جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم قانون الخاص

# إباحة المساس بسلامة الجسم البشري في القانون الجزائري

**مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق**

**فرع : قانون الخاص**

**تخصص :قانون جنائي والعلوم الجنائية**

**من إعداد الطالبين:**

حمامي يسمينة

حمني رادية

**تحت إشراف:**

د. بهنوس أمال

**لجنة المناقشة**

أ. جبري نجمة، أستاذة محاضرة في جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ---------- رئيسة

د. بهنوس أمال، أستاذة محاضرة قسم "ب" جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية --- مشرفة ومقررة

أ. مدوري زايدي، أستاذ محاضر في جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية ----------ممتحن

**السنة الجامعية 2020/2019**

بِاسمِ الله الرحمان الرحيم

﴿ وَقُل رَبِي زِدْنِي عِلْمًا ﴾

( طه: الآية 114)

# الإهداء

*أهدي ثمرة جهدي وعملي إلى كل من علمني حرفا من مهدي إلى لحدي*

*إلى من قالو عني فخر الشباب والشيب أمي ياحاملة اسم أطهر النساء على الأرض أحييك*

*أبي يا سند حين لا سند لي*

**حمامي يسمينة**

# الإهداء

إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله.

مهما قلت وفعلت فلن أفي بقطرة من بحر فظلهما ومجهوداهما.

إلى إخوتي وأخواتي الذين كانوا سندا وعونا لي فاطمة، علي، زاهية، ليلة، مراد.

وإلى خطيبي الذي كان أحسن عون وسند طوال مشواري الجامعي.

وإلى صديقتي مريم التي كانت أحسن سند لي، ولها كامل الشكر والتقدير.

إلى كل الأصدقاء والزملاء كل بسمه .

**حمني رادية**

# شكر وعرفان

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده

والشكر لله الذي وفقنا للإتمام هذه المذكرة والذي أعاننا رغم الصعاب والعقبات، ونقدم شكرنا للأستاذة المشرفة " **بهنوس أمال**" على مرافقتها في مسار إعدادنا لمذكرتنا هذه.

والشكر لكل من ساعدنا ووجهنا من خلال نصائح وأفكار تفيد موضوعنا.

**قائمة المختصرات**

| | |
|---|---|
| **ج.ر.ج.ج.** | الجريدة الرسمية للجمهورية الديمقراطية الشعبية |
| **د.ب.ن** | دون بلد النشر. |
| **د. س. ن** | دون سنة النشر. |
| **ص** | صفحة. |
| **ص ص** | من صفحة إلى صفحة. |
| **ق.ص.ج** | قانون الصحة الجزائري. |
| **ق.إ.ج.ج** | قانون الإجراءات الجزائية الجزائري. |

# مقدمة

لا جدل في اعتبار الحق في سلامة الجسم من الحقوق المقدسة التي ترافق الإنسان منذ لحظة ولادته ومجيئه إلى الحياة، ويعتبر حق لصيق بالشخص، لتقرر بعده المحافظة عليه من أي أذى قد يهدد أمنه واستقراره وتأدية وظيفته التي خلق من أجلها.

حق الإنسان في توفير السلامة لجسده من أبرز الحقوق المتصارع عليها منذ القدم، أي منذ خلق سبحانه وتعالى الحياة البشرية، ولازال الصراع مستمر إلى يومنا هذا من أجل ذلك الجسد الذي يحيا بروحه ومن حق هذا الإنسان أن يحفظه.

نظرا لانتهاكات التي واجهت الإنسان عبر مر العصور تطلب توفير كل الحماية الكافية، وحمايته من خلال القوانين الداخلية وحتى الدولية من تشريعات وطنية ومواثيق وإعلانات دولية التي تعمل على التصدي للوحشية التي لا طالما كانت خطرا على السلامة الجسدية.

لما يعتبر الحق بسلامة الجسم من الحقوق المقدسة شرعا والتي تدخل في حفظ النفس باعتباره من المقاصد الكلية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية وتحميها القوانين الوضعية بإقرار عقوبات صارمة من كل من تعمد وسعى إلى إلحاق الأذى بالجسم البشري، وذلك بتكريس كل أجهزت العقاب المادية وتكريس الجهات المختصة لذلك.

لكن هذا الحق ليس مطلقا بل تدخل عليه استثناءات تبيح فيها الاعتداء على سلامة الجسد باستعمال هذا الحق، ما يبيح المساس بالسلامة الجسدية لا يعني بذلك إلحاق ضرر مادي بالجسد أو أحد أعضائه بنية إبطال وظيفته أو مجرد إلحاق الضرر وكفى، بل الهدف منها تحقيق مصلحة أو وصول لغاية من مستعمل هذا الحق، وهو الحق المساس بالسلامة الجسدية في إطار مشروع وقانوني، وهذا ما سنتطرق إليه في (الفصل الثاني) من مذكرتنا تحت عنوان تطبيقات إباحة المساس بسلامة الجسم البشري أين يتم استعمال هذا الحق في ممارسة وظيفة أو مهنة معينة مقيدة بقوانين وحدود شرعية.

نظرا لكون أن جسم الإنسان قد يكون عرضة لمختلف الانتهاكات والاعتداءات، وذلك للتطورات الحاصلة وسرعة ودقة العلوم في مجال الطب ووسائلها المتطورة في المجال العلاجي والجراحي التي لم تكن متواجدة من قبل ومن أمثالة ذلك مراكز التجميل وكذا زراعة الأعضاء البشرية.

معرفة مكانة وطرق حماية هذا الحق هو السبب الرئيسي في سعينا في دراسة هذا الموضوع، وذلك بالبحث فيه من الناحية النظرية التي تركز على الجسم الأدمي بتفاصيله، والإشارة إلى القوانين التي تحميه ومدى الأهمية التي يتلقاها الجسم البشري بتعرضه للأذى بين القدسية والضرورة، ومن ناحية أخرى الجانب التطبيقي أين يمارس الحق كصورة لإباحة دون إعمال القصد في الأذية المطلقة.

**أولا- أهمية دراسة الموضوع:**

تتمثل أهمية دراستنا لموضوع إباحة المساس بالسلامة الجسدية إلى كونه موضوع مستمر وتدخل فيه تطورات وتعديلات في القوانين المتضمنة له لكونه موضوع حي، ويدرس واحدة من أهم كماليات الخمس التي حسنا الله عز وجل الحفاظ عليها وهي حفظ النفس، إلى جانب أنه مكرس دستوريا وكذا دوليا من خلال الاتفاقيات وإعلانات حقوق الإنسان، ولا جدل عليه من حيث المطالبة بحفظه وحمايته أي طريقة و وسيلة كانت مدام مدعما بحماية قانونية.

**ثانيا-أسباب اختيار الموضوع:**

يعود سبب اختيارنا للموضوع إلى الطابع الجنائي الذي يتميز به باعتباره يتناول الجسم البشري الذي كان محل الدراسة منذ أن زاولنا تخصص القانون الجنائي، والبحث في الموضوع من الناحية النظرية التي تساعدنا في الميدان المهني في المستقبل، وكذا الناحية التطبيقية لإكتساب ووسائل المعرفة المختلفة في الموضوع.

**ثالثا- أهداف الدراسة:**

الهدف من دراستنا لموضوعنا هذا هو التطلع إلى القيمة الإنسانية التي يتميز بها الكيان البشري وما مدى اهتمام القوانين الداخلية والدولية في تكريس الحماية القانونية في حق الفرد

في السلامة الجسدية والسعي نحو استمرار الدراسة في هذا الموضوع لتغطية الثغرات التي تغاضى عليها المشرع الجزائري.

**رابعا- الدراسات السابقة:**

موضوعنا هذا تم التطرق إليه من قبل دراسة مقارنة من طرف حسن سعد سند تحت عنوان الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية مقارنة بها في ضل أحكام الشريعة الإسلامية ومدى هذه الحماية في مصر، طبعة ثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

**خامسا- صعوبات الدراسة:**

من أهم الصعوبات التي وجهناها في إعداد مذاكرتنا، نقص المراجع بشكل عام ونقص المراجع المتخصصة في موضوعنا ما دفعنا إلى الاعتماد على مراجع لا تتضمن المعلومات الكافية لها ولو بشكل بسيط، إلى جانب العراقيل التي وجهناها من خلال الظروف التي تعيشها البلاد حاليا والتي تعتبر العائق الأكبر في إعداد مذكرتنا.

**سادسا-إشكاليات البحث:**

يتمتع الجسم البشري بحرمة تقتضي عدم التعرض له والمساس به، إلا أنه تقرر عليه إباحة الاعتداء على الحق في السلامة الجسدية في حالات استثنائية أجازها القانون وفي سياق الكلام نطرح الإشكالية التالية: **ما مدى توفق المشرع الجزائري في حفظ سلامة الجسدية بين القدسية والضرورة في إباحة المساس بالسلامة الجسدية للإنسان؟**

**سابعا- منهج الدراسة:**

لقد استعنا في موضوعنا هذا بالمنهج الوصفي وتحليلي حيث اعتمدنا المنهج الوصفي في الشطر الأول من مذكرتنا أي ما يتعلق بالجسم البشري والحق في حماية الجسم البشري، أما التحليلي فخصصناه في تحليل المواد المتعلقة بقانون الصحة وقانون الإجراءات الجزائية الجزائري .

**ثامنا- خطة البحث:**

لإجابة على الإشكالية والتساؤلات اعتمدنا على خطة ثنائية:

**الفصل الأول: حق الفرد في السلامة الجسدية.**

المبحث الأول: ماهية الحق في السلامة الجسدية.

المبحث الثاني: الأساس القانوني لإباحة المساس بالجسم البشري.

**الفصل الثاني: تطبيقات إباحة المساس بسلامة الجسم البشري.**

المبحث الأول: استعمال الحق كصورة لإباحة.

المبحث الثاني: ممارسة الأعمال الطبية .

وأتممنا بحثنا بخاتمة نبرز فيها أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال دراستنا لموضوع إباحة المساس بالسلامة الجسدية وكذى تقديم اقتراحات نابعة من آراء شخصية كبحثتين في هذا الموضوع.

# الفصل الأول

# قدسية حق الفرد في السلامة الجسدية

تعتبر السلامة الجسدية من أقدس الحقوق الجوهرية التي كرستها القوانين الوضعية باعتبار هذا الحق لصيق بالشخص، ويقتضي عدم الاعتداء على كيانه الجسدي والمعنوي مهما كانت الأسباب التي تدفع إلى ذلك.

فحرمة الجسم البشري لاقت اهتماما وحرصا من قبل المشرع الجزائري إلى جانب الفقه الإسلامي أين كرست وسائل تسهر على الحفاظ عليه وحمايته من أي تهديد، والله سبحانه وتعالى كرم الإنسان وجعله خليفته في الأرض لقوله تعالى " لَقَدْ خَلَقْنَا الإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمْ"[1] فأول قانون يحمي الإنسان هو قانون الله الذي خلقه في أحسن صورة وفضله على سائر المخلوقات.

غير أن هذا الحق ليس مطلقا فالسلامة الجسدية لا تبقى حقا مقررا لإنسان، بل تدخلت عليه استثناءات تبيح المساس بالسلامة الجسم باستعمال هذا الحق، وذلك تحقيق لمصلحة دعت إليها ظروف معينة، طبعا هذه الإباحة تبقى نسبية وليست مطلقة وذلك تجنبا لتجاوزات قد يقوم بها مستعمل الحق.

وقسمنا فصلنا هذا إلى ماهية الحق في السلامة الجسدية الذي سنتناوله في (المبحث الأول) تم نبين الأساس القانوني لإباحة المساس بالجسم البشري في (المبحث الثاني).

[1]- سورة التين، الآية 04.

## المبحث الأول

## ماهية الحق في السلامة الجسدية

من أهم الحقوق الإنسانية التي يستوجب وضع الحماية القانونية لها، هي الحق في السلامة الجسد التي تعد من المصالح الضرورية التي تحفظ كرمته وحياته وتحمي خلاياه من أي خطر قد يؤدي إلى إبطال تأدية وظائفه في الحياة من الناحية الجسدية وعلى نحو طبيعي.[1]

نظرا لأهمية هذا الحق المقترن بالحق في الحياة والذي يعد أسمى حقوق الإنسان المعترف بها، لكونه عرضة لمختلف الانتهاكات والاعتداءات[2]، وما يمكن الإشارة إليه أن السبب الرئيسي لهذه التجاوزات، هي التطورات الحاصلة في الحياة البشرية التي تمس بالدرجة الأولى الحياة الشخصية لإنسان في مجالات مختلفة ونذكر منها المجال الطبي بمختلف نشاطاته.

لهذا يجب معرفة مكانة هذا الحق وسبل حمايته ومدى مشروعية هذه الأعمال وتطبيقها إلى جانب الممارسات الأخرى، وقبل الانتقال إلى هذه التطبيقات سنتعرف في بادئ الأمر إلى تعريف جسم الإنسان الذي سنتناوله في ( المطلب الأول)، والحماية الشرعية للجسم البشري في ( المطلب الثاني).

### المطلب الأول

### تعريف جسم الإنسان (البشري)

الجسم هو إدراك الفرد وتقييمه لوظائفه الجسمية ومظهره، وجسد الإنساني هو مجموعة الآراء التي تكون الكيان المادي الذي يباشر به الإنسان جميع وظائف الحياة، مع اختلاف أنواعها وأنماطها وما تحويه هذه الأعضاء من سوائل لتساعده على القيام بهذه الوظائف المختلفة، وما يفرزه ذلك الكيان المادي[3].

---

[1]– سنوسي بسيمة، زرع الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون العام، جامعة أكلى محند أولحاج، البويرة، 2016، ص.09.

[2]– مغرور رابح، " الحق في السلامة الجسم بين القدسية والضرورة الطبية (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري")، مجلة البحوث والدراسات، العدد 02، رقم15، 2018،ص. 61.

[3]- كابوية رشيدة، الحق في السلامة الجسدية للإنسان بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2016، ص.38.

فالإنسان هو خير خلق الله تعالى في قوله تعالى "وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي البَرِّ وَالبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً "[1].

فالله تعالى في هذه الآية يبين تكريمه للإنسان والمكانة التي أعطاها إياه بقدراته العقلية والنفسية كما كرمه بأحسن صورة وفضله عن كل خلق.

## الفرع الأول

## تعريف الأعضاء البشرية في اللغة

تعتبر الأعضاء البشرية من الأكبر الأشياء التي نجد صعوبة في تحديد مقصود لها بالشكل دقيق، لأن أعضاء الإنسان نجد منها الكبيرة والصغيرة، وجسم الإنسان بصفة عامة له ما يكون مرئي وما يكون غير مرئي، فتحديد الأعضاء البشرية هو الذي يساعد على تكييف أي الاعتداء يُقَمْ على الإنسان أو أحد أعضائه؛ وكذلك بالتحديد الأعضاء يكون الإنسان مكانة وقانونية يحميه من أي اعتداء خارجي.

العضو البشري في اللغة هو كل لحم وافر بعظامه وقيل كل عظم وافر من الجسم بلحمه أو هو جزء من المجموعة الجسدية، وقد عرفه جماعة بأنه جسم متولد من أول مزاج من الاخلاط والأعضاء الرئيسية، فهي التي تكون مبدئ للقوى محتاجا إليها في بقاء الشخص وفي القلب والدماغ والكبد أو في بقاء النوع.[2]

فقد نفهم من هذا التعريف أن الأعضاء البشرية تنحصر فقط على جسم الإنسان المرئي خارجيا والمكسوة باللحم، غير أن الأعضاء البشرية أكثر شمولية مما عليها فقد نجد أعضاء من الجسم غير مكسوة باللحم وليس لها أعضاء، إلى أنها تعتبر عضوا كالعين والرئتين والأنسجة والدم.[3]

---

[1]– سورة الإسراء، الآية 70.

[2] – بوشي يوسف، الجسم البشرى وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه علوم في القانون، تحصص قانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2013، ص. ص.10– 17.

[3] –عبد الله البستاني، الوافي في وسيط اللغة العربية ، مكتبة لبنان، بيروت، د.س.ن، ص. 413.

## الفرع الثاني

## تعريف الأعضاء البشرية في الطب الشرعي

هي مجموعة مؤلفة من نسيج أو عدة أنسجة مختلفة تساهم في إتمام عمل محدد جدا، مثلا القلب، العين، المعدة، عبارة عن أعضاء وكذلك يمكننا أن نميز أجهزة عضوية بدورها تساهم في إتمام نفس العمل مثل، الجهاز الهضمي والتنفسي والبلعوم، ويتضمن كذلك جهاز الدورة الدموية أيضا والقلب والأوعية الدموية والدم.[1]

كما عرف الأطباء العضو البشري على أنه" مجموعة من الأنسجة تعمل مع بعضها البعض كي تؤدي وظيفة معينة كالمعدة والكبد والكلية والقلب وغيرها، أما أنسجة التي يتكون منها العضو فهي مجموعة الخلايا التي تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وضيفة معينة، والخلية هي أصغر وحدة في المواد الحية [2].

من خلال هذا التعريف يتضح لنا أن العضو البشري هي مجموعة من الخلايا مكونة من الأنسجة، وهاته الأنسجة تكوِنْ أعضاء وهذا الأخير المُكون من الكبد والكلية والقلب وغيرها، بتعريف آخر فالأنسجة التي يتكون العضو منها فهي مجموعة من الخلايا المتشابهة المظهر والمتصلة ببعضها البعض لها، نفس القدرات والإمكانيات الوظيفية وتشكل وحدة إليه تقوم بنفس الدور داخل عضو معين أو جزء من العضو مثل النسيج العصبي والنسيج الجلدي.[3]

يطلق على الأعضاء أو الأنسجة التي تزرع داخل جسم الشخص نفسه بالطعم الذاتي، وتسمى عملية زراعة الأعضاء التي تجري بين كائنين من الجنس نفسه عمليات الطعم المغاير، ويمكن إجراء عمليات الطعم المغاير إما من مصدر حي أو من شخص متوفى دماغيا.[4]

---

[1] – سمير عازار، الموسوعة الصحية الطبية الشاملة الأعضاء والأجهزة، المجلد الأول، دار، النشر والتوزيع، دار نوبيلس، 2005، ص .10 .

[2]–جمال الدين محمد بن مكرم بن مدكور، لسان العرب، المجلد (15)، د.د.ن، بيروت ،1990، ص. 68.

[3]–مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو،2016، ص.22.

[4]– محمود ثابت محمود علي شادلي، " الضوابط القانونية لعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء"، مجلة بحوث الشرق الأوسط، عدد 44، كلية الحقوق، جامعة عين شمس .

## الفرع الثالث

## تعريف الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي

لقد عرف الفقه الإسلامي العضو البشري بأنه " أي جزء من الإنسان، من أنسجة والخلايا ودماء ونحوها كقرينة العين سواء كان متصلا به أم منفصلا عنه".

يتفق هذا التعريف أن لا يشمل بعض أجزاء الجسم غير واردة في التعريف كالشعر والدم واللبن فهذه ليست أعضاء، وعليه فالتعريف المختار أن يقال بأنه العضو البشري هو" كل جزء من الإنسان من أنسجة وخلايا، لا يتجدد بعد نزعه أو يتجدد و ليس من شانه النزع" وذلك أن الشعر والأظافر من ملحقات الجلد والجلد عضو بشري وهو أكبر الأعضاء الظاهرة.[1]

جاء كذلك مصطلح الأعضاء في الأحاديث النبوية حديث حدد لنا الرسول ص الأعضاء التي يسجد عليها، فعن ابن عباس أن الرسول الله ص قال" أمرت أن أسجد على سبعة أعضاء الجبهة، وأشار بيده إليها وهي اليدين، والركبتين وأطراف القدمين والكف الثوب والشعر"[2].

كما قد ذكر الله تعالى في سورة البقرة "خَتَمَ اللهُ عَلَى قُلُوبِهِمْ وَعَلَى سَمْعِهِمْ وَعَلَى أَبْصَارِهِمْ غِشَاوَةٌ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ"[3] ففي هذه الآية ذكر لنا الله تعالى بعض الأعضاء، ومن أهمها القلب الذي هو محرك الإنسان فبدونه لا حياة له، كذلك السمع وهي من أهم الحواس الخمسة التي يملكها الإنسان والتي سخرها الله له وجعله أحسن خلق وفي أحسن صورة .

