الندوة العلمية التي عقدت بكلية الحقوق جامعة القاهرة عام 1953 توصياتها بأن « التلقيح الصناعي الذي يجري خارج نطاق العلاقة الزوجية يعد عملاً غير مشروع، أيّاً كان الأسلوب الذي استعمل في إجرائه، وأن الجنين الذي يولد نتيجة هذا العمل يعتبر طفلاً غير شرعي، وتطبق عليه الأحكام التي يقررها القانون للأبناء غير الشرعيين، ويجب أن يحدد القانون الجنائي - حماية للجنين - عقوبة على من يقوم بهذا العمل أو يشترك في إجرائه »⁽³⁾.

(1) محمود عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر، ص: 523-524.

(2) أميرة عدلي، أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، ص: 72.

(3) أميرة عدلي، أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، ص: 74.

رابعاً: قصر ممارسة التلقيح الصناعي على سن محددة:

معظم التشريعات تترك مسألة السن في هذا الخصوص مطلقة ودون تنقيص على حد معين، مما يرجع ذلك لتقرير الطبيب وما يتاح له من إمكانيات علمية لتقنيات المساعدة على الإنجاب.

ففي هذا الخصوص ينص المشرع الفرنسي-مثلاً- على أنه يجب أن يكون الرجل والمرأة في سن الإنجاب واكتفى بهذا العموم دون أن يضع لهذا السن حد أدنى، أو حد أقصى تاركاً ذلك لتقدير الطبيب، وإمكاناته العلمية والتقنية⁽¹⁾.

خامساً: ضرورة الترخيص الإداري للمركز المتخصص في هذا المجال:

ونظراً لحرص التشريعات المقارنة على تحقيق الهدف الاجتماعي من الإخصاب الصناعي والذي يمس الإنسان عن قرب، فإنها قد استلزمت عدة أمور في المراكز المتخصصة في هذا المجال الطبي، ومنها الترخيص الطبي فضلاً عن توافر الإمكانيات العلمية والمادية، والتي تمكن هذه المراكز من العمل بكفاءة واقتدار، بما يشمل ذلك من ضرورة العمل من خلال فريق طبي وبيولوجي متخصص، وعلى مستوى عال من الكفاءة والخبرة، وضرورة تجهيز تلك المراكز بأحدث الوسائل والآلات التي تمكنها من أعلى نسبة من النجاح في هذا المجال⁽²⁾.

(1) السيد محمود عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر، ص: 533.

(2) حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، ص: 145.

المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من عمليات التلقيح الاصطناعي:

لم ينظم المشرع الجزائري مسألة التلقيح الاصطناعي بمواد صريحة في قانون الأسرة الجزائري، بل اكتفى ببيان شروطه ومدى مشروعيته، وأحكامه في مادة وحيدة وهي المادة (45 مكرر) من قانون الأسرة الجزائري والتي نصت على أنه: « يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:

- أن يكون الزواج شرعاً.
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين، وأثناء حياتهما.
- أن يتم بمشي الزوج وبويضة رحم الزوجة، دون غيرهما.
- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة⁽¹⁾.

الفرع الأول: شروط التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري:

من خلال المادة (45 مكرر) من قانون الأسرة الجزائري، يتضح جلياً أن المشرع الجزائري اشترط لصحة التلقيح: أن يكون بمشي الزوج لا غيره، وبويضة رحم الزوجة أثناء حياتهما. **أولاً: العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة:** أكد المشرع الجزائري على ضرورة ارتباط الرجل والمرأة بعقد الزواج الشرعي لضمان صحة عملية التلقيح الاصطناعي.

ثانياً: أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما:

أ- أن يكون التلقيح برضا الزوجين: فيشترط لجواز التلقيح ضرورة توافر عنصر الرضا، فالرغبة في الإنجاب يجب أن تكون متبادلة، فليس من حق الزوج إجبار زوجته على التلقيح، كما لا يجوز للزوجة التمسك بحقها في التلقيح إذا رفض زوجها، فعملية التلقيح الاصطناعي عملية معقدة قد تولد آثاراً غير متوقعة ضارة بالزوجة، لذلك يجب قبولها من الطرفين.

ب- أن يتم التلقيح أثناء حياتهما: فالمشرع الجزائري لا يجيز التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج أو الزوجة، كما لا يجيز التلقيح الاصطناعي بعد فك الرابطة الزوجية، فشرط الحياة مرتبط بشرط الرابطة الزوجية.

⁽¹⁾ المادة (45 مكرر) من الأمر رقم 05-02 المؤرخ 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فبراير 2005، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل 9 جوان 1984، والمتضمن قانون الأسرة.

ثالثاً: أن يتم التلقيح بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها:

فالمشرع الجزائري ومن خلال المادة (45 مكرر) لا يجيز التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير، فالتلقيح الشرعي هو بمني الزوج وبويضة الزوجة لا غير، فلا يمكن بأي حال من الأحوال قبول الطرف الأجنبي في العلاقة بين الزوجين، وإن كان لغرض الإنجاب. وذلك لما ينجم عنه من اختلاط في الأنساب، وازدياد الأبناء غير الشرعيين.

رابعاً: أن لا يكون التلقيح بواسطة الأم البديلة:

وقع الجدل فقهاً وقانوناً حول اللجوء إلى الأم البديلة للقيام بدور الأم الحقيقية في عملية الإنجاب، وتعتبر هاته التقنية حديثة الاستعمال، حيث أنها ساهمت في القضاء على مشكلة العقم، إلا أنها بالمقابل أثارت العديد من المشاكل القانونية، والتساؤلات الفقهية حول مصير الأبناء المولودين بطريق الأم البديلة، خاصة ما يتعلق بموضوع النسب، وموضوع قرابة الأم البديلة من الطفل الملقح بهاته التقنية، ومشروعية التعويض المالي المقدم للأم البديلة.

والمشرع الجزائري نص صراحة على عدم جواز التلقيح بواسطة الأم البديلة، وبذلك أكد حرمة الجسد البشري، فلا يمكن بأي حال من الأحوال، استغلال رحم الأم البديلة بمقابل مالي، فحسم الإنسان أسمى من أن يكون محلاً للتجارب.

الفرع الثاني: المسؤولية الجنائية لعمليات التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري:

تعتبر عمليات التلقيح الاصطناعي سبيلاً ناجحاً وفعالاً للقضاء على مشكلة العقم، ومختلف المشاكل الأسرية بين الزوجين، إلا أن الإقدام عليها يسهل المساس بالتكامل الجسدي للمريض، فالطبيب ومن خلال ممارسته لعمليات التلقيح الاصطناعي قد يضر بالمريض خاصة إذا أدى فعله إلى إصابة المريض بعاهة أو جرح عميق نتيجة استعمال حقن مخدرة، أو أشعة ضارة. ومع ذلك يعتبر عمل الطبيب مباح ومبرر إذا كان فعله في حدود ما يرخص به القانون، وكان الهدف هو علاج المريض.

أولاً: الهدف من التلقيح الاصطناعي:

يشترط لتبرير عملية التلقيح الاصطناعي الضرورة العلاجية، فلا يمكن الإقدام على عملية التلقيح الاصطناعي دون قيام حالة الضرورة، والمتمثلة في وجود المرض رغبة في العلاج، ومع ذلك فالمشرع الجزائري في نص المادة (45 مكرر) من قانون الأسرة الجزائري. لم يعتبر ضرورة العلاج

أحد شروط التلقيح الاصطناعي، فيلى أي مدى يمكن الاعتداء على الحق في السلامة الجسدية دون توافر الضرورة العلاجية؟.

ثانياً: الرضا بعملية التلقيح الاصطناعي:

اعتبر المشرع الجزائري رضا الزوجين أساس لجواز عملية التلقيح الاصطناعي، إلا أنه لم يفصل في طبيعة الرضا المطلوب، وهل يشترط أن يكون شفاهة أم كتابة.

ثالثاً: مسؤولية الطبيب في عملية التلقيح الاصطناعي:

إن مسؤولية الطبيب جنائياً من الموضوعات الشائكة، والتي لا زالت تطرح العديد من الإشكالات وخاصة ما يتعلق منها بالممارسات الطبية الحديثة والتي باتت تشكل خطراً على جسم الإنسان.

والتلقيح الاصطناعي عملية معقدة دقيقة، تتطلب الحيلة والدقة في إجراءاتها، فالطبيب وإن كان غير ملزم بتحقيق نتيجة، إلا أنه يسأل عن خطئه الفاحش إذا ألحق الضرر بالمريض وإذا خالف الأصول الفنية الطبية المتعارف عليها.

فيجب على الطبيب المختص بذل العناية الشديدة، واتخاذ كافة الإجراءات الكفيلة لضمان نجاح العملية. كما يجب على الطبيب الموازنة بين المصالح المرجوة من العملية، والمفاسد المتولدة عنها، فإذا اتبته الشك في إصابة المريض بضرر، فلا يمكنه المجازفة بإجراء عملية التلقيح الاصطناعي، ولو كان هدف العلاج الحصول على الولد.

وبعد عرض الأحكام الخاصة بالتلقيح الاصطناعي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، يمكن الوصول إلى النتائج الآتية:

- التلقيح الصناعي ضرورة علاجية لتحصيل الولد، فمن مقاصد الشريعة الإسلامية الغراء حفظ النسل ودوامه، والسبيل إلى ذلك إذا لم يتحقق بالجماع الطبيعي، تحقق بمسلك التلقيح المشروع المحدد بضوابط وشروط، أساسها الترحيح بين المصالح المرجوة من التلقيح بدرء المفسد المتولدة عنه، والمتمثلة في اختلاط الأنساب، والأخطاء الطبية والتي تنتج أطفالاً مشوهين، المشاكل الناتجة عن اللقائح المجمدة والفائضة، تأجير الرحم، الاختلاف حول مصدر الأمومة، حمل العازبات والمتقدمات في السن، إلى غير ذلك من المشاكل المتجددة بتجدد البحوث الطبية، والتجارب العلمية والماسة بحق السلامة الجسدية.
- سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية في بيان صور التلقيح الصناعي الجائز، المتزه عن المشاكل الأخلاقية والاجتماعية، المقيد بالضوابط الشرعية الداعية لعدم الإضرار بحق التكامل الجسدي وحفظ النفس البشرية، وعدم كشف العورة ابتداءً، واستخدام الأساليب العلمية بتقديم أسهلها وأحوطها وأنجحها، حفاظاً على مصلحة الأم والولد معاً.
- التلقيح الصناعي في بعض القوانين الوضعية ساهم في الاعتداء على حق السلامة الجسدية، والاستقرار النفسي للزوجين، بالخروج عن مقصد تحصيل الولد إلى مقصد الربح عن طريق العوض المقدم للأم البديلة واختلال معنى الأمومة، والانزلاق في الفاحشة نتيجة التلقيح بمني غير الزوج، والمني المشترك.
- غلبت الشريعة الإسلامية مصلحة الزوجين واستقرارهم على مصلحة الشفاء من العقم، رغبة في الإنجاب، فمنعت التلقيح عن طريق الأم البديلة، واشترطت أن يكون التلقيح بين الزوجين فقط أثناء حياتهما وبرضاهما، وأن لا يلحق الضرر بكليهما، وأن يكون التلقيح داخلي، وأن يتم الابتعاد كلياً عن اللقائح المجمدة والأرحام المؤجرة.

الفصل الثالث

الجرائم المستحدثة المؤثرة في حق السلامة الجسدية

- المبحث الأول: جرائم الاتجار بالبشر.

- المبحث الثاني: جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية
في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

الفصل الثالث: الجرائم المستحدثة المؤثرة في حق السلامة الجسدية.

تمهيد:

الحق في السلامة الجسدية للإنسان حق مضمون للأفراد، فلا يجوز بأي حال من الأحوال التسبب في الانتقاص منه، باعتباره حق ثابت ودائم، فكل مساس بالبنیان الجسدي الوظيفي للجسم يعتبر جريمة يستحق مرتكبها العقاب.

وتحديد الجرائم المستحدثة الماسة بحق السلامة الجسدية أمر بغاية الأهمية كونه يخضع لأساسين متكاملين، يتمثل أولهما: في العامل الزمني المتعلق بظهور هاته الجرائم بعد استحداث أساليب متباينة تنصب بطريقة غير مباشرة على جسم الإنسان خروجاً عن الأطر التقليدية للأعمال المؤثرة في الصحة والسلامة الوظيفية لأعضاء الجسم. ويتعلق الأساس الثاني بعدم تكييف هاته الجرائم ضمن طائفة الجرائم الماسة بحق السلامة الجسدية بالرغم من اعتدائها على الحق في التكامل الجسدي والصحة النفسية، والسكينة البدنية للأشخاص.

وأمام تعدد الجرائم المستحدثة في حق السلامة الجسدية وتشابكها، فإننا سنكتفي بنموذجين فقط واللذان يعدان أكثر خطورة على جسم الإنسان ويتعلق الأمر بجرائم الاتجار بالبشر، وجرائم الاتجار بالأعضاء البشرية، فالاتجار بالنساء والأطفال واستغلالهم لأغراض جنسية يساهم بشكل مباشر في العنف الجسدي والذي يسبب أمراضاً عضوية ونفسية تؤثر على حق السلامة الجسدية، ثم إن إجبار الأفراد على الخدمة قسراً أو السخرة يعرض الصحة العامة للخطر بحكم طبيعة الأعمال الشاقة الممارسة ضد المعتدى عليهم. كما أن جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية من أخطر الجرائم الماسة بأمن الإنسان وحقه في السلامة الجسدية، فالمتاجرة في نزع وبيع الأعضاء البشرية يخرق الأصول العامة المستقرة في الطب، ويساهم في انهيار البنیان الجسدي ويعيق الراحة النفسية للإنسان.

المبحث الأول: جرائم الاتجار بالبشر.

يواجه المجتمع الحالي تحديات مستعصية فيما يخص ارتفاع الجرائم، وتنوع أساليب ارتكابها، وتخطيها، للحدود الجغرافية الخاصة بكل دولة.

وتعتبر جريمة الاتجار بالبشر أحد أخطر الجرائم المنظمة⁽¹⁾، والتي باتت تؤرق المجتمعات الإنسانية على حد السواء، كون الأمر يتعلق بالإنسان بإهدار قيمته، ومحو إنسانيته، والقضاء على كرامته، وبترو شخصيته، والنيل من جسده باستغلاله بأشكال وأساليب والطرق، واعتباره سلعة رخيصة يمكن الاتجار بها والاستفادة منها اقتصادياً واجتماعياً.

وللإسلام الفضل في تحريم التجارة بالأشخاص، والاعتداء عليهم كونه كرم ابن آدم واعتبره خليفة الله في الأرض ومنحه كافة الحقوق الدنيوية والأخروية وخاصة الحق في الحرية وعدم الاستعباد، وحق الإنسان في الأمن وسلامة الجسم، وحقه أيضاً في الحماية بعدم الاعتداء عليه بنصرة الضعيف، وقمع القوي المستبد.

وتشكل جريمة الاتجار بالبشر شكلاً من أشكال الجرائم المستحدثة، بحيث لا يمكن الجزم بتحديد وحصر الأساليب الخاصة بها، لتنوعها وتجددها من جهة، ولصعوبة إثباتها من جهة أخرى، فالبناء القانوني لهذا النوع من الجرائم العالمية تتشابه معالمه، وتتداخل معانيه حسب العوامل المؤثرة في الجريمة، وكذا المصالح المرجوة من ارتكابها.

(1) عرفت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة (اتفاقية باليرمو سنة 2000م) الجريمة المنظمة على النحو التالي « الجريمة التي ترتكبها جماعة محددة البنية أي جماعة غير مشكولة عشوائياً لغرض ارتكاب الفوري للجرم، ولا يلزم أن يكون لأعضائها أدوار محددة رسمياً، أو أن تكون عضويتهم مستمرة، أو أن تكون بنيتها متطورة، وهذه الجماعة مكونة من ثلاثة أشخاص فأكثر ومستمرة لفترة من الزمن، وتقوم هذه الجماعة بالتخطيط والتدبير لارتكابها جريمة خطيرة أو جريمة من الجرائم المقررة وفقاً للاتفاقية من أجل الحصول بشكل مباشر على منفعة مالية مادية أخرى»، ينظر: محمد فتحي عيد، عصابات الاجرام المنظم ودورها في الاتجار بالأشخاص، (ندوة علمية في مقر جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض،

المطلب الأول: جريمة الاتجار بالبشر في القانون الوضعي.

الفرع الأول: مفهوم جريمة الاتجار بالأشخاص.

يقصد بالاتجار: « تجنيد أشخاص، أو نقلهم، أو تنقيطهم، أو ايوائهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة، أو استعمالها، أو غير ذلك من أشكال القسر، أو الاختطاف، أو الاحتيال، أو الخداع، أو استغلال السلطة، أو استغلال حالة استضعاف، أو إعطاء أو تلقي مبالغ مالية، أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال، ويشمل الاستغلال كحد أدنى، استغلال دعارة الغير، أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي، أو السخرة أو الخدمة قسراً، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق، أو الاستبعاد أو نزع الأعضاء»⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الصور المتعددة لسوء الاستغلال في جرائم الاتجار بالأشخاص.

تختلف أنماط الاستغلال وتتعدد حسب المصالح المرجوة من التجارة بالأشخاص وكذا طبيعة الحق المعتدى عليه، فتارة يكون الهدف اعتداء جنسي، وتارة أخرى استبعاد وفي غالب الأحيان نزع الأعضاء والاتجار بها كسلعة رخيصة متداولة.

ومن هذا المنطلق، سنتناول بعض الأساليب الخاصة بالاستغلال للتمثيل فقط. لأن جرائم الاتجار بالأشخاص جرائم منظمة عالمية مستحدثة تتطور حسب النظام المعلوماتي، والتطور التكنولوجي، وبالتالي لا يمكن بأي حال من الأحوال تقييد صور الاستغلال وحصرها في أشكال خاصة.

أولاً: العمل أو الخدمة قسراً:

« يُعرف العمل أو الخدمة قسراً بأهما: حالة شخص في وضع التبعية ثم إجباره أو إرغامه من قبل الغير كي يؤدي أية خدمة سواء لفائدة ذلك الشخص أو غيره، وانعدمت أمامه أية بدائل معقولة أخرى سوى أن يؤدي تلك الخدمة والتي قد تشمل خدمات منزلية أو خدمات مقابل تسديد دين، بينما يمكن تعريف السخرة بأهما: جميع الأعمال والخدمات التي تفرض عنوة على أي شخص تحت التهديد بأي عقاب، والتي لا يكون هذا الشخص قد تطوع بأدائها بمحض اختياره

(1) بروتوكول منع وقوع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية (اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة الدورة الخامسة والخمسون المؤرخ في تشرين الثاني نوفمبر 2000م)، ص: 2.

ونرى أن الخدمة القسرية تتضمن في فحواها انتفاء فرص الاختيار للضحية وتأدية خدمة للغير رغم إرادته. بما يتنافى مع حقوق الإنسان واحترام حرياته الأساسية، فضلاً عن ذلك سوء استعمال السلطة والمعاملة وزهد المقابل المادي»⁽¹⁾.

ثانياً: الاختطاف:

يتحقق بقيام الجاني بنقل المجني عليه من المحل الذي يوجد فيه إلى محل آخر، بقصد إخفائه عن بيئته. ولا يشترط تحقق الاختطاف بوسيلة معينة، أو أن يتم خفية. ومن صور ذلك اختطاف النساء واحتجازهن للاستغلال الجنسي، واختطاف الصغار لأغراض العمل أو الخدمة القسرية. ومن ذلك قيام عصابة من التجار باختطاف امرأة صينية في " لوس انجلس " حيث تم اغتصابها وإحراقها بالسجائر، وتقييد حركتها بفرض حراسة عليها، وإجبارها على الدعارة، فتمت إدانتهم من القضاء الأمريكي، حيث عوقب رئيس العصابة بالسجن لمدة أربع سنوات، بينما تراوحت عقوبات شركائه بالحبس بين سنتين وثلاث سنوات⁽²⁾.

ثالثاً: استغلال الأطفال:

من أهم صور استغلال الأطفال في البلدان النامية استغلال الأطفال في العمل في ظروف صعبة لا يستطيع البالغون احتمالها وفي صناعات خطيرة مقابل مبالغ مالية زهيدة. وهناك صورة أخرى لاستغلال الأطفال وهي حالة التصوير الإباحي في حالة عرى تام وأوضاع جنسية إغرائية يتم تصديرها على هيئة أجزاء من أفلام فيديو، أو صور على الانترنت وتمارس هذا النشاط شبكة عالمية متخصصة، وهناك صورة حديثة لاستغلال الأطفال تتمثل في بيع الأطفال والأجنة من خلال شبكات إجرامية لتجارة الرقيق، فتلجأ بعض الأسر إلى بيع أطفالها تحت ضغط الحاجة والعوز، بل تباع بعض النساء أطفالهن وهم مازالوا أجنة في أرحامهن لمن يرغب في شرائهم وتبنيهم، وبعض النساء تقوم بتأجير أرحامهن لمن يريد. مما يعد امتهاناً للكرامة الإنسانية وجعل البشر سلعة تباع وتشترى⁽³⁾.

(1) هشام عبد العزيز مبارك، الاتجار بالبشر بين الواقع والقانون (مملكة البحرين 2010م)، ص: 4.

(2) فتيحة محمد قوراري، المواجهة الجنائية لجرائم الاتجار بالبشر " دراسة في القانون الإماراتي المقارن " (مجلة الشريعة والقانون، العدد الأربعون أكتوبر 2009م)، ص: 199.

(3) محمد السيد عرفه، تجريم الاتجار بالأطفال في القوانين والاتفاقيات الدولية، (ندوة علمية في مقر جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بالرياض 15-17/03/2004م)، ص: 119.

رابعاً: استغلال النساء:

توسعت بعض النظم في سرد الأفعال المعتبرة تجاراً بالنساء أو استغلالاً لهن، فذكرت تحت اسم الحض على الفجور والدعارة من قاد أو حاول قيادة أنثى ليوافقها شخص آخر أو لتصبح بغياً، أو لتغادر البلاد لتقيم في بيت بغاء، أو تتردد عليه، أو لتغادر مكان إقامتها العادي لتقيم في بيت بغاء في البلاد، أو حاول قيادة أنثى بالتهديد أو التخويف لارتكاب واقعة غير مشروعة، أو قاد أنثى ليست بغياً أو فاسدة بواسطة ادعاء كاذب أو بالخداع ليوافقها آخر، أو أعد بيتاً أو أداره أو ساعد في ذلك، أو كان يعول في معيشتته على بغاء الغير⁽¹⁾.

خامساً: الاسترقاق:

يقصد به ممارسة أية من السلطات المرتبطة بحق الملكية أو هذه السلطات جميعها على شخص ما، في سبيل الاتجار بالأشخاص، خاصة في النساء والأطفال، أي أنه حالة أو وضع أي شخص تمارس عليه السلطات الناجمة عن حق الملكية كلها أو بعضها، وسمي العبيد رقيقاً لأنهم يرقون للمالكهم ويدلون ويخضعون.

ونرى أن مصطلح التنقيط يتضمن في فحواه هذا المعنى، حيث يقصد به تحويل تبعية الشخص المتاجر به إلى شخص آخر، باعتباره سلعة متحركة يتم تداولها من مكان إلى آخر، ومن شخص إلى آخر أيضاً كانت الوسيلة المستخدمة في ذلك وأياً كانت المتاجرة به سواء على النطاق الداخلي أو الدولي، وذلك بهدف إساءة الاستغلال والحصول على مقابل مادي أو منفعة مادية بغض النظر عن إنسانيته وكرامته وحقوقه كإنسان، مثل بيع الأطفال بغرض التبني، أو التنازل عنهم مقابل الحصول على مبالغ مادية⁽²⁾.

(1) علي حسن الشرفي، تجريم الاتجار بالنساء واستغلالهن في القوانين والاتفاقيات الدولية، (ندوة علمية في مقر جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بالرياض 15-17/03/2004م)، ص: 176-177.

(2) هشام عبد العزيز مبارك، الاتجار بالبشر بين الواقع والقانون (مملكة البحرين 2010م)، ص: 4.

سادساً: الممارسات الشبيهة بالرق:

ولقد حددتها المادة (1) من الاتفاقية الملحقة المتعلقة بالرق وتجارة العبيد، والممارسات الشبيهة بالرق المبرمة بتاريخ 30/04/1956، وتمثل هذه الممارسات في:

أ- الخدمة بصك دين: وهي حالة ناتجة عن التزام المدين بتقديم ضماناً لدين - خدماته الشخصية، أو خدمات شخص له عليه سلطة، إذا كانت القيمة العادلة لهذه الخدمات لا تؤدي إلى تصفية الدين، أو أن مدة هذه الخدمات غير محددة.

ب- حالة أي شخص أُلزم بمقتضى القانون، أو العرف، أو أي اتفاق على العيش والعمل على أرض يملكها شخص آخر، وتقديم لهذا الشخص بمقابل أو بدون مقابل، بعض الخدمات المحددة، دون أن يستطيع تغيير حالته.

ج- أي ممارسة من خلالها يتم تسليم طفل أو شاب يقل عمره عن ثماني عشرة سنة من قبل والديه أو أحدهما، أو من قبل وليه أو وصيه للغير بمقابل أو بدون مقابل، لغرض استغلال الشخص، أو عمل هذا الطفل أو الشاب⁽¹⁾.

سابعاً: الاستعباد:

يقصد بالعبودية أو الاستعباد حالة وضع أي شخص تمارس عليه أيًا من السلطات المتعلقة بحق الملكية كلها أو بعضها، مثل: امتلاك عبد ما بغية بيعه أو مبادلته وجميع أفعال التنازل عنه، ونرى أنه لا يوجد فرق بين الاستعباد والاسترقاق في معناهما اللفظي ومضمونهما الاصطلاحي، وإنما استخدم مشروع قانون الاتجار بالبشر الأمريكي لفظ العبودية وعرفها بأنها « تدل على حالة أو وضع أي شخص تمارس عليه أية من السلطات المتعلقة بحق العبودية »؛ وتم إدخال هذا المصطلح (الاستعباد) في بروتوكول الأمم المتحدة لمنع ومعاقة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، ويجد الاستعباد مثاله من خلال الرق المعاصر والمتمثل في: بيع الأطفال أو التنازل عنهم؛ لأغراض التبني أو المعيشة في مستوى معيشي أفضل، مقابل منافع مادية أو مالية⁽²⁾.

(1) فتيحة محمد قوراري، المواجهة الجنائية لجرائم الاتجار بالبشر، ص: 227.

(2) هشام عبد العزيز مبارك، الاتجار بالبشر بين الواقع والقانون، ص: 6.

ثامناً: جرائم نزع الأعضاء:

وتتمثل هذه الصورة في نزع عضو من أعضاء المجني عليه، أياً كان العضو محل الاستئصال، على أن يتم استغلال ذلك العضو باستخدامه لغرض معين كزرعه لشخص آخر بحاجة إليه، فإذا كانت غاية الجاني نزع العضو بغرض تحقيق عاهة للمجني عليه، لا تقوم جريمة الاتجار بالبشر، بل يسأل الجاني عن جنائية إيذاء بدني بقصد تحقيق العاهة.

ويستوي أن يتم الاستئصال بدفع مقابل للمجني عليه، أو دون مقابل، كما لا يلزم لتوافر الاستغلال أن يتم بيع العضو محل الاستئصال للمستفيد⁽¹⁾.

الفرع الثالث: أسباب وعوامل الاتجار بالبشر:

للاتجار بالبشر أسباب ووسائل تتعلق أساساً بـ :

أولاً: الأسباب والعوامل المرتبطة بعامل العرض: وترتبط بالأوضاع الاقتصادية والاجتماعية.

1. « الأوضاع الاقتصادية السيئة في كثير من الدول، وخصوصاً الفقر المنتشر في مناطق الريف والتي تأثرت بشدة باهتار القطاع الزراعي.
2. الهجرة من الريف إلى المدينة، والنمو المتصاعد في المراكز الصناعية والتجارية في المدن.
3. عدم المساواة بين الجنسين والممارسات التمييزية الناتجة منها.
4. المسؤولية الملقاة على عاتق الأطفال في دعم عائلاتهم.
5. ازدياد التزعة الاستهلاكية الناتجة من الانفتاح الاقتصادي الذي تمر به مختلف الدول.
6. تفسخ النظام العائلي، وضعف العلاقات والروابط الاجتماعية؛ ما أدى إلى ضعف دور العائلة في تأمين الحماية والرعاية لأطفالها.
7. الانتقال من حالة الاعتماد على الموارد الذاتية في تدبير موارد الرزق، إلى حالة البحث عن الأعمال الحرة في سوق العمل للحصول على السيولة النقدية، لتأمين حاجاتهم الضرورية.
8. ازدياد أعداد الأطفال المشردين.
9. نقص فرص التعليم وضعفها.
10. قلة فرص العمل وضعف التأهيل المهني.
11. نقص الأنظمة والقوانين، وكذلك عدم وضعها موضع التنفيذ في حالة وجودها.

⁽¹⁾ فتيحة محمد قوراري، المواجهة الجنائية لجرائم الاتجار بالبشر، ص: 229.

12. التمييز الممارس ضد الأقليات العرقية.

13. وفاة المعيل للأسرة أحياناً يجبر الأطفال على الدخول في تجارة الجنس»⁽¹⁾.

ثانياً: الأسباب والعوامل المرتبطة بعامل الطلب:

وتعود للعوامل التالية:

- 1- وجود شبكات الإجرام المنظم التي تتعامل بتجارة الجنس، والتي تتطلب طبيعة عملها استقطاب أكبر عدد من النساء والأطفال للاستمرار في عملها.
- 2- فساد بعض المسؤولين الرسميين في بعض الدول المكلفين بمكافحة تجارة الجنس.
- 3- استغلال الأطفال في العمل بما في ذلك العمل تحت ظروف الإكراه، أو في ظروف العبودية أو في أعمال شاقة.
- 4- انتشار سياحة الجنس وخاصة في دول شرق آسيا وأوروبا الشرقية.
- 5- انتشار تجارة الأطفال لأغراض جنسية من خلال استغلال تكنولوجيا المعلومات كالتقنيات الفضائية والانترنت.
- 6- زيادة الطلب في تجارة الجنس مع نساء وفتيات أجنبيات، مما ساعد في خلق تجارة عالمية بالنساء والفتيات.
- 7- بعض زيجات الفتيات الصغيرات المرتبة عبر مؤسسات وشبكات خاصة، قد تنتهي أحياناً إلى بيع الفتاة إلى إحدى بيوت البغاء بعد إتمام الزواج.
- 8- الخوف من مرض نقص المناعة (الإيدز-Aids) زاد من الطلب على المومسات صغيرات السن.
- 9- الوجود العسكري الأمريكي في بعض البلدان، زاد من الطلب على المومسات وخاصة صغيرات السن.
- 10- زيادة الطلب الناتجة عن زيادة انتشار العمالة المهاجرة⁽²⁾

(1) عبد الرحمن بن إبراهيم الشاعر، الاتجار بالبشر في التعليم الأمني « تصور مقترح »، (الرياض، 2008م)، ص: 11.

(2) خالد بن محمد سليمان المرزوق، جريمة الاتجار بالنساء والأطفال وعقوباتها في الشريعة الإسلامية، (رسالة ماجستير، جامعة

الفرع الرابع: آثار ظاهرة الاتجار بالنساء والأطفال.

إن عملية الاتجار بالبشر وخاصة الاتجار بالعناصر الضعيفة والمتمثلة في النساء والأطفال، عملية معقدة تولد نتائج سلبية على الصعيد الشخصي قبل الصعيد الدولي، وبما أن ظاهرة الاتجار بالأشخاص جريمة مستحدثة، فإن آثارها تتشعب حسب الوسائل المستعملة في هاته التجارة، وحسب الأهداف المنشودة وراء تداولها.

أولاً: الآثار الجسدية والصحية:

إن أكثر الأخطار التي تتعرض لها النساء والأطفال الذين يتم استغلالهم لأغراض جنسية تتمثل في تعرضهم للعنف الجسدي من قبل الأشخاص الذين يقومون باستغلالهم سواء القوادين أو المتاجرين أو الزبائن، فهناك تقارير تقشعر لها الأبدان عن أشكال العنف الذي تتعرض له النساء والأطفال إذا ما رفضوا القيام بالأعمال المطلوبة منهم، والأطفال هم الأكثر عرضة للأمراض الجنسية من الأشخاص البالغين.

وقد أشارت نتائج الفحوصات التي أجريت على البنات النيجيريات اللواتي تم تسفيرهن من إيطاليا سنة 2001 إلى أن أكثر من (50%) منهن مصابات بمرض نقص المناعة المكتسبة (الإيدز) كما تشير تقارير إحدى المنظمات الكمبودية غير الحكومية إلى أن أكثر من (70%) من البنات اللواتي تم إنقاذهن من بيوت البغاء كن مصابات بهذا الفيروس⁽¹⁾.

ثانياً: الآثار الاجتماعية: وتتمثل :

❖ « إضعاف السلطة الحكومية، حيث يؤدي الاتجار بالنساء والأطفال إلى إضعاف الأمن العام لتصبح بعض الحكومات غير قادرة على حماية النساء والأطفال، كما أن الرشاوي والفساد من شأنهما أن يدفعوا العاملين بالحكومة إلى التساهل مع التجار، مما يؤدي إلى إضعاف السلطة الحكومية.

❖ اختلال القيم الاجتماعية نتيجة لإهدار المبادئ الأساسية لحقوق الإنسان، حيث ينتشر الجنس التجاري، أو تجارة الجنس.

❖ زيادة معدلات الولادة غير الشرعية.

(1) خالد بن محمد سليمان المرزوق، جريمة الاتجار بالنساء والأطفال وعقوباتها في الشريعة الإسلامية، ص: 55.

- ❖ انتهاك القوانين، والنظم الخاصة بالدخول، والعبور وحقوق الإنسان حيث العمليات اللوجستية(النقل والإدارة) للتجارة بالنساء والأطفال.
 - ❖ ارتكاب بعض رجال الأجهزة الرسمية جرائم ضد الأشخاص الذين يتم ضبطهم عندما تلجأ السلطات الرسمية للتضحية بمؤلاء الأشخاص لتفادي وضعهم غير القانوني.
 - ❖ انتشار منظمات إدارة وممارسة تجارة الجنس والبغاء وتشعب العمليات المتصلة بها، إضافة إلى ظهور نمط جديد من جرائم خطف النساء والأطفال.
 - ❖ استدراج المرأة أو الطفل كسلعة، وتحول مفهوم النظام السياحي في المجتمع إلى نظام يقوم على تشويه الإنسان، وبيعه وشراؤه بما يخالف القيم الإنسانية.
 - ❖ انتشار المثلية الجنسية (السحاق والواط) وجرائم الاغتصاب.
 - ❖ إنتشار ظاهرة الانتحار بين النساء والأطفال للشعور بفقدان قيمة الحياة»⁽¹⁾.
- ثالثاً: الآثار التي تمس الأشخاص الذين تمت المتاجرة بهم:**
- ❖ « الإصابة بالعصاب الجنسي، وهو حالة مرضية وما ينشأ عنه صدمة جنسية الطابع أو نتيجة الصراع الأوديبي.
 - ❖ الإصابة بالصدمة النفسية نتيجة للمرور بتجربة غير متوقعة.
 - ❖ الإصابة بحالة القلق الإرشادي، أو اضطرابات الشخصية الموقفية.
 - ❖ حدوث الانشطار الاجتماعي بين الفرد ومجتمعه، أو بينه وبين أسرته، وبيئته لكونه تورط في نشاط جنسي، أو لكونه مصاباً بالأمراض السرية.
 - ❖ تجاوز المعايير والعادات، والتراث الاجتماعي باستمرار السلوك المخالف لقواعد العرف، أو الضبط الاجتماعي.
 - ❖ الميل للعنف والسلوك الإجرامي، وربما ارتكاب الجريمة المباشرة كرد فعل تجاه المجتمع أو تصفية للحساب وتقسيماً للعوائد من التجارة.
 - ❖ الإصابة بالأمراض السرية (إيدز، سيلان... الخ).
 - ❖ الانخراط في جماعات السوء والعصابات الإجرامية، خاصة ومن يتم ضبطهم يتعرضون لمخاطر السجن مع مجرمين راشدين، إضافة إلى تهديد إعادة استغلالهم كضحايا من جديد.

⁽¹⁾ خالد بن محمد سليمان المرزوق، جريمة الاتجار بالنساء والأطفال وعقوباتها في الشريعة الإسلامية، ص: 58.

❖ الهلاك خلال عمليات النقل أو خلال عمليات الاتجار بالأعضاء البشرية»⁽¹⁾.

الفرع الخامس: الحلول المقترحة للحد من ظاهرة الاتجار بالبشر.

لقد اهتم المجتمع الدولي بجميع مؤسساته القانونية، ومعاهداته الدولية، واتفاقياته الإقليمية بمواجهة جريمة الاتجار بالبشر، والتصدي لها ومكافحتها بأنجع الوسائل والأساليب طوال السنوات الماضية.

وبالرغم من الجهود الإقليمية والدولية للتصدي للظاهرة، إلا أن مشكلة الاتجار بالبشر في تنامٍ وتزايد مستمر، ولهذا وجب تكثيف جهود المجتمع بكل فئاته وأجهزته وإمكانياته، للقضاء على الظاهرة وآثارها السلبية، وخاصة على حق السلامة الجسدية للإنسان.

أولاً: الإجراءات الوقائية لمنع الاتجار بالبشر:

تنص المادة التاسعة من بروتوكول منع الاتجار بالأشخاص على: «

1- توضع الدول الأطراف سياسات وبرامج وتدابير أخرى شاملة من أجل:

أ- منع ومكافحة الاتجار بالأشخاص؛

ب- حماية ضحايا الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال من معاودة إيذائهم.

2- تسعى الدول الأطراف إلى القيام بتدابير: كالبحوث، والمعلومات والحملات الإعلامية، والمبادرات الاجتماعية والاقتصادية، لمنع ومكافحة الاتجار بالأشخاص.

3- تشمل السياسات والبرامج والتدابير الأخرى التي توضع وفقاً لهذه المادة، حسب الاقتضاء التعاون مع المنظمات ذات الصلة وسائر عناصر المجتمع المدني.

4- تتخذ الدول الأطراف أو تعزز بوسائل منها التعاون الثنائي أو المتعدد الأطراف، تدابير لتخفيف وطأة العوامل التي تجعل الأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال مستضعفين أمام الاتجار مثل الفقر والتخلف وانعدام تكافؤ الفرص.

5- تعتمد الدول الأطراف أو تعزز تدابير تشريعية أو تدابير أخرى، مثل التدابير التعليمية أو الاجتماعية أو الثقافية، بوسائل منها: التعاون الثنائي والمتعدد الأطراف؛ من أجل صد الطلب

⁽¹⁾ عبد الحافظ عبد الهادي عبد الحميد، الآثار الاقتصادية والاجتماعية لظاهرة الاتجار بالأشخاص، (ندوة علمية، مقرها جامعة

الذي يحفز جميع أشكال استغلال الأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال التي تفضي إلى الاتجار»⁽¹⁾.

ثانياً: الضمانات البشرية والمادية:

1. الآلية البشرية: وتتضمن تحديد فئات الجماهير المشاركة في مجالات عمل التوعية بمخاطر الاتجار بالبشر والأعضاء البشرية ومستوياتهم وتخصصاتهم المختلفة في كل نوع من أنشطة العمل.
2. الآلية المادية: وتشمل تحديد الإمكانيات المادية اللازمة لعمل أجهزة العدالة الجنائية، وأجهزة مراقبة الحدود والموانئ والأجهزة المشاركة فيها⁽²⁾.

ثالثاً: مساعدة ضحايا الاتجار بالأشخاص وحمايتهم:

- فتنص المادة السادسة من بروتوكول منع الاتجار بالأشخاص على: «
- 1- تحرص كل دولة طرف في الحالات التي تقتضي ذلك وبقدر ما يتيحها قانونها الداخلي على صون الحرمة الشخصية لضحايا الاتجار بالأشخاص وهويتهم بوسائل منها: جعل الإجراءات القانونية المتعلقة بذلك الاتجار سرية.
 - 2- تكفل كل دولة طرف احتواء نظامها القانوني، أو الإداري الداخلي، على تدابير توفر لضحايا الاتجار بالأشخاص، في الحالات التي تقتضي ذلك ما يلي:
 - أ- معلومات عن الإجراءات القضائية والإدارية ذات الصلة؟
 - ب- مساعدات لتمكينهم من عرض آرائهم وشواغلهم وأخذها بعين الاعتبار في المراحل المناسبة من الإجراءات الجنائية ضد الجناة، بما لا يمس بحقوق الدفاع.
 - 3- تنظر كل دولة طرف في تنفيذ تدابير تتيح التعافي الجسدي والنفسي والاجتماعي لضحايا الاتجار بالأشخاص، بما يشمل، في الحالات التي تقتضي ذلك، التعاون مع المنظمات غير الحكومية وسائر المنظمات ذات الصلة وغيرها من عناصر المجتمع المدني، وخصوصاً توفير ما يلي:

⁽¹⁾ بروتوكول منع وقوع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية (اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة الخامسة والخمسون، المؤرخ في 15 نوفمبر 2000م).

⁽²⁾ عبد الحافظ عبد الهادي عبد الحميد، الآثار الاقتصادية والاجتماعية لظاهرة الاتجار بالأشخاص، ص: 390-391.

أ- السكن اللائق؛

ب- المشورة والمعلومات، خصوصاً فيما يتعلق بحقوقهم القانونية، بلغة يمكن لضحايا الاتجار بالأشخاص فهمها؛

ج- المساعدة الطبية والنفسانية والمادية؛

د- فرص العمل والتعليم والتدريب.

4- تأخذ كل دولة طرف بعين الاعتبار، لدى تطبيق أحكام هذه المادة، سن ونوع جنس ضحايا الاتجار بالأشخاص واحتياجاتهم الخاصة، ولا سيما احتياجات الأطفال الخاصة، بما في ذلك السكن اللائق والتعليم والرعاية.

5- تحرص كل دولة طرف على توفير السلامة البدنية لضحايا الاتجار بالأشخاص أثناء وجودهم داخل إقليمها.

6- تكفل كل دولة طرف احتواء نظامها القانوني الداخلي على تدابير تتيح لضحايا الاتجار بالأشخاص إمكانية الحصول عن تعويض للأضرار التي تكون قد لحقت بهم⁽¹⁾.

الفرع السادس: عوائق مكافحة جرائم الاتجار بالبشر:

لقد حرصت التشريعات والقوانين الإقليمية والدولية على مكافحة جرائم الاتجار بالبشر،

غير أن الجهود المبذولة في هذا الميدان لازال يعترها النقص، وهذا راجع لأسباب عديدة أهمها:

أولاً: ارتكاب جرائم الاتجار بالبشر من خلال عمليات معقدة عابرة للحدود الوطنية

من التحديات التي تواجه مكافحة الاتجار بالبشر، ارتكاب هذه الجرائم عن طريق سلسلة

من العمليات الإجرامية المعقدة التي تباشرها منظمات إجرامية متخصصة تعمل في الخفاء، فضلاً

عن ذلك فإن طبيعة هذه الجرائم تجعل من ارتكابها يتحقق في أكثر من دولة من ذلك نقل

أو ترحيل أو تجنيد أشخاص في دول فقيرة، ليتحقق استغلالهم في دول غنية، ويترتب على ذلك

تناثر الأدلة والشهود في أكثر من دولة. مما قد يشكل عقبة أمام سلطات التحقيق والمحاكمة⁽²⁾.

(1) بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية (اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة الخامسة والخمسون، المؤرخ في 15 نوفمبر 2000م).

(2) فتيحة محمد قوراري، المواجهة الجنائية لجرائم الاتجار بالبشر، ص: 279.

ثانياً: عدم الدقة في البيانات:

أي عدم وجود إحصائيات دقيقة عن حجم الاتجار لدى بعض الدول، هذا قيد يعرقل تبادل المعلومات بين الدول المختلفة ومكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، فلا يمكن وضع إحصائيات إجمالية سواء على المستوى الجغرافي أو المستوى الموضوعي، فلا نزال نفتقر إلى فهم عالمي للموضوع ولكيفية تفاعل عناصره لكي تشكل وحدة متكاملة، والدليل على ذلك أن المخدرات غير المشروعة تعتبر أكثر المواضيع توثيقاً في مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة؛ نظراً لأن المعلومات المتعلقة بالمخدرات تنظم في قواعد بيانات متعددة الأبعاد، بحيث تشكل منظومة متكاملة تكمل بعضها البعض، من خلال منهجية واحدة وسياسات تستهدف الكل والجزء على السواء (من علاج المدمنين، إلى مصادرة المخدرات، إلى تبديل الثقافات). ولا يوجد شيء من هذا القبيل في مجال الاتجار بالبشر، فلا توجد لدينا البيانات اللازمة لإنشاء قواعد بيانات متعددة الأبعاد، كما أننا لا نستطيع في الوقت الحالي تجزئة أسواق الرقيق وفق عناصرها (الطلب، والعرض، والاتجار، والأسعار ذات الصلة) ولا نستطيع أيضاً فهرسة مختلف أنواع الرق بسبب انعدام البيانات، وإن دل ذلك على شيء فإنما يدل على أن قواعد البيانات ذات المعايير الموحدة دولياً لا تزال غير متوفرة⁽¹⁾.

ثالثاً: قصور قواعد الاختصاص الجنائي الدولي:

« إن إبرام الاتفاقيات الدولية المعنية بمكافحة الاتجار بالبشر وحده غير كاف لمكافحة هذه الجرائم المستحدثة بالفاعلية المطلوبة، ما لم تجسد الدول أحكام هذه الاتفاقيات في تشريعاتها الوطنية. فقد تقع أفعال الاتجار بالبشر في دول قد لا تخولها قواعد الاختصاص سلطة ملاحقة هذه الأنشطة لانتفاء نصوص تجرمها في تشريعاتها الداخلية، وتعد حداثة هذه الصور الإجرامية عاملاً ساهم في بروز هذا العائق»⁽²⁾.

(1) هشام عبد العزيز مبارك، الاتجار بالبشر بين الواقع والقانون، ص: 7.

(2) فتيحة محمد قوراري، المواجهة الجنائية لجرائم الاتجار بالبشر، ص: 277.

رابعاً: عدم وجود تعريف محدد للاتجار بالبشر:

لا يوجد تعريف عالمي متعارف عليه لمفهوم الاتجار بالنساء والأطفال، وهذا يعد عائقاً أمام أي عمل فعال، فعدم وجود اتفاق يدول حول العوامل المختلفة للموضوعات المتعلقة بحقوق الإنسان، والمهجرة، والتهريب، والبغاء والجريمة المنظمة، يعيق القدرة على ملاحقة المتاجرين بالبشر وإيقاع العقوبة بهم، ومن ثم الحد من هذه الظاهرة⁽¹⁾.

المطلب الثاني: جريمة الاتجار بالبشر في قانون العقوبات الجزائري:

المشرع الجزائري وعلى غرار التشريعات القانونية الدولية، جرم الاتجار بالبشر، ونص على عقاب المتسبين في هاته الجريمة المنظمة العابرة للحدود. وإن كانت جرائم الاتجار بالبشر تشترك في المحل الذي يقع عليه الاعتداء، وكذا طرق وأساليب ارتكاب الجريمة، إلا أن الاختلاف يكمن في العقاب المقرر لهذا النوع من الجرائم حسب التشريعات والقوانين الدولية المختلفة.

الفرع الأول: محل جريمة الاتجار بالبشر في قانون العقوبات الجزائري:

نص المشرع الجزائري في المادة (303 مكرر 4) من قانون العقوبات الجزائري على أنه: « يعد تجاراً بالأشخاص، تجنيد أو نقل أو تنقيح... شخص... »⁽²⁾. وبذلك فإن محل الحماية في هذه الجرائم هم البشر، أي الإنسان وتحديدًا كرامته الإنسانية. وإن كان من المتصور أن يستهدف الاتجار مختلف الأشخاص، بغض النظر عن الجنس أو السن، غير أن واقع الحال يشير إلى أنه ينصب بصفة خاصة على فئات هشّة مستضعفة هي النساء، الأطفال والعمال. وبناءً عليه فإنه لا يتصور أن تقوم هذه الجرائم إذا كان محل الاستغلال غير الإنسان كالحَيوان، ويشترط في الإنسان أن يكون حياً، ذلك أن الحق في الكرامة الإنسانية يكتسبه الإنسان بمولده وينقضي بوفاة⁽³⁾.

(1) خالد بن محمد سليمان المرزوق، جريمة الاتجار بالنساء والأطفال وعقوباتها في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، ص: 16.

(2) المادة (303 مكرر 4) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

(3) فتحة محمد قوراري، المواجهة الجنائية لجرائم الاتجار بالبشر، ص: 188-189.

الفرع الثاني: الركن المادي لجريمة الاتجار بالبشر:

ويشمل السلوك الإجرامي، والوسائل المحققة للنتيجة الإجرامية.

أولاً: السلوك الإجرامي:

فتنص المادة (303 مكرر 4): « يعد اتجاراً بالأشخاص، تجنيد أو نقل أو تنقل أو إيواء أو استقبال شخص أو أكثر بواسطة التهديد بالقوة أو باستعمالها أو غير ذلك من أشكال الإكراه، أو الاختطاف، أو الاحتيال، أو الخداع، أو إساءة استعمال السلطة، أو استغلال حالة استضعاف أو إعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا، لنيل موافقة شخص له سلطة على شخص آخر بقصد الاستغلال.

ويشمل الاستغلال: استغلال دعارة الغير، أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي، أو استغلال الغير في التسول، أو السخرة، أو الخدمة كرهاً، أو الاسترقاق، أو الممارسات الشبيهة بالرق، أو الاستعباد، أو نزع الأعضاء»⁽¹⁾.

أ- صور السلوك الإجرامي: تتعدد صور السلوك الإجرامي في جرائم الاتجار بالبشر، من تجنيد، ونقل وترحيل واستقبال،... ولا يشترط اجتماعها في نفس الجريمة، بل تكفي صورة واحدة لاكتمال عناصر الجريمة.

1. التجنيد: وهي عملية اختيار أفراد لشغل أدوار من نسق اجتماعي ما، ويعرف ويتشابه مصطلح التجنيد بهذا المعنى مع دلالاته في المجالات الأمنية الاستخباراتية، حيث يقصد بالتجنيد اختيار عناصر تتوفر فيها سمات ومؤهلات معينة لأداء أدوار محددة، ثم تدريبها وصقلها لتطوير قدراتها على النهوض بهذه الأدوار وإسناد هذه الأدوار لها بشكل فعلي⁽²⁾.

(ج) يعتبر تجنيد طفل أو نقله أو تنقله أو إيواؤه أو استقباله لغرض الاستغلال « اتجاراً بالأشخاص» حتى إذ لم ينطو على استعمال أي من الوسائل المبينة في الفقرة الفرعية (أ) من هذه المادة⁽³⁾.

(1) المادة (303 مكرر 4) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

(2) نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، ص: 375.

(3) بروتوكول منع الاتجار بالأشخاص، المادة (3)

2. النقل: هو ذلك النشاط الذي يأتيه الجاني يغير بمقتضاه مكان إقامة ووجود المجني عليه، سواء كان النقل من مكان إلى آخر داخل الدولة، أو من خارج الدولة إليها ليتحقق الاستغلال فيها وإن تم قسراً.

كما ينصرف إلى نقل الأشخاص من داخل الدولة إلى خارجها، بقصد استغلال المجني عليه في وجه من أوجه الاتجار بالبشر، إذا تم برضائه أو رضاه من له سلطة عليه. فإذا اقترن بالقسر انطبق عليه الترحيل.

3. الاستقبال: وهو ذلك النشاط الذي يتضمن تلقي المجني عليه عند وصوله من نقطة انطلاقه، وقد يستتبع ذلك بنقله إلى مكان استقراره، أو بتوفير الإيواء له، على أن ذلك ليس بلازم⁽¹⁾.

ب- وسائل النشاط الإجرامي: المشرع الجزائري حصر الوسائل التي يتحقق بواسطتها السلوك أو النشاط الإجرامي بحيث إذا وجدت إحدى هاته الوسائل وقعت جريمة الاتجار بالبشر فنصت المادة (303 مكرر 4) على أن: « التهديد بالقوة أو باستعمالها أو غير ذلك من أشكال الإكراه، أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو استغلال حالة استضعاف أو إعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سلطة على شخص آخر بقصد الاستغلال»⁽²⁾.

وفي ضوء هذا النص يمكن تحديد الوسائل كالاتي:

1) التهديد بالقوة أو باستعمالها أو غير ذلك من أشكال الإكراه: والتهديد قد يكون ركناً في جريمة، أو قد يعتبره القانون عنصراً في بعض الجرائم، ووسيلة لارتكابها كما هو الشأن في جرمي اغتصاب السندات أو التوقيعات بالقوة أو التهديد، وابتزاز مال الغير بالتهديد وقد يكون كظرف مشدد مثل حالة الخطف والتحرير على الفسق والدعارة، وقد يكون التهديد في ذاته باعتباره جريمة مستقلة⁽³⁾.

(1) فتيحة محمد قوراري، المواجهة الجنائية لجرائم الاتجار بالبشر، ص: 193-194.

(2) المادة (303 مكرر 4) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

(3) نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، ص: 377.

أما الإكراه فهناك إكراه مادي، وإكراه معنوي، فبينما ينصب الأول على جسم الإنسان ويؤثر في عين الوقت على معنوياته، بل ويعدم حرية الاختيار لديه، أي يعطل إرادته، ينصب الثاني على نفسية الخاضع له ويربك معنوياته، ولا يعدم حرية الاختيار لديه، إلا أنه يضيق من مساحتها، وفي كلا الحالتين يصدر ممن وقع عليه الإكراه فعلاً أو امتناعاً يعد في نظر القانون جريمة⁽¹⁾.

ففي الإكراه المادي يتعرض المرء لقوى مادية خارجية تعدم إرادته وتحمله على القيام بالواقعة الإجرامية، ولذا فإنه لا يمكننا أن ننسب الجريمة إليه. وصورة ذلك أن يمسك شخص بيد آخر وتحريكها لكتابة بيانات مزورة في محرر رسمي، أو لتزوير إمضائه بوضع بصمة إبهامه على وثيقة ما. في مثل هاتين الحالتين هناك قوة مادية أعدمت إرادة الشخص المكره وحولت جسده إلى مجرد آلة يستعملها من أكرهه كما يريد، فالمكره ينفذ الجريمة بجسمه وليس بعقله⁽²⁾.

أما الإكراه المعنوي فيتمثل في التهديد باعتداء جسيم أو استعمال العنف، بحيث يؤثر هذا التهديد أو العنف على إرادة الشخص الخاضع له، فلا يجد سبيلاً للنجاة من هذا الخطر إلا بارتكاب الجريمة. فيتحقق الإكراه المعنوي بضغط شخص على إرادة آخر لحمله على توجيهها إلى سلوك إجرامي معين. ومثاله: أن يهدد شخص إنساناً آخر بإطلاق النار عليه إن لم يطلق هو النار على ثالث يقف بجواره⁽³⁾.

2- **الاختطاف:** هو أسلوب تقوم به عصابات الجريمة المنظمة في اختطاف فرد، أو مجموعة من الأفراد، واستخدامهم فيما بعد في أهداف غير شرعية ويتم عن طريق إمساك الشخص وتقييد حركته، وقد يكون بنقله من مكانه أو حرمانه من حرية التنقل لفترة من الوقت طالت أم قصرت⁽⁴⁾.

(1) باسم شهاب، مبادئ القسم العام لقانون العقوبات (ديوان المطبوعات الجامعية وهران 2007م)، ص: 219-220.

(2) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام " الجريمة " (ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1998م)، ص: 319.

(3) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات (القسم العام- الجريمة)، (ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة 1994م)، ص: 149.

(4) نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، ص: 378-379.

ويتحقق مثلاً خطف الطفل إذا انتزع الجاني الطفل المخطوف من منزل أهله، أو من المدرسة، أو من المحل الذي يتدرب فيه على حرفة معينة، أو من الطريق العام، أو من منزل صديق، أو قريب يزوره، أو أي مكان آخر؛ إذ لا يشترط أن تتم واقعة الخطف في مكان معين طالما أدى الخطف إلى انتزاع المخطوف من بيئته وقطع صلته بأهله⁽¹⁾.

3- الاحتيال أو الخداع: تنطوي هذه الوسيلة على الغش والخديعة والثابت أن الاحتيال يقوم على الكذب المدعم بأعمال مادية، أو مظاهر خارجية تحمل المجني عليه على الاعتقاد بصحته. فينخدع ويخضع لإرادة الجاني⁽²⁾.

4- إساءة استعمال السلطة: فالجاني يوحى إلى صاحب الحاجة أن السلطات العامة لا تتصرف وفقاً للقانون وبروح من الحيدة والموضوعية، وإنما تتصرف تحت سطوة من له نفوذ عليها وهو بهذا يوهم المجني عليه بقدرته على التحكم في ما هو في حاجة إليه، وهو في نفس الوقت يقوم بشل إرادته.

وحيث يكون النفوذ حقيقياً فالجاني يسيء استغلال السلطة التي خولها له القانون فبدلاً من استعمالها من أجل الهدف الذي خوله القانون إياها يستعملها وسيلة إلى الإثراء غير المشروع⁽³⁾.

وقد تكون السلطة قانونية أو فعلية، ومن أمثلة السلطة القانونية سلطة الولي أو الوصي، وسلطة رب العمل على العمال لديه، وسلطة رئيس مصلحة حكومية أو مرفق عام على الموظفين أو العاملين فيه. ومن صور السلطة الفعلية: سلطة الطبيب على المريض، وسلطة المدرس على تلاميذه، وتقتضي هذه الوسيلة أن يقوم صاحب السلطة باستعمالها على نحو يخالف مقتضاها⁽⁴⁾.

(1) محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات القسم الخاص " الجرائم الواقعة على الأشخاص "، (دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، 2005م)، ص: 296.

(2) فتيحة محمد قوراري، المواجهة الجنائية لجرائم الاتجار بالبشر، ص: 199.

(3) ينظر: نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، ص: 380.

(4) فتيحة محمد قوراري، المواجهة الجنائية لجرائم الاتجار بالبشر، ص: 200.

ثانياً: النتيجة الإجرامية:

المشرع الجزائي اعتبر الاستغلال، النتيجة الوحيدة المرجوة من عملية أو جريمة الاتجار بالبشر.

فتحقق النشاط الإجرامي مرهون بوجود شكل من أشكال الاستغلال الجنسي أو استغلال دعارة الغير أو السخرة أو الخدمة قسراً أو الاسترقاق.... الخ.

ويقصد بالاستغلال أي ممارسات يتم اتخاذها من قبل شخص أو مجموعة من الأشخاص ضد شخص آخر أو مجموعة من الأشخاص ويكون من شأنها التأثير سلباً على حق من حقوقهم المشروعة⁽¹⁾.

أ- استغلال الأطفال: ويتم استغلال الأطفال في أعمال منافية للآداب، أي ممارسة الدعارة، والشذوذ الجنسي فتعرض على سبيل المثال الفتيات للاعتداء الجنسي والاعتصاب من أولاد الشوارع وغيرهم، على مرأى ومسمع من القائم باستغلال هؤلاء الأطفال وتشغيلهم، وفي حالات حدوث حمل يتم بيع الأطفال حديثي الولادة، إلى مجموعات من الأثرياء من جنسيات مختلفة والذين حرّمهم القدر من إنجاب الأطفال⁽²⁾.

ب- استغلال النساء: ومعناه التغيرير والمخادعة والتأثير النفسي على نحو يقود الأنثى إلى أعمال البغاء، وقد جاء في هذا عبارات «حرّض» أو «استدراج»، «أغوى» أو «احتال» أو «حمل» أو «قاد» وهي ألفاظ تدل على استدراج الأنثى بالاقناع النفسي أو الإغراء المادي أو بالاحتيال أو بالتعليم والتبصير أو التحضير أو غير ذلك من الأعمال التي تجعل تلك الأنثى تمارس أعمال الدعارة إرضاءً لشهوة طالبها⁽³⁾.

(1) محمد السيد عرفة، تجريم الاتجار بالأطفال في القوانين والاتفاقيات الدولية، ص: 91.

(2) أمير فرج يوسف، مكافحة الاتجار بالبشر (دار الكتاب الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى 2010م)، ص: 69.

(3) علي حسن الشرفي، تجريم الاتجار بالنساء واستغلالهن في القوانين والاتفاقيات الدولية، ص: 189.

الفرع الثالث: العقوبة في جريمة الاتجار بالبشر:

تختلف العقوبة في جرائم الاتجار بالأشخاص من حيث قوتها إلى جنح عادية، وجنح مشددة، وجنايات الاتجار بالأشخاص.

أولاً: العقوبة كأصل عام: فتنص المادة (303) مكرر 4 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: « يعاقب على الاتجار بالأشخاص بالحبس من ثلاث (3) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000 دج... »

ثانياً: تشديد العقوبة: تشدد العقوبة طبقاً للفقرة الرابعة من المادة (303 مكرر 4) في حال ضعف الضحية لصغر السن أو العجز « يعاقب على الاتجار بالأشخاص بالحبس من خمس (5) سنوات إلى خمس عشرة (15) سنة وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.500.000 دج، إذا سهل ارتكابه حالة استضعاف الضحية الناتجة عن سنها أو مرضها أو عجزها البدني أو الذهني، متى كانت هذه الظروف ظاهرة أو معلومة لدى الفاعل».

أما المادة (303 مكرر 5) من قانون العقوبات الجزائري فتنص على أنه: « يعاقب على الاتجار بالأشخاص بالسجن من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج إذا ارتكبت الجريمة مع توافر ظرف على الأقل من الظروف الآتية:

- إذا كان الفاعل زوجاً للضحية، أو أحد أصولها، أو فروعها، أو وليها، أو كانت له سلطة عليها، أو كان موظفاً ممن سهلت له وظيفته ارتكاب الجريمة،
- إذا ارتكبت الجريمة من طرف أكثر من شخص،
- إذا ارتكبت الجريمة مع حمل السلاح أو التهديد باستعماله،
- إذا ارتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية»⁽¹⁾.

⁽¹⁾ ينظر المادتين (303 مكرر 4)، (303 مكرر 5) من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

علة التشديد: شدد المشرع الجزائري عقوبة الاتجار بالبشر وضاعفها من 3 سنوات إلى 10 سنوات إلى 15 سنة، والغرامة من 300.000 دج إلى 1.500.000 دج. بحيث راعى في التشديد عامل القرابة أي صلة الضحية بالجرم كونه زوجاً للضحية، أو أحد أصولها، أو فروعها، أو وليها، أو كانت له سلطة عليها، ذلك أن المجني عليها تثق في أقاربها، و بالتالي يسهل خداعها. كما أن المشرع الجزائري راعى سن الضحية و عجزها البدني والذهني، فالقاصر يمكن التأثير عليها بوسائل الإغراء، كما يمكن استغلال ضعفها.

و هناك عوامل أخرى تدفع إلى تشديد العقوبة، كمعاصرة الجريمة لحمل السلاح أو التهديد باستعماله، أو مساهمة أكثر من شخص في ارتكاب جريمة الاتجار بالبشر، لأن الاشتراك في ارتكاب الجريمة يسهل عملية التنفيذ و يعدد وسائل ارتكاب النشاط الإجرامي خصوصاً إذا كانت الجريمة عابرة للحدود.

الفرع الرابع: الإعفاء من العقوبة:

فتنص المادة (303 مكرر9) من قانون العقوبات الجزائري على أنه: « يعفى من العقوبة المقررة كل من يبلغ السلطات الإدارية أو القضائية عن جريمة الاتجار بالأشخاص قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها. وتخفف العقوبة إلى النصف إذا تم الإبلاغ بعد انتهاء تنفيذ الجريمة، أو الشروع فيها وقبل تحريك الدعوى العمومية، أو إذا أمكن تحريك الدعوى العمومية من إيقاف الفاعل الأصلي، أو الشركاء في نفس الجريمة»⁽¹⁾.

علة التخفيف: تخفف العقوبة في جرائم الاتجار بالأشخاص في حال إبلاغ السلطات الإدارية أو القضائية عن الجريمة قبل البدء في تنفيذها أو الشروع في ذلك، ونحن نؤيد ما ذهب إليه المشرع الجزائري؛ لأن الكشف عن النشاط الإجرامي وتحديد وسائل ارتكابه أمر بغاية الأهمية لأن المشكلة في جرائم الاتجار بالبشر تكمن في صعوبة اكتشاف معالم الجريمة؛ خصوصاً والأمر يتعلق بالجريمة المنظمة العابرة للحدود، وبالتالي الإبلاغ عن الجريمة يسهل عملية وقف تنفيذها..

⁽¹⁾ ينظر المادة (303 مكرر 9)، من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

المبحث الثاني: جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

يشكل جسم الإنسان الكيان المادي والمعنوي لمباشرة الوظائف الحيوية فهو محل الحق في سلامة الجسم وحمایته، وسلامته حماية للحق في الحياة، والقاعدة العامة تقتضي عدم جواز التصرف في الأعضاء البشرية والأنسجة الأدمية مقابل منافع مادية، أو أغراض غير علاجية، فالكثير من التشريعات العالمية والقوانين الداخلية تسعى جاهدة لتنظيم التصرفات الطبية والتدخلات العلاجية بالقدر الذي يكفل السلامة الجسدية عن طريق تجريم الاعتداءات المتجددة الواقعة على جسم الإنسان.

والشريعة الإسلامية أقرت الحماية اللازمة لجسم الإنسان وعقله، فاعتبرته أكرم المخلوقات، وحرمت الاعتداء عليه وإيذائه، وقررت حرمة النفس البشرية كونها من الضروريات والمقاصد الواجب الحفاظ عليها، فكما لا يحق للغير الاعتداء على جسم الإنسان، لا يجوز للإنسان قتل نفسه أو إلحاق الأذى بها. فإن جاز للفرد إسقاط حقه في السلامة الجسدية، وجب عليه مراعاة حق الله تعالى فيها.

المطلب الأول: جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي:

لقد كرم الله الإنسان عندما خلقه في أحسن صورة، وجعله مستخلفاً في الأرض جميعاً، وبالموازاة مع التكريم، حرم ما من شأنه الحط من آدمية الإنسان كالتلاعب بالأعضاء البشرية باعتبارها سلع قابلة للتداول والترويج، مقابل الحصول على المال.

الفرع الأول: بيع الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي:

من مظاهر تكريم الإسلام للإنسان تصديه لجرمة بيع أعضاء جسده، لتعارضها مع القيم الذوقية الجمالية، فالله سبحانه وتعالى خلق الإنسان في أحسن صورة، قومّه بكامل أعضائه وأجزائه الجسدية، وفي حالة فقدانه لأحد هذه الأعضاء فسوف يشوبه النقصان وعدم الاكتمال الجسمي والذوقي.

وجريمة بيع أعضاء جسد الإنسان تتعارض مع تعاليم الدين الإسلامي، والذي يدين ما من شأنه الحط من كرامة الإنسان وتعرض أعضائه للابتذال والتلاعب.
أولاً: حكم بيع الآدمي والأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي.

لا خلاف بين الفقهاء في عدم جواز أن يكون جسم الإنسان في مجموعة أو جزء منه محلاً لعقد البيع، فيبيع الأعضاء غير جائز في الشريعة الإسلامية، يقول ابن عابدين: (والآدمي مكرم شرعاً ولو كان كافراً، فأيراد العقد عليه وابتذاله به وإلحاقه بالجمادات إذلال له، وهو غير جائز وبعضه في حكمه...)⁽¹⁾.

ويقول المرغيناني: (لا يجوز بيع شعور الإنسان ولا الانتفاع بها، لأن الآدمي مكرم لا مبتذل، فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهاناً ومبتذلاً)⁽²⁾.
واستدل القائلون بالحرمة بالأدلة التالية:

أ / **الفقه الإسلامي**: يحرم بيع الإنسان الحر باتفاق العلماء، وكل عقد يشتمل على المقابل المالي يكون باطلاً.

- 1- قال ابن عابدين من الحنفية: « الآدمي مكرم شرعاً وإن كان كافراً فأيراد العقد عليه وابتذاله به وإلحاقه بالجمادات إذلال له. وهو غير جائز وبعضه في حكمه وصح في فتح القدير ببطلانه، قلت وفيه أنه يجوز استرقاق الحربي وبيعه وشراؤه وإن أسلم بعد الاسترقاق، إلا أنه يجب بأن المراد تكريم صورته وخلقته، ولذا لم يجز كسر عظام ميت كافر وليس ذلك محل الاسترقاق والبيع والشراء، بل محله النفس الحيوانية فلذا لا يملك بيع لبن أمته في ظاهر الرواية »⁽³⁾.
- 2- ويرى المالكية أن « لحم ابن آدم محرّم، والأصل عندهم أن الألبان تابعة للحوم، فقالوا في قياسهم: هكذا الإنسان حيوان لا يؤكل لحمه »⁽⁴⁾.