حب الله لإنسان عظيم حيث قدره بالعقل والبصر الذي بفضله نميز بين الخير والشر وإتباع طريق الله وتطبيق ما أمره الله لنا؛ وبالأعين فيمكن رأيه عظمة الله لخلقه من السماوات والأرض لإنسان والحيوان والكوكب والبحار والليل والأنهار والتمتع بعظمة خلق الله فهي نعمة لاتصف ولا تقدر.

---

[1]–بوشي يوسف، الجسم البشرى وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا، (دراسة مقارن)، المرجع السابق، ص.18 .

[2] – هامل فوزية، حماية الأعضاء البشرية في ضل القانون 09-01 ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 2012، ص. ص31 –32.

[3]–سورة البقرة، الآية 07 .

## المطلب الثاني

## الحماية الشرعية للجسم البشري

يحظى الجسم البشري باهتمام كبير من قبل القوانين الداخلية من دستور وقوانين وضعية إلى جانب الشريعة الإسلامية، مرورا بالقوانين الدولية التي كرست نصوص تعترف بالكيان البشري وإلزامية حمايته بشتى الوسائل، وذلك من خلال الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وكذي الاتفاقيات الخاصة بحقوق الإنسان، والتي تؤكد أن السلامة الصحية لجسم الإنسان حق يتمتع به ويخضع للحماية الشرعية القانونية.

لقد خصصنا هذا المطلب للدراسة الشرعية لموضوعنا أين سنتناول الحماية الشرعية للجسم البشري في الإعلانات والمواثيق الدولية في (الفرع الأول)، وفي الشريعة الإسلام في (الفرع الثاني)، وفي القانون الجزائري في (الفرع الثالث).

### الفرع الأول

### الحماية الشرعية للجسم البشري في الإعلانات والمواثيق الدولية

السلامة الصحية لجسم الإنسان حق يتمتع به للحفاظ على سلامة كل من الفرد والمجتمع، وهذا ما نصت عليه الإعلانات والمواثيق الدولية التي جاءت لحفاظ على حقوق الإنسان بصفة عامة وعلى حماية الشرعية للجسم البشري بصفة خاصة.

جاء هذا الإعلان الذي أقرته الجمعية العامة لأمم المتحدة في 1948/12/10، ليؤكد على عديد من الحقوق المدنية والسياسية، لعل أهمها ما جاء بشأن حماية جسم الإنسان وحرمته، حيث جاءت المادة الرابعة" لا يجوز استرقاق أحد أو استعباده ويحظر الرق والاتجار بالرقيق بجميع أنواعه".[1]

كما تضمن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948م، حيث نصت المادة 05 "لا يعرض أي إنسان للتعذيب ولا للعقوبات القاسية أو الوحشية أو الإحاطة بالكرامة."

[1] –بن يحي نعيمة، الحماية الجنائية للجسم البشري (دراسة مقارن في الفقه الجنائي الوصفي والشريعة الإسلامية)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، 2012، ص.35.

قد أشار إلى مثل هذا العدد من الاتفاقيات الدولية، مثل اتفاقية حقوق الطفل الصادرة عام 1989 واتفاقيات جنيف الأربع التي تم إقرارها عام 1949م.[1]

تنص المادة الثانية من هذا الإعلان على أنه " لكل فرد الحق والحرية وسلامة الشخصية". وكذلك المادة الثانية عشر منه نصت على " لا يعرض أحد إلى حملات على شرفه وأن لكل شخص الحق في حماية القانون من هذه الحمالات " كما أكدت على نفس المعنى المادة الخامسة والعشرون منه عندما نصت على" حق الفرد في صحته وصحة أسرته "[2].

نجد أيضا الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام 1969 التي نصت في مادتها الخامسة على تحريم التعذيب حيث جاءت في الفقرة الأولى " لكل إنسان الحق في أن تكون سلامته الجسدية والعقلية والمعنوية محترمة "[3].

أما عن الاتفاقيات الخاصة بحقوق الإنسان والطب الحيوي فقد انعقدت في مدينة أفييدو وتنص في مادتها الأولى على أن " ضمان حماية الكائن البشري في كرامته وهويته، وضمان حق كل إنسان في سلامته وكافة حقوقه الأخرى وحرياته الأساسية، وذلك في مواجهة تطبيقات البيولوجية والطب وأضافت المادة الثانية " إن المصلحة الإنسان ومنفعته يجب أن ترجح على مصلحة المجتمع العامة" [4]

---

[1] –خالد بن عبد الله بن صالح القاصدي، حق الإنسان في سلامة صحته في الشريعة ( دراسة مقارنة بالمواثيق الدولية)، مقدمة استكمال الحصول على دراجة الماجستير في العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1428 ، ص. 48.

[2]– إبراي صبرينة، شنة مريم، جسم الإنسان في الإثبات الجنائي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2017، ص. 18.

[3] –بني يحي نعيمة، الحماية الجنائية للجسم البشري (دراسة مقارن في الفقه الجنائي الوصفي والشريعة الإسلامية)، المرجع السابق، ص .37 .

[4]– محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،2012، ص.12.

## الفرع الثاني

## الحماية الشرعية للجسم البشري في الشريعة الإسلامية

يمكن التعرف على مصطلح سلامة صحة الإنسان في الشريعة على أنه " حماية الإنسان من المخاطر والأضرار التي قد تؤدي إلى مرضه وتأثر على صحته"، ومعرفة مفهوم الحق في سلامة الصحة في الشريعة الإسلامية يتم عن طريق تتبع النصوص الشرعية من الكتاب والسنة.[1]

إن السلامة الجسدية الإنسان يجمع بين المصلحة الفردية والمصلحة الجماعية، يمكن أن يصنف في الشريعة الإسلامية من الحقوق المشتركة بين الله والعبد، وهو مما اشترك فيه الحقان وحق الله هو الغالب، و هذا ما أكده الشاطبي في قوله: " إن إحياء النفوس وكمال العقول والأجسام من حق الله تعالى في العباد، لا من حقوق العباد أو كون ذلك لم يجعل إلى اختيارهم هو الدليل في ذلك، فإذا أكمل الله تعالى على عبد على حياته وجسمه وقله الذي به يحصل له ما طلب به من القيام بها كلف به، فلا يصح للعبد إسقاطه".[2]

**أولا –في القرآن الكريم:**

فلقد منحت الشريعة الإسلامية لجسم الإنسان كرامة منزلة رفيعة وذلك ما نجده في قوله تعالى" وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ " وفي ذلك شرع الله عز وجل القصاص من المعتدي معتبرا أنه فيه حياة للمعتدين عليه لقوله تعالى" وَلَكُمْ فِي القِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِى الأَلْبَابِ لَعَلَكُمْ تَتَّقُونَ". و قوله عز وجل " وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنْفَ بِالأَنْفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالجُرُوحَ قِصَاصٌ" [3].

لعل هذه الآية أكثر الآيات دلالة على مكانة الحق في السلامة الجسدية، فقد تكلمت عن جريمة القتل التي تعتبر انتهاكا للحق في الحياة، كما تكلمت عن عقوبة المساس بالسلامة

---

[1]–خالد بن عبد الله بن صالح الغامدي، حق الإنسان في سلامة صحته في الشريعة ( دراسة مقارنة بالمواثيق الدولية)، المرجع السابق، ص.31 .

[2]– كابونية رشيدة، الحق في السلامة الجسدية الإنسان بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص.44.

[3]– بن يحي نعيمة، الحماية الجنائية للجسم البشري (دراسة مقارن في الفقه الجنائي الوصفي والشريعة الإسلامية)، مرجع السابق، ص. 34 .

الجسدية المتمثلة من الجانب الجنائي في أفعال الجنائية على ما دون النفس، وفي هذا تشريع رباني لتوفير الحماية اللازمة في سلامة الجسم.[1]

ففي قول الله تعالى" مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الأَرْضِ فَكَأَنَمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهاَ فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا"[2]

فلقد بين لنا الله سبحانه وتعالى في هذه الآية عن عظمة روح الإنسان والقيمة والمكانة التي أعطاه إياه، ففي هذه الآية فقد كرم الله عبده ووضعه في حماية من كل عدو وبين القيمة الروحية لعبده، في قوله من أحسن إلى إنسان فقد أحسن إلى الناس جميعا، ومن ظلم إنسان كأنه ظلم الناس جميعا، ومن قتل وغيَّرَ آجال الله سبحانه وتعالى فقد ارتكب ظلم عظيم بإزهاق روح ، فالله هو الواحد الأحد الذي له القدرة والمكانة القدسية الاسترجاع الروح الذي بنفس قدره.

**ثانيا- السنة النبوية:**

قد تناولت السنة النبوية في العديد من الأحاديث الشريفة أهمية ومكانة الحق في سلامة الجسم البشري، وضرورة حمايته ويتضح هذا من خلال تحريم المساس بجسم الإنسان، حيث قال ص" إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ حَرَامٌ عَلَيْكُمْ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي بَلَدِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُم ْهَذَا" وقال أيضا " لَا تُحَاسِدُوا وَلا تُنَاجِسُوا وَلا تُبَاغِضُوا وَلا تَدابَروا..... كُل المُسْلِمِ عَلَى المُسْلِمِ حَرَامٌ دَمُهُ وَمَالُهُ وَعِرْضُهُ."[3]

وقال ص كذلك " أَوَّلُ مَا يُقْضَي بَيْنَ النَّاسِ يَوْمَ القِيَامَةِ فِي الدِمَاءِ" قال الصنعاني" فيه دليل على عظم شأن الإنسان فإنه لا يقيم في القضاء إلا لأهم"، ولذلك فإن الاعتداء على جسم الإنسان يقضي بالمسؤولية والمحاسبة يوم القيامة، بل يعد من أول الأمور التي يقضي فيها يوم القيامة بين الناس، وهذا ما يؤكد أهمية ومكانة الحق في السلامة الجسدية في السنة النبوية.[4]

---

[1]- مغرور رابح، " الحق في السلامة الجسم بين القدسية والضرورة الطبية، (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري") ، المرجع السابق، ص. 67.

[2]-سورة المائدة، الآية 32 .

[3] -مغرور رابح،" الحق في السلامة الجسم بين القدسية والضرورة الطبية ( دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري")، المرجع السابق، ص .68.

[4] -المرجع نفسه، ص .69 .

قد بين لنا الرسول صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث أن حق حماية جسم الإنسان من ضروريات الحياة، لأن الإنسان من أعظم ما خلقه الله تعالى فكل فعل يؤذي الإنسان أو جسده فالله تعالى يوم القيامة يحاسبه بكل الأمور الخبيثة التي أدت إلى فعل لأذى لجسم الفرد والجماعة.

قول الرسول ص " مَنْ قَتَلَ عَبْدُهُ قَتَلْنَاهُ وَمَنْ جَدَّعَ عَبْدَهُ جَدَعْنَاهُ" وبذلك نرى أن الشريعة الإسلامية أوجبت حفظ مقصد النفس، وجعلتها ثاني مقاصد الشرع الكلية وثاني مقاصده الضرورية ومن الضروريات الخمسة نذكر: حفظ الدين، حفظ النفس، حفظ العقل، النسل والمال، ومن بين هذه العناصر الخمسة حفظ النفس الذي يدخل في حث الفرد وسلامة جسده وذلك من خلال المحافظة عليه من الاعتداء وفرض القصاص[1].

## الفرع الثالث

## الحماية الشرعية للجسم البشري في القانون الجزائري

يقصد بالقانون الجزائري كل قوانين من الدستور وقانون العقوبات وقانون إجراءات الجزائية، حيث حرص المشرع الجزائري كغيره على إدراج النصوص القانونية خاصة بالاعتراف بالحقوق الإنسان وحمايتها، سواء في تشريعاتها الأساسية أو في تشريعاته العادية.

لهذا كان حق الإنسان في سلامة جسمه من أول الحقوق والتي تحرص كافة التشريعات على حمايتها من الاعتداءات التي تقع عليها، ومن ذلك تجريم الجرح والضرب المِؤدي إلى عاهة مستديمة والضرب البسيط.[2]

**أولا- الدستور:**

بما أن الدستور يعتبر من أسمي القواعد القانونية في الدولة، وبالتالي فإن النصوص التي يتضمنها تكون محمية بموجبه ويعاقب كل من يخالفها، ومن بين هذه الحقوق التي نص

[1] – بن عودة سنوسي، التجارب الطبية على الإنسان في ظل المسؤولية الجزائية (دراسة مقارنة) ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، تخصص قانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد–تلمسان،2018، ص.31.

[2]– مغرور رابح، " الحق في السلامة الجسم بين القدسية والضرورة الطبية (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري")، المرجع السابق، ص.71.

عليها نجد الحق في السلامة الجسدية، الذي حرص على حمايته من كل اعتداء، ما أعطاه قدسية خاصة ويعتبر ضمانة لحياته.[1]

نصت المادة 10من الدستور 1963في فقرتها 5 و8 على ما يلي" إن الأهداف الأساسية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية هي:

– الدفاع عن الحرية والاحترام لكرامة الكائن البشري.

– إدانة التعذيب، وكل مساس مادي أو معنوي الكامل كيان الكائن الآدمي ونص الدستور 1976 في الفصل الرابع والذي عنوانه الحريات الأساسية وحقوق الإنسان في المادة 71 على "يعاقب القانون المخالفات المرتكبة ضد حقوق الإنسان والحريات، على كل مساس بالسلامة البدنية الإنسان."[2]

كما أفرد الدستور 1989، الفصل الرابع للحقوق والحريات ونص في مواده على تقرير الحق في السلامة الجسم، وإبراز مضمونه وعناصره في المادة 31 منه نصت على أن "الحريات السياسية وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة"، ونصت المادة 32 على أن " الدفاع الفردي عن طريق الجمعية عن الحقوق الأساسية الإنسان وعن الحريات الفردية والجماعية مضمون".

كما نصت المادة 33 على أنه " تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو معنوي"[3].

نص دستور 1996، في الفصل الثالث على الحقوق والحريات من المواد 29 إلى 59 فنصت المادة 32 على أن " الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة..."، كما نصت المادة 34 على أنه " تضمن الدولة عدم انتهاك حرية الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو

---

[1]– إيراي صبرينة، شنة مريم، جسم الإنسان في الإثبات الجنائي في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص .22.

[2] –بن عودة سنوسي، التجارب الطبية على الإنسان في ظل المسؤولية الجزائية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص. 58.

[3]– مغرور رابح، " الحق في السلامة الجسم بين القدسية والضرورة الطبية (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري")، المرجع السابق، ص.07.

معنوي أو أي مساس بالكرامة " أما المادة 35 فنصت على أنه " يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى كل مساس يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية"[1].

تنص المادة 40 من الدستور على أنه " تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة"[2].

فقد صرحت هذه المادة على أن الدولة الجزائرية رفضت كل اعتداء مهما كان نوعه على السلامة الجسدية لمواطنه ومنعت كل أشكال العنف سواءا كان بدني أو معنوي يمس بكرامته وحرمة الإنسان في جسده أو عقله أو ماله فالدستور ضد كل ما يمس بسلامة الإنسان البدنية والمعنوية.

**ثانيا- قانون العقوبات:**

فقد نجد قانون العقوبات الجزائري جرم الأفعال الماسة بسلامة الجسم كأعمال العنف والتعدي، ذلك في المواد من264 إلى 275[3]، أين اعتمد فيها على تجريم الأفعال الماسة بجسم الإنسان مع التساوي لجميع أعضاء الجسم في المساس بها والعقوبة على ذلك كمبدأ عام.[4]

فقد يعرف قانون العقوبات على أنه مجموعة من العقوبات القانونية تفرضها الدولة لتنظيم التجريم والعقاب فموضوعه الأساسي بيان العقوبة دون تحديد الجريمة، والهدف منه الردع وقمع الجريمة لحماية حياة أفراده وللحفاظ على الأمن العام لدولة.

فقد نصت بعض المواد على سلوك الفرد لحماية نفسه والآخرين:

الحق في الدفاع الشرعي عن النفس أو الغير أو المال ( المادة 39-40 ).

-حق الأفراد في حماية حرياتهم الشخصية وحقوقهم الأساسية ومعاقبة كل المعتدين عليها ( المواد 107-111).

---

[1]- مغرور رابح، " الحق في السلامة الجسم بين القدسية والضرورة الطبية (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري")، المرجع السابق، ص.72.

[2] -المادة 40 من الدستور الجزائري.

[3]- أمر رقم 66-156 مؤرخ في 08 يونيو 1996، يتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج.ج عدد 49، صادر في 11 جوان 1966، المعدل والمتمم.

[4]- جلال الجابري، الطب الشرعي والسموم، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان،2002، ص. 74.

فحماية هذه الحقوق تم فرض عقوبات وفق الخطأ المرتكب هي الإعدام والسجن المؤبد، السجن المؤقت وغرامة المالية وهذا حسب المادة 05.[1]

حيث نصت المواد 254-263 من قانون العقوبات الجزائري على الجنايات والجنح ضد الأشخاص وهي بذلك تحمي " الحق في سلامة الجسم" وهذا كله اعتبارا من أن الحق أو المصلحة المعتدي عليها هو سلامة جسم الإنسان" [2].

**ثالثا- قانون الإجراءات الجزائية الجزائري:**

يعد قانون الإجراءات الجزائية مكمل لقانون العقوبات، بحيث يقوم بوضع أحكام وإجراءات قانونية أثناء توقيف الفرد والتحقيق معه ومحاكمته، كما يضبط السلطة من التعسف تجاه الفرد بحيث يفرض فيها احترام الفرد حتى ولو كان محرما من معاملته بإنسانية.

التوقيف:

نصت المادة 51 مكرر من ق، إ،ج ،ج على أنه له الحق الاتصال فورا بعائلته وزيارته .

التحقيق:

فالدفاع عن نفسه أي المتهم في الدولة توفر له محامي ولا يتكلم إلا بحضوره ويمنع استعمال العنف حسب المادة 159 من ق،إ،ج.ج[3].

المحاكمة :

وتكون قبل مدة الحبس المؤقت ليدل عليه إن كان مدان أو بريء أما في المحاكمة الأخيرة يكون له حقوق، وهي أن تكون الموافقة علانية المادة 285 كما يحق له على الدفاع عن نفسه المادة 313، وحق الطعن 495[4].

---

[1]-حليمي صورية، الضمانات الدستورية لحماية حقوق الإنسان في الجزائر( دراسة حقوق اقتصادية واجتماعية والثقافية) ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة،2015، ص. 73 .

[2] -مغرور رابح، " الحق في السلامة الجسم بين القدسية والضرورة الطبية (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري")، المرجع السابق، ص. 73.

[3]- أمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر. ج.ج عدد 48، صادر بتاريخ 10يونيو 1996، المعدل والمتمم.

[4]- حليمة صورية، الضمانات الدستورية لحماية حقوق الإنسان في الجزائر، المرجع السابق، ص. 40.

فطبقا للقاعدة المشهورة" الشخص برئ حتى تثبت إدانته"، فإنه يجب معاملة المشتبه به معاملة إنسانية، فيحق لهذا الشخص أن يتصل بأهله وأن يجرى له الفحص الطبي متى طلبه، كما أنه لا يتابع، ولا يوقف، ولا يحتجز إلا في الحالات المحددة قانونا ويتضمن هذا القانون ضمانات لحماية الحق في سلامة الجسم.[1]

## المبحث الثاني

## الأساس القانوني لإباحة المساس في الجسم البشري

إن المواضيع التي لا يتناولها المشرع بالتجريم من الأصل تكون مباحة إباحة أصلية عملا بالقاعدة العامة " الأصل في الأشياء الإباحة" لكن هذا الأصل ليس مطلقا[2].

فهناك حالات الآن استثنائية تخرج عن دائرة التجريم، أين يباح المساس بالجسم البشري من أجل مصلحة معينة، حيث يُبيحها المشرع إذا وقعت في ظروف معينة، كما هو الحال في التطبيب أو التأديب.

كما يدخل في أسباب الإباحة، الدفاع الشرعي العام أو الخاص.

عمل أسباب الإباحة هو التأثير على الطبيعة الموضوعية للفعل، حيث يترتب على توفرها إزالة الصيغة الإجرامية للفعل،[3] ويتصرف أثرا الفعل إلى الفعل بحد ذاته وليس إلى الشخص الفاعل، نفس الشيء بالنسبة للمساهمة في ارتكاب الفعل فالأثر يتصرف إليهم أيضا كما هو الحال للطبيب الذي يجري عملية، فالإباحة تشمل الطبيب وكافة الطاقم الطبي الذي يساعده في التطبيب[4].

---

[1]– مغرور رابح، " الحق في السلامة الجسم بين القدسية والضرورة الطبية (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري")، المرجع السابق، ص. 40.