(1) محمد أمين بن عمر عابدين، حاشية ابن عابدين "رد المختار على الدر المختار"، (دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 2003م)، ج7، ص: 245.

(2) علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، (دار إحياء التراث العربي، بيروت)، ج3، ص: 46.

(3) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج7، ص: 245-246.

(4) محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (دار المعرفة، لبنان، الطبعة السادسة 1982م) ج2، ص: 128.

3- ونص الحنابلة على أنه « لا يصح بيع الحر » لقوله ﷺ: (ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ذكر منهم رجلاً باع حراً وأكل ثمنه)⁽¹⁾.

ب/ الكتاب: قوله تعالى: ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ ﴾⁽²⁾.

وجه الدلالة: « قوله: ولقد كرمنا بني آدم وأعلم أن الإنسان جوهرٌ مركبٌ من النفس والبدن، فالنفس الإنسانية أشرف النفوس الموجودة في العالم، وبدنه أشرف الأجسام »⁽³⁾.

ج/ السنة: فعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: « قال الله ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، رجل أعطى بي ثم غدر ورجل باع حراً فأكل ثمنه ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعط أجره »⁽⁴⁾.

وجه الدلالة: ويدل الحديث على حرمة بيع الحر وبطلانه، وحرمة أكل ثمنه، فإن كل عقد يرد عليه كله أو على بعضه يكون باطلاً ومتولي هذا العقد يكون آثماً وثنمه حراماً، وعليه لا يجوز بيع الإنسان لأعضائه، والحديث واضح الدلالة في النهي عن إخضاع الإنسان الحر للتصرفات التي تخضع لها سائر الحيوانات والكائنات المسخرة لخدمة الإنسان، والتي أبيض له تملكها، والتصرف فيها بالبيع وغيره من التصرفات⁽⁵⁾.

د/ المقول: لا يجوز عقلاً بيع الحركة أو بعضه للأسباب الآتية:

- 1- يشترط لصحة البيع في الفقه الإسلامي أن يكون المبيع مالاً، والإنسان كله أو بعضه لا يعتبر مالاً في الشرع، فلا يصح بيعه لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال.
- 2- الإنسان مكرم عن الابتذال بالبيع، وبعضه في حكم كله، ومن ثم لا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهاناً مبتدلاً.
- 3- من شروط المبيع أن يكون منهياً شرعاً عن تملكه، والحر لا يملك، لأن الشارع نهى عن تملكه.

⁽¹⁾ أخرجه البخاري، الصحيح، " كتاب البيوع"، باب « اثم من باع حراً »، الحديث رقم (2227)، 82/3.

⁽²⁾ سورة الإسراء، الآية: 70.

⁽³⁾ الرازي، التفسير الكبير، ج 21، ص: 372.

⁽⁴⁾ أخرجه البخاري، الصحيح، " كتاب البيوع"، باب « اثم من باع حراً »، الحديث رقم (2227)، 82/3.

⁽⁵⁾ سوزان وفيق محمد أبو مطر، التعديل الجراحي على جسم الإنسان " دراسة فقهية مقارنة"، ص: 89-90.

4- أعضاء جسم الإنسان دماء، والدماء لا تستباح بالعرض⁽¹⁾

« ومن هذا يتبين لنا أن الفقهاء قد اتفقوا على أن الحر لا يباع ولا يشتري، وإذا لم يصح هذا التصرف فيه مع أنه بمقابل، وهو الثمن، فمن باب أولى لا يصح هبته أو التبرع به، لأن المشرع الحكيم أبطل التصرف فيه بمقابل، فمن باب أولى أن يبطله إذا لم يكن هناك مقابل، ولأن المشرع الحكيم لم يجعله ملكاً لأحد سواه، فلا يحق لأي كائن أن يتصرف فيه، لأن التصرف -معاوضة أو تبرعاً- إنما يكون فيما يملكه الإنسان، والإنسان غير مملوك للإنسان وإنما هو مملوك لخالقه وموجده جل شأنه »⁽²⁾.

ثانياً: حكم بيع الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم بيع الأعضاء البشرية.

القول الأول: حرمة بيع الأعضاء البشرية: فمن شروط صحة البيع أن يكون الشيء المبيع ملكاً للبائع، وأجمع أهل العلم -رحمهم الله- على أن الإنسان لو باع ما لا يملكه، ولم يجز مالكة البيع فبيعه باطل.

قال الإمام ابن حزم -رحمه الله-: « واتفقوا على أن بيع المرء ما لا يملك ولم يجزه مالكة... فإنه باطل »⁽³⁾.

« ومعلوم أن أعضاء الإنسان ليس ملكاً للإنسان، ولم يؤذن له ببيعها شرعاً، فكان بيعها داخلاً في بيع الإنسان لما لا يملكه.

ثم أن بيع الإنسان لأعضائه فيه امتهان له، والله عز وجل مكرم له فخالف مقصود الشارع من هذا الوجه، ولذلك نجد الفقهاء -رحمهم الله- ينصون على حرمة بيع أجزاء الآدمي، ويعللون التحريم بكون بيعها مخالفاً لتكريم الله تعالى للإنسان »⁽⁴⁾.

(1) صابر محمد محمد سيد، محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة، ص: 74.

(2) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الاقناع، (عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، الطبعة الأولى 1997م) ج2، ص: 428.

(3) ابن حزم، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، (دار الكتب العلمية، بيروت)، ج1، ص: 84.

(4) الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، ص 591.

- واستدل هذا الفريق على حرمة بيع أعضاء الإنسان من وجوه عدة من المعقول:
- 1- « أن بدن الإنسان ليس بمال، والبيع لا يصح إلا على الأموال فلا يدخل بدنه تحت دائرة المعاوضة والمبادلة في البيع والشراء فيكون عقد البيع على أعضائه باطلاً، لأن الأصل في المبيعات أن تكون خارجة عن الإنسان، وأعضاء الإنسان ليست خارجة عنه.
 - 2- القول بصحة العقد على جسد الإنسان وأعضائه، يشجع العصابات على القتل والسطو وسرقة القاصرين كالأطفال وغيرهم للمتاجرة بأعضائهم وتحقيق الربح.
 - 3- أن الأصل يقتضي حرمة المساس بجسد المسلم بالجرح أو بالقطع حياً وميتاً، فوجب البقاء على الأصل حتى يوجد الدليل الموجب للعدول عنه»⁽¹⁾.

القول الثاني: جواز بيع الأعضاء البشرية: واستدل الفريق القائل بجواز البيع بالأدلة الآتية:

- 1- « قياساً على بيع العبد والأمة، وإنما حرم بيع الحر لأنه ليس بمملوك، وحرم بيع العضو المقطوع لأنه لا نفع فيه، فإذا عرف فيه نفع وصار ينتفع به جاز بيعه. ويمكن مناقشته أن القياس على بيع العبد والأمة فاسد؛ لأنه استثناء من الأصل، وحرمة بيع العضو المقطوع ليس لعدم نفعه فقط، بل لما فيه من محاذير كثيرة أخرى. وإذا كان الحر بمجموعه غير مملوك لأحد فأعضاؤه تكون كذلك غير مملوكة لأحد لا فرق.
- 2- إذا كان المريض يدفع مالاً مقابل الدواء وأتعباً للطبيب مقابل المداواة، فلماذا لا يدفع للمتنازل عن عضوه لمصلحة المريض؟ ألا يعتبر جسمه من الدواء الذي بدونه لا تنفع مداواة. ويمكن رده بأنه ليس دواءً عادياً بل هو استثناء للضرورة والحاجة إلى أن تزول، « وما جوز للحاجة لا يجوز أخذ العوض عليه».
- 3- لا مانع من قياس المقابل المالي في حالة التنازل عن عضو من جسمه، على التعويض المالي الذي يتقاضاه الإنسان عن الضرر الذي يصيبه - وهو الدية - فالعوض في الحالتين مقابل المساس أو انتزاع عضو من أعضاء الجسم»⁽²⁾.

(1) سوزان وفيق محمد أبو مطر، التعديل الجراحي على جسم الإنسان "دراسة فقهية مقارنة"، ص: 91.

(2) عصمت الله عنایت الله محمد، الانتفاع بأجزاء الأدمي في الفقه الإسلامي، ص: 251.

ويمكن رده بأن الدية مقابل الاعتداء والجناية، وإذا رضي شخص بترع عضو من جسده فقد أسقط حقه في الدية وكان آثماً على رضاه، فلا يصح القياس للفارق بينهما.

4- قيل أن الحصول على تعويض نقدي من المنقول إليه جائز؛ لأنه « منفعة مباحة يجوز أن تقابل بثمن كالذي يبيع دمه لقاء مبلغ ما ».

وهذا القول خطأ لأن المقيس عليه -بيع دمه- محرم بالنصوص، والمنفعة مباحة ولكن ليس في الأحوال العادية، بل عند الضرورة فقط وهي تقدر بقدرها والبيع ليس من الضرورة⁽¹⁾.

الترجيح: وبالنظر إلى أدلة الرأي القائل بالحرمة، والرأي المقرر للجواز نرجح ما ذهب إليه الفريق الأول الرافض لبيع الأعضاء البشرية للأسباب التالية:

1- قوة الأدلة التي استند إليها الفريق الأول، فالإنسان كائن مكرم لا يجوز تعريض أعضائه للبيع؛ لأن في ذلك تعد على حق الله تعالى، وامتهان وابتدال لكرامة بني آدم، فمن مقاصد الشريعة الغراء حفظ النفس من حيث الوجود والعدم، وحفظها من حيث الوجود يحرم كل ما من شأنه تعريضها للخطر.

2- يحرم بيع الأعضاء البشرية قياساً على عدم جواز بيع الإنسان الحر.

3- القول بجواز بيع الأعضاء البشرية تناول على الحق في السلامة الجسدية للإنسان، فحق السلامة يمنع الاعتداء على أجزاء الآدمي وأعضائه، فمن واجب الإنسان الحفاظ على نفسه وعدم التصرف فيها إلا في حدود ما شرعه الخالق.

4- القائلون بجواز بيع الأعضاء البشرية ربطوا الجواز بشروط خاصة وفي حالات استثنائية، فالأصل عندهم عدم تعريض الأعضاء البشرية للتجارة والابتدال.

5- حال الاضطرار يجوز التبرع بالعضو البشري لا أخذ العوض عنه، فالإنسان لا يقوم بالمال، والله سبحانه وتعالى يحرم على الآدمي التصرف في جسمه بالمقابل.

6- القول بجواز بيع الأعضاء البشرية يشجع على ارتكاب جرائم السرقة والاعتداءات المختلفة على جسد الإنسان، فمن باب سد الذريعة وجب التحريم لا الجواز.

⁽¹⁾ عصمت الله عنایت الله محمد، الانتفاع بأجزاء الآدمي في الفقه الإسلامي، ص: 252.

الفرع الثاني: نقل الأعضاء البشرية في الفقه الاسلامي:

تعتبر عمليات نقل واستبدال الأعضاء البشرية من أخطر العمليات وأصعبها، وإن كانت أحياناً تشكل الملاذ الوحيد والأسلوب العلاجي للأمراض العضالية والعلل المتجددة، وقد أحدثت عمليات نقل الأعضاء جدال كبير في الوسط الاجتماعي والطبي والشرعي على حد السواء. باعتبارها اعتداء على حق السلامة الجسدية للشخص المعافي، في سبيل استئصال أعضائه وإعادة زرعها في الجسم المريض.

ومسألة نقل الأعضاء من المسائل الحديثة والتي اختلف الفقهاء والعلماء المعاصرين في القول بجوازها ومنعها، مراعاة لمقصد الشارع الحكيم في تكريم الإنسان وحقه في الاحتفاظ بأعضائه.

القول الأول: منع نقل الأعضاء مطلقاً:

واستدل القائلون بعدم الجواز بأدلة من الكتاب، والسنة، والقياس، والمعقول، والقواعد الفقهية، وأقوال الفقهاء.

1- الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾⁽¹⁾، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾⁽²⁾.

وجه الدلالة: الآيتان تنهيان عن قتل النفس بغير حق وإلقائها في موضع الهلاك، وفي عمليات استبدال الأعضاء قتل النفس التي حرم الله قتلها، لأن بانتزاع المعطي عضواً من بدنه حتى ولو كان لنفع غيره هو رمي بنفسه إلى الهلاك؛ لأنه يعرضها للمرض بين الفينة والأخرى، أو للموت بسبب فقدانها لذلك العضو، فإن كان بإذنه فهو انتحار، وإن كان بغير إذنه فهو قتل النفس التي حرم الله قتلها، وكلا الأمرين من المحرمات القطعية، فيكون تحريم عمليات استبدال الأعضاء منصوصاً عليه بعموم تحريم قتل النفس في هذه الآيات، فلا يجوز شرعاً⁽³⁾.

(1) سورة النساء، الآية: 29.

(2) سورة البقرة، الآية: 195.

(3) سوزان وفيق محمد أبو مطر، التعديل الجراحي على جسم الإنسان، "دراسة فقهية معاصرة"، ص: 62، محمد محمد المختار

الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، ص: 358.

ويناقش ذلك من وجوه:

« الوجه الأول: لا نسلم الاحتجاج بهما، لأننا نشترط في جواز النقل أن لا تكون حياة المتبرع مهددة بالهلاك، وإطلاق القول بأن التبرع في حال الحياة يؤدي إلى الهلاك لا يقبل إلا بشهادة أهل الخبرة من الأطباء، وهم لا يقولون بهذا على الإطلاق، فخرجنا بذلك عن موضع التراع. الوجه الثاني: سلمنا صحة الاستدلال بهما، لكن نقول إنهما أخص من الدعوى، لأنهما مختصان بحال الحياة، وأما بعد الموت فلا تشملانه.

الوجه الثالث: قلب الاستدلال بهما، ووجه ذلك: أن الشخص إذا امتنع من قبول تبرع الغير بالعضو الذي تتوقف عليه نجاته - بإذن الله تعالى - على نقله إليه يعتبر ملقياً بنفسه إلى الهلاك، فيحرم عليه الامتناع من هذا الوجه، ومن ثم تكون موافقته مشروعة وواجبة عليه» (1).

2- السنة: هناك أحاديث حجة استدلال بها المانعون لنقل الأعضاء ومنها:

أ- حديث أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنها قالت: (جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ لِي ابْنَةً عُرِيْسًا أَصَابَتْهَا حَصْبَةٌ فَتَمَزَّقَ شَعْرُهَا أَفْصِلُهُ؟ فَقَالَ: لَعَنَ اللَّهُ الْوَاصِلَةَ وَالْمُسْتَوْصِلَةَ (2).

وجه الدلالة: إن الحديث دل على حرمة انتفاع المرأة بشعر غيرها وهو جزء من ذلك الغير، فيعتبر أصلاً في المنع من الانتفاع بأجزاء الآدمي، ولو كان ذلك الانتفاع غير ضار بالمأخوذ منه (3).

ب- أحاديث النهي عن المثلة، ومنها حديث بريدة رضي الله عنه قال: (كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أمر أميراً عَلَى جَيْشٍ أَوْ سَرِيَّةٍ أَوْصَاهُ فِي خَاصَّتِهِ بِتَقْوَى اللَّهِ، وَمَنْ مَعَهُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ خَيْرًا، ثُمَّ قَالَ: اغْزُوا بِاسْمِ اللَّهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ قَاتِلُوا مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ، اغْزُوا وَلَا تَغْلُوا وَلَا تَعْدُوا وَلَا تَمَثَلُوا... (4).

(1) نسرين عبد الحميد نبيه، نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ص: 77.

(2) أخرجه: مسلم، الصحيح، كتاب اللباس والزينة، باب « تحريم فعل الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة والنامصة والتمنصة والمتفلجات والمغيرات خلق الله »، رقم الحديث (2122)، 1676/3.

(3) الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، ص: 361.

(4) أخرجه: مسلم، الصحيح، كتاب الجهاد والسير، باب « تأمير الإمام الأمراء على البعوث، ووصيته إياهم بأداب الغزو وغيرها »، رقم الحديث (1731)، 1357/3.

وجه الدلالة: إن الحديث دل على حرمة التمثيل، وأن التمثيل لا يختص بتحريمه بالحيوان، وبتغيير خلقة الإنسان على وجه العبث والانتقام، بل هو شامل لقطع أي جزء أو عضو من الآدمي أو الحيوان أو جرحه حياً أو ميتاً لغير مرض⁽¹⁾.

ج- حديث أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (وَكَسْرُ عَظْمِ الْمَيْتِ كَكْسْرِهِ حَيًّا)⁽²⁾.

وجه الدلالة: أفاد الحديث أن الحمي يحرم كسر عظمه أو قطع أي جزء منه، وكذا الميت لأي سبب، إلا الحمي لسبب أذن الشارع فيه⁽³⁾.

والأحاديث الواردة بشأن منع نقل الأعضاء مطلقاً يمكن الرد عنها ومناقشتها:

1/ إن وصل الشعر يعتبر مصلحة كمالية، بخلاف زرع الأعضاء فإنها مصلحة حاجية أو ضرورية فيحرم الأول ويجوز الثاني، كما أن المنع جاء لعله وهي التدليس على الغير وغش الزوج بدلالة قول المرأة إنها عريسا كما صرح بذلك كثير من الفقهاء، فأرادت أن تظهر لزوجها بغير حقيقتها التي هي عليها، وهذا من الغش والتدليس الذي من أجله حرم وصل الشعر، بينما في استبدال الأعضاء ليس المقصود الغش والتدليس، وإنما التداوي فيجوز⁽⁴⁾.

2/ « التمثيل المنهي عنه - كما وردت به الأحاديث النبوية - غير متحقق في مسألة نقل الأعضاء البشرية لأسباب كثيرة منها:

✓ إن التمثيل المنهي عنه هو ما يقع في الحروب والمعارك بجذع الأنوف والآذان وشق البطون وقطع الأجهزة التناسلية وتشويه الجثة، أما في مسألة نقل الأعضاء فليس هناك تمثيل بل عملية متبوعة بجراحات التجميل وإخفاء الآثار بحيث لا تحس ولا ترى.

(1) الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، ص: 362.

(2) أخرجه: ابن ماجه، السنن، كتاب الجنائز، باب « النهي عن كسر عظام الميت »، رقم الحديث (1616)، 516/1.

- قال البوصيري: « في إسناده عبد الله بن زياد، مجهول، ولعله عبد الله بن زياد بن سمعان المدني، أحد المتروكين ».

- أبو داود، السنن، كتاب الجنائز، باب « في الحفار يجد العظم هل يتنكب ذلك المكان؟ »، رقم الحديث (3207)، 212/3.

قال الألباني: « صحيح »، إرواء الغليل، رقم الحديث (763)، 213/3.

(3) الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، ص: 362.

(4) سوزان وفيق محمد أبو مطر، التعديل الجراحي على جسم الإنسان " دراسة فقهية معاصرة "، ص: 68.

✓ أن دوافع التمثيل في الحرب والجرائم هي الانتقام والتشفي والبغضاء والعداء، أما هذا فدافعه الرحمة والعطف والحنان من شخص محب مؤثر إنقاذ قريب أو صديق أو حبيب مهددة حياته بالتلف، فهناك فرق بين الدافعين.

✓ إن هذا المسمى تمثيلاً جار -الآن- بين الأطباء في عموم المستشفيات، إلا أنه يكون بنقل جزء من البدن إلى موضع آخر منه، فكثيراً ما تؤخذ الشرايين من الساق أو من غيره لإسعاف القلب أو غيره به، ولم يعتبر هذا عند عموم المسلمين تمثيلاً وتشويهاً يتحاشاه الناس، وإنما اعتبر ذلك نجاحاً كثيراً في عالم الطب، وغوثاً مفيداً لحياة المرضى المقعدين»⁽¹⁾.

3/ حديث النهي عن كسر عظم الميت، يجاب عنه من وجهين:

الوجه الأول: على القول بالجواز مطلقاً:

هذا الحديث خارج عن موضوع النزاع، لأن الأطباء لا يقومون بكسر الأعضاء المنقولة بل يحافظون عليها محافظة شديدة؛ طلباً لنجاح مهمة النقل والزرع.

الوجه الثاني: على القول بجواز النقل من الكافر فقط:

هذا الحديث مقيد بالمؤمن، ثم أن الكافر غير معصوم الدم حياً ولا ميتاً «إلا الذمي والمستأمن» فيجوز التصرف بأعضائه ولو كان متأذياً بذلك؛ لأن إيذائه فيه موافقة لمقصود الشرع، وليست فيه مخالفة⁽²⁾.

3- المعقول: يستدل من المعقول على عدم جواز استبدال ونقل الأعضاء من وجوه عدة:

«الوجه الأول: إن الله تعالى قد خلق كل شيء لحكمة وقدر معلومين، ولم يخلقها عبثاً لقوله تعالى: ﴿إِنَّا كُلَّ شَيْءٍ خَلَقْنَاهُ بِقَدَرٍ﴾⁽³⁾، فلا شك أن الأعضاء وإن كانت مزدوجة أو متعددة في الجسم فإن لها دوراً بالغاً تقوم بأدائه في الجسم، وبهذا الدور تتكافل وتتألف

(1) الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة الطبية، ص: 463-446.

(2) الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، ص: 385-386.

(3) سورة القمر، الآية: 49.

مع غيرها من الأعضاء وتساهم في استقرار صحة الجسم، فإذا نزع عضو من مكانه فسيؤدي للإخلال بذلك التآلف مما يهدد حياة الجسم البشري ووظائفه بالتلف»⁽¹⁾.

« الوجه الثاني: إن المصلحة الجسدية التي ستتحقق للمتلقّي أقل من المصلحة التي خسرها المعطي؛ لأن العضو الآدمي في مكان خلقته أعظم كفاءة منه في مكانه المستحدث، فمصلحة الحي أكد وأرجح لأنه متيقن من انتفاعه به بشهادة الواقع، بينما انتفاع المريض به مشكوك أو مظنون.

الوجه الثالث: إنه إذا تم تنازل السليم عن أحد أعضائه المزدوجة أو المتعددة لمريض ما، ثم أصيب ما تبقى عنده بمرض أو عطب، ماذا سيكون مصير المعطي؟ سيزرع وقد لا يتسنى له ذلك فيموت.

ويجب عن الاستدلال:

❖ أن كل عمليات النقل أو الزرع تخضع لإجراءات دقيقة وفحوصات مخبرية، ويجب أن تؤكد تلك الإجراءات أن كلا العمليتين ستحققان نجاحاً بنسبة عالية إذا ما تمت، اعتماداً على قواعد الطب وتجاربه.

❖ أن من يتبرع بأحد أعضائه يخضع لفحص دوري مستمر، فإذا ما كان هناك احتمال وجود مرض بما تبقى من أعضاء، فإنه سيعالج من فوره وفي بدايته مما لا يدع مجالاً للمرض الحادث أن يفتك بالأعضاء الباقية»⁽²⁾.

4- القواعد الفقهية:

واستشهد المانعون لنقل الأعضاء الآدمية بالقواعد الآتية:

القاعدة الأولى: « الضرر لا يزال بالضرر ».

القاعدة الثانية: « الضرر لا يزال بمثله »⁽³⁾.

« وجه الدلالة: أن هاتين القاعدتين تتضمنان المنع من إزالة الضرر بمثله، وذلك موجود في مسألتنا حيث يزال الضرر عن الشخص المنقول إليه، بضرر آخر يلحق الشخص المتبرع.

(1) سوزان وفيق محمد أبو مطر، التعديل الجراحي على جسم الإنسان "دراسة فقهية معاصرة"، ص: 70.

(2) سوزان وفيق محمد أبو مطر، التعديل الجراحي على جسم الإنسان "دراسة فقهية معاصرة"، ص: 70-71.

(3) زين الدين بن ابراهيم المعروف بابن نجيم، الأشباه والنظائر، (دار الفكر المعاصر بيروت، دار الفكر سوريا، الطبعة الرابعة،

القاعدة الثالثة: « ما جاز بيعه جازت هبته ومالا، فلا ».

وجه الدلالة: أن أصحاب القول الثاني يوافقون على أن الأعضاء الآدمية لا يجوز بيعها، وقد دلت القاعدة على أن ما لا يجوز بيعه لا تجوز هبته، إذاً فلا يجوز التبرع بالأعضاء الآدمية لا من حي لمثله في حال الحياة، ولا بعد الممات⁽¹⁾.

ويجب عن الاستدلال بماته القواعد:

❖ قاعدتي " الضرر لا يزال بالضرر " و " الضرر لا يزال بمثله " أن هاتين القاعدتين لا ترد على القول بالجواز، لأن من شرطه أن لا يؤدي إلى هلاك الشخص المنقول منه العضو، أو الإضرار.

❖ المحزون لنقل الأعضاء يوافقون على أن الأعضاء الآدمية لا يجوز بيعها، وقد دلت القاعدة على ما لا يجوز بيعه لا يجوز هبته، إذاً فلا يجوز التبرع بالأعضاء الآدمية لا من حي لمثله في حال الحياة ولا بعد الممات. ويناقش ذلك بأن هذه القاعدة أكثرية، وقد استثنى فقهاء الشافعية منها بعض المسائل: كالجارية المرهونة إذا استولدها الراهن أو أعتقها وهو معسر، فإنه يجوز بيعها للضرورة، ولا تجوز هبتها لا من المرتهن ولا من غيره.

ففي هذه الصورة جاز البيع لداعي الضرورة ولم تجز الهبة، وذلك لأن البيع هو الذي يزيل الإعسار عنها، بخلاف الهبة، مع أن في كل منهما تملكاً، إلا أن في البيع تملك وزيادة، وهي العوض الذي يزيل الإعسار.

وفي مسألة نقل الأعضاء، فإن هناك ضرورة أو حاجة داعية تنزل منزلة الضرورة، والذي يحقق دفع الضرورة أو الحاجة هو الهبة دون البيع، فتعينت. إذن فلكل قاعدة مستثنيات، وعلى هذا فإنه تستثنى مهمة النقل من هذه القاعدة للحاجة والضرورة الداعية إليها، وهي ضرورة إنقاذ النفس ودفع مشقة الأسقام عنها⁽²⁾.

(1) الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، ص: 365.

(2) نسرین عبد الحمید نبیہ، نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ص: 88.

5- أقوال الفقهاء المتقدمين: استشهد المانعون لنقل الأعضاء بأقوال الفقهاء المتقدمين.

أ- فقهاء الحنفية:

- قال ابن عابدين - رحمه الله - : « وإن قال له آخر: اقطع يدي وكلها لا يجل، لأن لحم الإنسان لا يباح في الاضطرار »⁽¹⁾.
- قال الكاساني - رحمه الله - : « أما النوع الذي لا يباح ولا يرخص بالإكراه أصلاً، فهو قتل المسلم بغير حق، سواء كان الإكراه ناقصاً أو تاماً... وكذا قطع عضو من أعضائه... ولو أذن له المكره عليه... فقال للمكره: افعل، لا يباح له أن يفعل؛ لأن هذا مما لا يباح بالإباحة ولو فعل فهو آثم.. »⁽²⁾.

ب- فقهاء المالكية:

- قال الصاوي - رحمه الله - : « فإن بقي شيء من عظامه، فالحرمة باقية لجميعه »⁽³⁾.

ج- فقهاء الشافعية:

- قال البجيرمي - رحمه الله - : « يحرم قطع بعضه لغيره من المضطرين؛ لأن قطعه لغيره ليس فيه قطع البعض لاستبقاء الكل نعم، إن كان ذلك الغير نبياً لم يحرم بل يجب، ويحرم على المضطر أيضاً أن يقطع لنفسه قطعة من حيوان معصوم لما مر »⁽⁴⁾.
- وقال صاحب مغني المحتاج: « ويحرم جزماً على شخص قطعه أي بعض نفسه لغيره من المضطرين؛ لأن قطعه لغيره ليس فيه قطع البعض لاستبقاء الكل، كما يحرم على مضطر أيضاً أن يقطع لنفسه قطعة من حيوان معصوم »⁽⁵⁾.

(1) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج9، ص: 212.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ص: 177.

(3) أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي الشهير بالصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على

الشرح الصغير، (دار المعارف)، ج1، ص: 578.

(4) سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، (دار الفكر، 1995م)، ج4، ص: 324.

(5) الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج6، ص: 164.

د- فقهاء الحنابلة:

● قال الإمام ابن قدامة -رحمه الله-: « فإن لم يجد المضطر شيئاً، لم يبيح له أكل بعض أعضائه... وإن لم يجد إلا آدمياً محقون الدم، لم يبيح له قتله إجماعاً، ولا إتلاف عضو منه مسلماً كان أو كافراً؛ لأن مثله، فلا يجوز أن يقي نفسه بإتلافه. وهذا لا خلاف فيه، وإن كان مباح الدم.. »⁽¹⁾.

● وقال البهوتي -رحمه الله-: « فإن لم يجد المضطر إلا آدمياً محقون الدم لم يبيح قتله ولا إتلاف عضو منه مسلماً كان المحقون أو كافراً، ذمياً أو مستأمناً لأن المعصوم الحي مثل المضطر فلا يجوز له إبقاء نفسه بإتلاف مثله »⁽²⁾.

فهذه النصوص من عبارات الفقهاء الأعلام -رحمهم الله- تدل دلالة واضحة على أن الانتفاع بأعضاء الأدمي لا يجوز شرعاً في حال الضرورة، وأنه لو أذن الإنسان بأخذ شيء من جسده لكي ينتفع به فينجو من الهلاك في حال الاضطرار، فإنه لا يحل له فعل ذلك. وأن التداوي بالمحرمات « ومنها لحوم الأدميين » محرم شرعاً⁽³⁾.

مناقشة أقوال الفقهاء بعدم جواز نقل الأعضاء: ويمكن الرد على بعض الحجج:

أ/- عدم جواز قطع شيء من الجسد للمضطر ليأكله، كما لا يجوز أن يقطع من نفسه فيأكل ويناقش ذلك من وجهين:

الوجه الأول: أن هذا لا يشمل ما بعد الموت - بالنسبة للقطع من الغير-؛ لعدم وجود المفسدة المترتبة على القطع حال الحياة.

الوجه الثاني: أن هذا الاستدلال معارض بما نصوا عليه من جواز قطع البعض من أجل استبقاء الكل كما في قطع اليد المتأكلة والسلعة ونحوها من الآفات، فقولهم بجواز القطع على هذا الوجه يدل على اعتبارهم للحكم بجواز القطع لإنقاذ النفس وهذا موجب بعينه في مهمة نقل الأعضاء⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، (دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة الأولى 1982م، الطبعة الثانية 1992م، الطبعة الثالثة 1997م)، ج13، ص: 338.

⁽²⁾ البهوتي، كشف القناع عن متن الاقناع، ج15، ص: 172.

⁽³⁾ الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عنها، ص: 370.

⁽⁴⁾ نسرین عبد الحمید نبیہ، نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ص: 90.

ب/- « عدم جواز قتل النفس المحرمة لاستبقاء مثلها.

والجواب أن هذا إنما يختص بحالة التبرع من الحي، وهو مختص بالحالة التي يغلب على الظن فيها هلاك المتبرع، وشرط جواز التبرع عدم ترتب الهلاك عليه، ومن ثم فإنه لا يرد الاستدلال بعباراتهم على هذا الوجه»⁽¹⁾.

القول الثاني: جواز نقل الأعضاء: واستدل القائلون بالجواز بأدلة من الكتاب، والسنة، والمعقول والقواعد الفقهية.

والفقهاء المعاصرين لم يبيحوا النقل مطلقاً، بل ربطوه بشروط خاصة.

1- الكتاب: فاستدل المحيزون لنقل واستبدال الأعضاء بالآيات الكريمة التالية:

• قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ

اللَّهِ بِمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾⁽²⁾.

• قوله تعالى: ﴿ فَكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كُنْتُمْ بِقَائِلَتِهِ مُؤْمِنِينَ وَمَا

لَكُمْ بِاللَّحْمِ أَلاَّ تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ

إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾⁽³⁾.

وجه الدلالة: إن هذه الآيات الكريمة اتفقت على استثناء حالة الضرورة من التحريم المنصوص عليه

فيها، والإنسان المريض إذا احتاج إلى نقل العضو فإنه سيكون في حكم المضطر؛ لأن حياته مهددة

بالموت كما في حالة الفشل الكلوي، وتلف القلب ونحوهما من الأعضاء المهمة في جسد الإنسان.

وإذا كانت حالته حالة اضطرار، فإنه يدخل في عموم الاستثناء المذكور فيباح نقل ذلك

العضو إليه⁽⁴⁾.

(1) الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عنها، ص: 389.

(2) سورة البقرة، الآية: 173.

(3) سورة الأنعام، الآية: 118-119.

(4) الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عنها، ص: 372.

• قوله تعالى: ﴿ وَلَا تُلْفُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾⁽¹⁾، وقوله أيضاً: ﴿ وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعاً ﴾⁽²⁾.

وجه الدلالة: أن زرع الأعضاء يعتبر نوعاً من التداوي وحفظ النفس الذي حث عليه الشارع الحكيم، وفيه إنقاذ للنفوس من الهلكة⁽³⁾.

2- السنة: هناك أحاديث حجة استدلت بها المجيزون لنقل الأعضاء ومنها:

أ/- عن أبي موسى رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (إن المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضاً وشبك أصابعه)⁽⁴⁾.

ب/- عن النعمان بن بشير رضي الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (مَثَلُ الْمُؤْمِنِينَ فِي تَوَادُّهِمْ وَتَرَاحُمِهِمْ وَتَعَاطُفِهِمْ مَثَلُ الْجَسَدِ إِذَا اشْتَكَى مِنْهُ عُضْوٌ تَدَاعَى لَهُ سَائِرُ الْجَسَدِ بِالسَّهْرِ وَالْحُمَّى)⁽⁵⁾.

ج/- عن أنس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (لَا يُؤْمِنُ أَحَدُكُمْ حَتَّى يُحِبَّ لِأَخِيهِ مَا يُحِبُّ لِنَفْسِهِ)⁽⁶⁾.

وجه الدلالة: هذه الأحاديث الشريفة ومثيلاتها قد جعلت المسلمين نفساً واحدة، وربطت بينهم برابط يجعل كل واحد منهم هو الآخر يسانده ويدعمه، وإذا اشتكى أحد المسلمين وجب على الباقيين المسارعة في إنقاذه والوقوف بجانبه ودفع ما يشتكي منه عنه، ومن أعظم برأ ممن يريد إنقاذ نفسه مؤمنة أو شكت أن تهلك بترعه، فيتنازل المعطي عن بعض أعضائه يشد عضد أخيه ويحقق ما أمر الرسول صلى الله عليه وسلم به، فتكون عمليات استبدال الأعضاء فيها من التعاون والتواد المأمور به، ما ليس في غيرها فتكون جائزة⁽⁷⁾.

(1) سورة البقرة، الآية: 195.

(2) سورة المائدة، الآية: 32.

(3) الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة الطبية، ص: 460.

(4) أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب الصلاة، باب « تشبيك الأصابع في المسجد وغيره»، رقم الحديث (481)، 103/1.

(5) أخرجه: مسلم، الصحيح، كتاب البر والصلة والآداب، باب « تراحم المؤمنين وتعاطفهم وتعاضدهم»، رقم الحديث (2586)، 1999/4.

(6) أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب الإيمان، باب « من الإيمان أن يحب لأخيه ما يحب لنفسه»، رقم الحديث (13)، 12/1.

(7) سوزان وفيق محمد أبو مطر، التعديل الجراحي على جسم الإنسان " دراسة فقهية معاصرة "، ص: 74.

3- المعقول: يستدل من المعقول على جواز استبدال ونقل الأعضاء من وجوه عدة: « **الوجه الأول:** يجوز التداوي بنقل الأعضاء الآدمية كما يجوز التداوي بلبس الحرير لمن به حكة بجامع وجود الحاجة الداعية إلى ذلك في كل.

الوجه الثاني: يجوز التداوي بنقل الأعضاء الآدمية، كما يجوز التداوي باستعمال الذهب لمن احتاج إليه بجامع وجود الحاجة الداعية إلى ذلك في كل.

الوجه الثالث: أن الفقهاء - رحمهم الله - نصوا على جواز شق بطن الميت لاستخراج جوهرة الغير إذا ابتلعها الميت، فلأن يجوز نقل أعضاء الميت أولى وأحرى لمكان إنقاذ النفس المحرمة التي هي أعظم حرمة من المال.

الوجه الرابع: يجوز نقل الأعضاء الآدمية، كما يجوز تشريحها بجامع وجود الحاجة في كل.

الوجه الخامس: أن بقاء الأعضاء الآدمية لشخص آخر ينتفع بها بعد موت صاحبها يعتبر من باب الصدقة عليه، فهي صدقة جارية مندوب إليها، خاصة إذا وصى بذلك صاحبها قبل الوفاة محتسباً الأجر عند الله تعالى»⁽¹⁾.

4- القياس: ويستدل بالقياس من وجوه عدة منها:

الوجه الأول: قياس عمليات النقل على دفع الصائل الذي أوجبه الشريعة، حتى لو أدى لموت المدافع، فإن موته شهادة، والمعطي للعضو يدفع صائل الأسماق عن أخيه المريض. بترعه عضواً من جسد المريض وبذلك تكون عمليات استبدال الأعضاء جائزة.

الوجه الثاني: قياس عمليات استبدال الأعضاء وبذلها للمرضى المسلمين، على إباحة بذل النفس وأعضائها في ميادين الجهاد، بجامع أن كلاً منهما يحقق مصلحة المسلمين.

والجهاد فرض، وقد يحدث مع الجهاد إضرار بالنفس أو الجسد، وهذا أهون من ضياع الإسلام وأهله، وقد يتضرر المتبرع جزئياً، ومع ذلك فإن هذا الضرر أهون أمام ضرر السقم الذي يفارق الحياة⁽²⁾.

(1) الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عنها، ص: 374-375.

(2) سوزان وفيق محمد أبو مطر، التعديل الجراحي على جسم الإنسان " دراسة فقهية معاصرة "، ص: 76.

5- القواعد الفقهية: واستشهد المحوزون لنقل الأعضاء الآدمية بالقواعد الآتية:

القاعدة الأولى: «الضرر يزال».

القاعدة الثانية: «الضرورات تبيح المحظورات»⁽¹⁾.

القاعدة الثالثة: «إذا ضاق الأمر اتسع»⁽²⁾.

وجه الدلالة: أن هذه القواعد المستنبطة من نصوص الشريعة دلت على الترخيص للمتضرر بإزالة ضرره ولو بالمحظور.

فالقاعدة الأولى دلت على أن إزالة الضرر عن المتكلف مقصد من مقاصد الشريعة.

كما دلت القاعدة الثانية على أن المكلف إذا بلغ مقام الاضطرار رخص له في ارتكاب المحظور شرعاً.

ودلت القاعدة الثالثة على أن بلوغ المكلف لمقام المشقة التي لا يقدر عليها، يوجب توسيع عليه في الحكم.

وكل ذلك موجود هنا، فالشخص المريض متضرر بتلف العضو المصاب، كما أن مقامه يعتبر مقام إضرار وفيه ضيق ومشقة، إذ يصل به الحال إلى درجة خوف الهلاك والموت كما في حالة الفشل الكلوي⁽³⁾.

6- أقوال الفقهاء المتقدمين:

استشهد المحوزين لنقل الأعضاء البشرية واستبدالها، بأقوال الفقهاء المتقدمين إنقاذاً للنفس البشرية وصونها من الهلاك.

أ- قال الإمام النووي في المجموع: «ويجوز له - أي للمضطر - قتل الحربي والمرتد وأكلهما بلا خلاف، وأما الزاني المحصن والمحارب وتارك الصلاة ففيهم وجهان: أحدهما وبه قطع إمام الحرمين والمصنف والجمهور: يجوز، قال الإمام: لأن إنما منعنا من قتل هؤلاء تفويضاً إلى السلطان لثلا يفتات عليه، وهذا العذر لا يوجب التحريم عند تحقق ضرورة المضطر.

(1) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص: 94.

(2) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص: 93.

(3) ينظر: الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عنها، ص: 377.

وأما إذا وجد المضطر من له عليه قصاص، فله قتله قصاصاً وأكله، سواء حضره السلطان أم لا ... وأما نساء أهل الحرب وصبيانهم ففيهم وجهان:
الثاني - وهو الأصح - يجوز... وأما إذا لم يجد المضطر إلا آدمياً ميتاً معصوماً ففيه طريقتان أصحهما وأشهرهما يجوز...»⁽¹⁾.

ب- وقال الإمام العز بن عبد السلام - رحمه الله -: « ولو وجد المضطر من يجل قتله كالحربي، والزاني المحسن، وقاطع الطريق الذي تحتم قتله، واللائط، والمصر على ترك الصلاة، جاز له ذبحهم وأكلهم؛ إذ لا حرمة لحياتهم، لأنها مستحقة الإزالة، فكانت المفسدة في فواتها أقل من المفسدة في فوات حياة المعصوم...»⁽²⁾.

والذي يبدو لي - والله أعلم - جواز استبدال ونقل الأعضاء البشرية بجامع الضرورة والحاجة، فالمانعين لذلك يجوزون النقل بدافع التيسير ودفع الضرر، كما أن النقل المباح مرتبط بشروط وضوابط بعينها.

1- « أن يكون المنقول منه العضو قد تحقق موته موتاً شرعياً وذلك بالمفارقة التامة للحياة، بأن تتوقف جميع أجهزة الجسم فيه عن العمل توقفاً تاماً تستحيل معه العودة للحياة مرة أخرى بشهادة، أهل الخبرة العدول الذين يحول إليهم التعرف على حدوث الموت، بحيث يسمح بدفنه، وتكون هذه الشهادة مكتوبة وموقعة منه.

2- قيام حالة الضرورة أو الحاجة الشرعيتين، بحيث تكون حالة المنقول إليه المرضية في تدهور مستمر، ولا ينقذه من وجهة النظر الطبية ويحقق المصلحة الضرورية التي لا بديل عنها إلا نقل عضو من إنسان آخر.

3- أن يكون الميت المنقول منه العضو قد أوصى بهذا النقل في حياته، وهو بكامل قواه العقلية وبدون إكراه مادي أو معنوي وعالمًا بأنه يوصي بعضو معين من جسده إلى إنسان آخر بعد مماته، أو أذن أولياؤه في ذلك.

4- ألا يكون العضو المنقول من الميت إلى الحي مؤدياً إلى اختلاط الأنساب بأي حال من الأحوال كالأعضاء التناسلية وغيرها، وذلك كما هو الحال في نقل العضو من حي إلى حي تماماً.

⁽¹⁾ أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، (دار الفكر)، ج9، ص: 44.

⁽²⁾ عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، ص: 95.

5- أن يكون النقل بمركز طبي متخصص معتمد من الدولة ومرخص له بذلك مباشرة بدون أي مقابل مادي بين أطراف النقل، ويستوي في ذلك الغني والفقير، وبحيث توضع الضوابط التي تساوي بينهم في أداء الخدمة الطبية ولا يتقدم أحدهما على الآخر إلا بمقتضى الضرورة الطبية فقط، والتي يترتب عليها الإنقاذ من الضرر المحقق أو الموت أو الهلاك الحال»⁽¹⁾.

المطلب الثاني: جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية في القانون الوضعي:

أفرز التقدم العلمي والطبي جرائم مستحدثة لم تكن موجودة ومحددة في الماضي القريب، فبعد أن توصل العلم إلى ضرورة علاج المرضى عن طريق نقل أي عضو من أعضاء الإنسان وزرعه في إنسان آخر ضمن الضوابط الشرعية والقانونية للضرورة العلاجية، اختفى عنصر العلاج في نقل وزرع الأعضاء البشرية وظهرت التجارة الغير مشروعة في أعضاء الجسم. والتي تستوجب المسؤولية الجنائية والمدنية باعتبار حقوق الجسم حقوق شخصية، والأصل حرمة المساس بالجسد الإنساني.

وتعتبر جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية من أبشع الجرائم الماسة بكرامة الإنسان وأدميته وحقه في السلامة الجسدية، كونها تعرض جسم الإنسان للمساومة والاستغلال بشتى طرق الاستغلال كالبيع، والخطف، والقتل... الخ.

الفرع الأول: بيع الأعضاء البشرية في القانون الوضعي:

لم تجز القوانين الوضعية بيع الأعضاء البشرية والمتاجرة فيها، باعتبار العضو البشري جزء متصل بالجسم والذي هو محل السلامة الجسدية، فإذا كان الغرض من البيع الحصول على منفعة مادية اعتبر البيع باطلاً، وشكل ذلك اتجاراً غير مشروع.

أولاً: حكم بيع الأعضاء البشرية في القانون الوضعي:

1- « المقصود بالعضو: كلمة العضو يرجع أصلها البيولوجي إلى القرن الخامس، وهي مشتقة من كلمة **organon** ومعناها: الأداة أو الآلة التي تستخدم في العمل، أما من الناحية البيولوجية فهي تعني مجموعة من العناصر الخلوية المختلفة، والمتشابكة والقادرة على أداء وظيفة محددة.

⁽¹⁾ نسرين عبد الحميد نبيه، نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ص: 74-75.

وتكوين العضو وأداء وظيفته يعتمدان إلى حد كبير على سرعة الأعضاء الأخرى في امتصاص المواد التي يفرزها هذا العضو»⁽¹⁾.

والعضو في جسم الإنسان هو كل لحم خالص أو يتحوفه عظم، وهو جزء من أي جهاز في الجسم، كالجهاز البصري أو التناسلي أو الهضمي، كما أن الدم هو الآخر أحد أعضاء جسم الإنسان؛ إذ أنه يؤدي وظيفة أساسية في حياة الجسم⁽²⁾.

ويستط القانون الوضعي حمايته على جميع أعضاء جسم الإنسان الداخلية منها والخارجية فأجزاء جسم الإنسان وحدة واحدة، فالجرح الذي يصيب الوجه أو اليد أو اللسان مثل الاضطراب الداخلي للجهاز الهضمي أو التنفسي، من حيث ثموله بالحماية الجنائية المقررة في هذا الخصوص، ومرد ذلك أن لكل عضو في جسم الإنسان وظيفة يؤديها وكل فعل من شأنه الانتقاص من هذه الوظيفة يتحقق به المساس بسلامة الجسم⁽³⁾.

2- أسباب اللجوء إلى بيع وشراء الأعضاء البشرية: من العوامل الأساسية التي تؤدي إلى الإقدام على إتيان شراء العضو البشري هو الحاجة الشديدة والملحة للمريض إلى ذلك العضو للاستفادة به بغية المحافظة على حياته، كما أن قلة الأشخاص المتبرعين أو الموصيين بأعضاء أجسامهم في الحدود التي يسمح بها القانون والشريعة الإسلامية تشكل سبباً آخر على الشراء، ويسر الحال ووفرة الإمكانيات المالية يؤدي أيضاً إلى الإقدام على ذلك، فضلاً عن حاجة الأصحاء الماسة إلى المال وتطلعهم إلى الشراء، وحب المال يعتبر عاملاً للتشجيع على بيع الأعضاء البشرية⁽⁴⁾.

(1) صابر محمد محمد سيد، محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة، (دار الكتب القانونية، مصر، دار شتات للنشر والبرمجيات، 2008م)، ص: 9.

(2) عبد القادر عبد الحافظ الشخلي، تجريم الإتجار بالأعضاء البشرية في القوانين والاتفاقيات الدولية (ندوة مكافحة الإتجار بالأشخاص والأعضاء، منشورات جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض 2004م)، ص: 23.

(3) صابر محمد محمد سيد، محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة، ص: 10.

(4) نسرين عبد الحميد نبيه، نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، (دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008م) ص: 155.

3- الاتجاه المؤيد لبيع الأعضاء الأدمية: ويرى أنصار هذا الاتجاه بأنه إذا كان لا يجوز بيع الإنسان ولا عظمه في مجموعه على أساس أن جسمه لا يدخل تحت الملك لأنه ليس مالا يخضع للملك، فإن عدم جواز بيع أعضاء وأجزاء الجسم يرجع إلى عدم الانتفاع بها، فيقولون: (وقد يستفاد من ذلك أنه إذا أمكن الانتفاع بها جاز بيعها). أما الثمن فلا أثر لوجوده على انعقاد أو صحة عقد البيع، لأنه مقابل العضو أو الجزء المتصرف به ثم إن هذا التصرف القانوني ببيع العضو أو الجزء كالعين أو الكلية وهما من الأعضاء المزدوجة في الجسد، لا يتنافى مع الكرامة الإنسانية، وإنما على العكس يتضمن معاني إنسانية بهدف إنقاذ حياة مريض من الهلاك⁽¹⁾.

ويرى شراح القانون أنه يجوز التنازل عن الأعضاء البشرية بمقابل مادي أي عن طريق البيع، ولكن لا يترك تحديد الثمن لمشئته الأطراف حتى لا ينتهي الأمر إلى أن يصبح جسم الإنسان محلاً للمزايدة المالية، بل يجب أن يصدر تشريع يقدر ثمن الأعضاء البشرية المتنازل عنها، وإلى حين صدور هذا التشريع يكون تقدير هذا المقابل من اختصاص القاضي عضو اللجنة الطبية المنوط بها تقدير مدى صلاحية العضو للمتنازل له، ولا ضير على القاضي عند تقديره لهذا المقابل إن راعى مدى يسر المتنازل له أو عسره، ومدى أهمية هذا العضو المتنازل له عنه⁽²⁾.

ولا شك أن هذا الرأي مناف للكرامة الإنسانية؛ إذ جعل أعضاء الإنسان كالسلع التجارية تباع وتشترى، وهو أمر ينافي التكريم الذي أسبغه رب العزة على الإنسان.

4- الاتجاه الرافض لبيع الأدمية: عقد بيع الأعضاء البشرية عقد باطل؛ لأن محله ليس المال وإنما النفس أو الجسد البشري، فذهب الفقيه الفرنسي «سافيتيه» إلى أن (جسد الإنسان ليس محلاً للبيع بالتجزئة، فالقيم الإنسانية تسمو على المال، وبما أن المحبة أسمى القيم فيمكن أن يتبرع إنسان لآخر عن جزء من جسده، بدافع المحبة لا المال)⁽³⁾.

(1) منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، (مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى 2002م)، ص: 46-47.

(2) صابر محمد محمد سيد، محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة، ص: 78-79.

(3) القادر عبد الحافظ الشبخلي، تجريم الإتجار بالأعضاء البشرية في القوانين والاتفاقيات الدولية، ص: 236.

فالالتجاه العام في الفقه المدني الفرنسي يذهب إلى بطلان أي اتفاق يتعارض وحق الإنسان في تكامل جسده، ويعتبرون ذلك باطلاً لمخالفته قواعد النظام العام. ويقع باطلاً كل اتفاق يتعارض وسلامة الإنسان وحياته، ومنها بيع الأعضاء البشرية، أو الإعفاء من المسؤولية، أو التخفيف منها إذا كان الاتفاق مستهدفاً للإعفاء من الخطأ العمد أو الخطأ الجسيم. فيرى الأستاذ "ديموج": (يعتبر باطلاً كل اتفاق يتعارض مع سلامة الإنسان وحياته)⁽¹⁾.

ولقد تضمنت اتفاقية حماية حقوق الإنسان وكرامته اتجاه الممارسات البيولوجية والطبية في 4 أبريل 1997 في مادتها (21) النص على أن « جسم الإنسان وأعضائه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تكون موضع معاملة مالية». أما اللائحة رقم: 558/254 الصادرة عن منظمة الوحدة الإفريقية المؤرخة في 10 جويلية 1996 المتعلقة بأخلاقيات الطب فتتضمن في فقرتها الثالثة على أن « تلتزم دول القارة بحماية القيم الثقافية، والاجتماعية، والدينية، والمبادئ والحقوق العالمية التالية:

ج- خروج جسم الإنسان عن دائرة التعامل، خاصة الجينات البشرية، ولا تكون محلاً للتجارة أو أي حق مالي آخر»⁽²⁾.

ثانياً: موقف المشرع الجزائري من بيع الأعضاء الأدمية:

المشرع الجزائري وعلى غرار التشريعات القانونية الأخرى رفض تأييد بيع الأعضاء الأدمية من أجل الحصول على عوض مالي فنصت المادة (161) من قانون حماية الصحة وترقيتها: « لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية ». «

كما نصت المادة (167) من نفس القانون على « لا ينتزع الأطباء الأنسجة والأعضاء البشرية، ولا يزرعوها إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك الوزير المكلف»⁽³⁾.

(1) منذر الفضل، المسؤولية الطبية "دراسة مقارنة"، ص: 202.

(2) بغدادي ليندة، حق الإنسان في التصرف بجسده بين القانون الوضعي والتقدم العلمي، (مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص القانون الدولي لحقوق الإنسان، جامعة محمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق والعلوم التجارية، 18 جانفي 2006م)، ص: 104.

(3) ينظر المادتين (161)، (167) من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

والذي نراه التأكيد على حرمة بيع الأعضاء الآدمية والأنسجة البشرية، وكل ما يتصل بجسم الإنسان ويحقق معصوميته، فالنفس البشرية ملكاً لله تعالى فلا يجوز التصرف في هذا الملك إلا في الحدود المقررة شرعاً.

الفرع الثاني: نقل الأعضاء البشرية في القانون الوضعي:

يثير موضوع نقل الأعضاء البشرية من جسم إلى جسم بشري آخر، الكثير من الإشكاليات المتعلقة بإمكانية حدوث استقطاع الأعضاء، وإعادة زرعها، دون المساس بالنظام القانوني لجسم الإنسان.

والحقيقة أن جسم الإنسان يحظى بحماية شرعية وقانونية، تمنع التصرف العشوائي بنقل أعضائه لغرض غير علاجي.

أولاً: حكم نقل الأعضاء البشرية في القانون الوضعي:

1- تعريف نقل الأعضاء من جسم الإنسان وزرعها: يمكن تعريف عملية نقل الأعضاء بأنها: « العملية التي بها يتم استئصال العضو السليم القابل للنقل من جسد المعطي، وحفظه تمهيداً لزرعته في جسد المتلقي في الحال أو المآل». أي « نقل عضو سليم أو مجموعة الأنسجة من شخص المتبرع، ليزرع في جسم شخص المستقبل-المريض- ليقوم هذا العضو المزروع مقام العضو التالف».

« ومن هذين التعريفين يمكن استخلاص نقاط عديدة من بينها " القابلية للنقل"، أو بعبارة أخرى أنه ليس كل عضو قابل للنقل، أو ليس كل أعضاء جسم المعطي قابلة للنقل من الناحية الفنية والقانونية، وعلى ذلك لا يجوز إجراء عملية نقل عضو ما لم يكن قابلاً للنقل من الناحيتين. ويكون العضو قابلاً للنقل من الناحية الفنية إذا كان العضو سليماً، وإلا انتفت العلة من نقله، وإذا كانت حالة المعطي تسمح بذلك، بحيث أن نقل العضو لا يؤثر على حالة المعطي الصحية، أما قابلية العضو للنقل من الناحية القانونية فيعني أن يسمح المشرع بنقله.

المستخلصة الثانية هي " أطراف عملية النقل": حيث أن عملية نقل العضو هي عملية يتم بها استئصال عضو سليم قابل للنقل أو يسمح بنقله قانوناً من جسد المعطي لزرعه في جسد المستقبل أو المتلقي في الحال أو المستقبل، وبالتالي فإن أطراف العملية طرفان: المعطي أو الواهب وهو ذلك الشخص الذي يقدم عضواً من أعضائه بغير مقابل من أجل علاج شخص آخر يحتاج

إلى العضو الذي تنازل عنه. ... والطبيب وهو الذي يقوم بعملية الاستئصال، باعتباره المسؤول عن تحديد العضو القابل للنقل من الناحية الفنية.

والمستخلصة الثالثة " محل النقل " وهو إما عضو أو نسيج، فالعضو مجموعة العناصر الخلوية المختلفة والمتوافقة والقادرة على أداء وظيفة معينة، أما النسيج فهو خليط محدد من مركبات عضوية كالحلايا والألياف التي تعطي في مجموعها ذاتية تشريحية»⁽¹⁾.

2- الاتجاه المؤيد لنقل الأعضاء البشرية: استقر الرأي الفقهي في فرنسا ومصر والعراق، وفي دول عديدة أخرى، على جواز نقل الأعضاء وزرعها. وإن قلة من الفقهاء تذهب إلى الحصول على هذه الأعضاء عن طريق البيع والشراء وفقاً لتسعييرة الدولة، والإجماع يكاد يكون كاملاً في جواز (عقد الهبة) بهذه الأعضاء من الواهب إلى المتنازل إليه أو المتلقي أو المهوب له؛ نظراً لوجود البواعث الدافعة الرئيسية في التصرفات بالأعضاء القائمة على التضحية ونكران الذات والإيثار، وهي من الأخلاق الفردية والاجتماعية التي تصلح سبباً للالتزامات المدنية لكونها (سبباً مشروعاً)⁽²⁾.

3- الاتجاه المعارض لنقل الأعضاء البشرية: « فلا يجوز للإنسان أن يتصرف في جسمه تصرفاً يؤدي إلى نقص دائم في كيانه الجسماني فنصت المادة (5) من القانون المدني الإيطالي على أنه: « لا يجوز للشخص أن يتصرف في جسمه تصرفاً يؤدي إلى نقص دائم في كيانه الجسماني، أو يكون مخالفاً للقانون أو النظام العام أو الآداب». كما أن القانون يشترط لصحة التصرفات القانونية، مشروعية المحل وهذه المشروعية لا تتحقق إلا إذا كان المحل يدخل ضمن الأشياء القابلة للتعامل فيها بنص القانون أو بطبيعتها. ولقد ثبت عدم مشروعية المحل في التصرفات القانونية إذا كان موضوع هذا المحل الجسم الإنساني.

⁽¹⁾ بوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائياً " دراسة مقارنة "، (رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون الخاص، 2013/2012م)، ص: 127-128.

⁽²⁾ منذر الفضل، المسؤولية الطبية " دراسة مقارنة"، ص: 232.

ولقد نادت الإعلانات والاتفاقيات الدولية بحظر استرقاق الإنسان، والمتاجرة بالبشر حفاظاً على كرامة الإنسان، ومن ثم لا يمكن إخضاع الإنسان للتصرفات القانونية كباقي الأشياء»⁽¹⁾.

ثانياً: الشروط الواجب توافرها في نقل الأعضاء بين الأحياء:

لا يجوز للفرد ابتداءً التنازل عن أعضائه الحيوية بمقابل مادي كأصل عام؛ لأن التنازل عن العضو يساوي الانتقاص من حق الأفراد في التكامل الجسدي، إلا أن التشريعات القانونية راعت الضرورة الطبية العلاجية فأقرت جواز نقل الأعضاء بين الأحياء، وطوقتها بجملة من الشروط الخاصة بالعملية وبأطرافها.

1- الأهلية: فيشترط في المتبرع أن يكون كامل الأهلية، علماً أن سن الأهلية يختلف من بلد لآخر، بل من قانون لآخر، فسن الأهلية في الأحوال الشخصية يختلف عنها في القانون المدني.

وانفرد المشرع الفرنسي بجواز التبرع بين الأصول والفروع ولو كان المتبرع غير مكتمل الأهلية حسب المادة: (171) فقرة: 05 قانون رقم: 94-653 الصادر في 29 جويلية 1994 المتعلق بحماية جسد الإنسان، فبعد أن قررت المادة الرابعة منه عدم جواز نقل الأعضاء ممن بلغوا سن الأهلية، جاءت الفقرة الخامسة كاستثناء والتي نصت على جواز نقل نخاع شوكة من حدث لصالح أخيه أو أخته، شرط قبول من له سلطة على القاصر، سواءً أبويه أو ممثله القانوني، وهذه الموافقة تبدي أمام المحكمة، وفي حالة الضرورة يبلغ النائب العام بأي وسيلة⁽²⁾.

2- رضا الوهاب: فيجب على الوهاب أن يوافق خطياً وبملاء حرته على إجراء العملية، ونصت المادة الثانية من مشروع القانون العربي الموحد لعمليات زراعة الأعضاء البشرية المقترح من اللجنة الفنية في مجلس وزراء الصحة العرب بجلسته المنعقدة عام 1986 ما يلي: «يجوز للشخص أن يتبرع أو يوصي بأحد أعضاء جسمه ويشترط في المتبرع أو الموصي أن يكون كامل الأهلية قانوناً، ويكون التبرع أو الوصية صادراً بموجب إقرار كتابي موقع منه بذلك»⁽³⁾.

(1) يوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائياً " دراسة مقارنة "، ص: 133.

(2) بغدادي ليندة، حق الإنسان في التصرف بجسده بين القانون الوضعي والتقدم العلمي، ص: 82.

(3) منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، ص: 86.

3- عدم وقوع الضرر: فيجب أن لا يؤدي نقل العضو إلى ضرر محقق بالمنقول منه يضربه كلياً أو جزئياً، أو يمنعه من مزاولة عمله الذي يباشره في الحياة مادياً و معنوياً، أو يؤثر عليه سلباً في الحال أو المآل بطريق مؤكد من الناحية الطبية، كأن يكون العضو المنقول أساسياً في الحياة مثل القلب والكبد وغيرهما⁽¹⁾.

4- حق رجوع الواهب: أو إحاطة الواهب وحق الرجوع، فإذا كان الفقهاء مختلفون في استعمال لفظ إحاطة أو تبصير، فهم لا يختلفون في مدلوله الذي يعني: « أن يتم بيان جميع الآثار المترتبة على نقل العضو من المتبرع بعد إجراء التحقيقات الشاملة على جسده»⁽²⁾.

فيجب أن يحاط الواهب علماً بكل النتائج الصحية المحتملة والمؤكددة في حالة استئصال العضو لغرسه في جسد المتلقي، وإلى هذا اتجه الفقه والقضاء في فرنسا حيث يلزم الطبيب بتبصير الشخص بالنقل والزرع، فجاء في أحد قرارات محكمة النقض الفرنسية في هذا المجال ما يلي: على الطبيب أن يقوم بـ « إفصاح بسيط وتقريبي ذكي وأمين».

إلا أن هذا لا يعني أن على الطبيب أن يقوم بشرح مفصل ومسهب عن طبيعة العمل الطبي الذي سيقوم، به ونسبة المخاطر والأعراض الجانبية والأمراض المحتملة، وما إلى ذلك، على نحو يجعل الواهب في حيرة وخوف وتردد، أو بالعكس يقوم بتبسيط الأمر وتسهيله وهو في طبيعته من الأعمال الطبية المعقدة، التي تستوجب فناً وعلماً جراحياً واسعين وإمكانات طبية متطورة⁽³⁾.

5- انعدام المقابل المادي: « فيجب أن يكون النقل من دون أي مقابل مادي أو معنوي مطلقاً بالمباشرة أو بالواسطة، حتى يكون بعيداً عن البيع والشراء والتجارة كي لا يتحول جسم الإنسان الذي كرمه الله إلى " قطع غيار" فيكون التبرع من دون مقابل مادي مطلقاً للمعطي صاحب العضو إن كان حياً، أو لورثته إن كان ميتاً»⁽⁴⁾.

(1) نسرين عبد الحميد نبيه، نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ص: 14.

(2) بغدادي ليندة، حق الإنسان في التصرف بجسده بين القانون الوضعي والتقدم العلمي، ص: 83.

(3) منذر الفضل، المسؤولية الطبية " دراسة مقارنة"، ص: 246.

(4) نسرين عبد الحميد نبيه، نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ص: 15.

ولقد انجر عن كثرة المرضى الذين هم في انتظار دائم، وحاجة لأعضاء بشرية وكثرة الطلب للحصول عليها، ومع ندرة التبرعات بالأعضاء، ولو عن طريق دفع المقابل المادي الذي يعتبر أمراً محظوراً تكاد القوانين والقرارات تجمع على تحريمه وضرورة محاربتة. ومع ندرة الأعضاء، وجد بعض عديمي الضمير مصدراً مربحاً لجني الأموال عن طريق تكوين عصابات، وفتح أسواق تجارة الأعضاء، فكان لابد من مواجهة تشريعية جنائية لهذه الظاهرة.

ولقد أدركت القوانين خطورة هذه الظاهرة، فاهتدت إلى محاربتها عن طريق فرض عقوبات توقع على كل من انتهك مبدأ المجانية. ففي القانون الفرنسي لم تكتف نصوصه على وضع القواعد العامة والتي تحكم المجانية أو شرط انعدام المقابل المالي، وإنما فرض عقوبات جنائية، فجاءت المادة 511-2 من قانون العقوبات المعدل بالقانون رقم 653 لسنة 1994 وكذلك المادة 674 فقرة (2) لتنصان على أن العقوبة هي الحبس لمدة سبع سنوات وغرامة 100.000 أورو على فعل الحصول على الأعضاء بمقابل مادي أياً كان كنهه، وفرضت نفس المادة العقوبة ذاتها على أعمال الوساطة، سواء لصالح الغير للمتنازل أو لفائدة المتلقي. وحرصاً من المشرع الفرنسي على الحد من نفوذ سماسرة الاتجار بالأعضاء، أوجب العقوبة نفسها حتى ولو كان العضو مستورداً من بلد خارج الأراضي الفرنسية.

وفيما يتعلق بعملية أخذ الدم ومكوناته ومشتقاته، دون احترام الطابع التبرعي عاقب المشرع الفرنسي في قانون الصحة العامة على الحصول أو محاولة الحصول على عينات الدم بمقابل مهما كان شكله، كما عاقب على كافة أعمال الوساطة أو تسهيل أخذ العينات الدموية وذلك بالحبس لمدة خمس سنوات والغرامة 15000 أورو⁽¹⁾.

(1) ينظر: بوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائياً "دراسة مقارنة"، ص: 166.

المطلب الثالث: جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في القانون الجزائري:

تعتبر جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية من الجرائم المستحدثة الظهور، والتي استدعتها ضرورة نقل الأعضاء واستبدالها بين الأحياء والأموات، واتفقت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية على جواز التبرع بالأعضاء ونقلها دون مقابل مالي أو هدف تجاري، والمشرع الجزائري أكد ذلك في نصوصه القانونية وقواعده الطبية.

لكن تجريم القوانين والتشريعات الوضعية لظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية لم يحل من ظهورها وانتشارها وثبوتها كجريمة مستقلة تستدعي عقاب مرتكبيها والتصدي لجوزيها.

الفرع الأول: الركن الشرعي لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في القانون الجزائري:

المشرع الجزائري وعلى غرار مختلف التشريعات الوضعية يجرم التصرف في الأعضاء البشرية ويعتبر تداولها تجارياً من قبيل الأفعال المعاقب عليها قانوناً. وقد أكد ذلك في قانون العقوبات، وقانون حماية الصحة وترقيتها ومدونة أخلاق الطب.

1/ قانون العقوبات الجزائري: نصت المادة (303) مكرر 16: « يعاقب بالحبس من ثلاث سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000 دج، كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها. وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط، قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص». «

كما نصت المادة (303) مكرر 17 من نفس القانون: « يعاقب بالحبس من 5 سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج، كل من ينتزع عضواً من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة، وفقاً للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول. «

وتطبق نفس العقوبة إذا تم انتزاع عضو من شخص ميت، دون مراعاة التشريع الساري المفعول. «

ونصت المادة (303) مكرر 18 من قانون العقوبات الجزائري: « يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج، كل من قام بانتزاع أنسجة أو خلايا أو يجمع مواد من جسم شخص مقابل دفع مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها.

وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على أنسجة أو خلايا أو يجمع مواد من جسم شخص».

أما المادة (303) مكرر 19 فنصت على: « يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج، كل من ينتزع نسيجاً أو خلايا أو يجمع مادة من جسم شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول.

وتطبق نفس العقوبة إذا تم انتزاع نسيج أو خلايا أو يجمع مواد من شخص ميت، دون مراعاة التشريع الساري المفعول»⁽¹⁾.

2- **مدونة أخلاق الطب:** نصت المادة (24) من مدونة أخلاق الطب: « يمنع ما يأتي:

- كل عمل من شأنه أن يوفر لمريض ما امتيازاً مادياً غير مبرر،
- أي جسم مالياً كان أو عينياً يقدم للمريض،
- أي عمولة تقدم لأي شخص كان،
- قبول أي نوع من أنواع العمولة أو الامتياز المادي مقابل أي عمل طبي»⁽²⁾.

3- **قانون حماية الصحة وترقيتها:** نصت المادة (161) من قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري: « لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان، ولا زرع الأنسجة، أو الأجهزة البشرية، إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون ولا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية»⁽³⁾.

⁽¹⁾ ينظر المواد: (303 مكرر 16)، و (303 مكرر 17)، و (303 مكرر 18)، و (303 مكرر 19)، من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

⁽²⁾ المادة (24) من مدونة أخلاق الطب.

⁽³⁾ المادة (161) من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

ونصت المادة (162) من نفس القانون: « لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء، إلا إذا لم تعرّض هذه العملية حياة المتبرع للخطر. وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة.....».