[2] – حسن سعد سند، الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية مقارنة بها في ضل أحكام الشريعة الإسلامية ومدى هذه الحماية في مصر، الطبيعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص. 518.

[3] – أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، الطبيعة الثانية، دار هومة، الجزائر 2004.

[4]– عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام (دراسة مقارنة)، طبعة جديدة مزيدة ومنقحة، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص.83.

فأسباب الإباحة ترد على أفعال لها صورة وقائع إجرامية، لكنها بسبب ظروف معينة أو توقيت معين أسقط عليها سبب إباحة( أزال عنها هذه الواقعة الإجرامية)، فغالبية الفقهاء يرون على أنها قيود ترد على نص التجريم لتعطيل مفعول الركن الشرعي للجريمة.

## المطلب الأول

## ماهية أسباب الإباحة

كما ذكرنا بأن الركن الشرعي المتمثل في الصيغة الغير مشروعة للسلوك الإجرامي يتكون من عنصرين هما خضوع السلوك لنص التجريم وعدم توفر سبب من الأسباب الإباحة، ومنه فقد يرتكب الفرد عملا يتطبق عليه نص التجريم الوارد في قانون العقوبات، ومع ذلك لا يعتبر الحق جريمة كمن يقتل للدفاع أو يجرح بهدف القيام بعمل طبي أو يضرب للتأديب، ويعني ذلك أنه لا يكفي أن يتطابق الفعل مع نص تجريمي ساري المفعول، إذ يجب علاوة على ذلك أن تتأكد من عدم وجود سبب يبرر الأفعال إذ أن وجود سبب للتبرير يخرج هذه الأفعال من دائرة التجريم.

### الفرع الأول

### تعريف أسباب الإباحة

**أولا –الإباحة لغة:**

هي الإظهار أو الإعلان أو الإطلاق أو الإذن، فأباح الشيء أي أطلقه، والمباح خلاف المحظور، وقد أورد الرجاني في التعريفات أن الإباحة هي الإذن بإتيان الفعل كيف بشيء الفاعل[1].

**ثانيا– الإباحة اصطلاحا:**

الإباحة هي أحد أقسام الحق فحسب خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاءًا أو تخييرا أو وضعا، إذ يتضح أن الإباحة هي أحد أقسام الحكم، وهي التحييز وقد أورد الأصوليون المسلمون لإباحة عدة تعريفات ذات مضمون واحد، ومن بين هذه التعريفات ما قاله به الإمام أبو

[1]– حسن سعد سند، الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية، المرجع سابق، ص. 518.

حامد الغزالي في الإباحة " بأنها التحييز بين الفعل والترك الشرع، كما عرفه الإمام الشوكانمي بأنها مالا يمدح على فعله وعلى تركه[1].

هذا من الجانب اللغوي والاصطلاحي، وبالرجوع إلى التشريعات التي لم تتفق على وصف واحد منها من أطلق عليها اسم أسباب التبرير ومنها من أطلق عليها اسم أسباب انتقاء الجريمة، أفعال مبررة ... إلخ.

بالرغم من هذا فأسباب الإباحة لم تعرفها التشريعات، وذلك بالنظر إلى تشابهها بغيرها من المواضيع المجاورة لها.

نرى القانون الجزائري الذي نص عليها تحت عنوان الأفعال المبررة في نص المادة 39 من قانون العقوبات، نص في الفقرة الأولى من المادة على:

1- إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون وفي الفقرة الثانية.

2- إذا كان الفعل قد دفعت إليه، الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء[2].

نص في المادة 52 من نفس القانون على الأعذار القانونية معفية كانت أو مخففة[3] ونتيجة لذلك فنحن مجبرين للجوء إلى الفقه قصد تعريف أسباب الإباحة.

**ثالثا- التعريف الفقهي الإباحة:**

**1- المعنى العام:**

يقصد به إتيان الشخص لم يجرمه القانون أو ما جاء به فقهاء القانون بأن الأصل في الأشياء للإباحة، حتى يأته النص الذي يجرم ذلك الفعل.

فالأسباب الإباحة كما يفصح عنها اسمها أحوال يبدو فيها الواقعة من حيث الظاهرة مستجمعة كل العناصر، لاعتبارها جريمة ولكنها مع ذلك لا تعد جريمة، وذلك لوجود قاعدة قانونية

---

[1]- حسن سعد سند، الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية، المرجع سابق، ص. 519.

[2]- المادة 39 من قانون العقوبات، المرجع السابق.

[3]- المادة 52 من نفس القانون.

ترخص بارتكاب الفعل في تلك الأحوال أو توجيهه[1].

**2- المعنى الخاص:**

يقصد به أسباب الإباحة أو الأفعال المبررة، وهي محاولة إزالة الصفة الإجرامية وإسقاط العقاب على الفعل أو السلوك الذي أتى به الشخص، وذلك بسبب وقوعه في ظروف خاصة.

فالقانون يحمي الحق في سلامة البدن، ولهذا فهو يجرم الضرب والجرح ويعاقب على من يرتكب هذا الفعل أو ذاك، لكن الوقت نفسه لا يعرقل الطبيب أثناء ممارسة مهنية، وربما اقتضاءه ذلك أن يجري عملية جراحية لمريض قد يؤدي إلى بتر عضو من أعضاءه، وهو يجيز كذلك لأب أن يؤدب أولاده وقد يستدعي ذلك ضربهم لتقويمهم[2].

من كل ما سبق نعرف أسباب الإباحة على أنه " تلك الأسباب التي من شأنها إزالة صفة التجريم عن أفعال سبق أن جرمها المشرع"

لأن هناك فرق بين السلوك الذي لم ينص القانون على تجريمه والسلوك المجرم، الخاضع لسبب إباحة، فإذا كان الفعل الأول محل دعوى عمومية فما على القضاء إلا أن يتأكد من عدم وجود هذا النص، في حين أن الفعل الثاني هناك نص جرمه ولو لأسباب الإباحة الذي طرأ وقتها ارتكابه لنطبق عليه نص التجريم، وتحقق المسؤولية الجزائية قبل الفاعل إذا ما توافر عنصرا ما فيه وهما الوعي والإرادة[3].

**رابعا-دليل مشروعية الإباحة:**

إلى جانب أسباب الإباحة المنصوص عليها في النصوص القانونية نجد أن التشريعات السماوية لم تتهاون بإعطاء أهمية بالغة لإباحة أفعال قد تمس سلامة للجسم البشري، وذلك لغرض خارج عن إرادة الشخص ونذكر من بين الآيات التي ذكرت مشروعية الإباحة، ومن هذه الآيات نذكر قوله عز وجل "وَلا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ" [4]. وقوله صلى الله

---

[1]- عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص. 82.

[2]-المرجع نفسه، نفس الصفة.

[3]- محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص.130.

[4] - سورة الأنعام، الآية رقم 33.

عليه وسلم:" مَا أَحَلَّ اللهُ فِي كِتَابِهِ فَهُو حَلالٌ وَمَا حَرَّمَهُ فَهُو حَرَامٌ وَمَا سَكَتَ عَنْهُ فَهُوَ عَفُوٌ، فَأَقْبَلُوا مِنَ اللهِ عافيته ومَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا".

فالأية الأولى دليل إباحة القتل بالحق هنا أشار الله إلى القصاص في القتل حتى يتلازم الضرر مع الحق.

الشريعة تجعل استعمال الحقوق وأداء الوجبات مبيحا للفعل، فلا جريمة في فعل قد أدى بسبب حق أو بمناسبة وأداء واجب، فالفرق الوحيد بين الشريعة والقوانين الوضعية أن أسباب الإباحة وأسباب رفع العقاب والاعفاء من العقاب، قد وجدت وعرفت بوجود الشريعة الإسلامية[1].

رغم أن الأصل في الأشياء هي الإباحة لكن تبقى قاعدة الإباحة والحق محكومة بمبدأ أن الأمور بمقاصدها والأعمال بالنيات، وهذا حتى لا تستعمل هذه الحقوق والأسباب بطريقة تعسفية كون الظروف ترجع إلى أنها ظروف شخصية موضوعية لصيقة بالشخص، فبتالي النية هي الأساس في تقرير الجزاء والإباحة[2].

خلاصة آراء الفقهاء أن الإباحة تأتي بحكمة ذات مصلحة تعمل على دفع ضرر وجلب منفعة، وبالعودة إلى المصلحة الأساسية هي في الكليات الخمس، والحفاظ عليها حفظ الدين النفس، العقل، النسل، والمال، فلا يمكن تأخيرها على غيرها ولا تقديمها على بعضها[3].

ذلك استنادا لقول النبي صلى الله عليه وسلم "مَنْ قَتَلَ دُونَ دِينِه فَهُو شَهِيدٌ، ومنْ قَتَلَ دُونَ مالِهْ فَهُوَ شَهِيدٌ، وَمَنْ قَتَلَ دُونَ دَمِهْ فَهُو شَهِيدٌ وَمَنْ قَتَلَ دُونَ نَفْسِهْ فَهُو شَهِيدٌ".

بالرجوع إلى حماية السلامة الجسدية لإنسان، فالإباحة جاءت لدفع ضرر محتوم، وجلب منفعة أكيدة، وبتالي آلت إليه القوانين في حصر أسباب الإباحة لم يكن ذات جدوى.

---

[1]– عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، دار الكتب العلمية، د.ب.ن، د.س.ن.

[2]– حسن سعد سند، الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية، مرجع سابق، ص. 519.

[3]– مرجع نفسه، ص. 520.

## الفرع الثاني

## مصادر أسباب الإباحة

**أولا- المصادر:**

تعود مصادر القانون الجنائي إلى التشريع فقط كما هو منصوص في نص المادة 01 الأولى من قانون العقوبات:

المادة 01" لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون" [1].

لكن لدى أسباب الإباحة المصادر التي تقيس مدى شرعيتها في الواقع، وبالتالي فمصادر أسباب الإباحة لا تقتصر فقط على التشريع بل تمتد إلى الشريعة الإسلامية، والفقه، ومبادئ الطبيعة والاجتهاد القضائي.

يعتبر بعض الفقهاء أن القاعدة في الأصل بالنسبة لسلوك الإنسان ونشاط وتصرفاته هي الإباحة، على أساس أن ما يقوم به الشخص هو مسموح له به، وأن التجريم في معرض ذلك ليس إلا استثناءً على تلك القاعدة العامة المطلقة، وتأتي أسباب الإباحة كاستثناء على هذا الاستثناء لترد الفعل إلى أصله من المشروعية بعد أن كان مجرما[2]، فأسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية لا شخصية، فهي تنتج أثرها بصرف النظر عن الموقف النفسي للفاعل أي سواء علِم أسباب الإباحة أو كان يجهلها[3].

إن الإباحة القانونية تقتصر على الأفعال الملحوظة صراحة في التشريع الجزائري، لأفعال في الأصل كونت جرائم لا إباحة ولا تبرر لها باعتبارها مشروعة بمجرد اكتمال المكون المادي لها.

تجد الإباحة مصدرها في النصوص القانونية سوآءا كانت في قانون العقوبات في نص المادة 39و 40 منه، كما في حالة ما يأمر به القانون، ونفس المادة في الفقرة الثانية ورد القسم

---

[1]- نص المادة 01 من قانون العقوبات، المرجع السابق.

[2]- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص. 177.

[3]- عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام، ص. 84.

الثاني منها، والمتمثل في حالة الدفاع الشرعي، أما المدة 40 فهي تكملة للقسم الثاني، والتي تناولت حالة الدفاع الشرعي الممتاز[1].

كما نجدها في نصوص قانونية غير جنائية، كالقانون المنظم للطب، وقانون تنظيم الصحافة كما يمكن أن تتمثل في وقائع تتفق مع رضى المجني عليه الذي لا يستوجب نص قانوني.

أما الفقهاء فلهم رأي آخر أين يرون أنه بإمكان العرف أن يصلح مصدرا لإباحة مع استبعاد كل ما يخالف القانون من ناحية التجريم، كونها غير مقبولة حتى وإن كانت ممارسة في الواقع.

وهناك من عارض بأن العرف قد يكون مصدرا مباشر لإباحة، ففي حالة ما إذا وصل إلى هذه المرحلة بمقدوره تعطيل قاعدة قانونية إذا ما تعارف الناس على خلاف ما جاءت به القاعدة القانونية، فحجية العرف أضعف من أن يكتسب قوة أن يكون مصدرا صريحا مباشرا لأسباب الإباحة لكن يبقى تأثيره غير مباشر، حيث يظهر دوره في تطبيق القانون الذي يعاقب على الفعل المخل بالحياء كون أن القانون لم يعرف هذا الفعل، وتبقى السلطة التقديرية للقاضي، وذلك بعد دراسة لظروف الجريمة من حيث الزمان والمكان وما تعارف اعتبار أفعال معينة غير مخلة بالحياء إذا ارتكب في زمان أو مكان معين كالظهور على الشواطئ بملابس الاستحمام أو في الطريق العام بملابس لا تستر أجزاء الجسم[2].

**ثانيا- أساس الإباحة:**

سعت نصوص قانون العقوبات إلى حماية حق الفرد وحريته، وذلك من خلال إقرار مواد قانونية تحرم وتعاقب كل ما يعتبر تهديد، ويمس بالسلامة الجسدية للفرد، فهو يجرم الفعل باعتباره يضع حدا للحياة الجسدية بإحراج الروح منه، إلى جانب تجريمه لإيذاء كونه يهدد على السلامة

[1]- عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص. 85.

[2]- محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص. 164.

الجسدية، بالمعنى القانوني فالقانون لا يجرم الأفعال التي لا تعتبر اعتداء على حق جدير بالحماية[1].

تكمن العلة من الإباحة في انتقاء العلة من التجريم فالقاعدة أن المشرع إنما يحرم من الأفعال ما يعدد الحقوق والمصالح الاجتماعية التي يبرئ ضرورة حمايتها، فإذا تبين له أن فعلا من هذه الأفعال لا يؤثر ظروف معينة على أنه يكفل الحماية لغيرها مما يعد أولى بالرعاية منها، فإنه يغلب جانب الإباحة على جانب التجريم[2].

وهناك صورتين لا يمكن الادعاء فيها أن الفعل المرتكب بشكل عدوانا على حق جدير بحماية المجتمع.

**1- انتقاء علة التجريم:**

تعني بها وقوع الفعل المجرم ففي ظروف تعمل أو تساعد على إزالة علة التجريم، لتطغى المصلحة الواقعة عن الحماية لعدم مثواها للحماية بوجود تلك الظروف ليفقد الفعل فعاليته في إنتاجه للعدوان، كما كان في الأصل اعتداء على الحق القانون كاعتداء شخص عادي على آخر، وذلك بإيقاعه لضرر هنا يكون مسؤولا على الضرر الذي أنتجه تعديه على سلامة جسد هذا الشخص.

2- **حالة ما إذا كان الفعل منتجا لاعتداء على حق،** لكن ارتكابه في الظروف التي تم فيها ينطوي على صيانة حق أجدر بالحماية من الحق المهدور، فالقتل جريمة لأنه اعتداء على حق المجني عليه في الحياة ، لكنه إذا وقع في حالة دفاع شرعي لا يعد كذلك لأن المشرع يرى أن حق المدافع في الحياة أجدر بالحماية من حق المعتدي في الحياة[3].

---

[1]- كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الثقافة، الأردن، 2002، ص. 127.

[2]- عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص. 83.

[3]- عادل قورة، محاضرات قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الرابعة، دوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص.67.

بسبب هذا الانحياز العادل هو أن المجني عليه باعتدائه قد هبط بقيمة حقه في نظر المجتمع الذي أثر صيانة حق المعتدي عليه وإلا كان هو القتيل[1].

**ثالثا- تمييز أسباب الإباحة مع الحالات المشابهة لها:**

اختلاف الموجود بين أسباب الإباحة وغيرها من الأسباب أو الموانع يكمن في الطبيعة الموضوعية التي تتعلق بالركن الذي يقيم الجريمة أو يلغيها.

**1- التمييز بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية.**

**أ- من حيث الطبيعة:** كما هو موضح فإن أسباب الإباحة ذات ظروف موضوعية متصلة بالركن الشرعي للجريمة، لا تمتد بأي صلة لشخص المجني إلا استثناء إذ ما تدخلت نية الشخص في ممارسة سلوكه، واتجاه نية الطبيب مثلا إلى شفاء المريض في ممارسة الأعمال الطبية[2].

ومثل هذا الاستثناء لا يؤثر على الأصل الذي يقوم على الطبيعة المادية الأسباب التبرير[3].

أما موانع المسؤولية فهي مرتبطة بمرتكب الجريمة تعيب إرادة وتجعلها غير معتبرة قانونا وتجريدها من التمييز وحرية الاختيار.

كما تثار بعد سنة الجريمة إلى فاعلها فلا تعمل على الركن المادي كأسباب الإباحة، وإنما تتصل بالركن المعنوي.

**2- من حيث الآثار:** تعمل أسباب الإباحة بإباحة الفعل حيث أثارها تنصرف مباشرة إلى السلوك الواقع ( الفعل المادي) لتنزيل الصفة الإجرامية عليه، أي مسؤولية عنه سواءً جنائية مدنية وبالتالي لا مجال لتطبيق أي عقوبة أو تدابير أمن.

أما بالرجوع إلى موانع المسؤولية فهي شخصية ومجالها الجاني لا علاقة بالركن الشرعي للجريمة، ومن ثم لا ترفع الصفة اللاشرعية للفعل وإنما تعمل تمنع من ترتيب آثارها القانونية جزائية بحق مرتكب الجريمة.

---

[1]- كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الثقافة، الأردن، 2002 .

[2]- عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص.68.

[3]-محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص. 141.

يقتصر أثرها على نفي المسؤولية الجزائية، ولا تبقى الخطورة الإجرامية لدى الجاني وبالتالي يجوز تطبيق تدابير احترازية.

**ب- التمييز بين أسباب الإباحة وموانع العقاب:**

1- **من حيث الطبيعة:** موانع العقاب لا تتعلق بأي ركن من أركان الجريمة مادامت قائمة ووجدت جميع أركان الجريمة، بمعنى لا تنفي ولا تزيل المسؤولية الجنائية بل تقوم في حالة غياب أي مانع من موانع المسؤولية، بعكس أسباب الإباحة التي تعمل على قيام الجريمة باتصالها بالركن الشرعي بالجريمة.

2- **من حيث الأثار:** في أسباب الإباحة تنتفي المسؤولية الجنائية والمدنية، بينما في موانع العقاب تكون المسؤولية قائمة، ومع ذلك يقدر المشرع لاعتبارات المنفعة العامة عدم توقيع العقاب وذلك ما أورده المشرع الجزائري في المادة 2/52 من قانون العقوبات.

كما أن أسباب الإباحة يستفيد منها إلا من ساهم في الفعل عكس موانع العقاب فهي شخصية لا يستفيد منها إلا الشخص الذي توافرت فيه حقه[1].

أمثلة ذلك جرائم السرقة، خيانة الأمانة، إخفاء الأشياء المسروقة...إلخ، وقد تتجسد المنفعة الاجتماعية في أن تكون جرائم عسيرة لاكتشاف فيغري القانون أحد المساهمين أو الفاعلين بإعطائه من العقوبة، إن هو أسدى خدمة للمجتمع إن عمل على اكتشاف الجريمة وعن المساهمين فيها.

## المطلب الثاني

## أثار أسباب الإباحة

تضفي أسباب الإباحة على الفعل المشروعية، وبالتالي يعتبر كل مشترك في الجريمة شأنه الفاعل الأصلي سواءً في الإدانة أو البراءة، ويستفيد من أسباب الإباحة كونه ساهم في عمل مشروع أو مبرر، وبما أن أسباب الإباحة تخص الظروف المادية لا الشخصية للفاعل، فينجر عنها عدم الاعتداء بالجهل بالإباحة إلى جانب ذلك تأثير الغلط في الإباحة على الركن المعنوي للجريمة وهذا ما سنتناوله فيما يلي.

[1]- عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص. 68.

## الفرع الأول

## طبيعة أسباب الإباحة

تعد أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية لا شخصية فهي تنتج أثرها بصرف النظر عن الموقف النفسي للفاعل، أي سواء بوجود أسباب الإباحة أو كان يجهلها، ويترتب على ذلك أن أثرها لا يترتب على الفاعل وحده بل يمتد كذلك إلى شركائه، لأنه إذا كان ما وقع من الفاعل الأصلي مباحا فلا يمكن أن يلحق التأثير فعل شريكه، وذلك عملا بقاعدة أن الفرع يأخذ حكم الأصل[1].