أما المادة (163) فنصت على: « يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز، كما يمنع انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل...».

ونصت المادة (164) من قانون حماية الصحة وترقيتها: « لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين، إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة، حسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة...».

أما المادة (165) فنصت على: « يمنع انتزاع الأنسجة أو الأعضاء قصد زرعها، إذا كان الشخص المعني قد رفض ذلك كتابياً، وهو على قيد الحياة، أو إذا كان الانتزاع يعوق التشريع الطبي الشرعي».

ونصت المادة (166) من قانون حماية الصحة وترقيتها: « لا تزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية، إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل عن رضاه بحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها وحضور شاهدين اثنين...»⁽¹⁾.

فالنصوص القانونية الواردة في قانون العقوبات الجزائي، و مدونة أخلاق الطب، وقانون حماية الصحة وترقيتها، صريحة في تجريم انتزاع الأعضاء والأنسجة البشرية أو استبدالها بغرض الحصول على المزايا المالية.

⁽¹⁾ ينظر المواد (162)، (163)، (164)، (165)، (166)، من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

الفرع الثاني: الركن المادي لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في القانون الجزائري:

الركن المادي يتكون من ثلاثة عناصر هي: السلوك الإجرامي، والنتيجة المعاقب عليها، ورابطة السببية المادية التي تربط بين السلوك والنتيجة. فالركن المادي للاتجار بالأعضاء يتكون بدوره من هذه العناصر الثلاثة، فالسلوك الإجرامي للاتجار بالأعضاء هو القيام بعملية الاتجار، ويلاحظ أن المشرع قد ترك تعبير الاتجار مفتوح ليشمل كافة صورته وحالاته، وكافة المشاركين فيه ولم يحدد الحالات أسوة بما فعله في الاتجار بالبشر، وعلى خلاف خطته في تحديد الأوجه في جرائم أخرى مثل الاتجار بالمخدرات والتي حدد فيها صور وحالات الاتجار الغير مشروع، وكذلك الاتجار بالأدوات المخلة بالحياة، والنتيجة المعاقب عليها (والتي بتحققها تتم الجريمة) وهي مبادلة عضو من الجسد بمنفعة مالية أو عائد مادي، وتتم بالاتجار بتزع الأعضاء أو بانتزاع أنسجة أو خلايا أو بجمع مواد من جسم شخص سواء كان حياً أو ميتاً، كما يقع الركن المادي على كل من شجع أو سهل الحصول على أنسجة أو خلايا، أو جمع مواد من جسم شخص⁽¹⁾.

الفرع الثالث: الركن المعنوي لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في القانون الجزائري:

يتحقق الركن المعنوي باتجاه إرادة الجاني وعزمه على الشروع والقيام بعمله الإجرامي. وجرائم الاتجار بالأعضاء البشرية جرائم عمدية تستوجب القصد العمدي لدى الجاني، واتجاه إرادته الحرة وعلمه ومعرفته بالاتجار بالأعضاء البشرية أو أية أنسجة أو خلايا أو مواد أخرى من جسم شخص حي أو ميت، بمقابل مالي أو بغرض غير علاجي.

الفرع الرابع: عقوبة جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في القانون الجزائري:

يختلف تكييف جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية من جريمة لأخرى، فالمشرع الجزائري يصنفها تارة جنحة وتارة أخرى جنابة حسب طبيعة وخطورة السلوك الإجرامي. والمشرع الجزائري ساوى بين عقوبة الفاعل الأصلي والشريك، كما اعتبر القيام بالجريمة كالشروع فيها.

(1) نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، ص: 392.

فيعاقب بالحبس من ثلاث سنوات إلى عشر سنوات وبالغرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000 دج، كل من يحصل أو يتوسط أو يشجع أو يسهل عملية الحصول على عضو من شخص مقابل منفعة مالية أو منفعة أخرى كيفما كانت طبيعتها. وإذا تمت عملية انتزاع العضو بغير رضاه، فتضاعف العقوبة بالحبس من خمس إلى عشر سنوات وبالغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج، سواءً أكان الشخص حياً أو ميتاً⁽¹⁾.

وتشدد عقوبة الاتجار بالأعضاء البشرية في حالات محصورة في المادة (303) مكرر 20 حيث نصت « يعاقب على الجرائم المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر 18 و 303 مكرر 19، بالحبس من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.500.000 دج، إذا ارتكبت الجريمة مع توافر أحد الظروف الآتية:

- إذا كانت الضحية قاصراً أو شخصاً مصاباً بإعاقة ذهنية،
- إذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهنته ارتكاب الجريمة،
- إذا ارتكب الجريمة من طرف أكثر من شخص،
- إذا ارتكبت الجريمة مع حمل السلاح أو التهديد باستعماله،
- إذا ارتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة، أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية...»⁽²⁾.

فالمشرع الجزائري راعى في ظروف التشديد سن الضحية، وصفة القائم بالفعل الإجرامي «وظيفته»، والتعدد أو حمل السلاح والتهديد به، وكذا ارتكاب الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو عابرة للحدود الوطنية.

(1) ينظر المادتين (303 مكرر 16)، و (303 مكرر 17)، من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

(2) ينظر المادة (303 مكرر 20)، من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

والشخص المدان بجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية لا يستفاد من الظروف المخففة، وفي حال التبليغ عن هاته الجريمة قبل الشروع فيها أو تنفيذها يعفى الشخص القائم بالتبليغ وتخفيض العقوبة إلى النصف، إذا تم الإبلاغ بعد انتهاء تنفيذ الجريمة أو الشروع فيها وقبل تحريك الدعوى العمومية أو إذا أمكن بعد تحريك الدعوى العمومية من إيقاف الفاعل الأصلي أو الشركاء في نفس الجريمة⁽¹⁾.

ويعاقب المشرع الجزائري كل من علم بارتكاب جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية ولم يبلغ عنها بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج ولو كان ملزماً بالسر المهني⁽²⁾.

⁽¹⁾ المادتين (303 مكرر 21)، (303 مكرر 24)، من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

⁽²⁾ المادة (303 مكرر 25)، من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

- وبعد عرض نماذج عن بعض الجرائم المستحدثة المؤثرة في حق السلامة الجسدية والتكامل الجسدي والنفسي للإنسان، نرجح الآتي:
- لا يمكن الجزم البتة بتحديد مختلف الجرائم المستحدثة الماسة بحق السلامة الجسدية للإنسان، لارتباط ظهورها باستحداث أساليب مختلفة تتطور مع الزمن، وتؤثر بطرق غير مباشرة على البنيان الوظيفي للجسم، والصحة العضوية للجسد.
 - جرائم الاتجار بالبشر شكل من أشكال الاعتداء على حق السلامة الجسدية للإنسان بمختلف صورها، المتمثلة في العنف الجسدي والجنسي الممارس ضد النساء والأطفال، والخدمة قسراً، والسخرة والاختطاف، وبيع الأعضاء البشرية والاتجار فيها.
 - للإسلام فضل السبق في حماية الإنسان وتكريمه والمحافظة على تكامله الروحي والجسدي بتحريمه التجارة بالأشخاص، والدعوة إلى عدم استرقاق الإنسان، واحترام حرته والوقوف على مصالحه.
 - الاتجار بالبشر يولد آثاراً جسدية وصحية و نفسية واجتماعية، تصيب الجسم البشري بالشلل وعدم التوازن كالإصابة بالصدمات النفسية، والاضطرابات الشخصية، والأمراض العضوية، مما يؤثر في حق السلامة الجسدية.
 - تسعى الدول والمؤسسات الإقليمية إلى التصدي لظاهرة الاتجار بالبشر بالقيام بتدابير وبحوث وحملات إعلامية ومبادرات جماعية وبرامج سياسية، لوقف تنامي الظاهرة وحماية الإنسان بتحديد عوائق مكافحة جرائم الاتجار بالبشر وإيجاد حلول لها.
 - المشرع الجزائري ساير التنظيمات والقوانين الدولية بتجريم الاتجار بالبشر، ونص في مواده القانونية على عقاب المتسببين في هاته الجريمة المنظمة العابرة للحدود.
 - جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية من الجرائم المؤدية للخروج عن مبدأ حصانة التكامل الجسدي للإنسان، واتفقت القوانين الوضعية على اعتبار فعل الاتجار جريمة عمدية.
 - جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري من الجرائم الماسة بحق السلامة الجسدية للإنسان، خاصة إذا كان في نقل الأعضاء وزرعها وبيعها امتهان لكرامة الإنسان، وتعد على معصومية جسده.

- اتجه فقهاء الشريعة الإسلامية لتحريم بيع الأعضاء الآدمية فالإنسان مكرم لا مهان، واعتباره سلعة، ظلم له وإذلال.
- جوّز فقهاء الشريعة الإسلامية نقل واستبدال الأعضاء البشرية، بدافع الضرورة والحاجة تحقيقاً للمصلحة المقصودة شرعاً دون الخروج عن حق الشخص في سلامته الجسدية.
- جرم المشرع الجزائري بيع الأعضاء البشرية بعوض مالي واعتبر فعل البيع تجاراً بآدمية الإنسان.
- أقرت بعض التشريعات القانونية نقل واستبدال الأعضاء بين الأحياء بدافع الضرورة العلاجية، ضمن ضوابط وشروط مفروضة قانوناً، كأهلية ورضا الواهب، وعدم وقوع الضرر، وانعدام المقابل المالي.... الخ.
- اتجه المشرع الجزائري لتحريم فعل التصرف في الأعضاء البشرية في مواده القانونية، واعتبر الفعل جناية أو جنحة حسب جسامة السلوك المادي لفعل الاتجار، وشدّد عقوبة مرتكبيها عند حمل السلاح والتهديد به، أو إذا تم ارتكاب الجريمة من طرف أكثر من شخص أو من قبل جماعة إجرامية، أو إذا كانت الضحية قاصر أو شخص مصاب بإعاقة ذهنية.
- راعى المشرع الجزائري حق الشخص في سلامته الجسدية فقرر حرمان الجاني من الظروف المخففة المنصوص عليها في قانون العقوبات.

فالتقنية

ولا يسعني في هذا المقام، وختاماً لما سبق عرضه، وتحليله، ونقده، من أحكام خاصة بموضوع « الحق في السلامة الجسدية للإنسان بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ». إلا أن استنتج- ومن خلال المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي- أن الدين الإسلامي هو الركيزة العظمى، والسراج المنير لجميع الحقوق، فالشرع مصدر الحق، والله العلي العظيم كفل حماية الحقوق واعتبرها واجباً وضرورة، وقرر العقاب لكل من تسول له نفسه الاعتداء على حرمة النفس البشرية، ومن سلم من عقاب الدنيا، فعقاب الآخرة أشد وأبقى. والحق بمفهومه الشرعي منحة من الله وتفضل، والإنسان مخلوق للاستفادة مما سخره الله له، فالحقوق في الإسلام مقيدة بالمصلحة الشرعية، وبضرورة جلب المنافع ما أمكن ودرء المفاسد ما أمكن، ومسؤولية الحفاظ على الحقوق تقع على عاتق الفرد والجماعة. ورغم الحماية الجنائية والمدنية للحقوق في القوانين الوضعية، والتغني باحترام حقوق الإنسان، إلا أنها لا زالت تخضع للتمييز العرقي والمصلحي للمباهاة بكثرة الحقوق، لا بتفعيل حمايتها.

وفي نهاية البحث نؤكد النتائج التالية:

- الحق في السلامة الجسدية للإنسان بمعناه الذي يجمع بين تحقيق المصلحة الفردية، واعتبار المصلحة الجماعية، من الحقوق المشتركة بين الله والعبد، وهو مما اشترك فيه الحقان وحق الله غالب، فلأن جاز للعبد إسقاط حقه، راعى حق الله تعالى بالامتثال لحفظ النفس. أما حق السلامة الجسدية في القانون فيرتبط بالحقوق الشخصية اللصيقة بالإنسان والذي تسول له نفسه إسقاط حقه في الحماية، والاعتداء على حقوق الآخرين في التكامل الجسدي. فشتان بين ما مصدره إلهي، وما مصدره قانون مادي.
- حق السلامة الجسدية شخصي اجتماعي، أساسه احتفاظ الإنسان بتكامله الجسدي ومستواه الصحي، مع ضرورة مراعاة القيمة الاجتماعية والضرورة المصلحية في تشريع الحماية الشرعية والقانونية.

- أقرت الشريعة الإسلامية ضمانات أصيلة لحق السلامة الجسدية، تمثلت أساساً في اعتبار الحقوق ضرورات من مقصد الشرع اعتبارها والحفاظ عليها، فالشريعة الإسلامية اعتنت بالحقوق إلى جانب التكليف؛ كما أن لجسد الإنسان حرمة عظيمة حياً وميتاً. فالله تعالى كرم ابن آدم واستخلفه في الأرض وشرع الرخص والقصاص، واعتبر الاعتداء على حق السلامة الجسدية اعتداء على حق البشرية جمعاء.
- الحق سبب من أسباب الإباحة، والشرع كالقانون يجيز استثناء المساس بمادة الجسم لمصلحة أولى بالرعاية من حق السلامة الجسدية، كاستعمال حق التأديب للإصلاح من شأن الزوجة وتأديب الولد الضال بتقويم سلوكه، وممارسة الألعاب الرياضية لتقوية الأبدان وتنقيح العقول، والحق في رد الاعتداء الذي يلحق بالإنسان في جسمه وماله وعرضه، والحق في العلاج لدرء الأمراض والأسقام.
- وأسباب الإباحة لا تشكل انتهاكاً لحق السلامة الجسدية بقدر ما تساهم في حفظه وحمايته إذا اقترن إتيانها بالتزام الحدود المقررة شرعاً.
- فصلت الشريعة الإسلامية السمحة أحكام تأديب الزوجة والأولاد، وأقرت حق تأديب الزوجة بآيات قرآنية ونصوص بموجبها يتحقق المقصد من التأديب، دون التعرض بالاعتداء على جسد الزوجة، وإلا وجب الضمان، فالتدرج في وسيلة التأديب من الوعظ والهجر إلى الضرب والذي وضعته الشريعة الإسلامية منذ العديد من القرون، وأثره في صون وتكريم النفس البشرية، لن تبلغه القوانين الوضعية وتحقق غايته مهما اهتدت لذلك سبيلاً.
- اعتبرت الشريعة الإسلامية الحق في تأديب الصغار ضرورة شرعية تربوية تقويمية لا غنى عنها للزجر والتقويم، فعددت شروطه، وعالجت طرقه ووسائله، وبينت السبل من إتيانه، ولكي لا يتعارض حق التأديب بحق حماية وسلامة جسد الطفل أوجب الشريعة ضمان تلف الصغير المؤدب، فأحاطت بذلك حق تأديب الأولاد بسياس من الحماية التي لا يمكن الاختلاف في فعاليتها. في حين لا زالت القوانين الوضعية تتخبط في النصوص القانونية الرامية لحماية حق الطفولة، والتي تتأرجح حفاظاً على مصلحة الجماعة تارة، ومراعاة لمصلحة الدولة السياسية والاقتصادية والاجتماعية تارة أخرى.

- الحق في ممارسة الألعاب الرياضية مكفول في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية للأفراد على حد سواء فهو مظهر من مظاهر حماية وتقوية الأبدان، وتجزئ الشريعة الإسلامية أنواع الفروسية وتقرها، بل وترغب في إتقانها إذا لم يكن في ممارستها إضرار بحق السلامة الجسدية، فإذا تعدى اللاعب على زميله وأحدث به إصابة أتلفت عضواً، أو أزهدت روحاً ضمن ما أتلف عامداً كان أو خاطئاً، فموجب ممارسة الألعاب الرياضية في الشريعة الإسلامية تقوية الأجسام وتنشيط العقول، لا الإغراق في الترف والإضرار بالخصوم.
- إباحة الدفاع المشروع حماية للحق في السلامة الجسدية، خصوصاً والدفاع شرع لحماية الشخص وسلامة جسمه، بمواجهة الاعتداء بالدفاع المناسب والكافي لرد العدوان. وفصلت الشريعة الإسلامية في أحكام دفع الصائل فأقرت الحماية اللازمة لجسم الإنسان باعتبارها حق الدفاع من الحقوق الشخصية الاجتماعية، فهو حق وواجب في ذات الوقت؛ ولضمان عدم انتهاك الحق في السلامة الجسدية للإنسان عدت الشريعة الإسلامية طرق إثبات حالات الدفاع الشرعي « البينة، اليمين »، وأجازت الدية أو الضمان جبراً للضرر.
- تتفق الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية في اعتبار حق العلاج، وممارسة الأعمال الطبية سبيلاً للحفاظ على حق السلامة الجسدية، وانتفاء المسؤولية المدنية والجزائية عن الطبيب والجراح إذا كان عملهما مطابقاً للأصول الفنية للمهنة، والتزما شروط ممارسة الأعمال الطبية. وسبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية في بيان مشروعية العمل الطبي باعتباره واجباً على كل شخص لا يسقط عنه، إلا إذا قام به غيره، فمقصد العمل الطبي في العلاج أشد وأعظم في المراعاة من مفسدة الإيذاء.
- إن كان العمل الطبي في القانون أساسه النشاط المهني والفني للأشخاص بغض النظر عن صفة القائم بالعمل؛ فالفقه الإسلامي وبتعريفه للعمل الطبي ضمنه جانبين أساسيين؛ جانب المحافظة على الصحة الموجودة التي كرم الله تعالى بها ابن آدم، وذلك بضرورة الوقاية وحفظ النسل، وجانب طلب العلاج للتخلص من العلة الموجودة وفي هذا كل الحماية لحق السلامة الجسدية.
- الفقه الإسلامي وفي ترخيصه وإباحته للأعمال الطبية بإذن الشرع، وإذن المريض تميز عن القانون الوضعي، وذلك بالحفاظ على مصلحة الجماعة ومراعاة حق الله سبحانه وتعالى

في النفس البشرية (إذن الشرع)، دون إهمال للمصلحة الفردية وحق الأشخاص في السلامة الجسدية (إذن المريض).

● تميز الفقه الإسلامي بعدم حصر الأعمال الطبية، وعلى النقيض من ذلك حددت القوانين الوضعية الأعمال الطبية وبالتالي ضيقت حدود الحماية المقررة للأشخاص، لاحتمال ظهور صور أخرى للتدخلات الطبية، في ظل تنامي التكنولوجيا الطبية، والبحث عن أساليب أخرى للعلاج.

● تنتفي المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب في القانون الوضعي إذا استند عمله لأساس قانوني وتوافرت فيه شروط مشروعية العمل الطبي. أما الفقه الإسلامي فيقرر المسؤولية في جميع الحالات إذا ثبت خطأ الطبيب الفاحش وثبت الضرر الناتج عن فعله.

● أوجبت القوانين والتشريعات ضوابط شرعية وقانونية للتجارب الطبية العلمية كي تتماشى والتطورات التكنولوجية لعدم الإضرار بمصومية وحرمة الجسد البشري. والتجارب الطبية العلاجية ساهمت في تقرير حق السلامة الجسدية للإنسان كونها ضرورة علمية وحتمية قانونية لتطوير العلوم الطبية؛ ولضمان تحقيق المصلحة من التجربة العلمية ضمنها القوانين الوضعية شروط علمية كضرورة العلاج والشفاء.

● حفاظاً على حق الإنسان في السلامة الجسدية، أوجبت القوانين المسؤولية الطبية، وفي ظل تزايد وتفاقم الأخطاء الطبية والأضرار الجسدية الناتجة عن التدخلات الطبية، تقررت المسؤولية القانونية في الاعتداد بحجم الضرر وجسامة النتيجة، لا بنوع الخطأ ومقداره.

● مسؤولية الطبيب لا تقف عند حدود بذل العناية اللازمة والخبرة الضرورية للحفاظ على حق السلامة الجسدية، بل تتعدى ذلك لتحقيق الموازنة بين الالتزامات المقررة قانوناً- والتي تتفق والأصول العلمية والقواعد المهنية- والواجبات العلمية والأخلاقية للوقاية من الأضرار الجسدية، قبل تحقيق النتائج العلاجية.

● هناك أخطاء طبية يقع عبء إثباتها على المريض، فالقاعدة العامة تقضي بضرورة بذل العناية اللازمة من الطبيب، وأخطاء أخرى مضمرة يكفي إثباتها وقوع الضرر ولو لم تنشأ العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وفي هذا كل الحماية لحق السلامة الجسدية.

- حماية الحق في السلامة الجسدية للإنسان يقتضي تجريم مختلف الأفعال العمدية، كالضرب، والجرح، وإعطاء المواد الضارة، والعنف، والتعذيب. وتتفق الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية في تعداد مختلف الصور الماسة بمادة الجسم أو المعطلة لأحد وظائفه.
- لم يحدد المشرع الجزائري فعل التعذيب، بل اعتبره كل ما يؤدي إلى ألم وعذاب بواسطة أعمال وحشية ترتكب ضد المحني عليه، وحسن ما فعل المشرع بعدم حصر أعمال التعذيب المسببة للآلام الجسدية أو الأضرار المعنوية؛ لأن التطور التكنولوجي في مختلف المجالات يصاحبه استحداث لا متناهي لطرق التعذيب الممارسة ضد الضحية.
- وفر المشرع الجزائري الحماية اللازمة لحق السلامة الجسدية، فاعتبر المساس بجرمة الجسد جريمة يعاقب عليها القانون كيفما كان شكل الاعتداء « ضرب، جرح، إعطاء مادة ضارة، تهديد، عنف، تعدي، تعذيب، أعمال عنف أخرى ».
- نشيد بموقف المشرع الجزائري في التدرج بالعقوبة الناتجة عن الإيذاء العمدي وتشديدها، بحسب موضوع الحق المعتدى عليه « الإيذاء ضد القصر، أو ضد الوالدين »، أو في حال جسامته النتيجة الإجرامية « العاهة المستديمة، الوفاة »، أو بحسب خطورة الجريمة « الخصاص »، أو على أساس وسيلة الاعتداء « المادة الضارة ».
- الاعتداء على حق السلامة الجسدية لا يشمل فقط أفعال الجرح والضرب والتعذيب، بل هناك طائفة أخرى من الجرائم تهدد مصلحة الجسم المحمية جنائياً، وتؤثر في السير الطبيعي لوظائفه، فالعبرة بتحديد الضرر الناتج عن الاعتداء، لا بتحديد صورته.
- تقوم جريمة الاعتداء على حق السلامة الجسدية بتوافر أركان ثلاثة، يتمثل أولها في الركن المادي والذي يمس بطريق مباشر أو غير مباشر مادة الجسم عن طريق العنف، وثانيها الركن المعنوي المتعلق بالقصد العام والخاص، وثالثها الأثر السلبى لفعل الاعتداء والأركان الثلاثة متوافرة في جرمي الاغتصاب، وترك الأطفال والعاجزين وتعريضهم للخطر.
- نص المشرع الجزائري على حماية الإنسان وحقه في السلامة الجسدية، فقرر العقوبة للجنة المعتدين على هذا الحق، وتعتبر جريمة الاغتصاب أحد الجرائم الخطيرة، والتي يسبب إتيانها عن طريق العنف وعدم الرضا في عدم السير الحسن لوظائف الجسم، فالجني عليها في جريمة الاغتصاب غالباً ما تتعرض لإصابات خطيرة على مستوى الجسم، نتيجة العنف الممارس

ضدها، ناهيك عن الأمراض النفسية المتولدة عن فعل الإعتداء. فجرائم الاغتصاب وبالرغم من مساسها بالعرض، لا تقل خطورة عن جرائم الجرح، والضرب، كونها تسلب المجني عليها حقها في الراحة البدنية والتكامل الجسدي عن طريق « إحداث جروح وندبات - ربط الضحية وتهديدها ».

- يتمثل فعل الاعتداء في جريمة ترك الأطفال والعاجزين وتعريضهم للخطر، في إصابة الطفل أو العاجز بعاهة مستديمة أو مرض وعجز كلي أو عنف بدني أو الاتجار بأعضائه، فالأشكال السابقة تحمي وصف التمتع بحق السلامة الجسدية، وتقضي على مقومات السكينة العامة للأفراد. والمشرع الجزائري أحاط الأطفال والعاجزين بسياس الحماية القانونية ضد الجرائم الماسة بهم، فشدّد العقوبة بالنظر لجسامة النتيجة « مرض - عجز كلي - عاهة مستديمة - بتر الأعضاء - الوفاة »، وبالنظر أيضاً إلى صفة الجاني وعلاقته بالمجني عليه.
- هناك تدخلات طبية تشكل مساس غير عمدي بحق السلامة الجسدية، وبالتالي يجب التريث في الإقبال عليها حفاظاً على الحق في السلامة الجسدية « العمليات التجميلية - التلقيح الاصطناعي... إلخ ».
- الحق في السلامة الجسدية أولى بالرعاية من حق إجراء العمليات الجراحية التجميلية، بدليل عدم جواز بعض الجراحات التجميلية في الفقه الإسلامي لانتفاء المقصد الشرعي، والمصلحة المشروعة للقول بالجواز؛ ولتعارضها مع مقصد حفظ النفس البشرية من العبث والضرر.
- يتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في التزام الطبيب الجراح في الجراحة التجميلية التزام بذل العناية الشديدة، لأن أساس إباحتها الجراحة رضا المريض، وتحصيل فوائد الجراحة.
- شدد الفقه الإسلامي في الشروط والضوابط الواجب اعتبارها في الجراحة التجميلية، فلم يجز الجراحة إلا للضرورة والمصلحة المشروعة، وأن تكون العملية مضمونة بعيدة عن الغش والتدليس، وأن لا يصاحب الجراحة إرتكاب محظورات، وأن تراعى مصلحة دفع المفسدة على مصلحة جلب الشباب، أو تحسين الخلق.
- تبيح القوانين الوضعية مختلف الجراحات الترميمية والتحسينية باختلاف أنواعها، وبغض النظر عن موجبها مما يؤثر على الحق في التكامل الجسدي وإتلاف أعضاء الإنسان عوض تقويمها وإصلاحها.

- التلقيح الصناعي ضرورة علاجية لتحصيل الولد، ذلك أن من مقاصد الشريعة الإسلامية الغراء حفظ النسل ودوامه، والسييل إلى ذلك إذا تعذر تحققه بالجماع الطبيعي، تحقق بمسلك التلقيح الصناعي المشروع المحدد بضوابط وشروط، أساسها الترويج بين المصالح المرجوة من التلقيح؛ وبين المفاسد المتولدة عنه.
- ساهم التلقيح الصناعي في بعض الدول في الاعتداء على حق السلامة الجسدية، والاستقرار النفسي للزوجين، بالخروج عن مقصد تحصيل الولد إلى مقصد الربح، عن طريق العوض المقدم للأم البديلة، واختلال معنى الأمومة، والانزلاق في الفاحشة نتيجة التلقيح بمبي غير الزوج، والمبي المشترك، وهذا ما يشكل انتهاكاً لحق التكامل الجسدي.
- سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية في بيان صور التلقيح الصناعي الجائز، المتره عن الإشكالات الأخلاقية والاجتماعية؛ المقيد بالضوابط الشرعية الرامية لعدم الإضرار بحق التكامل الجسدي وحفظ النفس البشرية، وعدم كشف العورة ابتداءً، واستخدام الأساليب العلمية بتقديم أسهلها وأحوطها وأنجحها؛ حفاظاً على حق السلامة الجسدية للأم والولد معاً.
- غلبت الشريعة الإسلامية المصلحة الاجتماعية عن المصلحة الشخصية في التلقيح الصناعي فحظرت التلقيح عن طريق الأم البديلة، واشترطت أن يكون التلقيح بين الزوجين فقط، أثناء حياتهما وبرضاهما، وأن لا يلحق الضرر بكليهما، وأن يكون التلقيح داخلي، وأن يتم الابتعاد كلياً عن اللقائح المجددة والأرحام المؤجرة.
- هناك طائفة من الجرائم، وبالرغم من خروجها عن الإطار القانوني التقليدي للأعمال المؤثرة في الصحة والسلامة الوظيفية لأعضاء الجسم، إلا أن الإقدام عليها وممارستها يشكل في الوقت الحاضر انتهاكاً صارخاً لحق السلامة الجسدية « الاتجار بالبشر، بيع الأعضاء البشرية... ».
- جرائم الاتجار بالبشر شكل من أشكال الاعتداء على حق السلامة الجسدية للإنسان، بمختلف صورها المتمثلة في: العنف الجسدي والجنسي والنفسي الممارس ضد النساء والأطفال، والخدمة قسراً، والسخرة، والاختطاف، وبيع الأعضاء البشرية، والاتجار فيها.
- للإسلام فضل السبق في حماية الإنسان وتكريمه والحفاظة على تكامله الروحي والجسدي بتحريمه التجارة بالأشخاص، ودعوته إلى عدم استرقاق الإنسان، واحترام حرته والوقوف على جميع مصالحه.

- تسعى الدول والمؤسسات الإقليمية التصدي لظاهرة الاتجار بالبشر، بالقيام بتدابير وبحوث وحملات إعلامية ومبادرات جماعية وبرامج سياسية لوقف تنامي الظاهرة وحماية الإنسان بتحديد عوائق مكافحة جرائم الاتجار بالبشر، وإيجاد حلول لها.
- ساير المشرع الجزائري التنظيمات والقوانين الدولية بتجريم الاتجار بالبشر، ونص في مواده القانونية على عقاب المتسببين في هذا النوع من الجرائم. فصنف جرائم الاتجار إلى جنح عادية وجنح مشددة وجنايات، وراعى في تشديد العقوبة عامل القرابة ونقصد بذلك صلة الضحية بالجرح، وعامل صغر سن الضحية « القاصر »، ومعاصرة الجريمة لحمل السلاح أو التهديد باستعماله والاشتراك في الجريمة.
- حظر الإسلام بيع الأعضاء البشرية والمتاجرة بها لما في ذلك من امتهان وابتذال وإذلال للآدمي المكرم شرعاً. وجوز فقهاء الشريعة الإسلامية نقل واستبدال الأعضاء البشرية بدافع الضرورة والحاجة؛ تحقيقاً لمصلحة الحفاظ على النفس، دون المساس بمبدأ معصومية الإنسان.
- أقرت بعض التشريعات القانونية نقل واستبدال الأعضاء بين الأحياء، بدافع الضرورة العلاجية ضمن ضوابط وشروط مفروضة قانوناً، كأهلية ورضا الواهب، وعدم وقوع الضرر، وانعدام المقابل المالي... الخ.
- اتجه المشرع الجزائري لتجريم فعل التصرف في الأعضاء البشرية، واعتبر الفعل جناية أو جنحة حسب جسامة السلوك المادي لفعل الاتجار، كما أن المشرع الجزائري شدد العقوبة عند حمل السلاح والتهديد به، أو عند الاشتراك في الجريمة، أو إذا كانت الضحية قاصر، ومراعاة منه لحق السلامة الجسدية أقر المشرع حرمان الجاني من الظروف المخففة المنصوص عليها في قانون العقوبات الجزائري.
- ونوصي المشرع الجزائري بـ:
 - مواكبة تطور القواعد القانونية المحرمة لمختلف الأفعال الماسة بحق السلامة الجسدية، بالتفصيل أكثر في طرق إثبات فعل الجرح والضرب، وبيان وتحديد المادة الضارة، والتمثيل لأفعال التعدي وصور التعذيب.

- تحديد الإطار القانوني لأسباب الإباحة بتضمين قانون العقوبات الجزائي الأحكام الخاصة بالتأديب وطرقه، ووسيلته وحالاته والعقوبات المقررة حال تجاوز حدود تأديب الزوجة والأولاد، بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية التي فصلت أحكام التأديب بما يحفظ الحق في السلامة الجسدية للإنسان.
- عدم التحديد الحصري لأفعال الاعتداء على حق السلامة الجسدية، وعدم الفصل القانوني بين الجرائم الماسة بالجسم، والجرائم الواقعة على العرض أو جرائم الاتجار بالبشر، لأن الجرائم تشترك جميعها في الاعتداء على الحق في السلامة والتكامل الجسدي للإنسان.
- ربط المسؤولية الطبية بالمسؤولية القانونية، في إطار التفصيل في أشكال الاعتداء على حق السلامة الجسدية للإنسان.
- بسط الحماية اللازمة لجسم الإنسان، بوضع عقوبات خاصة لكل من يخالف الشروط القانونية والضوابط الشرعية الأخلاقية لعمليات التلقيح الصناعي، وتحديد هيئات رقابة خاصة في المراكز المتخصصة لمزاولة العملية.
- وضع قانون خاص ومستقل بزراعة ونقل الأعضاء البشرية، مصدره الشريعة الإسلامية للمواءمة بين الضوابط الشرعية والقانونية، والتي تضمن حق الشخص في سلامة جسمه.
- التشديد في عقوبات الاتجار بالأعضاء البشرية، أو اقتطاع الأعضاء بدون حصول الرضا، ووضع إجراءات خاصة بالعملية لضمان سلامة المتبرع، كمرقبة صحته بعد العملية للتأكد من سلامته، وتوفير مختلف الإمكانيات المادية والبشرية....
- تحديد الضوابط الشرعية والأخلاقية والقانونية والطبية لعمليات التجميل، وعدم الاكتفاء بالرضا كسبب لإباحتها بتضييق دائرة الإقدام عليها إلا للضرورة والعلاج أو التشويه؛ والتشديد في العقوبات الناتجة عن الأخطاء الطبية التجميلية. ووضع معايير واضحة للفرقة بين العمليات التجميلية بدافع الضرورة، والعمليات التجميلية التثبيبية الجمالية.
- حظر العمليات التجميلية التي تشكل خطراً على صحة وسلامة الأفراد، ففوائد ومصالح الجراحة التجميلية يجب أن تفوق بكثير أضرارها.

● آفاق البحث:

- 1- تكثيف الدراسات المتعلقة بموضوع « الحماية اللازمة لحق السلامة الجسدية للإنسان » باعتباره موضوع متجدد تجدد أشكال وصور الاعتداء على الجسم، ولارتباطه بالحق في الحياة، ولتعدد الزوايا الخاصة بالموضوع « طبي، قانوني، بيئي، شرعي، إنساني ».
 - 2- الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية بجمع أقوال الفقهاء وترجيحها؛ لدراسة المواضيع القانونية والطبية من منظور شرعي، فالشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان وفي الاهتداء بمنهجها، وتأصيلها لحق السلامة الجسدية للإنسان كل الضمان والاستقرار.
 - 3- عدم فصل الدراسة بين ما هو شرعي وطبي وقانوني؛ لأن المقصد الأسمى واحد وهو الحفاظ على النفس البشرية وتحقيق سعادة الإنسان.
- وفي الأخير، أعتذر عن النقص الذي شاب البحث أو التقصير الذي لازم الدراسة. ونسأل الله تعالى الإخلاص في العمل، والبعد عن الزلل.

الفهارس

- فهرس الآيات القرآنية.
- فهرس الأحاديث النبوية.
- فهرس المواد القانونية.
- فهرس المصادر والمراجع.
- فهرس الموضوعات

فهرس الآيات القرآنية

| الصفحة | الآية | السورة ورقم الآية |
|------------------------|---|-------------------|
| 73-71 | ﴿ وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلٰٓئِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً ﴾ | البقرة: 30 |
| 72 | ﴿ يٰٓأَيُّهَا النَّاسُ كُلُوا مِمَّا فِي الْأَرْضِ حَلٰلًا طَيِّبًا وَلَا تَتَّبِعُوا خُطُوٰتِ الشَّيْطٰنِ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُّبِينٌ ﴾ | البقرة: 168 |
| 395 | ﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ ﴾ | البقرة: 173 |
| -57-56 -62-58 64 | ﴿ يٰٓأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْفِصَاصُ فِي الْفِتْلَى الْحُرِّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُيِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْهُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّءْ إِلَيْهِ بِإِحْسٰنٍ ذٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ إِعْتَدَىٰ بَعْدَ ذٰلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ *وَلَكُمْ فِي الْفِصَاصِ حَيٰوةٌ يٰٓأُولِي الْأَلْبٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ | البقرة: 178-179 |
| 119 | ﴿ فَمَنْ إِعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا إِعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ | البقرة: 194 |
| -387 396 | ﴿ وَلَا تُلْفُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾ | البقرة: 195 |
| 339 | ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ | البقرة: 233 |
| 70 | ﴿ سَنُلْفِي فِي قُلُوبِ الَّذِينَ كَفَرُوا الرُّعْبَ بِمَا أَشْرَكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزَّلْ بِهِ سُلْطٰنًا ﴾ | آل عمران: 151 |
| 387 | ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾ | النساء: 29 |
| 85-78 | ﴿ وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ﴾ | النساء: 34 |
| -300 307 | ﴿ وَلَا ضَلٰلَتَهُمْ وَلَا مَنِيَّتَهُمْ وَءَلَا مَرْنَتَهُمْ فَلْيَبْتِكُنَّ ءَاذَانَ الْأَنْعٰمِ ﴾ | النساء: 119 |

| | | |
|-------|--|------------------|
| 171 | ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا ءَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ | المائدة: 1 |
| 54 | ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ ءَاثَرُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ﴾ | المائدة: 5 |
| 396 | ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾ | المائدة: 32 |
| 68-59 | ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذْنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّبَّ بِالسِّبِّ وَالْجُرُوحَ فِصَاصًا ﴾ | المائدة: 45 |
| 395 | ﴿ بَكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كُنْتُمْ بِءَايَاتِهِ ءَمُومِينَ وَمَا لَكُمْ ءَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ ﴾ | الأنعام: 118-119 |
| 53 | ﴿ فُلْ لَّا أَجِدُ فِي مَا ءُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ ﴾ | الأنعام: 145 |
| 72 | ﴿ وَلَقَدْ خَلَقْنَاكُمْ ثُمَّ صَوَّرْنَاكُمْ ثُمَّ قُلْنَا لِلْمَلَكِئِكَةِ اسْجُدُوا ءَدَامَ فَسَجَدُوا ءِلَّا ءِِبْلِيسَ لَمْ يَكُ مِنَ السَّاجِدِينَ * قَالَ مَا مَنَعَكَ ءَلَّا تَسْجُدَ إِذْ أَمَرْتُكَ قَالَ أَنَا خَيْرٌ مِّنْهُ خَلَقْتَنِي مِن بَّارٍ وَخَلَقْتَهُ مِن طِينٍ ﴾ | الأعراف: 11-12 |
| 305 | ﴿ يَلْبَسْ ءَدَامَ حُدُوءَ زِينَتِكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ * فُلْ مَن حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ ﴾ | الأعراف: 31-32 |
| 106 | ﴿ وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِّنْ قُوَّةٍ وَمِن رِّبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ ءَعَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ وَءَاخِرِينَ مِّنْ ذُرِّيَّتِهِمْ لَا تَعْلَمُونَهُمُ اللَّهُ يَعْلَمُهُمْ ﴾ | الأنفال: 60 |
| 63 | ﴿ قَافِلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ ﴾ | التوبة: 5 |
| 52 | ﴿ إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ ﴾ | التوبة: 28 |
| 49 | ﴿ وَشَرُّهُ بِشْمِ بِخُسٍ ذَرَاهِمٍ مَّعْدُودَةٍ وَكَانُوا فِيهِ مِّنَ الزَّاهِدِينَ ﴾ | يوسف: 60 |
| 161 | ﴿ يَخْرُجُ مِّنْ بُطُونِهَا شَرَابٌ مُّخْتَلِفٌ ءَلْوَانُهُ فِيهِ شِقَءٌ لِلنَّاسِ ءِإِنَّ فِي ذَٰلِكَ ءَلَايَةً لِّقَوْمٍ يَتَّبِعُونَ ﴾ | النحل: 69 |

| | | |
|--------|--|---------------|
| 120-59 | ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَبِعَافٍ بَوَّأِ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ... ﴾ | النحل: 126 |
| 383-54 | ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ ﴾ | الإسراء: 70 |
| 161 | ﴿ وَنُنزِّلُ مِنَ الْفُرْقَانِ إِنْ هُوَ شِقَاقٌ وَرَحْمَةٌ لِلْمُؤْمِنِينَ وَلَا يَزِيدُ الظَّالِمِينَ إِلَّا خَسَارًا ﴾ | الإسراء: 82 |
| 72 | ﴿ وَإِذْ قُلْنَا لِلْمَلَائِكَةِ اسْجُدُوا لِآدَمَ فَسَجَدُوا إِلَّا إِبْلِيسَ كَانَ مِنَ الْجِنِّ فَفَسَقَ عَنْ أَمْرِ رَبِّهِ ﴾ | الكهف: 50 |
| 56 | ﴿ بَارِئِدًا عَلَى آثَارِهِمَا فَصَصًّا ﴾ | الكهف: 64 |
| 56 | ﴿ وَقَالَتْ لِأُخْتِهِ فُصِّحِي ﴾ | القصص: 11 |
| 82-81 | ﴿ وَفَرَزْنًا فِي بَيْوتِكُمْ ﴾ | الأحزاب: 33 |
| 71 | ﴿ قَالَ يَا إِبْلِيسُ مَا مَنَعَكَ أَنْ تَسْجُدَ لِمَا خَلَقْتُ بِإِيدِي ﴾ | ص: 75 |
| 121-59 | ﴿ وَالذِّينَ إِذَا أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنْتَصِرُونَ وَجِزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَمَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ ﴾ | الشورى: 40-39 |
| 301 | ﴿ أَوْ مَنْ يَنْشِئُوا فِي الْجِلْيَةِ وَهُوَ فِي الْخِصَامِ غَيْرُ مُبِينٍ ﴾ | الزخرف: 17 |
| 305 | ﴿ وَسَخَّرَ لَكُمْ مَاءَ السَّمَوَاتِ وَمَاءَ الْأَرْضِ جَمِيعًا مِّنْهُ ﴾ | الجاثية: 13 |
| 390 | ﴿ إِنَّا كُلَّ شَيْءٍ خَلَقْنَاهُ بِقَدَرٍ ﴾ | القمر: 49 |
| 70 | ﴿ وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِينَ نَسُوا اللَّهَ فَأَنْسَاهُمْ أَنْفُسَهُمْ وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ | الحشر: 19 |
| 81 | ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ ﴾ | الطلاق: 01 |
| 81 | ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ ﴾ | الطلاق: 06 |
| 93-78 | ﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا فَوْأَ أَنْفُسِكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَفُودَهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ ﴾ | التحریم: 06 |
| 337 | ﴿ فَمَنْ ابْتغى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُوْءَيْبِكَ هُمُ الْعَادُونَ ﴾ | المعارج: 31 |

فهرس الأحاديث والآثار

| الصفحة | نص الحديث |
|---------|---|
| 308-161 | «أتيت النبي ﷺ وأصحابه كأنما على رؤوسهم الطير... فقالوا يارسول الله أنتداوى؟ فقال: تداووا...» |
| 94 | «أدب إبنك فإنك مسؤول عن ولدك: ماذا أدبته وما علمته؟...» |
| 83 | «إذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى ترجع» |
| 121 | «أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي قال: لا تعطه...» |
| 79 | «استوصوا بالنساء خيراً، فإنهن عندكم عوان، ليس تملكون منهن شيئاً غير ذلك...» |
| 122 | «اطلع رجل من جحر في جحر النبي صلى الله عليه وسلم ومع النبي صلى الله عليه وسلم مدرى يحك به رأسه...» |
| 94 | «أكرموا أولادكم وأحسنوا أدبهم» |
| 106 | «ألا إن القوة الرمي، ألا إن القوة الرمي...» |
| 106 | «المؤمن القوي، خير وأحب عند الله من المؤمن الضعيف...» |
| 122 | «المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه» |
| 64 | «المسلمون تتكافأ دماؤهم» |
| 107 | «أما بعد فاتزروا وانتعلوا...» |
| 305 | «إن الله جميل يحب الجمال» |
| 396 | «إن المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضاً وشبك أصابعه» |
| 52 | «إن المسلم لا ينجس» |
| 52 | «إن المسلم لا ينجس حياً ولا ميتاً» |
| 82 | «أن إمرأته أتته فقالت: ما حق الزوج على امرأته؟ فقال: لا تمنعه نفسها وإن كانت على ظهر قتب ولا تعطي من بيته شيئاً إلا بإذنه...» |
| 61 | «أن رجلاً جرح فأراد أن يستقيد، فنهى رسول الله ﷺ أن يستقاد من الجراح حتى يبرأ الجروح» |

| | |
|--------|---|
| 107 | «أن ركابة صارع النبي صلى الله عليه وسلم فصارعه النبي صلى الله عليه وسلم...»..... |
| 53 | «إن زنجيا وقع في زمزم يعني فمات...»..... |
| 121 | «أنصر أخاك ظالما أو مظلوما»..... |
| 107 | «أن علموا غلمانكم العلوم ومقاتلتكم الرمي»..... |
| 107 | «إن ما بيننا وبين المشركين العمائم على القلائس.....»..... |
| 52 | «إن ميتكم لمؤمن طاهر وليس بنجس...»..... |
| 122 | «أنه ذكر فتنة القاعد فيها خير من القائم، والقائم خير من الماشي...»..... |
| 55 | «أن وفد ثقيف لما قدموا على رسول الله ﷺ...»..... |
| 60 | «أول ما يُقضى بين الناس يوم القيامة في الدماء»..... |
| 383-49 | «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر...»..... |
| 388 | «جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إن لي ابنة عريساً...»..... |
| 54 | «ربط النبي ﷺ الأسير ثمامة بن أثال في المسجد...»..... |
| 80 | «سأله رجل ما حق المرأة على الزوج؟ قال: تطعمها إذا طعمت، وتكسوها إذا اكتسيت...»..... |
| 299 | «...صلى يوم العيد ركعتين، لم يصل قبلهما، ولا بعدهما، ثم أتى النساء، معه بلال، فأمرهن بالصدقة، فجعلت المرأة تلقي قرطها»..... |
| 388 | «كان رسول الله ﷺ إذا أمر أميراً على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله...»..... |
| 60 | «كل مسلم على المسلم حرامٌ دمه، ماله، وعرضه»..... |
| 162 | «كنا مع النبي ﷺ نسقي ونداوي الجرحى»..... |
| 299 | «... كنت لك كأبي زرعٍ لأم زرع...»..... |
| 94 | «لأن يؤدب الرجل ولده خير من أن يتصدق بصاع»..... |
| 396 | «لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه»..... |
| 60 | «لزوال الدنيا أهون على الله تعالى من قتل امرئ مسلم»..... |

| | |
|-----|--|
| 307 | «... لعن الله الواشمات والمستوشمات، والمتنمصات، والمتفلجات للحسن، والمغيرات خلق الله»..... |
| 161 | «لكل داء دواء، فإذا أصيب دواء الداء برأ بإذن الله عز وجل»..... |
| 121 | «لو أطلع في بيتك أحد، ولم تأذن له، فحذفته بحصاة ففقأت عينه، ما عليك جناح»..... |
| 122 | «لو أعلم أنك تنظر لطعنت به عينك، إنما جعل الإستئذان من أجل»..... |
| 55 | «لو كان نجساً ما مسسته»..... |
| 302 | «ما أنزل من داء، إلا وأنزل له الشفاء»..... |
| 60 | «ما رفع الرسول ﷺ أمر فيه قصاص إلا أمر فيه بالعفو»..... |
| 93 | «ما نحل والد ولدا أفضل من أدب حسن»..... |
| 396 | «مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم....»..... |
| 106 | «مر النبي صلى الله عليه وسلم على نفر من أسلم ينتضلون، فقال لهم: ارمو بني اسماعيل...»..... |
| 122 | «من أذل عنده مؤمن فلم ينصره، وهو يقدر على أن ينصره...»..... |
| 121 | «من شهر سيفه ثم وضعه قدمه هدر»..... |
| 121 | «من قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون دينه فهو شهيد...»..... |
| 109 | «من لعب بالنردشير، فكأما سبغ يده في لحم الخنزير ودمه»..... |
| 389 | «وكسر عظم الميت ككسره حياً»..... |
| 79 | «...ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضرباً غير مبرح»..... |
| 167 | «ومن تطيب ولم يعلم منه طب قبل ذلك فهو ضامن»..... |
| 107 | «يا بني تعلموا الرمي فإنه خير لعبكم»..... |

فهرس المواد القانونية

1- الدستور الجزائري:

| رقم المادة | نص المادة | الصفحة |
|------------|-------------------------|--------|
| المادة 02 | « الإسلام دين الدولة. » | 90 |

2- قانون العقوبات الجزائري:

| رقم المادة | نص المادة | الصفحة |
|----------------------------|---|-----------------|
| المادة 14 | « يجوز للمحكمة عند قضائها في جنحة، وفي الحالات التي يحددها... » | 270 |
| المادة 39 | « لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون... » | 100- 136-134 |
| المادة 40 | « يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع المشروع... » | 136- 147-145 |
| المادة 49 | « ... لا توقع على القاصر الذي يتراوح سنه من 10 إلى أقل من 13 سنة... » | 101 |
| المادة 52 | « ... الأعذار هي حالات محددة في القانون... » | 153 |
| المادة 256 | « سبق الإصرار هو عقد العزم قبل ارتكاب الفعل على الاعتداء... » | 270 |
| المادة 257 | « الترصّد هو انتظار شخص لفترة طالت أو قصرت... » | 270 |
| المادة 263 مكرر | « يقصد بالتعذيب كل عمل ينتج عنه عذاب أم آلام شديدة... » | 276 |
| المادة 263 مكرر-1 | « يعاقب بالسجن المؤقت من (5) سنوات إلى (10) سنوات... » | 277 |
| المادة 263 مكرر-2 | « يعاقب بالسجن المؤقت من (10) سنوات إلى (20) سنة... » | 278 |
| المادة 264 فقرة 1/2/3/4 | « كل من أحدث عمدا جروحا للغير أو ضربه أو ارتكب أي عمل آخر... » | 265- 273-269 |

| | | |
|-------------------------|---|----------------------|
| 273 | « إذا وجد سبق إصرار أو ترصد فإن العقوبة تكون السجن المؤبد... » | المادة 265 |
| 270-269 | « إذا وقع الجرح أو الضرب أو غير ذلك من أعمال العنف أو الاعتداءات... » | المادة 266 |
| 274 | « كل من أحدث عمدا جرحا أو ضربا بوالديه الشرعيين... » | المادة 267 |
| 271-269 | « كل من اشترك في مشاجرة أو في عصيان أو في اجتماع... » | المادة 268 |
| -102 -264 272-265 | « كل من جرح أو ضرب عمدا قاصرا لا تتجاوز سنة السادسة عشرة... » | المادة 269 |
| 272-102 | « إذا نتج عن الضرب أو الجرح أو العنف أو التعدي أو الحرمان... » | المادة 270 |
| 274 | « إذا نتج عن الضرب أو الجرح أو العنف أو التعدي المشار إليه في المادة 269... » | المادة 271 |
| 275-272 | « إذا كان الجناة هم أحد الوالدين الشرعيين أو غيرهما... » | المادة 272 |
| 275 | « كل من ارتكب جناية الخصاص... » | المادة 274 |
| 275-272 | « يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 2000 دج... » | المادة 275 |
| 275-273 | « إذا ارتكب الجرح والجنايات المعنية في المادة السابقة أحد الأصول... » | المادة 276 |
| 153 | « يستفيد مرتكب جرائم القتل والجرح والضرب من الأعدار إذا دفعه... » | المادة 277 |
| 153 | « يستفيد مرتكب جرائم القتل والجرح والضرب من الأعدار إذا ارتكبها... » | المادة 278 |
| 154 | « إذا ثبت قيام العذر فتتخفف العقوبة... » | المادة 283 |
| 374-373 379-375 | « يعد إجباراً بالأشخاص، تجنيد أو نقل أو تنقل أو إيواء أو استقبال... » | المادة 303 مكرر-4 |
| 379 | « يعاقب على الاتجار بالأشخاص بالسجن من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة... » | المادة 303 مكرر-5 |

| | | |
|-------------------------|--|-------------------------|
| 380 | « يعفى من العقوبة المقررة كل من يبلغ السلطات الإدارية أو القضائية... » | المادة 303 مكرر -9- |
| 410-409 413 | « يعاقب بالحبس من ثلاث (3) سنوات إلى عشر (10) سنوات، وبغرامة من... » | المادة 303 مكرر -16- |
| 410-409 413 | « يعاقب بالحبس من (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات، وبغرامة من... » | المادة 303 مكرر -17- |
| 413-410 | « يعاقب بالحبس من (01) سنة إلى خمس (5) سنوات، وبغرامة من... » | المادة 303 مكرر -18- |
| 413-410 | « يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات، وبغرامة من... » | المادة 303 مكرر -19- |
| 413 | « يعاقب على الجرائم المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر 18 و... » | المادة 303 مكرر 20 |
| 414 | « لا يستفيد الشخص المدان لارتكابه أحد الأفعال المجرمة... » | المادة 303 مكرر -21- |
| 414 | « يعفى من العقوبة المقررة كل من يبلغ السلطات الإدارية... » | المادة 303 مكرر -24- |
| 414 | « كل من علم بارتكاب جريمة الاتجار بالأعضاء... » | المادة 303 مكرر -25- |
| -286 -287 289-288 | « كل من ترك طفلا أو عاجزا غير قادر على حماية نفسه بسبب حالته... » | المادة 314 |
| 288-287 | « إذا كان مرتكب الحادث من أصول الطفل أو العاجز أو ممن لهم سلطة... » | المادة 315 |
| 289 | « كل من ترك طفلا أو عاجزا غير قادر على حماية نفسه » | المادة 316 |

| | | |
|---------|---|------------|
| 290 | « إذا كان مرتكب الحادث من أصول الطفل أو العاجز أو ممن يتولون...» | المادة 317 |
| 290 | « يعاقب الجاني بالعقوبات المنصوص عليها في المواد من 261 إلى 263...» | المادة 318 |
| 291-290 | « يعاقب بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة من 500 إلى 20000 دينار...» | المادة 320 |
| 285-284 | « كل من ارتكب جناية الاغتصاب يعاقب بالسجن المؤقت من (5) سنوات إلى عشر(10) سنوات...» | المادة 336 |
| 285 | « إذا كان الجاني من أصول من وقع عليه الفعل المخل بالحياء أو هتك العرض...» | المادة 337 |

3- القانون المدني الجزائري:

| الصفحة | نص المادة | رقم المادة |
|--------|---|------------|
| 90 | « يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها...» | المادة 01 |

4- قانون الأسرة الجزائري:

| الصفحة | نص المادة | رقم المادة |
|--------|---|------------|
| 354 | « يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي...» | المادة 45 |
| 91 | « عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق و بالتعويض للطرف المتضرر...» | المادة 55 |

5- قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري:

| الصفحة | نص المادة | رقم المادة |
|---------|--|------------|
| 178 | « يكون تصور الشبكة الصحية الوطنية بكيفية تمكن من توفير علاج صحي...» | المادة 07 |
| 178 | « يشمل العلاج الصحي الكامل ما يأتي: - الوقاية من الأمراض في جميع المستويات...» | المادة 08 |
| 192 | « تستهدف الرقابة الصحية في هذا الحدود الوقاية من تفشي الأمراض...» | المادة 56 |
| 178 | « التربية الصحية واجب منوط بالدولة طبقا لأحكام هذا القانون...» | المادة 96 |
| 192 | « يتعين على طبيب الأمراض العقلية في المؤسسة أن يحرر شهادة وصفية...» | المادة 139 |
| 238 | « يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم...» | المادة 145 |
| 330-186 | « يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء...» | المادة 154 |
| 410-403 | « لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع...» | المادة 161 |
| 411 | « لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء...» | المادة 162 |
| 411 | « يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة...» | المادة 163 |
| 411 | « لا يجوز انتزاع الأنسجة و الأعضاء من الأشخاص المتوفين...» | المادة 164 |
| 411 | « يمنع انتزاع الأنسجة أو الأعضاء قصد زرعها...» | المادة 165 |
| 411 | « لا تزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان يمثل الوسيلة الوحيدة...» | المادة 166 |

| | | |
|-------------------------|---|------------|
| 403 | « لا ينتزع الأطباء الأنسجة والأعضاء البشرية ولا يزرعوها إلا في... » | المادة 167 |
| -203 -204 210-209 | « يجب حتما احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم الممارسة الطبية..... » | المادة 168 |
| 191-178 | « يتعين على الأطباء والصيدالة وجراحي الأسنان... » | المادة 195 |
| 178 | « يكلف المساعدون الطبيون، حسب اختصاصهم وتحت مسؤولية... » | المادة 196 |
| 329-184 | « تتوقف ممارسة مهنة الطبيب والصيدلي وجراح الأسنان على... » | المادة 197 |
| 177 329-185 | « لا يجوز لأحد أن يمارس طبيا إختصاصي أو جراح أسنان... » | المادة 198 |
| 328 | « تحدد عن طريق التنظيم أسعار الأعمال التي يؤديها الأطباء... » | المادة 211 |

6- مدونة أخلاقيات الطب الجزائري:

| الصفحة | نص المادة | رقم المادة |
|-------------------------|---|------------|
| 185 | « تفرض أحكام هذه المدونة لأخلاقيات الطب... » | المادة 02 |
| 179 | « يكون الطبيب وجراح الأسنان في خدمة الفرد والصحة العمومية... » | المادة 06 |
| 187 | « تتمثل رسالة الطبيب وجراح الأسنان في الدفاع عن صحة الإنسان... » | المادة 07 |
| 179 | « يجب على الطبيب وجراح الأسنان أن يسعف مريضا يواجه خطره... » | المادة 09 |
| 191 | « يكون الطبيب وجراح الأسنان حريين في تقديم الوصفة التي يريانها... » | المادة 11 |
| 190-185 | « يجب أن تتوفر للطبيب أو جراح الأسنان في المكان الذي يمارس فيه... » | المادة 14 |
| -179 -189 191-190 | « يخول للطبيب و جراح الأسنان القيام بكل أعمال التشخيص... » | المادة 16 |
| -190 331-209 | « يجب أن يمتنع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض... » | المادة 17 |
| -186 209-203 | « لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض إلا بعد إجراء... » | المادة 18 |
| 328 | « يجب أن لا تمارس مهنة الطب وجراحة الأسنان ممارسة تجارية... » | المادة 20 |

| | | |
|-----------------|---|-----------|
| 410 | «يمنع ما يأتي:- كل عمل من شأنه أن يوفر لمريض ما امتيازاً مادياً...» | المادة 24 |
| 328 | «يمنع على الطبيب أو جراح الأسنان إجراء فحوص طبية في المحلات...» | المادة 27 |
| 328 | «يمنع كل طبيب أو جراح أسنان من ممارسة مهنة أخرى تمكنه من...» | المادة 29 |
| 330-235 | «يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضة بمعلومات...» | المادة 43 |
| -186 330-238 | «يخضع كل عمل طبي، يكون في خطر جدي على المريض لموافقة المريض...» | المادة 44 |
| 239-235 | «يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يحرر وصفاته بكل وضوح...» | المادة 47 |
| 186 | «يشترط من المريض إذا رفض العلاج الطبي أن يقدم تصريحاً...» | المادة 49 |
| 190 | «يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يقترح إستشارة طبية...» | المادة 69 |
| -239 330-329 | «لا يسوغ للطبيب أو جراح الأسنان أن يثبت على الورق المخصص...» | المادة 77 |
| 330 | «لا يرخص للطبيب أو جراح الأسنان بأن يثبت على لوحات عيادته...» | المادة 78 |
| 327 | «يجب أن تبقى ممارسة الطب أو جراحة الأسنان شخصية في العيادات...» | المادة 80 |
| 242-192 | «يجب على الطبيب وجراح الأسنان المكلف بمهمة أن يشعر الشخص الخاضع...» | المادة 90 |
| 242-192 | «يكون الطبيب أو جراح الأسنان المكلف بالمراقبة ملزماً بالسر تجاه...» | المادة 91 |
| 242-192 | «يجب على الطبيب المراقب أو جراح الأسنان المراقب ألا يقدم...» | المادة 92 |
| 242 | «لا يجوز لأحد أن يكون طبيباً مراقباً و طبيباً معالجاً...» | المادة 93 |
| 245 | «تعد الخبرة الطبية عملاً يقدم من خلاله الطبيب أو جراح الأسنان...» | المادة 95 |
| 245 | «يجب على الطبيب الخبير أو جراح الأسنان الخبير قبل الشروع...» | المادة 96 |

فهرس المصادر والمراجع

1/ القرآن الكريم وكتب التفسير.

❖ القرآن الكريم برواية (ورش).

- 1- ابن كثير، التفسير، « دار الأندلس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثامنة، 1986م »-« دار الثقافة، الجزائر، الطبعة الأولى 1990م ».
- 2- ابن كثير، تفسير ابن كثير، « دار الثقافة، الجزائر، الطبعة الأولى 1990م ».
- 3- أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي، مفاتيح الغيب التفسير الكبير، « دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثالثة».
- 4- أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي، تفسير النسفي، « دار الكتاب العربي، بيروت، 1982».
- 5- أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، « دار الكتاب العربي، لبنان، طبعة 1335هـ».
- 6- أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، « دار الكتاب العربي ».
- 7- أحمد الصاوي المالكي، حاشية الصاوي على تفسير الجلالين، مديلاً بكتاب (لباب النقول في أسباب النزول للسيوطي)، « دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع 1986م ».
- 8- أحمد مصطفى المراغي، تفسير المراغي، « دار حياة التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية 1985».
- 9- الشيخ طنطاوي جوهرى المصري، الجواهر في تفسير القرآن الكريم، « منشورات علي محمد بيضون، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى 2004 ».
- 10- الطبري، جامع البيان عن تأويل القرآن، « دار الفكر 1984 ».
- 11- الطبري، مختصر تفسير الطبري، « مكتبة رحاب الجزائر ».
- 12- سيد قطب، في ظلال القرآن، « دار الشروق، الطبعة الحادي عشر، 1985م ».

- 13- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، « دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثالثة 1997 ».
- 14- محمد علي الصابوني، روائع البيان تفسير آيات الأحكام، « مكتبة رحاب الجزائر، الطبعة الرابعة 1990 ».
- 15- وهبة الزحيلي، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، « دار الفكر، سوريا، دار الفكر المعاصر، لبنان، 1998 ».
- 2/ كتب تخريج الأحاديث والحكم عليها.**
- 1- ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، « دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي »-« دار الحديث ».
- 2- أبو الحسن علي بن عمر الدارقطني، سنن الدارقطني، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى 2004 ».
- 3- سنن أبي داود، حكم على أحاديثه وآثاره وعلق عليه، محمد ناصر الألباني.
- 4- أبو بكر بن أبي شيبة، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: كمال يوسف الحوت، «مكتبة الرشد- الرياض، الطبعة الأولى 1409 هـ».
- 5- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، « المكتبة العصرية، صيدا، بيروت ».
- 6- أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد وآخرون، « مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى 2001 م ».
- 7- أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله النيسابوري، المستدرک علی الصحیحین، « دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1411هـ-1990م ».
- 8- أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، حكم على أحاديثه وآثاره وعلق عليه: محمد ناصر الدين الألباني، اعتنى به: مشهور بن حسن آل سلمان، « الطبعة الثانية، الرياض، مكتبة المعارف ».

- 9- أحمد بن الحسين بن علي بن موسى ، أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، « دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 2003م » - « مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر بيروت ».
- 10- محمد ابن اسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، « دار طوق النجاة- مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي- الطبعة الأولى، 1422 هـ - « المكتبة الثقافية، بيروت ».
- 11- محمد بن جرير، أبو جعفر الطبري، تهذيب الآثار وتفصيل الثابت عن رسول الله من الأخبار، تحقيق: محمود محمد شاكر، « مطبعة المدني - القاهرة ».
- 12- محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، أبو عيسى، الجامع الكبير - سنن الترمذي، تحقيق: بشار عواد معروف، « دار الغرب الإسلامي، بيروت 1988م ».
- « الجامع الصحيح، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1987م ».
- 13- محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، إشراف: زهير الشاويش، « المكتب الإسلامي بيروت، الطبعة الثانية 1985م ».
- 14- محمد ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وآثارها السيئة في الأمة، «دار النشر، دار المعارف الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى 1992م ».
- 15- مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، « دار إحياء التراث العربي، بيروت ».
- 16- نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، « دار الكتاب العربي، لبنان، الطبعة الثالثة 1982م ».

3/ الكتب الفقهية.

- 1- ابن المنذر، الإجماع، « مؤسسة الكتب الثقافية، الطبعة الأولى، 1993م ».
- 2- ابن المنذر، الإقناع، « الطبعة الأولى، 1408 هـ ».
- 3- ابن حزم، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والإعتقادات، « دار الكتب العلمية، بيروت ».

- 4- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كتر الدقائق، « دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية ».
- 5- أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي الشهير بالصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بمحاشية الصاوي على الشرح الصغير، « دار المعارف ».
- 6- أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي، " مفتاح الغيب، التفسير الكبير، « دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثالثة، 1420هـ ».
- 7- أبي محمد عبد الوهاب علي بن نصر المالكي، المعونة على مذهب عالم المدينة « دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1998م ».
- 8- أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، « دار القلم، دمشق، الطبعة الخامسة، 1998م ».
- 9- أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، « المكتبة التجارية، مصر، 1983م ».
- 10- أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، « الطبعة الثانية، 1987م ».
- 11- أحمد فتحي بهنسي، الجرائم في الفقه الإسلامي، (دراسة فقهية مقارنة)، « دار الشروق، القاهرة، الطبعة السادسة، 1988م ».
- 12- أحمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، « دار الشروق، الطبعة الخامسة، 1983م ».
- 13- أحمد فتحي بهنسي، القصاص في الفقه الإسلامي، « دار الشروق، الطبعة الخامسة، 1989م ».
- 14- أحمد فتحي بهنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، (دراسة فقهية مقارنة)، « دار الشروق، القاهرة، الطبعة الرابعة، 1988م ».
- 15- أحمد فرج حسين، المدخل للفقه الإسلامي، (تاريخ الفقه الإسلامي)، « منشورات الحلبي الحقوقية، 2002م ».
- 16- أحمد محمود الشافعي، رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي، سالم الشافعي المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة، « منشورات الحلبي الحقوقية، 2003م ».
- 17- أحمد هبة، موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم والعقاب « عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الأولى، 1985م ».
- 18- الآمدي، الأحكام في أصول الأحكام، « دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، 1984م ».
- 19- الخرشبي، شرح مختصر خليل، « دار الفكر للطباعة، بيروت ».

- 20- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، « دار الفكر ».
- 21- السرخسي أبو بكر، أصول السرخسي، « دار المعرفة، لبنان ».
- 22- السيد سابق، فقه السنة، « دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثامنة، 1987م ».
- 23- السيوطي، الأشباه والنظائر، « دار الكتاب العربي، الطبعة الرابعة، 1988م ».
- 24- الشاطبي، الموافقات، « دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية، 1996م ».
- 25- الشافعي الأم، « دار الكتب العلمية الطبعة الأولى، 1993م، دار المعرفة بيروت 1990م ».
- 26- الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، « دار الفكر العربي ».
- 27- القرافي، الذخيرة، « دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1994م ».
- 28- القرطبي، جامع الأحكام الفقهية، « دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1994م ».
- 29- برهان الدين إبراهيم بن علي بن أبي القاسم ابن محمد بن فرحون المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام، « مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة الطبعة الأولى، 1986، دار عالم الكتب الرياض، 2003م ».
- 30- بن القيم الجوزية، الطب النبوي، « مؤسسة المعارف، لبنان، الطبعة الأولى، 2003م ».
- 31- بن القيم الجوزية، تحفة المودود بأحكام المولود، « دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع ».
- 32- بن أمير الحاج، التقرير والتحبير، « دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الثانية، 1983م ».
- 33- جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاش، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، « دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1995م ».
- 34- حسن علي الشاذلي، حكم نقل أعضاء الإنسان في الفقه الإسلامي، « كتاب الجمهورية، مصر، 1989م ».
- 35- حسين خلف الجبوري، عوارض الأهلية عند الأصوليين، « جامعة أم القرى، الطبعة الثانية، 1988م ».
- 36- سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، « دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1996م ».

- 37- سعد الدين مسعود هلالى، القضايا الطبية المستحدثة وحيثيات أحكامها الشرعية من واقع توصيات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، « ندوات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية الخمسة عشر». «عشر».
- 38- سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، « دار الفكر 1995».
- 39- شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، « دار الفكر، 1992م».
- 40- شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، « دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى».
- 41- شهاب الدين القرافي، الفروق وبهامشه (القواعد السننية في الأسرار الفقهية لابن الشاطب)، « المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الأولى، 2002م».
- 42- عبد السلام محمد الشريف العالم، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي، « شركة، ELGA، الطبعة الثانية».
- 43- عبد اللطيف بن سعيد الغامدي، حقوق الإنسان في الإسلام، « أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، الطبعة الأولى، 2000م».
- 44- عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، « دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 2003م».
- 45- علاء الدين أبي بكر مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، « دار الكتاب العربي، لبنان، الطبعة الثانية، 1982».
- 46- علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البيزدوي، « دار الكتاب العربي، الطبعة الثالثة، 1997م».
- 47- علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، « دار إحياء التراث العربي، لبنان».
- 48- علي حسين أمين يونس، الألعاب الرياضية أحكامها وضوابطها ف الفقه الإسلامي، « دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2003».
- 49- علي خفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، « دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2000م».