يعد الفعل المقترن بسب أسباب الإباحة فعلا مشروعا ويترتب على ذلك كل من ساهم فيه كفاعل أصلي أو شريك بريء باعتباره قد ساهم في عمل مشروع أو مبرر[2].

**أولا- أسباب الإباحة وتعدد المساهمين:**

يعمل القانون على معاقبة مرتكب الجريمة التي استوفت أركانها سواء إذا كانت مرتكبة من طرف واحد أو تعدد مرتكبيها، وفي هذه الحالة فالشركاء في الجريمة يتم توقيع العقاب عليهم بقدر عقوبة الفاعل الأصلي، وبالتالي نفس الشيء بالنسبة لأسباب الإباحة يستفيد منها المساهمين أو الشركاء في الجريمة بمثل استفادة الفاعل الأصلي.

إلا أن هذا الأمر ليس مطلقا إذ يجب تبيان أثر أسباب الإباحة في المساهمة الجزائية أن نفرق بين لأسباب الإباحة النسبية والمطلقة، فإذا كان سبب الإباحة مطلقا كالدفاع الشرعي مثلا، استفاد منه جميع المساهمين فاعليين أصليين كانوا أم شركاء أم محرضين أم متدخلين، أما إذا كان السبب نسبيا فلا يستفيد منه من قام فيه هذا السبب[3]. إلى جانب استفادة من أسباب الإباحة من قام بمساهمة تبعية في الفعل.

---

[1] – عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص. 84.

[2] – لبنى بوجلال، موانع المسؤولية الجزائية في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص علوم جنائية، الجزائر،2013، ص. 169.

[3] – كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص. 129-130.

**ثانيا- الغلط في الإباحة:**

يعتبر الغلط في الإباحة الصورة المقابلة للجهل بالإباحة، ويعتبر بعض الفقه هذه الحالة بالبراءة الظنية[1]، وذلك أنه تقوم في ظن شخص وجود ظروف معينة وشكوك وقائع تؤكد له أن ما يقِوم به مشروع قانون ولا يعاقب عليه القانون، لذلك يتكون لديه أسباب الإباحة.

مثلاً ذلك يتوهم على شخص عادي أن هناك خطر يهدد في نفسه أو حاله فيقتل من ضن أنه مصدر الخطر ثم يتبين عدم وجود مثل هذا الخطر على الإطلاق[2].

إذا بحثنا في التشريع الجزائري على نصوص قانونية تنص على أثر الغلط في الإباحة على المسؤولية الجزائية لا نجد نصا تناولها عكس بعض التشريعات العربية الأخرى، منها القانون المصري.

قد نفي الغلط الركن المعنوي كليا إذا كان اعتقاد الشخص بتوافر الإباحة مبينا على أسباب معقولة قياسا على حالة شخص معتاد في نفس ظروفه[3].

نشير أن الغلط في الإباحة ينصب على الوقائع التي أحاطت بارتكاب الفعل، أو إذا نصب على قانون آخر غير قانون العقوبات[4].

**ثالثا- الجهل في الإباحة:**

يعبر بعض الفقهاء عن هذه الحالة بالجريمة الضنية[5]، ونقصد بذلك هو إتيان شخص لفعل أو يمتنع عنه ظنا منه أنه غير مشروع ويعاقب عليه القانون، بينما هو في الواقع مقترن بسبب من أسباب الإباحة كان يجهل عنه، كالشخص الذي يدفع الاعتداء عليه بالقوة، وهو جاهل بإباحة وجواز الدفاع الشرعي، وقد يعود ذلك بالجهل بالواقع والقانون.

---

[1] – نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار الثقافة، الأردن، 2005، ص.139.

[2]– لبنى بوجلال، موانع المسؤولية الجزائية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص.170.

[3]– سليمان عبد المنعم، النظرية العامة للقانون العقوبات، دار الجامعة، مصر، 2000، ص. 374.

[4]– نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص. 140.

[5]– كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، المرجع السابق، ص. 130.

هنا يثار التساؤل حول إمكانية تبرير الفعل بناء على الوجود الفعلي للظروف المبرر أم اقترن الوجود الفعلي له العلم به[1] انقسم الفقهاء بصدد الإجابة على هذا التساؤل:

بعض شراح الألمان يرون أن الفعل يكون مبررا بمجرد توفر شروط أسباب التبرير، بغض النظر عن علم الفاعل بوجودها كنتيجة حتمية للطبيعة المادية لأسباب التبرير.

أما البعض يرى أن الفعل لا يكون مبررا إلا إذا انصرفت النية إلى جعله متجاوب مع مقتضى الظروف وما عدم العلم بوجود لظرف المبيح إلا قرينة على عدم انصراف نية الفاعل إلى إعمال في واقعة الحال.

توسط الرأيين السابقين راي ثالث ذهب إلى أن ارتكاب شخص جريمة وجود سبب مبرر لها لا يعلم به، ينسب إليه مجرد شروع فيه لا جريمة كاملة وقد حسمت بعض القوانين صراحة هذه المسألة[2].

أما قانون العقوبات الجزائري فلا يوجد نص صريح يتضمن حالة الجهل بالإباحة، وذلك كون أن الأصول العامة في القانون لا تحتاج إلزامًا إلى نص صريح يقررها قياسا على تحديد الجريمة وأركانها، فالجريمة استثناء يجب ضبطه حتى يتسنى لأفراد علمه، بينما الأفعال التي أجازها القانون لا حاجة لتوضيح عناصرها حتى يتطلب العلم بها إلى جانب الحالة النفسية للفاعل، كون أن التكييف القانوني للفعل المرتكب يتطلب الركن المعنوي للجريمة.

وإذ تعمد الشخص الخروج عن الشروط التي يقررها القانون لتوافر الإباحة أعتبر عمله جريمة مقصودة، ويسأل الفاعل عن جريمة مقصودة متعمدة لأنه قام بالفعل عن علم وإرادة، أما إذا حدث التجاوز نتيجة إهمال أو خطأ أو عدم احتياط لا يصدر عن الإنسان العادي إذا وجد في نفس الظروف والملابسات، فيسأل عن الفعل المجرم بوصف الخطأ أي يسأل عن جريمة غير مقصودة[3].

---

[1]– لبنى بوجلال، موانع المسؤولية الجزائية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. 172.

[2]– المرجع نفسه، ص. 172.

[3]– محمد علي السالم عياد الحلبي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، د.ب.ن،2007 ص. 17.

أما إذا حدث التجاوز نتيجة حادث فجائي أو إكراه معنوي فإن الفاعل لا يكون مسؤولا[1].

## الفرع الثاني

## صور أسباب الإباحة

تنص المادة 39 من قانون العقوبات على ما يلي " لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون" [2].

يكون الواجب قانونيا إذا كان القانون يفرضه سواء على الفرد العادي أو على الموظف العام، فالفرد يعمل لإيداع واجبه القانوني كلما توافرت هناك قاعدة قانونية تفرض عليه إطاعتها بذلك، وما يترجم وظيفة الموظف العاصي:

**أولا- الأسباب النسبية لإباحة:**

تتمثل الأسباب النسبية لإباحة في ما يؤمر به القانون، ولا تقتصر عبارة قانون على السلطة التشريعية فحسب بل تشمل بذلك القرارات والأوامر التي تصدر حقا مقررا قانونا والتي نحاول تفصيلها كما يلي:

**أ- ما يؤمر به القانون**

إن الأفعال التي يأمر بها القانون مباشرة أو تتم تنفيذا لأمر صادر من السلطة المختصة المخولة قانونا بإصدار ذلك الأمر تعتبر أفعال مباحة، تكمن سبب إباحة الأفعال التي يأمر بها القانون في النص القانوني ذاته ضمن غير المنطقي أن القانون بفعل معين.[3]

كما يعبر الفقه بأمر القانون ممارسة السلطة أو أداء الواجب إباحة الأفعال التي يقوم بها الموظفون العموميون، من تنفيذ نصوص القانون وأوامر الرؤساء الإداريين واجبة الطاعة ولو كانت تشكل بحسب الأصل جرائم[4].

---

[1]-محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص. 147.

[2]- المادة 39 من قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق.

[3]- عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص. 86.

[4]- سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، المرجع السابق، ص. 137.

يكمن سبب إباحة الأفعال التي يأمر بها القانون في النص القانوني ذاته، إذ لا يعقل أن يأمر القانون أو يرخص للموظف بتنفيذ حكم أو أمر رئيس إداري يعاقب لو قام به[1].

**1- المكلف بتنفيذ أمر القانون:**

بالعودة إلى الأصل المهمة مخولة للمواطنين فهم المؤهلين لذلك، وذلك يجب أن يحسنوا النية، وارتكابهم لأفعال التي آمر القانون، ويعد كل شيء يجب على الموظف أن يبين أنه ارتكب الفعل وهو معتقد مشروعية وأن اعتقاده كان مبني على أسباب معقولة.

الموظف العام الحقيقي: لم يعطي القانون العقوبات تعريف الموظف بينما تعريفه يرجع إلى القانون الإداري، والذي يعرفه الفقه الإداري الموظف العام على " أنه كل شخص يعهد إليه مس سلطة مختصة بأداء عمل دائم في خدمة مرفق عام يدار أسلوب الاستغلال المباشر" [2].

خلال ما سبق ذكره يجب أن تتوفر في الموظف العام شروط معينة ألا وهي:

- القيام بعمل في خدمة مرفق عام تديره الدولة، أو يتبع أحد الأشخاص المعنوية العامة.
- القيام بالعمل بصفة دائمة لا عرضية.
- أن يكون لالتحاق الشخص بالعمل قد تم على وجه قانوني.
- لكن إذا أخذنا بالمدلول الإداري فقط للموظف العام الإداري ذلك للتضييق من مجال الإباحة، وخرج من نطاق بعض الأشخاص اللذين يباشرون جزءا من اختصاصات الدولة لذلك يجب الأخذ بالمفهوم الجنائي الموسع للموظف العام الذي يضم بالإضافة إلى التعريف التقليدي والإداري للموظف العام الأشخاص المكلفين بخدمة عامة والموظفين الفعليين والإجراء الذين يرتبطون بعلاقة تعاقدية مع الدولة[3].

الموظفين الذين يأمرون بممارسة مهامهم بخصوص تطبيق أمر القانون كسبب إباحية قد يكون يمارس مهامه كموظف عام حكمي يباشر مهامه طبقا للقانون جزء من اختصاصات الدولة، كالمكلف بخدمة عامة، عمل مؤقت وعارض لحساب الدولة، أو موظف فعلي وهو الذي لم

---

[1]- لبنى بوجلال، موانع المسؤولية الجزائية الجزائري، المرجع السابق، ص.175.

[2]- فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1996.ص.291.

[3]- نجيب محمود حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، دار النهضة، لبنان، 1968، ص. 228.

يلتحق بالعمل فعلا أو كان قرار تعيينه يشوبه البطلان، أو كان موظف بناء على رابطة تعاقدية طبقا لأحكام القانوني الخاص.

العبرة في تقدير توافر هذه الصفة من عدمها هو في وقت ارتكاب الجريمة، وفي المقابل يستفيد من الإباحة من كان مكتسبا صفة الموظف العام وقت وقوع الجريمة حتى ولو فقدها فيما بعد[1].

**2- تنفيذ العمل القانوني:**

لكي يستفيد الموظف العام من أمر القانون كسبب لإباحة فعل مجرم ارتكبه امتثالا للقانون يجب أن يكون بصدد تنفيذ عمل قانوني، وتتحقق هذه الصورة في حالة التنفيذ المباشر للقانون أو إطاعة أمر الرئيس[2]، ونعالج باختصار هذه الحالات:

التنفيذ المباشر للقانون يقصد به إتيان الفعل في حالة يكون مشروعا لكن المشروعية قد تستند مباشرة إلى القانون كأن يلزم القانون الموظف بالقيام بعمل حددت شروطه سلفا وهنا يكون القانون قد حدد العمل، ولكن لم يلزم الموظف بإتيانه بل رخص له القيام به أو تركه[3].

يجب في هذه الحالة أن يلتزم الموظف بأمر القانون وذلك بعد توفر الشروط للازمة لإجرائه، كما تنادي بذلك لترك السلطة التقديرية للموظف في تنفيذ أمر القانون أو الامتناع عنه، وتتمثل هذه الشروط التي يجب أن تلازم الموظف العام وجود السلطة التقديرية والسبب المشروع في الواقعة أو الحالة التي يرتب عليها القانون نشأة بالسلطة التقديرية وكذا مطابقة العمل للقانون[4].

---

[1]- سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، المرجع السابق، ص. 404.

[2]- لبنى بوجلال، موانع المسؤولية الجزائية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. 179.

[3]- عبد الحكيم قودة، امتناع المسائلة الجنائية في ضوء الفقه وقضاء النقض، دار الجامعة الجديدة، 2005، ص.128.

[4]- فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص.292. فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1996،

لكن يجب أن يكون أمر الرئيس مستوفيا لكل الشروط التي يتطلبها القانون، مما يجب أن يكون لأمر صادرا من مختص وموجها لموظف بتنفيذ الأمر يعفيه من المسؤولية [1]هذه فيما يخص الشروط الشكلية.

**ب- ما يأذن به القانون:**

يقصد بإذن القانون ترخيص القانون لصاحب الحق في استعمال حقه، ولفظ القانون في نص المدة 39 من قانون عقوبات جاء شاملا ليشمل كل قاعدة قانونية سواء كانت محددة في نص تشريعي أو قاعدة في الشريعة الإسلامية أو العرف[2].

ما يمكن الانتباه إليه بما يخص ما يأمر به وما يأذن به القانون، أننا في الأول تكون أمام إجبارية القيام بها ومخالفة الأمر يولد المسؤولية الجزائية، بينما الثانية ألا وهي ما يأذن به القانون فهي مجرد استعمال للحق وبالتالي يمكن القيام به أو الامتناع عنه دون وجود جريمة في حالة القيام به.

لكن السؤال الذي يتبادر إلى ذهننا هو أساس إذن به القانون كسبب لإباحة فنجد أن:

الإباحة بإذن القانون أو لاستعمال الحق كما يعبر عنه الفقهاء أو التشريعات هي الحالات التي تنتفي فيها عدم مشروعية فعل، لأنه ارتكب استعمال الحق قرره القانون لصاحبه، وعبارة القانون تأخذ مدلولا أوسع، حيث يتفق القضاء الفرنسي والمصري على أنها لا تقتصر على القانون في حد ذاته بل تتعداه لتشمل العرف وهذا يتفق مع واقعنا في الجزائري رغم عدم العثور على أحكام قضائية في هذا الشأن[3].

يتجلى أساس الإباحة بما أذن به القانون في التناسق الحاصل بين تحقيق مصلحة باستكمال القانون وتطبيق أحكامه، وذلك من أجل التعامل مع الحق وتجسيده في استعماله للحصول على مزاياه وتحقيق الغاية منه، دون تجريم الأفعال التي يستعمل فيها هذا الحق في حالة

---

[1]- لبنى بوجلال، موانع المسؤولية الجزائية في القانون الجزائري، المرجع السابق، 181.

[2]- عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص. 87.

[3]- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص. 137.

ارتكاب الشخص أفعال تناقض ما أذن به القانون، فليس من المنطق أن يأتي القانون بأمر ثم يعمل على مخالفة ذاك الأمر بالآونة نفسها خاصة إذا كان استعماله مشروعا[1].

يعمل استعمال الحق كسب لإباحة على شروط وتطبيقات معينة بالنظر إلى جرائم معينة، ولكن تلخيصها في بعض الأسطر.

وجود حق مقرر قانونا، فاستعمال الحق كسبب الإباحة يجب أن يتثبت ابتداء هذا الحق لصاحبه فلابد إذن من حق[2].

الحق هو كل مصلحة يعترف بها القانون ويحميها مادية كانت أو معنوية، ويجب أن يكون هذا الحق مشروعا لا يتنافى مع المبادئ الأخلاقية أو الاجتماعية أو القانون.

قد نجد أن مصدر الحق الدستوري كحق أعضاء المجلس التشريعي في التعبير عن أراءهم، وقد يكون مصدر الحق قانون الإجراءات الجزائية كحق الدفاع أمام المحاكم التي يجيز إسناد الشخص لخصمه في دفاعه أمورا قد تعتبر مكونة لجرائم القذف السب أو إفشاء الأسرار، كما يمكن أن يكون مصدر القانون التجاري أو الشريعة الإسلامية[3] .

لا يقتصر النص القانوني كمصدر لإباحة على النصوص الصادرة عن السلطة التشريعية، بل يشمل أيضا كل قاعدة تنظيمية متى كانت صادرة ممن يملك إصدارها قانونا وأن تنطوي على خاصية العمومية سواء تمثلت في أمر جمهوري أو إقرار وزاري[4].

**ثانيا- الأسباب المطلقة لإباحة:**

تتدخل هذه الأسباب في صفة خاصة في الشخص وليس في الجريمة ذاتها، كما أنها تؤثر في أي جريمة مهما كانت وتعتبر مطلقة كونها يستفيد منها من كافة من توافرت فيه الشروط العامة للدفاع الشرعي إلى جانب الدفاع الشرعي سندرس رضى المجني عليه باعتباره معيار مطلق

---

[1]-فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، المرجع السابق. ص.250.

[2]- محجود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص. 172.

[3]- لبنى بوجلال، موانع المسؤولية الجزائية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. 187.

[4]- محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص. 173.

لاستفادة من سبب إباحة لا غير، وذلك كون كانت التشريعات لم تحدد شرطا أو صفة خاصة في المجني عليه.

**أ- الدفاع الشرعي:**

يعتبر الدفاع الشرعي من أبرز أسباب الإباحة في القوانين الوضعية وهو قديم التاريخ والخلاف بين بني البشر، الذي بدء التنازع بين ولداي أدم عليه السلام ويستمر إلى مالا نهاية الأرض لقوله سبحانه وتعالى:" وَلَا يَزَالُونَ مُخْتَلِفِينَ إِلاَّ مَنْ رَحِمَ رَبُّكَ وَلِذَلِكَ خَلَقَهُمْ".[1]

يعتبر الدفاع الشرعي رد اعتداء غير مشروع على مصلحة قانونية فالقانون يحمي الحقوق والمصالح، وتتولى الدول حماية حقوق الأفراد من اعتداء عليها، ولكن القانون يرخص في نفس الوقت لمن يقع عليه اعتداء أو يتعرض للخطر اعتداء حال أن يدفع هذا الاعتداء ويرده إذا استحال عليه الاستعانة بالسلطات، لأنه ليس من المنطقي أن يسأل المعتدي عليه جزائيا من رد عدوان وقع عليه في وقت لم تتمكن السلطات العامة أن تحم به[2].

**1- تعريف الدفاع الشرعي:**

لقد عرفه جل التشريعات على أنه سبب من أسباب الإباحة والذي يستلزم حق كل شخص مهدد بخطر الاعتداء على ماله وعرضه أو نفسه، الدفاع عن نفسه وردع العدوان ولو سبب ذلك في ارتكاب فعل مجرم.

لقد عرفه الفقه على أنه "رخصة يخولها القانون لمن يتعرض لاعتداء تتوافر فيه شروط معينة باستعمال القوة لرد الاعتداء عنه قبل وقوعه أو الحيلولة دون استمراره" [3].

ويعرفه جانب آخر من الفقه أنه: " استعمال القوة اللازمة لصد خطر غير مشروع يهدد الاعتداء على حق يحميه القانون[4].

---

[1]- سورة هود، الآية 119.

[2]-عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص.91.

[3]- عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص.91.

[4]- عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص. 84.

لقد عرفته الشريعة الإسلامية قبل التشريعات الوضعية بأربعة عشر14 قرن وسمته بدفع الهائل، لقوله تعالى " فَمَنَ إعْتَدى عَلَيْكُم فاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدى عَلَيْكُم"[1].

**2-طبيعة الدفاع الشرعي:**

لقد اختلف الشراح حول طبيعة الدفاع الشرعي، منهم من قال أنه أداء لواجب اجتماعي، ومنهم من قال أنه حق، ومن ثم جرى الفقهاء على اعتبار الدفاع استعمالا لحق شخصي[2]ولعل الصحيح أن الدفاع الشرعي ترخيص من القانون للدفاع برد الاعتداء وفرق بين الحق والرخصة، فالحق يقابله التزام بدين وليس الرخصة كذلك[3].

**3- أساس الدفاع الشرعي:**

اختلف الفقه في تحديد الأساس القانوني للدفاع الشرعي، فمنهم من يرى بأنه مصدره فكرة العقد الاجتماعي التي ناد بها " جون جاك "روسو" ذلك أن ضرورة الدفاع ترد الإنسان إلى حالته الطبيعية لأولى حيث كان حق حماية نفسه بنفسه[4].

من الفقه من يرى خاصة فقهاء القانون الجنائي ورجال القانوني فيما يتعلق بأساس الدفاع الشرعي فذهبوا إلى أراء مختلفة وعديدة في تفسيره، فذهب جانب من الفقه إلى أساس الدفاع الشرعي هو العدالة المطلقة[5].

ذهب آخرون إلى إسناد الدفاع الشرعي إلى نظرية العقد الاجتماعي التي نادى بها " جون جاك" لكن هذا الرأي انتقد على أساس أن هذه الفكرة لا تصلح لتفسير الدفاع عن حقوق

---

[1]- سورة البقرة، الآية 194.

[2] -أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص. 136.

[3]- محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص. 217.

[4]- عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص.92.

[5]-نظام توفيق المجاني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص. 165.

الغير[1].

الراجح أن أساس الدفاع الشرعي يرجع إلى فكرة الموازنة بين المصالح المتعارضة لأفراد وإيثار مصلحة أولى بالرعاية تحقيق لصالح العام وهو هدف كل نظام قانوني، فالمبدأ العام أنه لا يجوز للشخص أن يدفع الاعتداء على حقه إذ تعذر عليه الاستعانة بالسلطات العامة[2].

**4- شروط الدفاع الشرعي:**

لا يفترض الدفاع الشرعي تعرضا يهدد بخطرما، وليس كل تعرض يبرر الدفاع الشرعي، وإنما هو التعرض الذي يقيده المشرع بشروط معينة كما يفترض الدفاع الشرعي أن يكون هناك فعل دفاع لصد هذا التعرض وعلى النحو الذي يكون فيه دفاعا مبررا[3].

**5- وتتمثل شروط فعل التعرض أو الاعتداء فيما يلي:**

**أ- أن يكون الفعل موجودا:** وذلك يعني وجود خطر ينذر بوقوع ضرر أو أن هناك ضرر قد يدل ولا يزال مستمرا يصيب النفس أو المال وتطبيقا لذلك فإن انتقاء الخطر يعني انتقاء العدوان، وانتقاء العدوان يعني انتقاء الدفاع الشرعي[4].

يجب أن يصدر من المعني فعل مادي وليس مجرد الشروع؛ كما أن الدفاع الشرعي لا يعد به إلا أثناء إثبات أنه الاعتداء أو محاولة الاعتداء فعلا.

**ب- أن يهدد الفعل بخطر غير مشروع:** يكون فعل الاعتداء غير مشروع إذا كان ينطوي على خطر حقيقي وكان غير مثار:

وجود تعرض ينطوي على خطر حقيقي : في حالة الدفاع الشرعي لا تنشأ إلا إذا كان هناك خطر يجعل من المحتمل وقوع جريمة، لذلك لابد من قيام المعتدي بنشاط يخشى منه وقوع جريمة من الجرائم على حق يحميه القانون حتى تتوفر حالة الدفاع الشرعي، ولا يشترط أن يكون فعل الاعتداء إيجابيا بل يكفي مجرد الامتناع الذي يقره القانون جريمة، كامتناع الأم عن إرضاع

---

[1]- فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، المرجع السابق، ص. 310.

[2]- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص. 143.

[3]- لبنى بوجلال، موانع المسؤولية الجزائية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. 211.

[4]-عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص. 94.

طفلها لقتله فهو خطر يبيح الدفاع الشرعي متى توافرت باقي شروط الدفاع الشرعي سواء بإرغام الأم على إرضاءه أو باتخاذ أي وسيلة ملائمة لإنقاذه[1].

**ج- أن يكون الخطر حال:** وقد عبر المشرع الجزائري بهذا الشرط بالنص " الضرورة الحالة" ويقصد بها أن يكون الخطر وشيك الوقوع، فهو وإن لم يقع بعد فإنه متوقع أن يحدث فورا حسب المجرى العادي الأمور كما قد يحل الخطر وذلك بوقوع فعل الاعتداء ويستمر الخطر حالا مادام فعل الاعتداء استمر ولم ينته[2].

يجب أن يكون حالا بحيث لا يوجد وقت للجوء إلى السلطات العامة لدرء الخطر، كما هو مذكور في نص المادة 2/39 بقوله الضرورة الحالة للدفاع المشروع[3].

ويكون الخطر حالا إذا كان وشيك الوقوع أو بدلا ولم ينته بعد، وتصدر من المعتدي أفعال وقوع الاعتداء أمرا منتظرا على الفور بحسب المجرى العادي لأمور[4].

بحسب المادتين 39 والمادة 70 من قانون العقوبات وضحت الجرائم التي يتيح الدفاع الشرعي والتي تشمل جرائم النفس والمال لكن المشرع لم يحدد نوع الجرائم مما فتح المجال على كثير منها .

لقد قمنا بدراسة الشروط المتطلبة في فعل العدوان ولآن سنتناول الشروط المتطلبة في فعل الدفاع ونختصرها فيما يل:

**6- الشروط المتطلبة في فعل العدوان:**

إذا توافرت شروط العدوان السابقة نشأ الحق في استخدام القوة لدرء هذا الاعتداء ويستوي بعد ذلك ممارسة هذا الحق ممن وقع ضده العدوان أو من شخص آخر غيره[5].

لكن حتى تكتمل شروط الدفاع الشرعي يجب إضافة شرط اللزوم شرط التناسب:

---

[1]-عادل قورة، محاضرات قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص. 86.

[2]-عبد الرحمان خلفي، محاضرات القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص.95.

[3]- المادة 39 من قانون العقوبات، المرجع السابق.

[4]-عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، المرجع السابق، ص.134.

[5]-عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص. 97.

**أ- شرط اللزوم:** يستلزم هذا الشرط أن يكون فعل الدفاع ضروريا لاعتداء، ومنع الجريمة من الوقوع، وذلك بالتصدي بعنف، ويجب أن يكون رد العدوان أو طريقة رد العدوان هو الوسيلة الوحيدة لذلك أفعل الدفاع.

ففي حالة بمقدور المعتدي عليه ردع الخطر بوسيلة أخرى مثل، التصدي للمعتدي وتجريده من سلاحه ( في حالة حمله للسلاح)، أو الهروب أو بمقدوره الاتصال بمصالح الأمن لكنه إخطار أن يتواجه مع المعتدي وبعدها قام بفعل مجرم هنا يخسر فرصته بإباحة فعله، وخالف شرط التلازم بين خطر الاعتداء ورد الاعتداء.

**ب- التناسب:** ويقصد بشرط التناسب أن تكون القوة التي استعملها المعتدي عليه في دفاعه لا تزيد عن القدر اللازم لدفع الاعتداء، فهي إذن مقارنة الجرائم المتاحة للمدافع لدرء الخطر واختيار أقلها ضررا لدفع الخطر[1].

**1- وحتى يتحقق شرط التناسب يجب:**

أن يكون فعل الدفاع متناسب مع الخطر الذي تعرض له المدافع أن يكون فعل الدفاع أقل ضررا من أي فعل آخر يمكن صد الاعتداء به.

**2-رضى المجني عليه:**

يقتضي في كل جريمة وجود جاني ومجنى عليه، ودائما ما تأتي الجريمة بما لا يرضاه المجني عليه إرادية وحتى لا علم له.

بالتالي في حالة طرح رضى المجني عليه كسبب لإباحة يطرح نوع من الغرابة، لكن في حالات استثنائية نعم يمكن أن يوافق المجنى عليه على إيذاءه مقابل تحمل نتائج هذا الإيذاء:

**2-1- تعريف رضى المجني عليه:**

عرفه الفقيه جريسيني على أنه " لإذن المعطى بواسطة شخص من أشخاص القانون الخاص لفرد أو أفراد لتنفيذ عمل معاقب عليه بواسطة القانون الوضعي ويترتب على هذا العمل

[1]- عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص. 93.

الإتلاف أو إضرار بمال أو بمصلحة الشخص الذي صدر منه الإذن أو تعريضها للخطر" [1] ويفهم أن أطراف الرضى هي:

– المجنى عليه: وهو الشخص الذي وقع عليه الاعتداء والضرر، وهو الذي يملك الحق المحمي من الجريمة والذي يرضى بنتائج الجريمة.

– من صدر إليه الرضا: يمكن أن يكون شخص واحد أو عدة أشخاص دون تحديد الشخص منهم رضا صاحب أو مالك أرض أن يبنى أرضه دون تحيد الشخص.

### 2-2 _ مصداقية رضا المجني عليه كسبب إباحة:

القاعدة العامة أنه لا يجوز الاعتداء رضا المجني عليه كسبب لإباحة لكن استثناءًا وهي القاعدة التي لا يجوز ولا يمكن التوسيع فيه أو القياس عليه[2] فلا يمكن الاعتداء برضا المجنى عليه لإباحة الجرائم التي تمس حقا أو مصلحة للدولة ولا حقا للمجتمع، ولا أثر لرضا المجني عليه في الجرائم ضد الأموال[3].

كما يمكن أن يتعرض المجني عليه إلى الوقوع في جرائم ناتج عن رضاه كقبوله وهو يعلم أنه دون رصيد، كما لا نجد أثر لرضا المجني عليه في الجرائم التي ينال الاعتداء فيها حقا لنظام الأسرة.

وكذى فئة الجرائم التي تنال من حقوق الأفراد ولعل هذا الطرف هو المقصود برضا المجني عليه كسبب إباحة، وبالتالي نجد أن هناك استثناءات ترد على المبدأ القاضي بعدم جواز الاعتداء برضا المجني عليه كسبب إباحة تتطرق إليها فيها يلي:

---

[1]– محمد صبحي بخمو، رضا المجنى عليه وأثره على المسؤولية الجزائية، ديوان المطبوعات الجامعية، مصر، 1975، ص. 58-59.

[2]– محمد زكي أبو عامر، وفتوح عبد الله الشاذلي، مبادئ علم الإجرام والعقاب، نشأة المعارف، الإسكندرية، د.س.ن، ص. 282.

[3]– أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص. 151.

*** – الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة:**

المعيار في تحديد جرائم لرضا يستند إلى الحق المعتدي عليه إن كان القانون يجيز للمجني عليه التصرف فيه، إذا كانت الإجابة بالإيجاب فتعدى الغير على هذا الحق لا يعد جريمة [1] ومن الصعب تحديد الجرائم التي يعد الرضا سببا لاجتهاد لأن ذلك يتوقف على تحديد الحقوق المعتدى عليها.

بالتركيز فيما سبق نجد أن الرضا ليس سبب إباحة لأن أسباب الإباحة تفترض قيام الجريمة من حيث أركانها المادية ثم تقترن بها لتنزيل الصفة الإجرامية، وبالتالي نخلص مما سبق إلى رفض اعتبار رضا المجنى عليه سبب لإباحة الجرائم التي تناول حقوقا يجوز التصرف فيها ونقلها للغير، والصحيح أن الرضا يؤثر على أركان هذه الجرائم وعلى وجه الخصوص الركن المادي[2].

**2-3 _ القتل برضى المجني عليه:**

المشرع الجزائري لم يأخذ برضا المجنى عليه كسبب إباحة في القانون العقوبات لأفعال المجرمة خاصة جريمة القتل، فهو يعاقب عليها مساعد الغير على الانتحار وذلك في نص المادة 273 من قانون العقوبات الذي جاء مضمونها" كل من ساعد عمدا شخصا في الأفعال التي تساعده على الانتحار أو زوده بالأسلحة أو السم أو بالألات المعدة لانتحار مع علمه بأنه سوف تستعمل في هذا الغرض، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات إذا نفذ الانتحار[3].

**2-4_شروط رضا المجني عليه:**

سوآءا كان لرضا المجني عليه أثر على أركان الجريمة أو باعتباره أحد عناصر أسباب الإباحة يجب أن تتوفر أركان الشروط التالية حتى يترتب آثاره وهي:

---

[1]–عبد الحكيم قودة، أسباب امتناع المسؤولية الجنائي في ضوء الفقه وقضاء النقض، المرجع السابق، ص.133.

[2]– فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص. 362.

[3]– المادة 273 من قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق.

-أن يكون المجني عليه صاحب الحق متمتعا بأهلية الرضا فتصح الإنابة من صاحب الحق نفسه أو ممن ينوب عنه متى كانت الإنابة جائزة[1].

- يشترط أن يبلغ صاحب الحق سنا معينة لكي يعتد بالرضا الصادر عنه، وإذا لم يحدد المشرع سنا معينة يترك الأمر لتقدير قاضي الموضوع[2].

- خلو الرضا من العيوب وأن يصدر من إرادة اختيارية.

- المعاصرة الزمنية للرضا مع الفعل الواقع على المجني عليه، فلا عبرة للرضا إذا سبق أو تأخر على الفعل، فالحكمة في المعاصرة أن الرضا بذلك يبقى عن الفعل وصف الجريمة وبالتالي ينفى عنه وصف الركن، ولا يحدث الرضا السابق أو لاحق مثل هذا الأثر[3].

- يشترط في الرضا الذي صدر من المجني عليه أن يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة.

[1]- محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص.286.

[2]- فتوح عبد الله، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص. 364.

[3]- عبد الحكيم قودة، امتناع المسائلة الجنائية في ضوء الفقه وقضاء النقض، المرجع السابق، ص.134.

**ملخص الفصل الأول**

يعتبر الجسم البشري من أقدس الحقوق الشخصية للإنسان منذ الحياة البشرية ولقد كرست من قبل الديانات السماوية إلى غاية نشوء التشريعات الداخلية والدولية، ولقد جرمت كل أشكال الاعتداء المسبب إيذاء الجسم البشري مهما كانت الغاية من ذلك.

لقد اعتبر الجسم البشري مورد للحياة والأصل أنه كل تهديد له يعد اعتداء مجرم عليه، واستثناءًا على الأصل هو إباحة المساس به بهدف تحقيق مصلحة شخصية واجتماعي وذلك بإزالة الصفة الإجرامية على الفعل المجرم أو السلوك المجرم وفقا لنصوص قانونية.

# الفصل الثانـي

## تطبيقات إباحة المساس بسلامة الجسم البشري

لقد أشرنا في النصف الثاني من الفصل الأول أن من آثار أسباب الإباحة هو زوال وصف التجريم عن الفعل المباح من الناحية الموضوعية النظرية، وتدخل الإباحة في تطبيقات والتي تبيح المساس بالجسم البشري ضمن معايير قانونية، والتي توضح مدى الحماية الشرعية لسلامة جسم الإنسان، والتي كرستها القوانين الوضعية وحتى الشريعة الإسلامي، حيث تسعى إلى حفظ المصلحة وذلك باستعمال الحق المقرر قانونا، ومن أهم هذه التطبيقات لدينا: حق التأديب وحق ممارسة الألعاب الرياضية التي خصصنا لها (المبحث الأول) وحق ممارسة الأعمال الطبية في( المبحث الثاني)، وسنقوم بدراستها على النحو التالي.

## المبحث الأول

## استعمال الحق كصورة للإباحة

تأذن القوانين بممارسة حقوق متعددة ومتباينة ضمن غير الممكن حصر كل حالات الإباحة بإذن القانون، لذلك نتعرض إلى أهم التطبيقات التي يكثر وقوعها وتشير بعض جوانبها الجدل وهي حق التأديب حق ممارسة الألعاب الرياضية، حق مباشرة الأعمال الطبية، ونفصلها كل حالة على حدى فيما يلي.[1]

### المطلب الأول

### ممارسة الحق في التأديب

يكاد حق التأديب أن يكون محض تطبيق الشروط العامة التي سبق إيضاحها[2].

فمن الناحية اللغوية: فالتأديب لغة هو العقاب أما من الناحية الاصطلاحية القانونية يعمل نفس معناه اللغوي وهو التعنيف[3].

تتمثل العلة من ممارسة حق التأديب في تقدير المشرع لمصلحة الأسرة ومصلحة المجتمع، كما أن الغاية من هذا التهذيب من يخضع له وحمله عن السلوك الذي يتفق مع مصلحة الأسرة والمجتمع، ونجد حق التأديب مصدره في الشريعة الإسلامية والخاضعين له هي الزوجة والأولاد الصغار[4]، كون أن هذا الحق يجد مصدره في أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الاحتياطي الأول من مصادر القانون، لذلك تعد الشريعة الإسلامية بالنسبة لهذا الحق مصدرا مباشرا له[5].

يساهم هذا الحق في تعديل سلوك فوضوي خارج عن طاعة الوالي، فمثلا يجوز الأستاذ ضرب تلامذته وذلك ضرب خفيف بغرض التأديب لا غير، فحق التأديب ملازم لحق الولاية شأنه شأن التأديب الذي يمارسه الزوج على زوجته إذا عصت أوامره أو جاءت بفعل منافي لآداب والأخلاق، وكذى الوالد على أبناءه طالما التأديب مشروع.

---

[1]– حسن سعد سند، الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية، المرجع السابق، ص. 522.

[2]– محمد أحمد المشهداني، الوسيط في شرح قانون العقوبات ، مؤسس الأوراق، الأردن، 2000، ص. 200.

[3]– حسن سعد سند، الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية، المرجع السابق، ص. 522.

[4]–عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي الخاص العام، المرجع السابق، ص. 87.

[5]– فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص. 265.

## الفرع الأول

## الحق في تأديب الزوجة

فهو حق مقرر لزوج على زوجته بموجب الشريعة الإسلامية لقوله جل جلاله:" وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ واهْجُروهُنَّ فِي المَضَاجِعِ واضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا[1].

ينشأ حق الزوج على زوجته وفقا لعقد زواج صحيح وينقضي هذا الحق بانقضاء الرابطة الزوجية.

بالرجوع إلى الآية نجد أنه يجب على الزوج اللجوء إلى الضرب بعد استيفاء جميع الإجراءات من نصحها وهجرها، حيث أن الشريعة الإسلامية تدرجت في وسائل التأديب، فإذا استمرت الزوجة في المعصية فما على الزوج إلا بالضرب، شرط أن يكون ضرب خفيف لا يؤدي إلى عاهة أو وفاة، وأن تكون غايته إصلاح حال الزوجة وليس الانتقام، فإن تحققت كل هذه الشروط كان فعلا مباحا[2].

يشترط لاستعماله في هذا الحق الذي يعتبر استثناءات على حق الإنسان في حرمة جسده وكيانه المعنوي مهما صغر سن هذا الإنسان، ولذلك فقد أحاطت الشريعة الإسلامية هذا الحق بسياج من القيود والشروط إن لم تتوافر جميعها فيمتنع مطلقا المساس بحرمة جسم الإنسان فهناك حدود خارجية لابد أن يتقيد بها صاحب الحق[3].

طبعا يجب أثناء ممارسة هذا الحق أن يكون مصحوبا بحسن النية، فإباحته قرينة بالركن المعنوي، فإذا خرجت النية عن حدود الغاية التي رسمت لها فهذا يعد انتهاكا كالحق في سلامة الجسم الذي يولد جريمة توجب العقاب عليها.

نلخص الشروط التي يجب أن تتوافر في الحق في تأديب الزوجة كما يلي:

---

[1]– سورة النساء، الآية 34.

[2]– عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص. 88.

[3]–حسن سعد سند، الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية، المرجع السابق، ص. 524.

**أولا–الصفة:**

ينسب هذا الحق للزوجة فقط ولا يجوز أن يستعمله غيره من أهله أو أهلها، وهذا الحق لا يجوز فيه الإنابة، وإذ أحدثت عوقب المعتدي على الزوجة كفاعل وعوقب الزوج كشريك[1].

**ثانيا–السبب:**

أي يوقع ما يوجب التأديب وقد حددته الآية الكريمة بأنه نشوز الذي يعني خروجها عن طاعة زوجها وقيامها بمعصية، شرط أن لا تكون من تلك المعاصي التي حددها الشارع جزاءً وأن لا يكون أمر هذه المعصية قد رفع إلى السلطات العامة[2].

**ثالثا–وسيلة التأديب:**

حصرت الآية الكريمة وسائل التأديب التي يحق للزوج استكمالها في الوطء والهجران في المضجع، ثم الضرب، فلا يجوز للزوج أن يتجاوز الوسيلة الأولى ثم يلجأ إلى الثانية والثالثة إلا إذا ما أيقن أن الوسائل الأولى لم تجدي نفعا في مواجهة نشوز الزوجة.