- 50- علي محمد علي قاسم، نشوز الزوجة أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي، « دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004م».
- 51- عمر بن صالح بن عمر، مقاصد الشريعة عند العز بن عبد السلام، « دار النقاش للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2003م».
- 52- فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، « مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثالثة، 1984م».
- 53- كمال الدين بكرو، مسائل وأحكام فيما يمس جسد الإنسان، « دار الملتقى للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا، الطبعة الأولى، 2005م».
- 54- مجد الدين أبي البركات، المحرر في الفقه، « دار الكتاب العربي، بيروت».
- 55- محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، (الجريمة، العقوبة) « دار الفكر العربي، القاهرة، 1988م».
- 56- محمد الزحيلي، حقوق الإنسان في الإسلام، « دراسة مقارنة مع الإعلان العالمي والإعلان الإسلامي لحقوق الإنسان، « دار الكلم الطيب، بيروت، الطبعة الثالثة، 2003».
- 57- محمد أمين بن عمر عابدين، حاشية ابن عابدين، (رد المحتار على الدر المختار)، « دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 2003م».
- 58- محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، « دار المعرفة للطباعة والنشر، لبنان، الطبعة الخامسة، 1981م».
- 59- محمد بن غانم البغدادي، مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، « المطبعة الخيرية، مصر، الطبعة الأولى، 1308هـ».
- 60- محمد خالد عبد العزيز منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، « دار النفائس، عمان، الأردن 2004م».
- 61- محمد سلام مذکور، المدخل للفقه الإسلامي (تاريخه ومصادره ونظرياته العامة) « دار الكتاب الحديث».
- 62- محمد شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، « دار الشروق، الطبعة الحادية عشر، 1983».
- 63- محمد شلتوت، الفتاوى، « دار الشروق، القاهرة، الطبعة الثامنة عشر، 2004».

- 64- محمد عبد المنعم القيعي، نظرة القرآن إلى الجريمة والعقاب، « دار المنار للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، 1988م».
- 65- محمد عمارة، الإسلام وحقوق الإنسان (ضروريات، لا حقوق)، « عالم المعرفة، الكويت، 1985».
- 66- محمد كمال الدين إمام، نظرية الفقه في الإسلام (مدخل منهجي)، « المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1988م».
- 67- محمود بلال مهران، نظرية الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، « دار الثقافة العربية جامعة القاهرة، الطبعة الأولى، 1998م».
- 68- محي الدين أبي زكرياء يحيى بن شرف النووي، تكملة المجموع شرح المهذب، « منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، 2002م».
- 69- موفق الدين ابن قدامي، المغني ويليهِ الشرح الكبير، « دار الكتاب العربي، بيروت، 1983م».
- 70- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، « دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، 1999م».
- 71- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع « عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، الطبعة الأولى، 1997».
- 72- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، « دار الفكر، الطبعة الأولى، 1991م».
- 4/ الكتب القانونية.**
- 1- إبراهيم الشباسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري-القسم العام-، « الشركة العالمية للكتاب، دار الكتاب اللبناني».
- 2- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، « دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية عشر، 2014».
- 3- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، « الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، 2002».
- 4- أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، « الجزائر، يرقي للنشر، 2012-2013م».

- 5- أحمد أبو الروس، القصد الجنائي والمساهمة والمسؤولية الجنائية والشروع والدفاع الشرعي وعلاقة السببية، «المكتب الجامعي الحديث».
- 6- أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، «دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2005م».
- 7- أحمد شوقي عمر أبو خطوة، جرائم الاعتداء على الأشخاص، «دار النهضة العربية، 1993م».
- 8- أحمد عبد الدايم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، «منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 1999م».
- 9- أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء (دراسة مقارنة)، «دار النهضة العربية، القاهرة، 1987م».
- 10- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، «ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، 2002م».
- 11- أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، (دراسة مقارنة)، «دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009م».
- 12- أميرة عدلي، أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، «دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007م».
- 13- أمير فرج يوسف، مكافحة الاتجار بالبشر، «دار الكتاب الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى، 2010م».
- 14- أكرم نشأت إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، «الدار الجامعية للطباعة والنشر».
- 15- باسم شهاب، مبادئ القسم العام لقانون العقوبات، «ديوان المطبوعات الجامعية، وهران، 2007م».
- 16- بن شيخ لحسن، مبادئ القانون الجزائري العام، «دار هومه».
- 17- جابر محبوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي (دراسة مقارنة)، «دار النهضة العربية، القاهرة».

- 18- جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات-نظرية الجريمة، « ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1999م».
- 19- حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن (دراسة مقارنة)، « دار هومة، الجزائر، 2009م».
- 20- حسن صادق المرصفاوي، قانون العقوبات تشريعاً وقضاء في مائة عام، « منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 1994م».
- 21- حسين فريجة، شرح قانون العقوبات الجزائري، (جرائم الأشخاص، جرائم الأموال)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 2009م».
- 22- رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، « دار هومه، الجزائر، 2007م».
- 23- رايس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، « دار هومه، الجزائر».
- 24- رمسيس بهنام النظرية العامة للقانون الجنائي « منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 1997م».
- 25- سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، « دار الجامعة الجديدة للنشر، 2000م».
- 26- سمير عالية، شرح قانون العقوبات القسم العام، « مجد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان 2002م».
- 27- سمير عبد السميع الأوزن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم مدنياً وجنائياً وإدارياً « منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004م».
- 28- سوزان علي حسن، الوجيز في مبادئ القانون، «دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001م».
- 29- شريف الطباخ، جرائم الجرح والضرب وإعطاء المواد الضارة وإصابات العمل والعاهات في ضوء القانون والطب الشرعي، « دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2003م».
- 30- شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء، « دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2003م».

- 31- صابر محمد محمد سيد، محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة، « دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، 2008م».
- 32- عادل صديق، جرائم الجرح والضرب وإعطاء المواد الضارة، « النشر الذهبي للطباعة، الطبعة الأولى، 1995-1996م».
- 33- عادل قوره، محاضرات في قانون العقوبات القسم العام الجرمية، « ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، 1954م».
- 34- عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدلة والمستشفيات، (المدنية والجنائية والتأديبية)، «منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2000م».
- 35- عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، « دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008م».
- 36- عبد الفتاح محمد الصيفي، قانون العقوبات، النظرية العامة، « دار الهدى للمطبوعات».
- 37- عبد القادر بن تيشة، الخطأ الشخصي للطبيب في المستشفى العام، « دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011م».
- 38- عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به (دراسة مقارنة)، « دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م».
- 39- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائي (القسم العام-الجرميه)، « ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1998م».
- 40- عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، (النظرية العامة للحق)، « دار هومه 2010م».
- 41- علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات القسم العام، « منشورات الحلبي الحقوقية، 2002م».
- 42- علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم العام، « دار الجامعة 1998م».
- 43- علي عصام غصن، الخطأ الطبي، « منشورات زين الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2006م».
- 44- عمرو عيسى الفقي، جرائم الجرح والضرب والترويع، البلطجة، « المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، 1998م».

- 45- كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، « المكتبة القانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الدار العالمية للنشر والتوزيع، 2002م».
- 46- كامل السعيد، شرح قانون العقوبات (الجرائم الواقعة على الإنسان)، « دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006م».
- 47- ماجدة عدلي، الحق في سلامة الجسد، « مركز القاهرة لدراسة حقوق الإنسان، الطبعة الأولى، 2007م».
- 48- ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص)، « المكتبة القانونية بغداد، الطبعة الثانية، 1988م».
- 49- محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون (المدخل إلى القانون- نظرية الالتزام)، «منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002م».
- 50- محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، (المدخل إلى القانون والالتزامات)، « كلية الحقوق، دار الجامعة الجديدة، 2002م».
- 51- محمد حسن منصور، المسؤولية الطبية، « دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006م».
- 52- محمد حسن منصور، المسؤولية الطبية، الطبيب الجراح- طبيب الأسنان- الصيدلي- التمريض- العيادة- المستشفى- الأجهزة الطبية- « دار الجامعة الجديدة 2011م».
- 53- محمود زكي شمس، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية (المدنية-الجزائية)، «مؤسسة غبور للطباعة، دمشق، الطبعة الأولى، 1999م».
- 54- محمد سعيد نمور، الجرائم الواقعة على الأشخاص في قانون العقوبات الأردني، « دار عمار، الأردن، الطبعة الثالثة، 2000م».
- 55- محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات القسم الخاص (الجرائم الواقعة على الأشخاص)، «الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2002م».
- 56- محمد شتا أبو سعد، البراءة في الأحكام الجنائية وأثرها في رفض الدعوى المدنية، « منشأة المعارف، الطبعة الثالثة، 1997م».
- 57- محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم الخاص)، « ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 1990م».

- 58- علي محمد جعفر، قانون العقوبات (القسم الخاص)، « المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر».
- 59- محمد فؤاد عبد الباسط، تراجع فكرة الخطأ أساساً لمسؤولية المرفق الطبي العام، « توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003م».
- 60- محمود أحمد طه، الحماية الجنائية للطفل المجني عليه، « أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى، الرياض، 1999م».
- 61- محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، « دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004م».
- 62- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني (القسم العام)، « دار النهضة العربية، 1984م».
- 63- مديحة فؤاد الخضري عقيد، أحمد بسيوني أبو الروس، الطب الشرعي ومسرح الجريمة والبحث الجنائي، « المكتبة الجامعية».
- 64- مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، (النظرية العامة للقانون)، « منشورات الحلبي الحقوقية، 2002م».
- 65- معوض سيد عبد التواب، سينوت حليم دوس، الطب الشرعي والتحقيق الجنائي والأدلة الجنائية « الطبعة الثانية، 1999م».
- 66- منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، « مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2002م».
- 67- منذر الفضل، المسؤولية الطبية (دراسة مقارنة)، « دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2012م».
- 68- منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، « جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، الطبعة الأولى، 2004م».
- 69- منير رضا حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقهاء الفرنسي والمصري، « دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2007م».
- 70- نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، « منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الرابعة، 2004م».

- 71- نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، (شرح 50 جريمة ملحق بها الجرائم المستحدثة بموجب القانون.01.09)، « دار الهدى، الجزائر، 2009م».
- 72- نظام توفيق المحالي، شرح قانون العقوبات القسم العام (النظرية العامة للجريمة)، « كلية الحقوق، جامعة مؤتة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1998م».
- 73- هجيرة دنوبي، بن الشيخ لحسن، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، « الدار الجامعية للمنشورات الجامعية، الطبعة الثانية».
- 74- هشام عبد العزيز مبارك، الاتجار بالبشر بين الواقع والقانون، « مملكة البحرين، 2010م».
- 75- همام محمد محمد، رمضان أبو السعود، المبادئ الأساسية في القانون، « منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995-1996م».
- 5/ كتب المقارنة « الفقه الإسلامي - القانون الوضعي ».**
- 1) أسامة السيد عبد السميع، مدى مشروعية التصرف في جسم الآدمي في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، « دار النهضة العربية».
- 2). السيد محمود عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر، « كلية الشريعة والقانون، أسيوط، الطبعة الأولى 2002».
- 3). باحمد أرفيس، مراحل الحمل والتصرفات الطبية في الجنين بين الشريعة الإسلامية والطب المعاصر، « الجزائر، الطبعة الثانية، 2005».
- 4). بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري، (دراسة مقارنة)، « ديوان المطبوعات الجامعية، 2011».
- 5). حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، (دراسة مقارنة)، « دار شتات للنشر والبرمجيات، 2007م».
- 6). خالد عبد العظيم أبو غاية، التعقيم وأحكامه، (دراسة مقارنة بين الطب والدين والقانون)، « كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، الطبعة الأولى، 2008».
- 7). زوييدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، «دار الهدى الجزائر، 2010م».

- 8) سامي جميل الفياض الكبيسي، رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة، « دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، 2005م».
- 9) سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون « دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1999م».
- 10) . طبلية القطب محمد القطب، محاضرات في الإسلام وحقوق الإنسان (دراسة مقارنة)، «دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، 1984م».
- 11) . عامر أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الاصطناعي، (دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي)، «الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2001م».
- 12) . عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقہ الإسلامي، (دراسة مقارنة بالفقہ الغربي)، « منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الثانية، 1998».
- 13) . عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي «دار الكتاب العربي، بيروت».
- 14) . عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم (دراسة جنائية مقارنة)، « دار الفكر والقانون، المنصورة، 2008».
- 15) . محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقہ الإسلامي (دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون) « دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1989».
- 16) . محمد الحسيني، عمليات التجميل الجراحية ومشروعيتها الجزائية بين الشريعة والقانون، «سلسلة دراسات فقهية، مركز ابن إدريس الحلبي للدراسات الفقهية، الطبعة الأولى، 2008».
- 17) . محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد، (دراسة في القانون المدني والشريعة الإسلامية)، « دار النهضة العربية، القاهرة، 1995م، 1996م».
- 18) . محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي غي الفقہ الإسلامي (دراسة مقارنة) « عالم الكتب، جامعة القاهرة، الطبعة الأولى، سبتمبر 1983م».
- 19) . نسرين عبد الحميد نبيه، نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، « دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008م».

20) . نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، « الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، 2003م».

21) . نهي القاطرجي، جريمة الاغتصاب في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي « مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، الطبعة الأولى، 2003».

6/ الرسائل الجامعية.

أ- رسائل الدكتوراه:

1. علي قصير، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري « بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق، قسم العلوم القانونية 2008».

2. محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، « رسالة دكتوراه مقدمة للجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، مكتبة الصحابة، جدة الشرقية، الطبعة الثانية 1994».

3. محمود محمد محمد، حق الله وحق العبد في الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة بالقانون الوضعي)، « رسالة دكتوراه بالأزهر».

4. يوسف بوشي، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائياً، (دراسة مقارنة)، «رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون الخاص، 2012-2013».

ب- رسائل الماجستير:

1- بلعيد بوخرس، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، « مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع- قانون المسؤولية المدنية- جامعة مولود معمري تيزي وزو، تاريخ المناقشة 2011/10/05م»

2- خالد بن النوى، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسؤولية المدنية، « رسالة ماجستير، دار الفكر والقانون، طبعة 2010».

3- خالد بن محمد سليمان المرزوق، جريمة الاتجار بالنساء والأطفال وعقوباتها في الشريعة الإسلامية، « رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2005/10/22».

- 4- سامية بومدين، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها « مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، 2011/02/28».
- 5- سوزان وفيق محمد أبو مطر، التعديل الجراحي على جسم الإنسان، « رسالة مقدمة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة، كلية الشريعة والقانون، أبريل 2009».
- 6- شوكت محمد العمري، حقوق الإنسان السياسية والمدنية في الشريعة الإسلامية « رسالة ماجستير، الأزهر، 1980».
- 7- صحراء داودي، مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية، « مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع علوم قانونية، تخصص قانون خاص، جامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، ورقلة، 2006/06/17».
- 8- عصمت الله عنایت الله محمد، الانتفاع بأجزاء الآدمي في الفقه الإسلامي، « رسالة ماجستير، جامعة أم القرى، قسم الدراسات العليا الشرعية فرع الفقه والأصول، 1407هـ، 1408هـ».
- 9- ليندة بغدادي، حق الإنسان في التصرف بجسده بين القانون الوضعي والتقدم العلمي « مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الدولي لحقوق الإنسان، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، كلية الحقوق والعلوم التجارية، 2006/01/18».
- 10- نائل محمد يحيى، المسؤولية الجنائية عن خطأ التأديب والتطبيب-دراسة فقهية مقارنة، «رسالة ماجستير في الفقه المقارن، جامعة الأزهر، غزة، قسم الدراسات الإسلامية، 2012».
- 11- نافذ ذيب أبو عبيدة، التدابير الشرعية الوقائية لحفظ العقل، « قدمت الرسالة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2011/09/13».
- 12- هجيرة خدام، التلقيح الاصطناعي، (دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري)، « مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2006-2007».

7/ المجالات والمقالات.

- 1- أكرم محمود حسين البدو، بيرك فارس حسين، الحق في سلامة الجسم (دراسة تحليلية مقارنة)، « الرائدین للحقوق مجلد 9، السنة الثانية عشر، العدد 39، 2007 ».
- 2- إلهام عبد الله باجنيد، موقف الشريعة الإسلامية من العمليات الجراحية التجميلية، « بحث مقدم في جدة، 1428/11/23 هـ، 2007م ».
- 3- بوشي يوسف، حماية الجسم البشري من التلوث البيئي في القانون والإتفاقيات الدولية، (مجلة الفقه والقانون، 10 أكتوبر 2012).
- 4- جمال الذيب، الجراحة التجميلية في الشريعة الإسلامية، « الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق، يومي 23-24/01/2008 ».
- 5- رشيدة الجلاصي بلخيرية، « حقوق الإنسان بين الكونية والخصوصية » (مجلة الكريديف، مركز البحوث والدراسات والتوثيق والإعلام حول المرأة، العدد 39، مارس 2009).
- 6- عبد الحافظ عبد الهادي عبد الحميد، الآثار الاقتصادية والاجتماعية لظاهرة الإتجار بالأشخاص « ندوة علمية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية الرياض 15-17/03/2004م ».
- 7- عبد الرحمن بن ابراهيم الشاعر، الإتجار بالبشر في التعليم الأمني (تصور مقترح) «الرياض 2008 ».
- 8- عبد القادر عبد الحافظ الشبخلي، تجريم الإتجار بالأعضاء البشرية في القوانين والإتفاقيات الدولية، « ندوة مكافحة الاتجار بالأشخاص والأعضاء، منشورات جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2004م ».
- 9- علا رحيم، حق المتهم في سلامة جسمه، « مجلة جامعة ذي قار، المجلد 6، العدد 4، أيلول 2011 ».
- 10- علي حسن الشرفي، تجريم الاتجار بالنساء واستغلالهن في القوانين والإتفاقيات الدولية، «ندوة علمية في مقر جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 15-17/03/2004م».
- 11- فتيحة محمد قوراري، المواجهة الجنائية لجرائم الإتجار بالبشر (دراسة في القانون الإماراتي المقارن)، « مجلة الشريعة والقانون، العدد الأربعون، أكتوبر 2009 ».

- 12- محمد السيد عرفة، تجريم الإتجار بالأطفال في القوانين والاتفاقيات الدولية، « ندوة علمية في مقر جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 15-17/03/2004م».
- 13- محمد فتحي عيد، عصابات الإجرام المنظم ودورها في الاتجار بالأشخاص، « ندوة علمية في مقر جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 15-17/03/2004م».
- 14- نجاد البرعي، الحق في سلامة الجسم بين الشريعة - الدستور - القانون - القضاء والمواثيق الدولية، « المجموعة المتحدة محامون مستشارون قانونيون وإقتصاديون وحدة البحث والتدريب ».
- 15- هاني بن عبد الله بن محمد الجبير، الأخطاء الطبية في ميزان القضاء، « مجلة العدد 140، العدد الثاني والعشرون - ربيع الآخر 1425هـ ».
- 16- وفاء شيعاوي، المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية، « الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق، يومي 23-2008/01/24 ».
- 17- المجلة القضائية الجزائرية، العدد 2، 1996، ملف رقم 75670 قرار بتاريخ 13/01/1991.

8/ كتب اللغة والمعاجم والموسوعات.

- 1- ابن منظور، لسان العرب، « دار بيروت للطباعة والنشر ».
- 2- الفيروزآبادي، القاموس المحيط، « دار الجيل، بيروت، 1952م ».
- 3- المعلم بطرس البستاني، محيط المحيط، قاموس مطور للغة العربية، « مكتبة لبنان، 1998م ».
- 4- الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة، (قسم الفقه الطبي)، « جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، مركز التميز البحثي، الطبعة الأولى 2014م ».

9/ كتب علم النفس.

- 1- أحمد عزت راجح، أصول علم النفس، « دار القلم بيروت، لبنان ».
- 2- شيلي تايلور، علم النفس الصحي، « دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى 2008م ».
- 3- فاخر عاقل، علم النفس، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة التاسعة، 1984م ».

10 / القوانين الجزائرية.

- الدستور الجزائري « استفتاء 28 نوفمبر 1996 ».
- القانون رقم 01/90 المؤرخ في 25 فبراير 2009م، المعدل والمتمم للأمر 156/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966م والمتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
- القانون رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق ل 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.
- القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985، الجريدة الرسمية عدد (8)، مؤرخ في 17 فبراير 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم.
- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 6 يوليو 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية عدد (52) مؤرخ في 8 يوليو 1992.

11 / المواثيق والبروتوكولات والاتفاقيات الدولية.

- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، « اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة، المؤرخ في 16 كانون الأول / ديسمبر 1966، تاريخ بدء النفاذ 23 مارس 1976 ».
- بروتوكول منع وقمع معاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطن « اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة الخامسة والخمسون، المؤرخ في تشرين الثاني، نوفمبر 2000 ».

فهرس الموضوعات

| | |
|----|---|
| أ |مقدمة |
| | الفصل التمهيدي |
| 13 | الأساس الشرعي والقانوني للحق في السلامة الجسدية |
| 14 | المبحث الأول: تعريف الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي..... |
| 14 | المطلب الأول: تعريفه لغة..... |
| 14 | المطلب الثاني: تعريف الحق عند قدامى الفقهاء والأصوليين..... |
| 14 | الفرع الأول: معنى الحق عند الفقهاء القدامى..... |
| 16 | الفرع الثاني: معنى الحق عند الأصوليين القدامى..... |
| 17 | المطلب الثالث: تعريف الحق عند المعاصرين..... |
| 17 | الفرع الأول: تعريف الحق بالمصلحة..... |
| 18 | الفرع الثاني: تعريف الحق بالاختصاص..... |
| 19 | الفرع الثالث: تعريف الحق بالشيء الثابت..... |
| 19 | المطلب الرابع: التعريف المختار للحق في الفقه الإسلامي..... |
| 21 | المطلب الخامس: معنى الحق عند فقهاء القانون..... |
| 21 | الفرع الأول: رأي المنكرين لفكرة الحق..... |
| 21 | الفرع الثاني: رأي المثبتين لفكرة الحق..... |
| 21 | الفرع الثالث: تعريف الحق في القانون الوضعي..... |
| 22 | أولاً: الاتجاهات التقليدية..... |

| | |
|----|---|
| 24 | ثانياً: الاتجاهات الحديثة. |
| 25 | ثالثاً: التعريف المختار للحق في القانون. |
| 26 | المبحث الثاني: مصادر الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. |
| 26 | المطلب الأول: مصادر الحق في الفقه الإسلامي. |
| 26 | الفرع الأول: منشأ الحق خطابات الشارع الآمرة والناهية على وجه الإلزام. |
| 27 | الفرع الثاني: منشأ الحقوق التنوع في الطلب. |
| 27 | المطلب الثاني: مصادر الحق في القانون الوضعي. |
| 27 | الفرع الأول: الواقعة القانونية. |
| 27 | أولاً: وقائع طبيعية. |
| 28 | ثانياً: الأعمال المادية. |
| 28 | الفرع الثاني: التصرف القانوني. |
| 28 | أولاً: العقود. |
| 28 | ثانياً: الإرادة المنفردة. |
| 29 | المبحث الثالث: أقسام الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. |
| 29 | المطلب الأول: أقسام الحق في الفقه الإسلامي. |
| 29 | الفرع الأول: مفهوم حق الله وحق العبد. |
| 29 | أولاً: الأحناف. |
| 30 | ثانياً: المالكية. |
| 30 | الفرع الثاني: تقسيم الحق باعتبار صاحبه. |

| | |
|----|--|
| 30 | أولاً: تقسيم الحنفية. |
| 31 | ثانياً: تقسيم المالكية. |
| 32 | ثالثاً: أساس التفرقة بين الحق عند الأحناف والشاطبي. |
| 33 | الفرع الثالث: تقسيم الحق باعتبار محله. |
| 33 | أولاً: الحقوق المالية وغير مالية. |
| 33 | ثانياً: الحق الشخصي والحق العيني. |
| 33 | ثالثاً: الحقوق المجردة والحقوق غير المجردة. |
| 34 | المطلب الثاني: أقسام الحق في القانون الوضعي. |
| 35 | الفرع الأول: الحقوق المالية. |
| 35 | أولاً: الحق الشخصي. |
| 35 | ثانياً: الحق العيني. |
| 35 | الفرع الثاني: الحقوق غير المالية. |
| 36 | أولاً: الحقوق السياسية. |
| 36 | ثانياً: حقوق الأسرة. |
| 36 | ثالثاً: الحقوق العامة أو الحقوق الشخصية. |
| 38 | المبحث الرابع: مفهوم الحق في السلامة الجسدية للإنسان وموقعه من الحقوق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. |
| 38 | المطلب الأول: المفهوم المادي والنفسي للإنسان والجسد. |
| 38 | الفرع الأول: مفهوم الجسد الإنساني. |

- 38 الفرع الثاني: وحدة الإنسان.....
- 39 الفرع الثالث: عناصر الجسد الإنساني.....
- 39 أولاً: الأعضاء.....
- 40 ثانياً: منتجات الجسم.....
- 40 ثالثاً: مخلفات وبقايا العمليات الجراحية.....
- 41 المطلب الثاني: مفهوم الحق في السلامة الجسدية في القانون والطب.....
- 41 الفرع الأول: التعريف القانوني للحق في سلامة الجسم.....
- 42 الفرع الثاني: المفهوم الطبي للحق في سلامة الجسم.....
- 43 الفرع الثالث: عناصر التكامل الجسدي.....
- 44 المطلب الثالث: موقع حق السلامة الجسدية للإنسان من الحقوق في الفقه الإسلامي
والقانون الوضعي.....
- 44 الفرع الأول: موقع حق السلامة الجسدية للإنسان من أقسام الحقوق في الفقه
الإسلامي.....
- 45 الفرع الثاني: موقع حق السلامة الجسدية للإنسان من أقسام الحقوق في القانون
الوضعي.....
- 46 المبحث الخامس: الطبيعة الشرعية والقانونية للحق في السلامة الجسدية للإنسان.....
- 46 المطلب الأول: صفة الحق في السلامة الجسدية.....
- 46 الفرع الأول: الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم.....
- 46 الفرع الثاني: الطابع الاجتماعي للحق في سلامة الجسم.....

| | | |
|----|-------|--|
| 47 | | الفرع الثالث: الطابع الفردي والاجتماعي للحق في سلامة الجسم..... |
| 48 | | المطلب الثاني: حكم جسد الإنسان من حيث المالية والطهارة والملك..... |
| 48 | | الفرع الأول: مالية جسد الإنسان..... |
| 48 | | أولاً: مقياس اعتبار الشيء مالاً..... |
| 49 | | ثانياً: عدم اعتبار جسم الآدمي مالاً..... |
| 50 | | ثالثاً: مالية أطراف الإنسان..... |
| 51 | | الفرع الثاني: نظرة الفقهاء إلى جسم الآدمي وأعضائه المفصولة..... |
| 52 | | أولاً: طهارة بدن الإنسان المسلم الحي مطلقاً..... |
| 53 | | ثانياً: طهارة بدن الإنسان حياً ونجاسته ميتاً..... |
| 54 | | ثالثاً: طهارة بدن الإنسان مطلقاً..... |
| 56 | | المبحث السادس: الضمانات الشرعية للحق في السلامة الجسدية |
| 56 | | المطلب الأول: تشريع القصاص..... |
| 56 | | الفرع الأول: مفهوم القصاص وبيان مشروعيته والحكمة منه..... |
| 56 | | أولاً: مفهوم القصاص في القرآن الكريم والسنة النبوية..... |
| 57 | | ثانياً: مصادر مشروعية القصاص..... |
| 61 | | ثالثاً: الحكمة من تشريع القصاص..... |
| 62 | | الفرع الثاني: حالات وجوب القصاص..... |
| 63 | | الفرع الثالث: شروط وجوب القصاص..... |
| 65 | | الفرع الرابع: أسباب سقوط القصاص..... |

| | |
|----|--|
| 66 | المطلب الثاني: الجرائم ما دون النفس..... |
| 66 | الفرع الأول: أقسامها..... |
| 68 | الفرع الثاني: شروط القصاص فيما دون النفس..... |
| 70 | المطلب الثالث: تكريم الإنسان واستخلافه في الأرض..... |
| 70 | الفرع الأول: مظاهر تكريم الإسلام للإنسان..... |
| 70 | أولاً: التكريم بالإيمان..... |
| 71 | ثانياً: التكريم بالخلقة..... |
| 71 | ثالثاً: تكريم الإنسان بجعل النبوة في جنسه..... |
| 72 | رابعاً: التكريم بالحلال في المطعم والمشرب..... |
| 72 | خامساً: التكريم بأمر الملائكة السجود لآدم..... |
| 73 | الفرع الثاني: استخلاف الإنسان في الأرض..... |
| 73 | أولاً: مفهوم الخلافة في القرآن الكريم..... |
| 73 | ثانياً: وظيفة الخلافة في الأرض..... |

الباب الأول

75

السلامة الجسدية و أسباب الإباحة

| | |
|----|--|
| 77 | الفصل الأول: السلامة الجسدية و استعمال حق التأديب..... |
| 78 | المبحث الأول: حق تأديب الزوجة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي..... |
| 78 | المطلب الأول: حق تأديب الزوجة في الفقه الإسلامي..... |
| 78 | الفرع الأول: أصل تأديب الزوجة في الفقه الإسلامي..... |

| | |
|----|---|
| 78 | أولاً: القرآن الكريم..... |
| 79 | ثانياً: السنة النبوية..... |
| 80 | ثالثاً: الأثر..... |
| 80 | رابعاً: الإجماع..... |
| 81 | الفرع الثاني: دواعي التأديب..... |
| 81 | أولاً: مفهوم النشوز..... |
| 81 | ثانياً: أسباب نشوز الزوجة..... |
| 85 | الفرع الثالث: المسؤولية الجنائية في ضمان تلف الزوجة المؤدبة في الفقه الإسلامي.... |
| 86 | المطلب الثاني: حق تأديب الزوجة في القانون الوضعي..... |
| 86 | الفرع الأول: نشأة الحق في التأديب في القانون الوضعي..... |
| 86 | أولاً: القانون الفرنسي..... |
| 87 | ثانياً: القانون اللبناني..... |
| 87 | ثالثاً: القانون الأردني..... |
| 88 | رابعاً: القانون المصري..... |
| 89 | الفرع الثاني: شروط تأديب الزوجة في القانون الوضعي..... |
| 89 | أولاً: وجود الحق..... |
| 89 | ثانياً: التزام قيود التأديب..... |
| 89 | ثالثاً: حسن النيّة..... |

| | |
|----|--|
| 90 | المطلب الثالث: حق تأديب الزوجة في القانون الجزائري..... |
| 90 | الفرع الأول: نشأة الحق في التأديب في القانون الجزائري..... |
| 90 | أولاً: قانون العقوبات الجزائري..... |
| 90 | ثانياً: القانون المدني الجزائري..... |
| 90 | ثالثاً: الدستور الجزائري..... |
| 91 | الفرع الثاني: شروط تأديب الزوجة في القانون الجزائري..... |
| 91 | الفرع الثالث: أحكام نشوز الزوجة في قانون الأسرة الجزائري..... |
| 93 | المبحث الثاني: حق تأديب الصغار في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي..... |
| 93 | المطلب الأول: حق تأديب الصغار في الفقه الإسلامي..... |
| 93 | الفرع الأول: أصل تأديب الصغار في الفقه الإسلامي..... |
| 93 | أولاً: القرآن الكريم..... |
| 93 | ثانياً: السنة النبوية الشريفة..... |
| 94 | ثالثاً: الأئمة..... |
| 94 | رابعاً: المعقول..... |
| 95 | الفرع الثاني: ولاية التأديب في الفقه الإسلامي..... |
| 95 | الفرع الثالث: ما يؤدب فيه الصغار في الفقه الإسلامي..... |
| 95 | الفرع الرابع: شروط تأديب الصغار في الفقه الإسلامي..... |
| 96 | الفرع الخامس: المسؤولية الجنائية في ضمان تلف الصغير المؤدب في الفقه الإسلامي.. |

| | |
|-----|---|
| 96 |المطلب الثاني: حق تأديب الصغار في القانون الوضعي..... |
| 96 |الفرع الأول: الأساس القانوني لحق تأديب الصغار في القانون الوضعي..... |
| 96 |أولاً: القانون اللبناني..... |
| 96 |ثانياً: القانون الأردني..... |
| 97 |ثالثاً: القانون المصري..... |
| 97 |الفرع الثاني: شروط تأديب الصغار في القانون الوضعي..... |
| 97 |أولاً: وقوع معصية من الطفل توجب تأديبه..... |
| 97 |ثانياً: أشخاص التأديب..... |
| 98 |ثالثاً: الأولاد الخاضعين لحق التأديب..... |
| 98 |رابعاً: صفة التأديب..... |
| 99 |خامساً: تجاوز حدود التأديب..... |
| 99 |سادساً: غاية التأديب..... |
| 100 |المطلب الثالث: حق تأديب الصغار في القانون الجزائري..... |
| 100 |الفرع الأول: أساس تأديب الصغار في القانون الجزائري..... |
| 101 |الفرع الثاني: شروط تأديب الأولاد في القانون الجزائري..... |
| 101 |أولاً: ولاية التأديب..... |
| 101 |ثانياً: سن التأديب..... |
| 101 |ثالثاً: صفة الضرب..... |
| 102 |رابعاً: عدم تجاوز حدود التأديب..... |

| | |
|-----|---|
| 104 | الفصل الثاني: السلامة الجسدية و ممارسة الألعاب الرياضية. |
| 105 | المبحث الأول: الحق في ممارسة الألعاب الرياضية في الفقه الإسلامي. |
| 106 | المطلب الأول: مشروعية الألعاب الرياضية في الفقه الإسلامي. |
| 106 | الفرع الأول: القرآن الكريم. |
| 106 | الفرع الثاني: السنة النبوية الشريفة. |
| 107 | الفرع الثالث: الأثر. |
| 108 | الفرع الرابع: الإجماع. |
| 108 | المطلب الثاني: علة إباحة الألعاب الرياضية في الفقه الإسلامي. |
| 109 | المطلب الثالث: شروط إباحة ممارسة الألعاب الرياضية في الفقه الإسلامي. |
| 109 | الفرع الأول: إباحة النشاط الرياضي. |
| 110 | الفرع الثاني: وجوب اجتناب إلحاق الأذى والضرر الجسدي بالآخرين. |
| 110 | الفرع الثالث: رضا اللاعبين بممارسة اللعبة. |
| 111 | المطلب الرابع: المسؤولية الجنائية عن الإصابات في الألعاب الرياضية في الفقه الإسلامي.... |
| 112 | المبحث الثاني: الحق في ممارسة الألعاب الرياضية في القانون الوضعي. |
| 112 | المطلب الأول: الأساس القانوني للحق في ممارسة الألعاب الرياضية في القانون الوضعي..... |
| 112 | المطلب الثاني: علة ممارسة الألعاب الرياضية في القانون الوضعي..... |
| 113 | المطلب الثالث: شروط ممارسة الألعاب الرياضية في القانون الوضعي..... |
| 115 | المطلب الرابع: المسؤولية الجنائية عن الإصابات في الألعاب الرياضية في القانون الوضعي.... |

| | |
|-----|---|
| 117 | الفصل الثالث: السلامة الجسدية و إباحة الدفاع الشرعي |
| 118 | المبحث الأول: حق الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي |
| 118 | المطلب الأول: مفهوم الدفاع الشرعي وبيان مصدره في الفقه الإسلامي |
| 118 | الفرع الأول: المفهوم اللغوي لفعل الدفاع الشرعي أو دفع الصائل |
| 118 | الفرع الثاني: تعريف الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي |
| 119 | الفرع الثالث: مصدر الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي |
| 119 | أولاً: القرآن الكريم |
| 121 | ثانياً: السنة النبوية |
| 123 | المطلب الثاني: حكم الدفاع الشرعي وإثباته في الفقه الإسلامي |
| 123 | الفرع الأول: حكم الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي |
| 123 | أولاً: حكم الدفاع عن العرض |
| 123 | ثانياً: حكم الدفاع عن النفس |
| 124 | ثالثاً: حكم الدفاع عن المال |
| 125 | الفرع الثاني: إثبات الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي |
| 125 | المطلب الثالث: أركان الدفاع الشرعي وآثاره في الفقه الإسلامي |
| 125 | الفرع الأول: أركان الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي |
| 125 | أولاً: ركن الإعتداء وشروطه |
| 126 | ثانياً: ركن الدفاع وشروطه |