**رابعا–غاية التأديب:**

لا يجوز الخروج عن الغاية في التأديب وهو الإصلاح، فيجب على الزوج أن يتقيد بالغاية التي شرع لأجلها هذا الحق، أما إذا كان يقصد لانتقام أو الإهانة، فإن الزوج لا يتمتع بالرخصة المقررة قانونا ويسأل عن الفعل الذي أتاه لأن الضرب شرع للتأديب باعتباره يحمي كيان الأسرى والضرورة تقدرها دون إفراط، وإذا تجاوز الزوج الغاية التي شرع لأجلها الضرب كان شيء النية، وسقط حقه في التمسك بإذن القانون كسبب لإباحة فعله[3].

## الفرع الثاني

## الحق في تأديب الصغار

يسمح شرعا وعرفا للولي الشرعي أو الوصي حق تأديب الصغير بضرب خفيف لا يترك آثار على الجسم وأن يكون باليد فقط دون استعمال العصا أو السوط، وأن يتقي الفاعل المواضيع المخولة

[1]– ممدوح عزمي، دراسة عملية في أسباب الإباحة وموانع العقاب ، دار الفكر الجامعي، د.س.ن، ص. 73.

[2]– علي عبد القادر الفعوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام ، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997، ص. 350.

[3]–لبنى بوجلال، موانع المسؤولية الجزائية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص.191.

من الجسم كرأس والوجه، وينطبق حق تأديب الصغار حتى على المعلم المدرسة والمدرب في الرياضة والحرفي لمتعلم الحرفة[1].

يقابل حق تأديب الصغار حق التأديب الالتزام بالرقابة، فلا يعقل أن تكون هناك رقابة تحقق أهدافها في تربية الولد وتهذيبه دون أن يلازمها حق التأديب لمن يتولاه[2].

يقصد بالولد في مجال التأديب كل من بقي في كتف القائم على تربية حتى بلوغ سن الرشد، أو أن ينفصل الولد في عيشة مستقلة[3].

أما دليل مشروعية تأديب الصغير ضمن ذلك قوله تعالى" يَأَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُم نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالحِجَارَةُ"[4] حيث نادت هذه الآية على أن للرجل أن يصلح أهله بالطاعة، وإلا أوردوه موارد الهلاك في النار يوم القيامة، وقوله عز وجل أيضا" إِذْ قَالَتِ إِمْرأَتُ ُعِمْرَانْ رَبِّ أَنِّي نَذَرْتُ لَكَ ٰما فِي بَطْنِي مُحَرَّرًا فَتَقَبَلْ مِنِّي إِنْكَ أَنْتَ السَّمِيعُ العَلِيمُ"[5]

دليل هذه الآية أنه بما أن للأم الحق في النذر بالنسبة لصغيرها فلها كذلك الحق في تأديبه وتهذيبه[6].

كما قمنا بذكر أهم الشروط التي يجب أن تتوافر في تأديب الزوجة، فيجب علينا أيضا ذكر الشروط أو الضوابط التي تحكم الحق في تأديب الصغار وهي كالتالي:

**أولا- الصفة:**

هذا الحق مقرر للأب والوالي الشرعي والوصي كما مقرر أيضا لصالح معلم المدرسة ورب الحرفة[7].

---

[1]- عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص. 88.

[2]-كامل السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، المرجع السابق، ص. 188.

[3]-نظام توفيق المجاني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص.147.

[4]- سورة التحريم، الآية 06.

[5]- سورة آل عمران، الآية 35.

[6]- حسن سعد سند، الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية، المرجع السابق، ص. 523.

[7]-عبد الحكيم قودة، امتناع المساءلة الجنائية في ضوء الفقه والقضاء النقض، المرجع السابق، ص. 101.

ومقرر لأم رجوعا إلى سورة آل عمران في لأية 35 وعند عدم وجود لأب أو الأم فإن المنطق يحتم وجود راع للصغير يتولى إصلاحه وتهذيبه ورعايته وإرشاده سوى الطريق[1].

لقد ثار خلاف في الفقه حول حق المخدوم في تأديب خادمه، فيعترف بعض الفقه حتى ولو بإذن والد الخادم، وهو رأي بعض فقهاء الشريعة الإسلامية، وحجتهم في ذلك أن حق التأديب مصدر الشريعة الإسلامية باعتباره يتعلق بالولاية على النفس ولولا ولاية المخدوم على خادمه، ومن ثم الشريعة الإسلامية لا تقرر هذا الحق للمخدوم[2].

كما يثبت هذا الحق لعامة المسلمين من منطلق الحق العام الذي تثبت الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر[3] في قوله تعالى في سورة آل عمران، وقوله عليه أفضل الصلاة والسلام " مَنْ رَأَى مِنْكُمْ مُنْكُرًا فَلْيُغَيرهْ بِيَدِه فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَبِلِسَانِه فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَبِقَلْبِه وَذَلكَ أَضْعَفُ الإِيمَان"".

**ثانيا- السبب:**

يكمن سبب تأديب الصغار في انحرافهم عن فعل يجب عليهم الامتناع عنه أو امتناعهم عن فعل وجب عليهم القيام به، ومن ثم يجوز معاقبة الصغير إذ تسول أو سرق أو لم يراجع دروسه أو خالف تعاليم دينه[4].

الغاية في اللجوء إلى تأديب الصغار هو لما دعت إليه الشريعة الإسلامية من مقاصد ونيات، وسبحان الذي يعلم خائبة الأعين وما تخفى الصدور، ومن هنا كان من أهم الشروط المفترضة فيهن يمارس الحق في التأديب هو حسن النية التي هي غايتها إصلاح المؤدب وهذا الشرط يعتبر من أهم شروط حق التأديب على الإطلاق، لأنه ينفذ إلى نفس الإنسان فيحرم عليه التعسف في استعمال هذا الحق[5].

---

[1]- حسن سعد سند، الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية، المرجع السابق، ص. 527.

[2]-فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص. 269.

[3]- سورة آل عمران، الآية 104.

[4]- لبنى بوجلال، موانع المسؤولية الجزائية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. 192.

[5]-حسن سعد سند، الحماية الدولية الإنسان في السلامة الجسدية، المرجع السابق، ص. 528.

**ثالثا- الوسيلة:**

حق التأديب الذي تقرره الشريعة الإسلامية يسمح بالضرب البسيط الغير المؤذي الذي لا يحدث كسرا أو جرحا ولا يترك أثر كأثر الكدمات ولا ينشأ عنه مرض وعليه يجب أن يلتزم صاحب الحق في التأديب وإلا قامت مسؤولية عن جريمة الضرب ويقصد بذلك أن لا تتجاوز أفعال التأديب مداها ولهذه الأفعال حدان هما المشروعية والملائمة[1].

يراد بالمشروعية أن يكون الفعل مباحا في ذاته بأن يكون وسيلة مقبولة للتأديب فلا يتصور أن يتم نزع عضو من أعضاء الصغير أو حرمانه من الأكل كوسيلة للتأديب، لأن المصلحة التي تهدرها هذه الوسائل أولى من المصلحة التي يرجى من التأديب تحقيقها، أما الملائمة فيقصد بها التناسب بين وسيلة التأديب والغاية المرجوة منه، والقائم بالتأديب أن يختار من بين الوسائل المشروعة ما يراه أكثر ملائمة[2].

أعطى الله سبحانه وتعالى القوامة على النساء في تأديبهن وتربيتهن على المنهاج الصحيح، وهذا إنما يكون بما فضل الله به الرجال من مقدرتهم على دفع المهر والنفقة على الزوجات، لذلك على الرجال تأديب زوجته بما أحله الله له من وسائل التأديب[3].

الشريعة الإسلامية كما تصنفها الديانات السماوية الأخرى أو كما يعتقد من كان على ملتها أنه جاء ليجعل من المرأة ذات شخصية منعدمة، وأنها لا تحصل على حقها من زوجها أو والدها بل جاءت لتوفر لها طلباته وحاجاته وفقط، وفي حالة عدم قيامها بهذا فإنها تتعرض للضرب المبرح، والذي يعتبر عندهم وحشية وظلم، ولكن لا يعلمون أن الله تعالى أعطى للزوج حق ضرب الزوجة في حالات فقط إلى جانب إعطاء حقوق لا تعد ولا تحصى للمرأة لكن لم تحسن التصرف فيها وعصت فإن زوجها يؤدبها حتى تبتعد عن المعصية.

---

[1]- لبنى بوجلال، موانع المسؤولية الجزائية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. 192.

[2]- ممدوح عزمي، دراسة عملية في أسباب الإباحة وموانع العقاب، المرجع السابق، ص. ص. 71-72.

[3]- سمية سلمان الداية، أحكام التجاوزات الناشئة عن التأديب المشروع في الفقه الإسلامي، رسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية، فلسطين، 2015، ص. 18.

غاية الشريعة الإسلامية التي تتفق مع غاية القوانين الوضعية أولا هو تأديب الزوجة دون ضرب مبرح حتى تستعقل وليس تقتل، حتى تنْهَى وليس تُهان، إلى جانب القانون الذي حرم كل أشكال العنف منها الضرب والجرح الذي يؤدي إلى إحداث عاهة مستديمة والذي قد يؤدي إلى تحريك الدعوى العمومية بقضية العنف الأسري.

من المتفق عليه أن للزوج تأديب زوجته بصورة عامة على المعاصي التي لا حد فيها[1] أو الأفعال التي لا تعتبر جرائم في القانون الجزائري، كالزنى أو السرقة ...إلخ بل يتم تأديبها على سلوكيات يرى الزوج فيها عادات لا تليق بزوجته ومحرمة، فبالتالي يؤدبها بالضرب حتى تتوقف على ممارستها.

أما تأديب الوالد لولده، فالوالد مسؤول وراع عمن تحت ولايته من أولاد وغيرهم، وعليه أن يقوم بتربيتهم التربية الصالحة وينشئهم النشأة الإسلامية المباركة.

لقد تثبت مشروعية تأديب الوالد للولد بالكتاب والسنة وأقوال الصحابة والفقهاء[2].

لقد أمر الله أولياء الأمور بتأديب أبنائهم والاهتمام بهم لينشؤوا على الأدب والأفعال الحميد، التي تقيهم النار في الآخر، وعدم التعرض لآفات الاجتماعية في الدنيا والتي تبعدهم عن ارتكاب المخالفات وحتى الجنح التي تأخذ بهم إلى السجون.

## المطلب الثاني

## ممارسة الألعاب الرياضية

انتشرت الألعاب الرياضية منذ القدم باختلاف أنواعها وأساليبها ومساعدها، وذلك لما تعود بمصالح على الفرد والمجتمع وكذى مما يؤدي بها أحيانا إلى خلق نوع من التعنيف وأضرار على الأشخاص.

تنظم الألعاب الرياضية في إطار مسابقات دولية عالمية وتقليدية،[3] وذلك ما تقترضه بعض الألعاب الرياضية أن يقوم المنافس بالمساس بجسم منافسه عمدا، مثل رياضة الملاكمة والمصارعة

[1]– عبد الرحمان الصابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، طبعة09، مكتبة وهبة، القاهرة، د.س.ن، ص. 54.

[2]– سمية سلمان الداية، أحكام التجاوزات الناشئة عن التأديب المشروع في الفقه الإسلامي، ص. 19.

[3]–حسن سعد سند، الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية، المرجع السابق، ص.534.

والجيدو والكاراتيه، وفي هذه الألعاب لا تقوم المسؤولية الجزائية لأن قوانين الرياضة تبيح المساس بالجسم في حدود الالتزام بقواعد اللعبة،[1] ذلك ما يساعد الفعل خروجه من دائرة التجريم.

لعل ذلك هو العلة في تبرير هذه الأفعال (وتقصد بذلك مصلحة الفرد والمجتمع) رغم ما يترتب عليها من عنف وإيذاء [2]شريط أن يتمتع اللاعب بحسن النية أثناء مبارزته، وذلك بوضع هدف الفوز هو تحقيق الغاية من المنافسة وليس الانتقام أو الإيذاء، وسنتطرق في هذا المطلب إلى ما تتميز بها الألعاب الرياضية وتطبيقات ما أذن به القانون.

## الفرع الأول

## تعريف الألعاب الرياضية

الألعاب الرياضية ليست مبتدعة بل قديمة قدم الإنسان، طبعا اختلفت الطرق والوسائل حتى في طريقة التفكير خاصة بوجود عدة أنواع من هذه الألعاب، والتي كانت ضمن نشاط عملهم اليومي، فقد مارسوها يوما منها ما كان مجرد تمارين جسدية، ومنها ما كان تربية جسدية، ومنها ما قد ضعت أو حولت إلى رياضات عالمية متبارز عليها.

وسنحاول في جزئنا هذا التطرق إلى محتوى الألعاب الرياضية كالتالي:

**أولا–التعريف:**

يقصد بها مجموعة الألعاب والتمارين البدنية التي يمارسها بعض الأفراد بروح المنافسة من أجل تنمية أجسامهم، أو من أجل التسلية خاضعين في ذلك لقواعد محددة في مباشرتها[3].

والألعاب الرياضية في الشريعة الإسلامية من المباحات طبقا لما سلف من آيات قرآنية في دليل مشروعية الإباحة في الشريعة الإسلامية[4].

قبل أن تكون ممارسة الألعاب الرياضية محور تهديد للسلامة الجسدية لإنسان، كانت في عهد النبي عليه أفضل الصلاة والسلام مجال للترفيه وتنمية القدرات الذهنية والبدنية وكان يمارس

---

[1]– عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص.89.

[2]– لبنى بوجلال، موانع المسؤولية الجزائية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص.196.

[3]–محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، المرجع السابق، ص. 200.

[4]–حسن سعد سند، الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية، المرجع السابق، ص. 534.

عليه السلام السابق، وركوب الخيل، ورمي الرمح، والنبل، والقوس أو كان ينافس أهله، وقد رؤى عليه السلام قوله:" لَيْسَ مِنَ اَللهْوِ إِلَّا ثَلاثْ تَأْدِيبْ الرَّجُل فَرَسَهُ، وَمُلاَعَبَتُهُ أَهْلَهُ وَرَمُهُ بَقَوسهِ وَنَبْلِهِ" وروي عليه السلام قوله أيضا " أَلا إِنَّ القُوَّةَ الرَّمِيُّ أَلا إِنَّ القُوَّةَ الَّرمْيُّ، أَلا إِنَّ القُّوَّةَ الرَّميُّ" وأضاف أيضا " مَنْ تعلَّم ثُمَّ تَرَكَه فَقَدْ عَصَانِي"

وروى عن الفاروق عمر بن الخطاب رضي الله عنه قوله" عَلِّمُوا أَوْلاَدَكُمْ الرِّمَايَةَ وَالسِّبَاحَةَ وَرُكُوبَ الخَيْلِ".

**ثانيا- أنواع الألعاب الرياضية:**

لا شك أن الرياضة لما يقدمه للجسد من استقامة وقوة جسدية وخاصة أهميتها على نفسية الإنسان، والألعاب الرياضية لكثرتها وأنواعها تختلف طبيعتها وأهدافها والغاية لكثرتها من إنشائها حتى في نوعها تختلف، ويمكن الإشارة إلى بعض النقاط التي يمكن أن تقيدان من حيث نوع الرياضة فيما يلي:

**أ- نوع عادي:**

هو النوع الذي لا يحتاج إلى العنف والقوة بين اللاعبين كالجري، القفز، السباحة، كرة القدم، كرة السلة، فإذا أحدث أحد للاعبين للأخر إصابة عن عمد كان مسؤولا عن جريمة عمدية أما إصابة عن إهمال كان مسؤولا عن جريمة غير عمدية، وإذا انتفى العمد والإهمال فلا مسؤولية على اللاعبين كان يقفز لاعبان في الهواء لتلقي الكرة فيصطدمان ببعضهما فتحدث إصابتهما أو إصابة إحداهما[1].

يفهم من هذا النوع ألا وهو النوع العادي، أنه عبارة عن ممارسة لهويات أشخاص عن طريق ألعاب تعتبر رياضة من حيث التصنيف العالمي لها، وضعت وانجرت قوانين وتمارس بأشواط في أماكن وزمان محدد، وإن انجرت منها إصابات ضمن المؤكد سيصاب الشخص نفسه بها، وهي وفقا للقواعد العامة بها.

يمكن إصابة الطرف المنافس بأضرار إلا في حالات خارجة عن إرادة الرياضي، بمعنى إتيان السلوك الغير العمدي بغياب الركن المعنوي (القصد الجنائي) في الفعل، وبالتالي لا تقوم

[1]- عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص. 78.

المسؤولية الجزائية فيها لكن في حالة إلحاق الضرر بالطرف المنافس عمدا، يمكن أن يكون عن طريق التفكير أو التخطيط هنا يحاسب المجني عليه على إتيان سلوك عمدي، جريمة عمدية.

**ب-نوع عنف:**

تفترض ممارسة استعمال القوة والعنف كالمصارعة والملاكمة بحيث يشكل هذا النوع من الألعاب اعتداء على سلامة الجسم بالضرب، وقد يؤدي حتى إلى إصابة بجروح ولكن إذا حدث ذلك في الحدود المقررة للعبة كان الفعل مباحا استنادا إلى الحق في ممارسة الألعاب الرياضية، ولكن تكون ممارسة الألعاب الرياضية فعلا مبرزا[1]، لابد من توافر شروط لها من أجل تأكيدها ومن أجل تبرير إباحيتها حتى لا تستعمل كسبب للتعنيف والقسوة وطغي القوة على الضعيف، وحتى لا تستبدل على أنها رياضية لتصبح أسلوب تعسف، وبالتالي هذه الشروط وضعت لمراقبة خطورة الألعاب التي تصنف عالميا على أنها ألعاب تعنيف أثناء أدائها من طرف الرياضيين والتي قد يصاب خلا لها الطرف أو المنافس الآخر من اللعبة التي قد تسبب له كسورا قد تسبب له عاهة مستديمة، كما قد تؤدي بحياته.

## الفرع الثاني

## شروط إباحة الألعاب الرياضية

هذه الشروط تخص الرياضة بحد ذاتها وهي كالتالي:

-أن تكون اللعبة معترف بها قانونا.

- أن تكون أفعال العنف قد ارتكبت أثناء المنافسة وليس خارجها.

-أن يلتزم اللاعب حدود قواعد اللعبة، فإن تجاوزها متعمدا سئل عن أفعاله[2].

-أن تكون اللعبة مستقر عليها حيث لا يكون مختلف حول خطورتها أو أسلوب أدائها.

-أن تمارس اللعبة في حدود شرع الله تعالى: وذلك من حيث أسلوب الأداء والذي والوقت أو المضمون وإلا باتت محرمة (وذلك في الدول الإسلامية التي يتبنى قانون دولتها الدين الإسلامي كدين دولة).

---

[1]- لبنى بوجلال، موانع المسؤولية الجزائية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص.197.

[2]-عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص.89.

– أن يقتصر المساس بالجسد على وقت المباراة فقط أن الإباحة مرتبطة بوقت العمل الرياضي فقط لا غير.

–أن يمارس العمل الرياضي بحسن نية[1].

–يجب صدور أفعال العنف أثناء مباراة رياضية منظمة قانونا، وفي الوقت المحدد لممارستها سواء في مباراة نظامية أو مجرد تمرينات الاستعداد للعبة، أما إذا وقعت أفعال العنف قبل بدئ المباراة أو بعد انتهائها فإنها لا تكون مبررة ويتفرغ عن هذا الشرط رضا اللاعب بالاشتراك في المباراة[2].

يجب مراعاة اللاعبين قواعد وأصول الألعاب المتعارف عليها أن يكون حسن النية بأن يتجه قصده إلى الاشتراك في اللعبة بهدف رياضي، وليس قصد التستر وراء اللعبة لشفاء أحقاد، أو أبعاد الخصم عن الرياضة، وإذا تعمد اللاعب الخروج عن قواعد اللعبة وأصولها وأحدث إصابة اللاعب الآخر أثناءها اعتبر مسؤولا جريمة عمدية [3]كما ذكرنا سابقا.