- 128 الفرع الثاني: آثار الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي
- 128 أولاً: الآثار الجنائية للدفاع الشرعي
- 128 ثانياً: الآثار المدنية للدفاع الشرعي
- 129 المطلب الرابع: تجاوز حدود الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي
- 129 الفرع الأول: مفهوم التجاوز وتحديد معايير في الفقه الإسلامي
- 129 أولاً: مفهوم التجاوز في الفقه الإسلامي
- 129 ثانياً: معايير تجاوز حدود الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي
- 130 الفرع الثاني: شروط التجاوز وأنواعه في الفقه الإسلامي
- 130 أولاً: : شروط التجاوز في الفقه الإسلامي
- 130 ثانياً: أنواع التجاوز في الفقه الإسلامي
- 132 المبحث الثاني: حق الدفاع الشرعي في القانون الوضعي
- 132 المطلب الأول: تعريف الدفاع الشرعي وبيان طبيعته وأساسه القانوني في القانون الوضعي..
- 132 الفرع الأول: تعريف الدفاع الشرعي في القانون الوضعي
- 132 الفرع الثاني: طبيعة الدفاع الشرعي
- 134 الفرع الثالث: الأساس القانون للدفاع الشرعي
- 136 الفرع الرابع: مصدر الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري
- 137 المطلب الثاني: حكم الدفاع الشرعي وإثباته في القانون الوضعي
- 137 الفرع الأول: حكم الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري
- 137 الفرع الثاني: إثبات الدفاع الشرعي في القانون الوضعي

- 138المطلب الثالث: أركان الدفاع الشرعي وآثاره في القانون الجزائري.....
- 138الفرع الأول: أركان الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري.....
- 138أولاً: ركن الاعتداء وشروطه.....
- 142ثانياً: ركن الدفاع وشروطه.....
- 144الفرع الثاني: آثار الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري.....
- 145الفرع الثالث: الحالات الممتازة للدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري.....
- 145أولاً: الحالات الممتازة للدفاع الشرعي.....
- 145ثانياً: أحكام الحالات الممتازة للدفاع الشرعي.....
- 147ثالثاً: القرينة القانونية للمادة (40) من قانون العقوبات الجزائري.....
- 149المطلب الرابع: تجاوز الدفاع الشرعي في القانون الوضعي.....
- 149الفرع الأول: مفهوم التجاوز وتحديد معايير في القانون الوضعي.....
- 149أولاً: مفهوم التجاوز في القانون الوضعي.....
- 149ثانياً: معايير تجاوز حدود الدفاع الشرعي.....
- 150الفرع الثاني: شروط التجاوز وأنواعه في القانون الوضعي.....
- 150أولاً: شروط التجاوز في القانون الوضعي.....
- 151ثانياً: أنواع التجاوز في القانون الوضعي.....
- 151الفرع الثالث: القيود الواردة على الدفاع الشرعي في القانون الوضعي.....
- 151أولاً: حظر مقاومة ضابط الشرطة القضائية.....

| | |
|-----|---|
| 153 |ثانياً: عدم جواز مقاومة التأديب المشروع |
| 153 |الفرع الرابع: تجاوز حدود الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري |
| 154 |أولاً: حالة تعرض شخص لضرب شديد من شخص آخر |
| 154 |ثانياً: حالة ارتكاب جريمة قتل أو جرح أو ضرب لدفع الخطر |
| 158 | الفصل الرابع: السلامة الجسدية و الأعمال الطيبة |
| 159 |المبحث الأول: الأعمال الطيبة في الفقه الإسلامي |
| 159 |المطلب الأول: مشروعية الأعمال الطيبة وعلّة إباحتها في الفقه الإسلامي |
| 159 |الفرع الأول: مفهوم الأعمال الطيبة |
| 159 |أولاً: تعريف الطب لغوة |
| 159 |ثانياً: مفهوم الطب في الإصطلاح الفقهي |
| 160 |ثالثاً: مفهوم الطبيب |
| 160 |الفرع الثاني: مشروعية الأعمال الطيبة في الفقه الإسلامي |
| 161 |أولاً: دليل مشروعية الأعمال الطيبة في القرآن الكريم |
| 161 |ثانياً: دليل مشروعية الأعمال الطيبة في السنة النبوية |
| 162 |ثالثاً: دليل مشروعية الأعمال الطيبة في الإجماع و حكمها |
| 163 |رابعاً: دليل مشروعية الأعمال الطيبة من العقل |
| 164 |الفرع الثالث: أساس إباحة الأعمال الطيبة في الفقه الإسلامي |

| | |
|-----|---|
| 166 | المطلب الثاني: قيود إباحة الأعمال الطبية في الفقه الإسلامي..... |
| 166 | الفرع الأول: شروط الإباحة المتعلقة بإذن الله تعالى..... |
| 166 | أولاً: صفة المعالج..... |
| 167 | ثانياً: صفة العلاج..... |
| 168 | ثالثاً: وجوب اتباع أصول مهنة الطب..... |
| 168 | الفرع الثاني: شروط الإباحة المتعلقة بإذن المريض..... |
| 170 | المطلب الثالث: رفع المسؤولية الجنائية عن ممارسة الأعمال الطبية في الفقه الإسلامي..... |
| 170 | الفرع الأول: انتفاء مسؤولية الطبيب في الفقه الإسلامي..... |
| 171 | الفرع الثاني: اثبات مسؤولية الطبيب في الفقه الإسلامي..... |
| 171 | أولاً: المسؤولية التعاقدية للطبيب..... |
| 171 | ثانياً: المسؤولية الجنائية للطبيب..... |
| 173 | المبحث الثاني: الأعمال الطبية في القانون الوضعي..... |
| 173 | المطلب الأول: مضمون الأعمال الطبية في القانون الوضعي..... |
| 173 | الفرع الأول: مفهوم الأعمال الطبية في القانون الوضعي..... |
| 173 | أولاً: التعريف الفقهي..... |
| 173 | ثانياً: التعريف القانوني..... |
| 175 | الفرع الثاني: مشروعية الأعمال الطبية في القانون الوضعي..... |
| 175 | أولاً: انتفاء القصد الجنائي..... |

| | |
|-----|---|
| 176 | ثانياً: رضا المريض..... |
| 176 | ثالثاً: الترخيص القانوني..... |
| 177 | الفرع الثالث: إباحة الأعمال الطبية ومضمونها في التشريع الجزائري..... |
| 177 | أولاً: أساس إباحة الأعمال الطبية ومضمونها في التشريع الجزائري..... |
| 177 | ثانياً: مضمون الأعمال الطبية في التشريع الجزائري..... |
| 180 | المطلوب الثاني: شروط إباحة الأعمال الطبية في القانون الوضعي..... |
| 180 | الفرع الأول: ضرورة الترخيص لتبرير العمل..... |
| 180 | الفرع الثاني: احترام المبادئ والأصول المتبعة لممارسة المهنة..... |
| 181 | الفرع الثالث: مزاولة عمل طبي أو جراحي..... |
| 182 | الفرع الرابع: رضا المريض أو ممثليه بالعلاج أو توافر الضرورة..... |
| 183 | الفرع الخامس: أن يكون تدخل الطبيب بقصد العلاج..... |
| 188 | المطلوب الثالث: مراحل الأعمال الطبية في القانون الوضعي والتشريع الجزائري..... |
| 188 | الفرع الأول: مرحلة الفحص الطبي والتشخيص..... |
| 188 | أولاً: مرحلة الفحص الطبي..... |
| 188 | ثانياً: مرحلة التشخيص..... |
| 190 | الفرع الثاني: —مرحلة العلاج..... |
| 191 | الفرع الثالث: مرحلة الرقابة..... |

| | |
|-----|---|
| 193 | المطلب الرابع: رفع المسؤولية الجنائية عن ممارسة الأعمال الطبية في القانون الوضعي..... |
| 193 | الفرع الأول: المسؤولية الجنائية لفقدان شروط العمل الطبي..... |
| 193 | الفرع الثاني: المسؤولية الجنائية بتوافر شروط العمل الطبي..... |
| 197 | الفصل الخامس: السلامة الجسدية والتجارب الطبية..... |
| 198 | المبحث الأول: مفهوم التجارب الطبية وأهميتها..... |
| 198 | المطلب الأول: مفهوم التجارب الطبية..... |
| 198 | الفرع الأول: التجربة في اللغة..... |
| 198 | الفرع الثاني: التجربة إصطلاحاً..... |
| 199 | المطلب الثاني: أنواع التجارب الطبية..... |
| 199 | الفرع الأول: التجارب العلاجية..... |
| 199 | الفرع الثاني: التجارب الطبية العلمية أو المحضة..... |
| 200 | المطلب الثالث: أهمية التجارب الطبية..... |
| 200 | الفرع الأول: حتمية تطوير العلوم الطبية والبيولوجية..... |
| 200 | الفرع الثاني: دور التجارب العلمية في مسائل الجراحة..... |
| 201 | المبحث الثاني: الأساس القانوني للتجارب الطبية..... |
| 201 | المطلب الأول: الأساس القانوني للتجربة الطبية في التشريعات الغربية..... |
| 201 | الفرع الأول: القانون الأمريكي..... |
| 201 | الفرع الثاني: القانون الفرنسي..... |

| | |
|-----|---|
| 202 | المطلب الثاني: الأساس القانوني للتجربة الطبية في التشريعات العربية..... |
| 202 | الفرع الأول: القانون المصري..... |
| 203 | الفرع الثاني: القانون الجزائري..... |
| 205 | المبحث الثالث: شروط إجراء التجارب الطبية..... |
| 205 | المطلب الأول: شروط إجراء التجارب الطبية على الإنسان في القانون الوضعي..... |
| 205 | الفرع الأول: أن تكون التجربة الطبية قصد العلاج..... |
| 205 | الفرع الثاني: أن تكون فوائد التجربة أكبر من المخاطر المحتملة في مجال التجارب الطبية العلاجية..... |
| 206 | الفرع الثالث: أن يكون الخطر منعدماً في التجربة غير العلاجية..... |
| 206 | الفرع الرابع: الخبرة والكفاءة المهنية..... |
| 207 | الفرع الخامس: الأهلية..... |
| 208 | الفرع السادس: اتباع الإجراءات والمراحل العلمية المتعارف عليها..... |
| 209 | المطلب الثاني: شروط اجراء التجارب الطبية على الإنسان في القانون الجزائري..... |
| 209 | الفرع الأول: أن يكون هدف التجربة الطبية " العلاج "..... |
| 209 | الفرع الثاني: موافقة الشخص الخاضع للتجريب..... |
| 209 | الفرع الثالث: الحرص على سلامة الشخص الخاضع للتجربة..... |
| 210 | الفرع الرابع: موافقة المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية..... |
| 210 | الفرع الخامس: احترام الكيان الجسدي للشخص الخاضع للتجريب وكرامته الآدمية.... |
| 210 | الفرع السادس: التأكد من توافر الشروط الأمنية لسلامته البدنية والعقلية والنفسية .. |

| | |
|-----|--|
| 210 | الفرع السابع: تعويض الأضرار الناتجة عن التجربة. |
| 213 | الفصل السادس: السلامة الجسدية و المسؤولية الطبية. |
| 214 | المبحث الأول: أنواع المسؤولية الطبية. |
| 214 | المطلب الأول: المسؤولية المدنية. |
| 215 | المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية. |
| 215 | المطلب الثالث: المسؤولية التأديبية الإدارية. |
| 216 | المبحث الثاني: طبيعة المسؤولية الطبية. |
| 216 | المطلب الأول: الطبيعة العقدية للمسؤولية الطبية. |
| 216 | الفرع الأول: حجج القائلين بالطبيعة العقدية للمسؤولية الطبية. |
| 217 | الفرع الثاني: شروط المسؤولية العقدية الطبية. |
| 218 | المطلب الثاني: الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية. |
| 218 | الفرع الأول: حجج القائلين بالطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية. |
| 220 | الفرع الثاني: نطاق المسؤولية التقصيرية الطبية. |
| 222 | المطلب الثالث: قابلية الخيار أو الجمع بين المسؤولية العقدية أو التقصيرية في المجال الطبي.... |
| 222 | الفرع الأول: الاتجاه المميز لحرية الإختيار بين الأساسين العقدي أو التقصيري..... |
| 223 | الفرع الثاني: الاتجاه المانع للجمع أو الإختيار بين الأساسين العقدي والتقصيري..... |
| 223 | الفرع الثالث: ترجيح الإختيار والجمع بين المسؤولية العقدية والتقصيرية في المجال الطبي..... |

| | |
|-----|--|
| 225 | المبحث الثالث: أركان المسؤولية الطبية..... |
| 225 | المطلب الأول: الخطأ الطبي..... |
| 225 | الفرع الأول: مفهوم الخطأ الطبي..... |
| 225 | أولاً: تعريف الخطأ الطبي في الفقه الإسلامي..... |
| 226 | ثانياً: تعريف الخطأ الطبي في القانون الوضعي..... |
| 227 | الفرع الثاني: أنواع الأخطاء الطبية..... |
| 227 | أولاً: الأخطاء الفنية والمادية..... |
| 228 | ثانياً: الخطأ البسيط والخطأ الواعي..... |
| 228 | ثالثاً: الخطأ الجنائي والخطأ المدني..... |
| 229 | الفرع الثالث: معيار الخطأ الطبي..... |
| 230 | الفرع الرابع: أساس تقدير الخطأ..... |
| 230 | أولاً: المعيار الشخصي..... |
| 231 | ثانياً: المعيار الموضوعي..... |
| 231 | ثالثاً: المعيار المختلط..... |
| 232 | الفرع الخامس: التزام الطبيب..... |
| 232 | أولاً: التزام الطبيب ببذل عناية..... |
| 232 | ثانياً: التزام الطبيب بتحقيق نتيجة..... |

| | |
|-----|--|
| 233 | الفرع السادس: صور الخطأ الطبي |
| 233 | أولاً: الخطأ في التشخيص |
| 234 | ثانياً: رفض علاج المريض |
| 234 | ثالثاً: الخطأ في العلاج |
| 236 | رابعاً: عدم الحصول على الرضا في القانون الوضعي |
| 238 | خامساً: خطأ الطبيب في تقديم الوصفة الطبية |
| 239 | سادساً: الخطأ في الرقابة |
| 242 | الفرع السابع: اثبات الخطأ الطبي |
| 242 | أولاً: عبء اثبات الخطأ الطبي |
| 245 | ثانياً: دور الخبرة في إثبات الخطأ الطبي |

الباب الثاني

| | |
|-----|---|
| 249 | صور المساس العمدي وغير العمدي بحق السلامة الجسدية |
| 251 | الفصل الأول: صور المساس العمدي بحق السلامة الجسدية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي |
| 251 | المبحث الأول: تجريم الأفعال الماسة بسلامة الجسم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي |
| 252 | المطلب الأول: فعل الجرح في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي |
| 252 | الفرع الأول: مفهوم الجرح |
| 252 | أولاً: مفهوم الجرح في الفقه الإسلامي |
| 252 | ثانياً: مفهوم الجرح في القانون الوضعي |

- 253 الفرع الثاني: أنواع الجروح في القانون الوضعي.
- 256 المطلب الثاني: فعل الضرب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
- 256 الفرع الأول: فعل الضرب في الفقه الإسلامي.
- 256 الفرع الثاني: فعل الضرب في القانون الوضعي.
- 257 المطلب الثالث: فعل إعطاء المواد الضارة.
- 258 المطلب الرابع: أفعال العنف والتعدي.
- 258 المطلب الخامس: فعل الإيذاء.
- 259 المطلب السادس: فعل التعذيب والتهديد.
- 259 الفرع الأول: فعل التعذيب.
- 260 الفرع الثاني: فعل التهديد.
- 262 المبحث الثاني: تجريم الأفعال الماسة بسلامة الجسم في قانون العقوبات الجزائري.
- 262 المطلب الأول: جريمة الجرح والضرب وإعطاء المواد الضارة وأعمال العنف الأخرى والتعدي...
- 262 الفرع الأول: محل الاعتداء أو حق جسم الإنسان في السلامة.
- 263 الفرع الثاني: الركن المادي في الاعتداء على سلامة الجسم.
- 263 أولاً: فعل الاعتداء.
- 266 ثانياً: نتيجة الاعتداء.
- 266 ثالثاً: علاقة السببية.
- 267 الفرع الثالث: الركن المعنوي.

| | |
|-----|--|
| 267 | أولاً: عنصر العلم |
| 267 | ثانياً: عنصر الإرادة |
| 269 | الفرع الرابع: عقوبة الإيذاء العمدي |
| 269 | أولاً: الإيذاء العمدي المعاقب عليها بعقوبة جنحة |
| 273 | ثانياً: الاعتداء العمدي المعاقب عليه بعقوبة جنائية |
| 276 | المطلب الثاني: فعل التعذيب في قانون العقوبات الجزائري |
| 276 | الفرع الأول: مفهوم التعذيب في قانون العقوبات الجزائري |
| 276 | الفرع الثاني: أركان جريمة التعذيب في قانون العقوبات الجزائري |
| 277 | الفرع الثالث: عقوبة التعذيب |
| 281 | المبحث الثالث: الجرائم الملحقة بالجرائم الماسة بحق السلامة الجسدية |
| 281 | المطلب الأول: جريمة الاغتصاب في القانون الوضعي |
| 281 | الفرع الأول: جريمة الاغتصاب في القانون الوضعي |
| 281 | أولاً: تعريف جريمة الاغتصاب |
| 282 | ثانياً: أركان جريمة الاغتصاب |
| 284 | الفرع الثاني: جريمة الاغتصاب في قانون العقوبات الجزائري |
| 284 | أولاً: تعريف جريمة الاغتصاب في قانون العقوبات الجزائري |
| 285 | ثانياً: عقوبة الاغتصاب في قانون العقوبات الجزائري |
| 286 | المطلب الثاني: ترك الأطفال والعاجزين وتعريضهم للخطر |
| 286 | الفرع الأول: تعريض طفل أو عاجز للخطر |

| | |
|-----|---|
| 286 | أولاً: الركن المادي |
| 287 | ثانياً: الركن المعنوي |
| 287 | ثالثاً: الجزاء |
| 290 | الفرع الثاني: التحريض على ترك طفل |
| 291 | أولاً: الركن المادي |
| 292 | ثانياً: عنصر الغاية |
| 292 | ثالثاً: العقوبة |
| 296 | الفصل الثاني: صور المساس غير العمدي بحق السلامة الجسدية |
| 297 | المبحث الأول: الجراحة التجميلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي |
| 297 | المطلب الأول: الجراحة التجميلية في الفقه الإسلامي |
| 297 | الفرع الأول: مفهوم عمليات التجميل في الفقه الإسلامي |
| 298 | الفرع الثاني: أنواع العمليات التجميلية في الفقه الإسلامي |
| 298 | أولاً: عمليات التجميل الضرورية |
| 298 | ثانياً: عمليات التجميل الحاجية |
| 299 | ثالثاً: عمليات التجميل التحسينية |
| 299 | الفرع الثالث: الجراحة التجميلية المشروعة |
| 302 | الفرع الرابع: الجراحة التجميلية الحاجية |
| 304 | الفرع الخامس: الجراحة التجميلية التحسينية |

- 311المطلب الثاني: الجراحة التجميلية في القانون الوضعي
- 311الفرع الأول: مفهوم جراحة التجميل في القانون الوضعي
- 312الفرع الثاني: الاختلاف الفقهي في جواز العمليات التجميلية
- 312أولاً: الموقف الرفض للجراحة التجميلية
- 312ثانياً: الموسعون لإجراء العمليات الطبية التجميلية
- 313ثالثاً: الموقف الوسطي للجراحة التجميلية
- 313الفرع الثالث: أنواع الجراحة التجميلية في القانون الوضعي
- 315الفرع الرابع: أسباب جراحة التجميل في القانون الوضعي
- 316الفرع الخامس: طبيعة الالتزام في الجراحة التجميلية في القانون الوضعي
- 318الفرع السادس: شروط الجراحة التجميلية في القانون الوضعي
- 318أولاً: رضا المريض في الجراحة التجميلية
- 319ثانياً: التناسب بين مخاطر العملية وفوائدها
- 312ثالثاً: كفاءة جراح التجميل
- 312رابعاً: إجراء عمليات التجميل في الأماكن المرخص بها قانوناً
- 321الفرع السابع: المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية في القانون الوضعي
- 322أولاً: المسؤولية الجنائية عن الجراحة التجميلية
- 323ثانياً: المسؤولية المدنية عن الجراحة التجميلية
- 327المطلب الثالث: الجراحة التجميلية في القانون الجزائري
- 327الفرع الأول: خصائص العقد الطبي في الجراحة التجميلية

- 227 أولاً: العقد الطبي عقد شخصي.....
- 228 ثانياً:العقد الطبي عقد معاوضة.....
- 228 ثالثاً:العقد الطبي عقد مدني.....
- 228 رابعاً: العقد الطبي عقد مستمر.....
- 228 خامساً: العقد الطبي عقد ملزم للجانبين.....
- 329 الفرع الثاني: شروط إجراء عمليات التحميل في التشريع الجزائري.....
- 329 أولاً: كفاءة الطبيب الجراح.....
- 330 ثانياً: رضا المريض.....
- 331 ثالثاً: مراعاة التناسب بين مخاطر الجراحة وفوائدها.....
- 333 **المبحث الثاني: التلقيح الاصطناعي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.....**
- 333 **المطلب الأول: التلقيح الاصطناعي في الفقه الإسلامي.....**
- 335 الفرع الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي في الفقه الاسلامي.....
- 335 الفرع الثاني: أنواع التلقيح الاصطناعي في الفقه الاسلامي.....
- 335 أولاً: التلقيح الاصطناعي الداخلي.....
- 335 ثانياً: التلقيح الاصطناعي الخارجي.....
- 335 الفرع الثالث: مشروعية التلقيح الاصطناعي في الفقه الاسلامي.....
- 335 أولاً: حكم التلقيح الاصطناعي الداخلي.....
- 338 ثانياً: حكم التلقيح الاصطناعي الخارجي.....

- 340 الفرع الرابع: شروط التلقيح الاصطناعي في الفقه الإسلامي.....
- 340 أولاً: الضرورة العلاجية.....
- 341 ثانياً: عدم كشف العورة.....
- 341 ثالثاً: استخدام الأساليب العلمية والتزام أصول المهنة.....
- 342 رابعاً: ألا يؤدي التلقيح الصناعي لضرر.....
- 342 خامساً: ضرورة أن يكون التلقيح بين الزوجين.....
- 342 سادساً: أن يتم التلقيح الصناعي حال قيام الزوجية.....
- 343 سابعاً: رضا الزوجين بإجراء تقنية التلقيح الإصطناعي.....
- 343 المطلب الثاني: التلقيح الاصطناعي في القانون الوضعي.....
- 344 الفرع الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي في القانون الوضعي.....
- 345 الفرع الثاني: التطور التاريخي للتلقيح الصناعي في القانون الوضعي.....
- 346 الفرع الثالث: أسباب ودوافع التلقيح الصناعي في القانون الوضعي.....
- 346 أولاً: أسباب التلقيح الاصطناعي.....
- 347 ثانياً: دوافع التلقيح الاصطناعي.....
- 347 الفرع الرابع: أهمية التلقيح الاصطناعي في القانون الوضعي.....
- 348 الفرع الخامس: طرق التلقيح الاصطناعي في القانون الوضعي.....
- 348 أولاً: التلقيح الاصطناعي الداخلي.....
- 349 ثانياً: التلقيح الاصطناعي الخارجي.....

- 350 الفرع السادس: شروط التلقيح الاصطناعي في القانون الوضعي.....
- 350 أولاً: أن يتم التلقيح حال قيام العلاقة الزوجية.....
- 351 ثانياً: الحصول على الرضاء الحر المستنير مفرغاً في شكل كتابي.....
- 352 ثالثاً: أن يكون الإنجاب الصناعي بين زوجين.....
- 353 رابعاً: قصر ممارسة التلقيح الصناعي على سن محددة.....
- 353 خامساً: ضرورة الترخيص الإداري للمركز المتخصص في هذا المجال.....
- 354 المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من عمليات التلقيح الاصطناعي.....
- 354 الفرع الأول: شروط التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري.....
- 354 أولاً: العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة.....
- 354 ثانياً: أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.....
- 355 ثالثاً: أن يتم التلقيح بمعي الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها.....
- 355 رابعاً: أن لا يكون التلقيح بواسطة الأم البديلة.....
- 355 الفرع الثاني: المسؤولية الجنائية لعمليات التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري... ..
- 355 أولاً: الهدف من التلقيح الاصطناعي.....
- 356 ثانياً: الرضا بعملية التلقيح الاصطناعي.....
- 356 ثالثاً: مسؤولية الطبيب في عملية التلقيح الاصطناعي.....
- 359 **الفصل الثالث: الجرائم المستحدثة المؤثرة في حق السلامة الجسدية.....**
- 360 **المبحث الأول: جرائم الاتجار بالبشر.....**

- 361المطلب الأول: جريمة الاتجار بالبشر في القانون الوضعي.....
- 361الفرع الأول: مفهوم جريمة الاتجار بالأشخاص.....
- 361الفرع الثاني: الصور المتعددة لسوء الاستغلال في جرائم الاتجار بالأشخاص.....
- 361أولاً: العمل أو الخدمة قسراً.....
- 362ثانياً: الاختطاف.....
- 362ثالثاً: استغلال الأطفال.....
- 363رابعاً: استغلال النساء.....
- 363خامساً: الاسترقاق.....
- 364سادساً: الممارسات الشبيهة بالرق.....
- 364سابعاً: الاستعباد.....
- 365ثامناً: جرائم نزع الأعضاء.....
- 365الفرع الثالث: أسباب وعوامل الاتجار بالبشر.....
- 365أولاً: الأسباب والعوامل المرتبطة بعامل العرض.....
- 366ثانياً: الأسباب والعوامل المرتبطة بعامل الطلب.....
- 367الفرع الرابع: آثار ظاهرة الاتجار بالنساء والأطفال.....
- 367أولاً: الآثار الجسمية والصحية.....
- 367ثانياً: الآثار الاجتماعية.....
- 368ثالثاً: الآثار التي تمس الأشخاص الذين تم المتاجرة بهم.....

- 369 الفرع الخامس: الحلول المقترحة للحد من ظاهرة الاتجار بالبشر
- 369 أولاً: الاجراءات الوقائية لمنع الاتجار بالبشر
- 370 ثانياً: الضمانات البشرية والمادية
- 370 ثالثاً: مساعدة ضحايا الاتجار بالأشخاص و حمايتهم
- 371 الفرع السادس: عوائق مكافحة جرائم الاتجار بالبشر
- 371 أولاً: ارتكاب جرائم الاتجار بالبشر من خلال عمليات معقدة عابرة للحدود الوطنية..
- 372 ثانياً: عدم الدقة في البيانات
- 372 ثالثاً: قصور قواعد الاختصاص الجنائي الدولي
- 373 رابعاً: عدم وجود تعريف محدد للاتجار بالبشر
- 373 المطلب الثاني: جريمة الاتجار بالبشر في قانون العقوبات الجزائري
- 373 الفرع الأول: محل جريمة الاتجار بالبشر في قانون العقوبات الجزائري
- 374 الفرع الثاني: الركن المادي لجريمة الاتجار بالبشر
- 374 أولاً: السلوك الإجرامي
- 378 ثانياً: النتيجة الإجرامية
- 379 الفرع الثالث: العقوبة في جريمة الاتجار بالبشر
- 380 الفرع الرابع: الإعفاء من العقوبة
- 381 المبحث الثاني: جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
- 381 المطلب الأول: جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي

| | |
|-----|---|
| 381 | الفرع الأول: بيع الأعضاء البشرية في الفقه الاسلامي |
| 382 | أولاً: حكم بيع الآدمي والأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي |
| 384 | ثانياً: حكم بيع الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي |
| 387 | الفرع الثاني: نقل الأعضاء البشرية في الفقه الاسلامي |
| 400 | المطلب الثاني: جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية في القانون الوضعي |
| 400 | الفرع الأول: بيع الأعضاء البشرية في القانون الوضعي |
| 400 | أولاً: حكم بيع الأعضاء البشرية في القانون الوضعي |
| 403 | ثانياً: موقف المشرع الجزائري من بيع الأعضاء الآدمية |
| 404 | الفرع الثاني: نقل الأعضاء البشرية في القانون الوضعي |
| 404 | أولاً: حكم نقل الأعضاء البشرية في القانون الوضعي |
| 406 | ثانياً: الشروط الواجب توافرها في نقل الأعضاء بين الأحياء |
| 409 | المطلب الثالث: جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في القانون الجزائري |
| 409 | الفرع الأول: الركن الشرعي لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في القانون الجزائري |
| 412 | الفرع الثاني: الركن المادي لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في القانون الجزائري |
| 412 | الفرع الثالث: الركن المعنوي لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في القانون الجزائري |
| 412 | الفرع الرابع: عقوبة جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في القانون الجزائري |
| 418 | خاتمة |
| 429 | فهرس الآيات القرآنية |

| | |
|-----|-----------------------------|
| 432 | فهرس الأحاديث والآثار |
| 435 | فهرس المواد القانونية |
| 442 | فهرس المصادر والمراجع |
| 462 | فهرس الموضوعات |

الملخص:

أثار موضوع الحماية الطبية والقانونية للجسم الإنساني الكثير من التساؤلات في ظل التدخلات الطبية المستحدثة، وتنوع صور الاعتداء الماسة بحق السلامة الجسدية للإنسان. ما استلزم تقرير حماية خاصة لبيان الأساس الشرعي والقانوني والطبي في إمكانية ممارسة بعض التدخلات الطبية على الجسم البشري.

والاعتداء على حق السلامة الجسدية للإنسان، لا يتأتى بممارسة أفعال العنف والتعدي المباشرة على جسم الإنسان، بل يتعداه ليشمل مختلف الجرائم المستحدثة الماسة بمادة الجسم، المؤثرة في السير الطبيعي لبعض وظائفه الجسدية والمعنوية.

والشريعة الإسلامية وباهتمامها بموضوع الحقوق إلى جانب التكاليف وبرعايتها لمقصد حفظ النفس البشرية، وبالتفصيل في أحكامها لكل ما يحقق سعادة الإنسان الدنيوية والأخروية، كفلت حماية شاملة وهادفة لحق السلامة الجسدية للإنسان، قوامها اعتبار الحق في السلامة الجسدية حق مشترك بين الله والعبد، فلأن جاز الاعتداء على حقوق الأفراد وجب مراعاة حق الله تعالى فيها، إلى جانب منع بعض الجراحات الطبية وعدم إجازتها إلا للضرورة حفاظاً على مقصد حفظ النفس الأولى بالرعاية.

« Résumé »

Protéger le corps humain, médicalement et juridiquement est devenue une thématique bouleversante des débats, en vue des interventions médicales innovantes, mais aussi la diversification des formes portant atteintes au droit de l'intégrité physique.

C'est à partir de ce stade-là, qu'une nécessité de reconnaissance d'une protection spéciale, pour le corps humain, doit être rétablie, dans le souci de définir les fondements légistes, juridiques voire médicales, tout en confiant aux médecins la possibilité d'intervenir sur le corps humain.

Après avoir mis en l'évidence l'existence de plusieurs genres de l'atteinte à l'intégrité physique, non seulement liées aux agressions violentes, mais qui englobe les différentes toutes récentes infractions, provoquant des incapacités partielles ou totales des fonctions physiques et morales de l'être humain. Il est indispensable de montrer la genèse de la philosophie de droits et obligations, en droit islamique, comparée au droit algérien, en matière de chirurgie médicale. Ses dispositions législatives envisagent de préserver l'être humain, par l'assurance d'une protection totale, qui prend en considération le droit d'intégrité physique en tant que droit divine et individuel en même temps, ce qui justifie l'interdiction de quelques pratiques chirurgicales, sauf c'est le cas d'une nécessité médicale absolue.