فالمساس المباح الذي يكون هدفه إحراز السباق في حدود شروط اللعبة، أما إذ كان المساس بالجسم بغرض الانتقام أو تعمد الإضرار بما يزيد عن القواعد المقررة للعبة، فإن الشرط الغالب ينتفي ويزول عن الفعل وصف الإباحة ويعود مجرما باعتباره عدوانا على حق الإنسان في السلامة الجسدية ويعاقب مرتكبه على جريمة عمدية يستوجب القصاص، أما إن كان خطأ جسيما غير عمدي فيستوجب الدية.[4]

من مطلق الشريعة الإسلامية التي تقدس السلامة الجسدية لإنسان والتي حرصت على استيفاء حق الاعتداء الذي يمس بالشخص بالمثل، فقد حرصت كافة الألعاب التي تمثل خطرا على الإنسان في نفسه وعلى ماله وغيره.

فالسلامة الجسدية عند الشريعة الإسلامية لا تحتاج فيها المنافسة مرتين، والله عز وجل أقر الحق في الحياة في جميع ديانته السماوية، منذ أن بسط الأرض ونفخ الروح في بنى آدم وحواء.

---

[1]– حسن سعد سند، الحماية الدولية لحق الإنسان في سلامه الجسدية، المرجع السابق، ص.197.

[2]–محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، المرجع السابق، ص.134.

[3]– لبنى بوجلال، موانع المسؤولية الجزائية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. 198.

[4]– حسن سعد سند، الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية، المرجع السابق، ص. 535.

يمكن ذكر بعض الرياضات التي أخطارها المجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامية في دورته العاشرة التي انعقدت بمكة المكرمة عام 1987 الذي نظر في موضوع الملاكمة والمصارعة الحرة ومصارعة الثيران والتحريش بين الحيوانات.

**أولا- الملاكمة:**

بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية تعد ممارسة الملاكمة محرمة، لأنها تقوم على أساس استباحة إيذاء كل المتغالبين لآخر إيذاءً بالغا في جسمه قد يصل به إلى العمى أو التلف الحاد أو المزمن في المخ أو إلى كسور البليغة أو إلى الموت أحيانا[1].

ولقوله عز وجل:" وَلاَ تُلْقُوا بِأَيْدِيكُم إِلى التَّهْلُكَةِ" وقوله أيضا "وَلاَ تُقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ الله كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا" [2]وقوله صلى الله عليه وسلم " لا ضَرَرَ وَلَا ضِرَار". وعليه فقهاء الشريعة الإسلامية قد قرروا أن من أباح دمه لآخر فقد قتلني.

أما من الجانب القانون، فرياضة الملاكمة هي مباحة في أغلب دول العالم حتى المسلمة منها، وبالتالي فهي تمارس في أماكن مخصصة للملاكمة وكذى تخصص لها مسابقات عالمية وجوائز بين المنافسين والمثابرين.

**ثانيا- المصارعة الحرة:**

إذا تمعنا التأمل فقد نجد أن التشابه كبير بين الملاكمة والمصارعة، إذ أن هناك إيذاء من كلا الطرفين أثناء المبارزة، وبالتالي فالشريعة الإسلامية لها نفس الرأي بالنسبة للمصارعة الحرة.

**ثالثا- مصارعة الثيران:**

مصارعة الثيران هي من بين أشهر المصارعات في العالم، وتعتبر مبارزة بين ثورين إذ يتم دعوة الجمهور إلى الحلبة، واستحضار ثورين غاضبين من أجل المبارزة، هي ليست فقط مجرد لعبة بل هي نوع من الاستمتاع بين أطراف المتبارزين من بين البشر، وكذى تمنح جوائز أثناء انتهاء المبارزة سواءا بانهيار أحد الثورين، أو موت أحدهما في الجزائر لا أضن أن هناك مثل هكذى رياضة، لكن في الدول الغربية هي مشروعة.

---

[1]- حسن سعد سند، الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية، المرجع السابق، 536.

[2]- سورة النساء، الآية 29.

**رابعا- التحريش بين الحيوانات:**

هي لعبة محرمة شرعا، وهي عبارة عن تحريش بين الكباش والديكة، أين يثير قتل بعضهم البعض أو إيذاء بعضهم البعض وتوجد في الجزائر، ولا يوجد أي نص يتضمن تجريم هذه الألعاب.

## المبحث الثاني

## ممارسة العمل الطبي.

كان الإنسان منذ أن بدأت الحياة ولحد لآن بحاجة إلى الطب والعمل الطبي لا يعرف المستحيل بسبب تطوره وبسبب تزايد الأمراض، مما جعله يتطور في جميع مراحل الطب، من فحص وتشخيص وعلاج والدقة والتركيز والعناية ،وهذا وقبل كل شيء انصراف نية العلاج كل من الطبيب والمريض بإرادة رضاه أو المكلف قانونا إذا كان هذا الأخير في حالة لا تسمح له بإيذاء رأيه.

يعتبر العمل الطبي المحرك الأول لمسؤوليته إذ أن أعمال الطبية عديدة وحساسة فهي أعمال تخص الإنسان جسمه وحياته أي بين الموت والحياة، فعلى الطبيب عند ممارسة عمله على رغم من أن أعماله تكون جد حساسة فعليه أن يعمل كل ما بوسعه لحماية سلامة البدنية والصحية للمريض.

بما أن سلامة الإنسان وحمايته هي مسؤولية الإنسان بالدرجة الأولى وإنما مقدسة، فعلى الأعمال الطبية برغم أنها أعمال شريفة وبهدف حسن إلا أنها يجب على الإنسان إنشاء حد لهته الأعمال والتركيز على ما هو أهم ألا وهو حماية الإنسان.

فقد نجد بعض الأعمال قد أبدها القانون والفقه والقضاء التي برغم من أنها تمس جسم الإنسان إلا أنها الهدف من ذلك يبقى في قاعدته ألا وهو حماية جسم الإنسان وسلامة، وفي هذا الضوء فلا يعتبر الطبيب مرتكبا لجريمة إذا قام بمس جسم الإنسان أو المريض بشرط حسن النية ومن أجل شفاءه.

### المطلب الأول

### نقل وزراعة الأعضاء البشرية

بفضل التطور والتقدم الكبير الذي شاهده علم الطبي والبيولوجي في هذا الزمان حقق الإنسان إنجازات عظيمة، حيث توصل اليوم إلى ابتكارات وتقنيات تشبه الخيال والتطور الكبير في مجال

الطب من الأجهزة ووسائل العلاجية التي قد تمس بسلامة الجسم البشري، كنقل وزراعة الأعضاء فبرغم من أن هذه التقنيات العلاجية المتنوعة والمعاصرة قد تمس بالسلامة الجسدية للفرد، إلا أنها قد أباحها القانون واعترف بحق الطبيب بممارسة عمله واعتباره مباحا متى يكون الهدف هو إنقاذ أشخاص من الأمراض والهلاك بمجموعة من الشروط، أي الإباحة لا تكون إباحة مطلقة بل يجب أن تتقيد بشروط التي سوف نقوم بدراستها ضمن هذا المطلب.

## الفرع الأول

## ماهية نقل وزراعة الأعضاء البشرية

يعد نقل وزراعة الأعضاء من أكثر مجالات الطبية الصعبة المعقدة التي قد يمارسها الطبيب، والتي قد عرفت نجات في الكثير من الدول العالم، فنقل وزراعة الأعضاء بين إنسان وآخر لم يعد إجرام أو اعتداء على حق الإنسان في سلامة جسده، في حين أن هدف العمليات تهدف إلى شفاء والعلاج، ولا يشكل هذا النقل خطرا على حياة أو صحة بسواء كان الناقل أو المريض.

**أولا- تعريف عمليات نقل وزراعة الأعضاء:**

عبارة عن نقل الأنسجة أو خلايا حية من شخص إلى آخر، مع وجود هدف وراء ذلك النقل، وهو الحفاظ على استمرار عمل هذا النسيج وأدائه لوظيفته الفسيولوجية بعد نقله إلى بيئته الجديدة في جسد المريض الذي أجريت له عملية الزرع[1].

نقل عضو سليم من جسم متبرع سواء كان إنسانا أو حيوانا أو أي كائن حي، وإثباته في الجسم المستقل ليقوم مقام العضو المريض في أداء وظائفه[2].

فعملية نقل العضو هي عملية يتم بها استئصال عضو سليم قابل للنقل أو يسمح بنقله قانونا من حسب المعطي لزرعه في جسد المستقبل أو المتلقي في الحال إلى المستقبل وبالتالي فأن أطراف العملية طرفان:

---

[1]-يوسف بن عبد الله بن أحمد، أحكام نقل الأعضاء الإنسان في الفقه الإسلامي، رسالة لنيل الدكتوراه في الفقه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلام، مملكة العربية السعودية، 1424، ص.19.

[2]- المرجع نفسه، ص.18.

**المعطى:** وهو ذلك الشخص الذي يقدم عضوا من أعضائه بغير مقابل من أجل شخص آخر يحتاج إلى العضو الذي تنازل عنه؛ لكن في هذا المقام نستثني الحيوانات إن صح نقلها متى تقتضيه المنهجية ونطاق البحث الذي يدرس حماية الجسم البشري من التدخلات الطبية الحديثة.

**أما المتلقي:** فهو شخص المعني الذي يعاني، أي المريض وتوقف في أداء وظيفة أحد أعضاء جسمه، وإذا كان لا يمكننا إنكار أهمية هذه العمليات لصحة الإنسان المتلقي، فإنه كذلك لا يمكن إنكار المشاكل القانونية التي تثيرها وخاصة أنها تتعلق بعناصر الحق في سلامة الجسم في نطاقها الفردي ولاجتماعي بالنسبة للمعطي[1].

**ثانيا- الشروط الشرعية لنقل الأعضاء:**

سنحاول في هذه النقطة التفصيل في كل الشروط العامة والطبية والخاصة لنقل الأعضاء وزرعها :

**1-الشروط العامة:**

**أ - أن يكون محل التبرع مشروعا:**

حتى يكون محل التبرع مشروعا لابد أن لا يتأثر جسم المتبرع في حالة إنقاص أحد أعضائه إلى أي خطر، ومن هذه الأعضاء التي تعد محل استئصال وزرع الأعضاء البشرية وفي الأعضاء المزدوجة والأعضاء المتجددة، بحيث الأولى التي تكون لها مثيلتها في الجسم البشري كالكلية والقرينة، فهي التي يجوز استئصال أحدها دون إلحاق أضرار جسيمة بالمتبرع بحيث يقوم العضو الثاني بنفس الوظيفة التي يقوم بها العضو المتبرع[2].

أ -1- إجازة استئصال الأعضاء المزدوجة:

تأتي عمليات زرع الكلى في المقدمة قائمة اللائحة نظرا لنسبة نجاحها ومدة بقائها حية، ويشترط في مجال التبرع بالأعضاء المزدوجة أن يتبرع الشخص بأحد أعضائه فقط، فلا يجوز التبرع

[1]- بوشي يوسف ، الجسم البشري واثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا( دراسة مقارنة )، ص.ص 126- 127.

[2]- سنوسي بسيمة، زرع الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، ص.ص. 69-70.

بهما معا لما يترتب على ذلك من تعريض صحة المتبرع للخطر أو تعطيله عن القيام بوجباته[1].

المادة 360 لم تنص صراحة على الأعضاء المزدوجة أو الأحادية بشكل خاص، لكن أشارت إلى أخذ الحذر في هذه العملية إذ كانت تؤدي إلى هلاك المتبرع أو المريض، فتنص على " لا يجوز ممارسة نزع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا على الشخص الحي لغرض الزرع، إذا عرض حياة المتبرع إلى خطر"[2] .

**أ-2-- إجازة استئصال الأعضاء الأحادية المتجددة:**

من الأعضاء المتجددة في جسم الإنسان نجد الخلايا الجذعية، وهي خلايا لها القدرة على الانقسام والتكاثر لتعطي أدوار مختلفة في الخلايا المتخصصة، وتكون أنسجة الجسم المختلفة ويمكن الحصول على هذه الخلايا من عدة مصادر، الجنين، الأشخاص البالغين، الحبل السري... إلخ.

يجوز استئصال هذه الأعضاء المتجددة في جسم الإنسان لأن المتبرع في هذه الحالة لا يقوم من وظائفها فهي متجددة طبيعيا، فالعضو المتجدد هو ذلك العضو الذي له قابلية للتجديد بصورة تلقائية إذا تم فصل جزء منه، أما إذا تم فصله نهائيا فلا يمكن أن يتجدد[3].

**ب- الغرض العلاجي لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية:**

الحق في الصحة يعتبر من الحقوق الأساسية اللصيقة بالإنسان والمحافظة عليها، تعتبر ضمانا لأداء الإنسان لوظيفته في المجتمع على أفضل وجه، فلا شك أن إهمال الرعاية الصحية للفرد في النهاية من قوة المجتمع الذي ينتمي إليه، فيصبح مجتمعا مريضا منهلك[4].

فالمادة 360 ق.ص. تتطابق مع هذه أي الغرض العلاجي في عمليات ولا تجوز تلك العمليات في حالة ما إذا تعرض المتبرع لأي خطر.

---

[1]- سايب عبد النور، ممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانونية، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص. 68.

[2] - المادة 360 من القانون 11/18 مؤرخ في 2 جويلية 2018، يتعلق بالصحة، جريدة رسمية عدد 46، الصادر بتاريخ 29 يوليو 2018.

[3]-سايب عبد النور، ممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، المرجع السابق، ص.69.

[4]- سنوسي بسيمة، زرع الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، المرجع السابق، ص. 71.

فالعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية يجب أن تتم بهدوء لعلاج المريض وإنقاذ حياتهم وليس لأغراض أخرى، كالتهريب والخدمة الوطنية مثلا: إلا أن هناك أغراض أخرى تعد استثناءا على شروط الغرض العلاجي، وتتمثل في التجارب الطبيعية فإن هذه الأخيرة تستمد من نص المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب والتي تنص على أنه " لا يجوز النظر في استعمال علاج للمريض إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة تحت رقابة الصارمة، وعند التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض"[1]

كذلك نجد المادة 355 من ق.ص التي تنص على أن، " لا يجوز نزع الأعضاء أو الأنسجة والخلايا البشرية وزرعها إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية وضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون "[2]، فقد كان المشرع في هذه المادة واضحا على فكرة الأعمال الطبية وزرع الأعضاء تكون بغرض علاجي لصالح المريض دون إساءة إلى صحة المتبرع.

**2- الشروط الطبية المشروعية لنقل وزرع الأعضاء البشرية:**

إن القانون يرخص إباحة الأعمال الطبية لأنها لا تنتج اعتداء على الحق في سلامة الجسم، إلا أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تتوقف على وجود توفر فيه الشروط اللازمة للنزع عضو منه لزرعه في جسم شخص آخر، كما قد يكون صاحب هذا العضو شخص حيا أو ميتا، لذا نجد مختلف الدول قد وضعت قيود طبية تنظم من خلالها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، لأن الهدف من هذه الأخيرة هو تحقيق منفعة للمريض المستقبل للعضو دون الإضرار بالمتبرع[3].

لا يمكن أن نتحدث عن نجاح هذه العمليات دون احترام مجموعة من الشروط الطبية، يتمثل جوهرها بالحالة الصحية للمتبرع والمريض ثم تتوافق الأنسجة بين الأطراف هذه العملية[4].

---

[1]-سنوسي بسيمة، زرع الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، المرجع السابق، ص .72.

[2]- المادة 355 من ق.ص، المرجع السابق.

[3]- سنوسي بسيمة، زرع الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، المرجع السابق، ص. 75.

[4]- سايب عبد النور، ممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، المرجع السابق، ص. 85.

أ- الحالة الصحية للمتبرع والمريض:

كل من المتبرع والمريض لهم حق في المعاملة الحسنة، واتخاذ بعين الاعتبار حالتهم الصحية قبل إجراء أية عملية أو المساس بجسمهم، فالطبيب في هذه الحالة له دور كبير وله مسؤولية عظمى في حماية جسم المريض والمتبرع، والعمل الطبي يجب أن يكون عمل متكامل ودقيق ومترابط.

فالطبيب في هذه الحالة أي قبل البدئ في العملية نقل الأعضاء وزراعتها يجب أن يقوم بفحص كل من المتبرع والمريض، إذا كان المتبرع في حالة تسمح له باستئصال عضو من جسمه إذْ لا تترتب على ذلك أذى يعيقه في صحته، ويكون المتبرع في صحة جيدة له ولصاحب الطرف الأخر أي المريض، فيجب التأكد من أن المتبرع ليس له مرض معدي الذي يجعل المريض تزداد حالته الصحية وتجعله مريضا أكثر مما عليه، فعلى الطبيب إجراء فحوصات والتحاليل لتأكد من أن المتبرع له مناعة كافية تجنب تنقل الأمراض إلى المريض.

يلتزم على هذا الأساس الطبيب الجراح قبل مباشرة العملية، القيام بكافة الاختبارات والأبحاث والتحاليل قبل استئصال العضو من جسم المتبرع وزرعه في جسم المريض، لتأكد من مدى إمكانية الانتفاع بالعضو المراد نقله[1].

ب- توافق أنسجة المتبرع والمريض:

إن جسم الإنسان يختلف عن غيره حتى في أصغر الخلايا، وأهم ما يتحكم في التشابه والاختلاف بين شخص وآخر في عناصر صغيرة ودقيقة، فعلى الطبيب أخذ كل الإجراءات اللازمة وإجراء كل الفحوصات اللازمة قبل إجراء أي عملية التي قد تؤدي بحياة المتبرع أو المتلقي؛ فهذا ما يحدث في حالة ما إذا لم تتوافق الأنسجة كل منهما.

يعد التحقق من توافق أنسجة المتبرع والمريض أحد عوامل الأساسية في نجاح عمليات نقل وزرع الأعضاء، فأخطر ما يهدد عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية هو ظاهرة طرد الأجسام الغريبة، فمن العبث اقتطاع عضو سليم من إنسان حي إذا كان نسبة نجاح العملية ضئيلة بسبب

[1]-سايب عبد النور، ممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، المرجع السابق، ص. 87.

رفض العضو من قبل جسم المريض المستقبل، وهو ما يتنافى مع العناية الأساسية التي يبحث من أجل هذه العمليات [1].

**ثالثا- الشروط الخاصة لنقل الأعضاء:**

من بين هذه الشروط نذكر:

1- رضى المعطي:

رضى المعطي ليس أداة يستعملها الطبيب كيفما يشاء، إنما هو إنسان حر له حق في سلامة جسمه، وهو من الحقوق اللصيقة بالشخصية والتي تتعلق بالنظام العام وحمايته أمر تقتضيه مصلحة المجتمع، ومن ثم فلا يجوز للطبيب المساس بالتكامل الجسدي للمعطي بغير رضاه، غير أنه لا يمكن الاعتداء بهذا الرضاء إذا كان هناك مساسا بحقه في الحياة، فالطبيب الذي يستأصل عضوا حيويا من جسد المعطي كالقلب مثلا[2].

**أ- شكل الرضا:**

الأصل أن الرضا الصادر من المعطي ليست له صورة معينة يفرغ فيها، فقد يصدر ضمنيا وقد يصدر بالقول أو الكتابة، وليس للكتابة صورة معينة تفرغ فيها، فقد تكون بخط اليد أو مطبوعة أو مكتوبة على الآلة الكاتبة، ولكن يتعين في الكتابة أن تكون بعبارات تدل بذاتها على الرضاء.

تتطلب بعض التشريعات الاعتداء بصحة الرضاء الصادر من المعطي باستئصال جزء من جسمه أن يكون مكتوبا وموقعا منه، وتطلب إفراغ الرضا في شكل كتابي يوفر المزيد من الحماية للمعطي نظرا لما تنطوي عليه عملية الاستئصال من خطورة بالنسبة له[3].كما قد يكون الرضاء الصادر من المعطي ضمنيا قد يكون صريحا، وكذلك من الممكن أن يكون شفويا أو كتابيا[4].

---

[1]- سايب عبد النور، ممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، المرجع السابق، ص. 89.

[2]- عبد العزيز بن محمد الصغير، نقل وزراعة الأعضاء البشرية ( في ضوء الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي)، المركز القومي لإصدارات القانونية، القاهرة، 2015، ص.78.

[3]-المرجع نفسه، ص. 79.

[4]-رأفت صلاح أبو الهيجاء، مشروعية نقل الأعضاء البشرية ( بين الشريعة والقانون)، عالم الكتب الحديث لنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص.60.

**ب- خصائص الرضا:**

ب-1- أن يكون الرضا متبصرا:

يجب على الطبيب أن يبصر المعطي تبصيرا كاملا لجميع المخاطر التي قد تطرأ عليه سواء أثناء العملية أو بعدها، وكذلك عليه أن يبصره باحتمالات نجاح العملية، ونظرا لأن المتنازل في صحة جيدة قبل العملية فلا مشكلة في تبصيره تبصيرا كاملا، فلا يكفي اطلاعه على طبيعة العملية وإنما يجب إيضاح جميع المخاطر التي قد يتعرض لها[1].

رغم أن المحافظة على سر المهني مفروضا على الأطباء في مجال الأعمال الطبية، غير أنه يرى البعض لا يعتبر من قبيل إفشاء سر المهنة الطبية، إذ قام الطبيب الجراح باطلاع المعطي على الحالة الصحية للمريض واحتمالات نجاح العملية زرع عضو له، لأن المعطي من حقه إنقاذ حالة المريض الصحية التي سيتنازل عن عضو من جسده لإنقاذ حياته من الموت[2].

ب-2- أن يكون الرضا حرا:

يشترط أن يكون رضاء المعطي حرا، أي صادرا عن شخص يتمتع بملكات عقلية ونفسية سليمة قادرا على أن تكون رئيا صحيحا عن موضوع الرضا، فكل إكراه أو ضغط نفسي يخضع له المعطي من شأنه أن يعيب رضائه، وينبغي أن يستمر هذا الرضا إلى لحظة الاستئصال كما يفترض هذا الرضا أن يرجع المعطي عن رضائه في أي وقت دون أن يتحمل أية مسؤولية من جانبه[3].

ج-أهلية المعطي:

لا يعتد برضا الشخص من الناحية القانونية إلا عندما يكون بالغا سن الرشد، متمتعا بكامل قواه العقلية دون إلحاقه بأي عارض من عوارض الأهلية، والأهلية مناطها الإدراك والتمييز، فإن كان الترخيص مدركا مميزا كان آهلا لإبرام التصرفات القانونية.

---

[1]- رأفت صلاح أبو الهيجاء، مشروعية نقل الأعضاء البشرية، ص .65.

[2]- عبد العزيز بن محمد الصغير، نقل وزراعة الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص.81.

[3]- المرجع نفسه، ص.82.

ويكون الشخص كامل الأهلية متى بلغ سن الرشد وكان متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه[1].

لا يجوز شرعا استئصال أي عضو من الأعضاء البشرية إلا بإذن واضح من المتبرع، بحيث يشترط في هذا أن يكون كامل الأهلية كما يجب أن يكون راضيا به، ويكون هذا الرضا صادر عن إرادته الحرة [2].

أما في حالة ما إذا كان ناقص الأهلية أو عديم الأهلية كالصبي والمجنون، بحيث الأول لا يجوز بأي حال من الأحوال اقتطاع الأعضاء من هؤلاء الأخرين لكونهم لا يعتد برضاهم وهذا ما أكدته فتوى المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي، أما إذا كان الاستئصال من الميت فيجب التحقق أولا من الموت وفي حالة ثبوت ذلك، يجب موافقة الورثة بإجماع على ممارسة الاستئصال منه[3].

فمن خلال المادة 40 القانون مدني تنص على أن "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية بمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد تسعة عشر سنة كاملة"[4].

منه فإن كل متبرع يبلغ 19 سنة يعتبر راشد وكل تصرف يبرمه فيما يخص التبرع بأعضائه يكون صحيح ومنتجا لآثار القانونية وقت مباشرة العملية، وإلا كان الاتفاق باطلا مطلقا ولا يعتد به باعتبار هذه الأحكام من النظام العام[5].

كما نجد في المادة 361 من ق.ص المشرع سلك مسلك التشريعات الرافضة لاستئصال الأعضاء من العنصر، حيث تنص المادة على " يمنع نزع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية من

---

[1]– رأفت صلاح أبو الهيجاء، مشروعية نقل الأعضاء البشرية، ص.68.

[2]– حنا رياض منير، أخطاء العامة في الجراحات العلاجية والتخصصية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2013، ص. 388.

[3]– سنوسي بسيمة، زرع الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، المرجع السابق، ص.85.

[4]– المادة 40 من أمر رقم 75–58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1995، يتضمن القانون المدني، ج .رج.ج عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

[5]– سنوسي بسيمة، زرع الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، المرجع السابق، ص. 91.

أشخاص القصر أو عدمي الأهلية أحياء، كما يمنع نزع أعضاء أو أنسجة من أشخاص أحياء مصابين بأمراض من شأنها أن تصيب صحة المتبرع أو المتلقي" [1]

المشرع في هذه المادة منع منعا باتا إجراء أي عملية زرع الأعضاء، أي الأنسجة للقصر أي الذين لا يتجاوزون 19 سنة كاملة حسب المادة التي ذكرنها، كما استبعد أيضا الغير القادرون على التمييز كالمجنون والمعتوه؛ وكذلك رفض موضوع زرع في حالة ما إذا كان ذلك الزرع ونقل بسبب في هلاك ومرض معدي لصالح صحة كل من المريض والمتبرع.

د- أن يكون رضاء المعطي بدون مقابل:

يجب أن يكون تنازل المعطي عن عضو من أعضائه بغير مقابل لأن جسم الإنسان وأعضائه لا يمكن أن يكون محلا للمعاملات التجارية والمالية، فالقيم الإنسانية تسمو على المال، ولما كان الحب أسمى هذه القيم، فإن الإنسان يستطيع بدافع الحب التنازل عن دمه أو عضو من أعضاء جسمه، وعلى هذا يجب أن يكون الدافع إلى التنازل هو الحب والتضامن الإنساني والتراحم والتضحية وليس الربح أو المقابل المادي، فقد مضى الزمن الذي كان فيه جسم الإنسان يعتبر من قبيل الأشياء التي يمكن التصرف فيها[2].

وهذا ما تنص عليها المادة 358من ق . ص " لا يمكن أن يكون نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها محل صفقة مالية " [3].

منه نفهم أن المشرع الجزائري قد أكد لنا أن العمليات نقل وزرع الأعضاء، أي نقلها من المتبرع وزرعها على الملتقي تكون بدون مقابل، معنى ذلك أن الأعضاء البشرية ليست محل للتجارة لا تقوم بمبالغ مالية ولا بأشياء أخرى، بالمقابل فالمتبرع عند موافقته على كل العملية فنيته يجب أن تتجه نحو مساعدة أخيه الإنسان وحمايته وإنقاذه من الموت.

[1]- المادة 361 ق.ص، المرجع السابق،

[2]- سنوسي بسيمة، زرع الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، المرجع السابق، ص.86.

[3] - المادة 358 ق.ص، المرجع السابق.

**2- رضا المريض :**

إن كان من المسلم به في مجال الأعمال الطبية التقليدية ضرورة الحصول على رضا المريض، فإنه من الأول أن يتم الحصول على هذا الرضا في عمليات نقل الأعضاء البشرية لما تنطوي عليه هذه العمليات من خطورة آنية ومستقبلية [1].

للمريض الحرية الكاملة في اختيار التدخل الجراحي أو رفضه، وهو الوحيد الذي يملاك بين المحافظة على صحته وتكامله الجسدي وبين الأساس بسلامة جسده، وبتالي فإن الطبيب لا يستطيع أن يحل محل المريض في اتخاذ قرارات الطبيب؛ أو يفرض عليه علاجا أو تدخلات معينة حتى لو أدى ذلك إلى تحسين حالته الصحية متى رفض المريض هذا التدخل، فإن احترام حرية المريض في قبول عملية زرع العضو له أو رفضها إنما هو تأكيد لمبدئ احترام ارادته، وهو من المبادئ العامة المستقرة والتي تعترف للمريض حقه في التصرف جسده وصحته،[2] حيث تنص المادة 44 من قانون الجزائري على أن" يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي علي المريض لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة، أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون، وعلى الطبيب أو الجراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري، إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على إدلاء بموافقته "[3].

نفهم من هنا أن الأطباء بصفة عامة، في حالة ما إذا كانت العملية التي يقدمونها للمريض لها صعوبات وخطيرة نوعا ما، فعليهم استشارة المريض أي المعني وحصول قبول هذا الأخير.

تتطلب الموافقة الحرة للمريض أيضا بأن تصدر بعيدا عن أي إكراه أو أي ضغط، خصوصا الضغوط العائلية التي تأثر بشكل كبير على حالة المريض في اتخاذ القرار الصائب، فإذا كانت الضغوط العائلية تعد أمرا مقبولا في مجال عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية، لأن هذا الأخير ينطوي على كثير من المخاطر التي لا يجب أن يترك أثر تقديرها لإرادة الوالدين أو المريض إذا تم

[1]- رأفت صلاح أبو الهيجاء، مشروعية نقل الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص.81.

[2]-سنوسي بسيمة، زرع الأعضاء البشرية بين الخطر والإباحة، المرجع السابق، ص. 88.

[3]- المرجع نفسه، ص 89.

التعبير عنها تحت تأثير ضغط عائلي، وبتالي فإنه يجب أن يكون رضا المتلقي للعضو رضا شخصي[1].

- أهلية المريض:

لا شك أن المتبرع يعتد برضائه إذا كان كامل الأهلية، وعليه إذا بلغ المريض سن الرشد وكان متمتعا بكامل قواه العقلية، فإن رضائه بعملية زرع العضو له لا يثير أية مشاكل قانونية، فيعد الرضا الصادر منه في هذه الحالة صحيحا، لأنه صدر عن شخص قادر على التعبير عن إرادة معتبرة قانونا، فموافقة المريض على إجراء عملية زرع عضو له تعني مشاركته في تحمل مخاطرها والمشاركة في تحمل المخاطر تفترض وجود أهلية قانونية كاملة[2].

أما إذا كان المريض عديم الأهلية فإن موافقة على هذه العملية لا تنتج أثرها، وعدم الأهلية نوعان فعلى سببه وجود آفة في العقل دائمة أو مؤقتة يترتب عليها عدم القدرة على الإدراك والإرادة، وعدم الأهلية قانونية يرجع إلى أسباب صحية محددة قانونا.

أ- عدم أهلية المريض الفعلية:

قد يعتري المريض كامل الأهلية ما يمنعه من إصدار رضا صحيح، كأن يكون غائبا عن الوعي مما يؤثر في قدرته على وزن الأمور وتحديد ما هو مفيد له، وهو في هذه الحالة رضاه معيبا ولا يؤخذ به في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، فإذا كان المرض قد فوض شخصا محددا فيجب احترام إرادته[3].

ب- عدم الأهلية القانونية:

نعني به عدم بلوغ المريض سن الرشد أو بلوغه إياه لكنه يعاني من سفه أو عته، فتنص المادة 3/364 و4 على أن " وفي حالة ما إذا كان الأشخاص عديمي الأهلية، يمكن أن يعطي

[1]- سنوسي بسيمة، زرع الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، المرجع السابق، ص. 89.

[2]- سايب عبد النور، ممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، المرجع السابق، ص. 124.

[3]- سنوسي بسيمة، زرع الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، المرجع السابق، ص. 94.

الموافقة الأب أو الأم أو الممثل الشرعي، حسب الحالة " وكذلك " وفي حالة الأشخاص القصر يعطي الموافقة الأب أو الأم، عند غيابها الممثل الشرعي"[1].

هنا إذا كان المريض عديم الأهلية انتقلت الموافقة على عملية زرع العضو إلى صاحب السلطة القانونية وهو الأب، وفي حالة عدم وجوده تنتقل إلى الأم، أما في حالة فقدان الأب والأم معا تنتقل الموافقة إلى الولي الشرعي.

فإن المشرع قد قيد الطبيب فيما يتعلق بالقاصر بالرضا الصادر ممن يمثله قانونا وهو الأب أو الولي الشرعي، وهذا تكرار من نفس القانون، غير أنه إذا كان المريض في حالة يستطيع فيها التعبير عن إرادته، وأنه قادر على فهم وإدراك المخاطر التي يستعرض لها بسبب التدخل الجراحي في زرع العضو له، فلا يجوز لأي أحد أن يحل محله في إعطاء موافقة، فلا يتطلب أن يكون للمريض من الأهلية أكثر من الأهلية اللازمة لتقدير أهمية عملية زرع العضو له، ومدى ملائمته لحالته الصحية وهذه الأهلية لا تتطلب سوى قدر كاف من الإدراك والفهم[2].

## الفرع الثاني

## مشروعية نقل الأعضاء بين الأحياء وزرعها

### أولا-إباحة نقل وزرع الأعضاء في الشريعة الإسلامية:

إن الإسلام مع كل خير وحسن بحسنه، ومن كل شر وقبح يقبحه الردع، وهو مع التسيير دفعا للحرج والمشقة، درءا للضرر، وجلبا للمصلحة المحققة أو الراجحة على المفسدة، أو الضرر بما هو أخف منه[3].

وقد أجازه العلماء نقل عضو من شخص إلى أخر إذا كان مما يتجدد تلقائيا كالدم، أو إذا استؤصل لعلة مرضية فأمكن الاستفادة منه لشخص آخر، ولقد بين العلماء الضوابط والأحكام

---

[1]- المادة 3/364-4، ق.ص. المرجع السابق.

[2]- فاطمة مداني، نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات والأحياء، المرجع السابق، ص. 89.

[3]- الشيخ سعيد عبد الحفيظ الحجاوي، " نقل الأعضاء من إنسان لأخر"، مجلة هدى الإسلام، العدد العاشر، المجلد 40، الأردن، 1998، ص. 40.

التي يجب مراعاتها عند جواز النقل بحيث تتحقق المصلحة دون أي امتهان لإنسان حيا كان أو ميتا، أو الاستهانة بحياته أو الاعتداء على حقه، ونفسه، وأعضائه، وتعذيبه[1].

بالرغم من أن الشريعة حرمت المساس بالجسد وألزمت العباد بالحفاظ على عناصره فقط أباحت العديد من الأعمال الطبية والتي تنال من هذه العناصر وسلامته، ولكنها تحقق الغاية المقصودة شرعا، فالعمل الطبي من أشرف الصناعات وشرط الصناعة على قدمها يترتب عليها من نفع الناس، وحماية صحتهم وتقويم حياتهم لذا رفع الإسلام من شأن الطب[2].

هذا وقد إتجه الرأي الغالب في الفقه الإسلامي المعاصر إلى القول بجواز التبرع بأجزاء من جسم الإنسان الحي لإنقاذ حياة أو صحة إنسان آخر[3].

**1- الاتجاه المجيز لنقل الأعضاء وزرعها لأحياء:**

لقد شرع وأباح نقل وزرع الأعضاء البشرية من قبل الشريعة الإسلامية ضمن المبادئ الأساسية والحسنة التي تحددها الشريعة، التي عندها روح الإنسان وجسده شيء مقدس فقد نها الشارع عن قتل النفس وعدم إلقائها إلى التهلكة، فتعمل بمبدأ إنقاذ النفوس وإزالة الضرر لا العكس بقوله تعالى" وَلاَ تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُم إِنَّ الله كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا" [4].

كما قد نجد التعاون والتضامن بين الناس على مواجهة مشكلات الحياة بقوله تعالى: " وَتَعَاوَنُو عَلَى البِرِّ وَالتَّقْوَى وَلاَ تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالعُدوَانِ" [5].

يأمر الله تعالى حفظ النفس البشرية ويأتي ترتيبها في مقاصد الشرع في المرتبة الثانية، فكل من ساعد على حفظها من جانب الوجود أو العدم فهو مطلوب شرعا، وحرص الإسلام على حياة

---

[1]- الشيخ سعيد عبد الحفيظ الحجاوي، نقل الأعضاء من إنسان لأخر، ص. 40.

[2]- عبد القادر عثماني، "هل تتقدم أخلاقيات الطب كما تتقدم تقنياته، مجلة المجلس الأعلى، العدد الثاني، 1994، ص. 238.

[3]- محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن الاستخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة (دراسة مقارنة)، 1997، ص. 23. منشور على الموقع www.https://books.google.dz تم الاطلاع عليه يوم 2020.07.03 على الساعة 23:12.

[4]- سورة النساء، الآية 29.

[5]- سورة المائدة، الأية 02.

الإنسان والمحافظة عليها وعدم الإضرار بها كليا أو جزئيا، ولهذا السبب أمرت الشريعة الإسلامية الإنسان باتخاذ كل الاحتياطات اللازمة التي تحافظ على ذاته وصحته، وكذا الابتعاد عن المحرمات والمفسدات، وأوجبت عليه اتخاذ كل سبل العلاج عند المريض[1].

إذ نجد أيضا أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد ورد أحاديث بين فيها على قدسية جسم الإنسان، فيقول صلى الله عليه وسلم:" مَا أَنْزَل الله دَاءً إِلاَ أَنْزَل لَه شِفَاءً" رواه البخاري، بحيث يجب عملية نزع العضو من المتبرع بإذنه ورضائه، ولا يكون في ذلك انتهاك لكرامة الإنسان بل مجرد إحسان من المتبرع[2].

**2-الإتجاه القائل بعدم مشروعية نقل الأعضاء بين الأحياء:**

فقد يرى بعض الفقهاء: " أنه يجوز قطع جزء من الأدمي آخر ولو كان هذا الأخير مضطرا إليه، سواء كان يهدف أكله للمضطر في المخصصة أو للتداوي به لمن أضطر إلى ذلك من المرضى، فلا يباح شيء من الأدمي المعصوم الحي في الاضطرار كرامة له وصيانة من الابتذال سواء أكان مسلما أو كافرا معصوما كالذمي والمستأمن، فالمعصوم الحي مثل المضطر فلا يجوز للمضطر إبقاء نفسه بإتلاف غيره.

يقول الله تعالى" مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِى إِسْرَائِيلَ أَنَّه مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا" فقد نهى الله عز وجل من قتل النفس أو الغير، وعليه فإن النهي هنا يشمل كافة الأسباب ومنها التبرع بعضو، فعليه لا يجوز الاتفاق على ذلك.

ثم إن إزالة عضو من المتبرع في ضرر محقق له، مما يعقه عن أداء العبادات والواجبات وقال الرسول ص" لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ" وهو من رواية أحمد وابن ماجا عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ص وكما قلنا فإن هذا الأمر فيه ضرر واضح للمتبرع.

---

[1]- قاوة فضيلة، الإطار القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011، ص. 13.

[2]- محمد المدني بوساق، موقف الشريعة الإسلامية من نقل الأعضاء بين البشر، دار الخلدونية، الجزائر، 2004، ص.29.

**ثانيا– الأساس القانوني لإباحة النقل بين الأحياء:**

لم تنظم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في الجزائر في إطار تشريعي إلا في منتصف الثمانينات، بينما أصدرت لجنة الإفتاء التابع للمجلس الإسلامي الأعلى فتوى قبل ذلك بحوالي 13 سنة كاملة وهذه الفتوى أجاز نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء أو من جثث الموتى.

لم يصدر المشرع الجزائري تشريعا مستقلا لينظم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وإنما اكتفى بالتنظيم هذه العمليات القانون رقم 18–11 مؤرخ في 2 يوليو سنة 2018 يتعلق في قانون الصحة، وحسب المادة 355 من قانون الصحة تنص على " أن لا يجوز نزع الأعضاء والانسجة والخلايا البشرية وزرعها، إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية، وضمن المنصوص عليها في هذا القانون" [1].

نلخص مما سبق إلى أن الفتوى الصادرة عن لجنة الفتوى للمجلس الإسلامي الأعلى، شكلت في الفترة السابقة عن صدور التشريع المنظم لهذا المجال الأساس التشريعي الإباحة نقل الأعضاء البشرية، وبصدور قانون حماية الصحة وترقيتها اكتمل الأساس القانوني للإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في الجزائر.

لأعمال الطبية تدخل ضمن الأفعال المبررة، ما أذن به القانون فالقانون يعترف بمهنة الطب، وينظمها ويأذن لطبيب معالجة المرض لتخليصهم من الامراض التي تحل بهم، بشرط الاختصاص في العمل وموافقة المريض وتحقيق الغايات العلاجية.

كما قد تنص المادة 359 ق.ص على أن "يمكن أن يتم نزع وزرع الأعضاء والخلايا البشرية من متبرعين أحياء، لهم قرابة عائلية ومطابقة مع المتلقي بالامتثال الصارم للقواعد الطبية"[2].

فنفهم من خلال هذه المادة أنه قد أباح المشرع الجزائري نزع وزرع الأعضاء والخلايا البشرية بين الأحياء، أي من إنسان حي إلى إنسان حي آخر، وأن تكون بين هذه الأشخاص قرابة عائلية أي من عائلة واحدة ، وذلك حسب القواعد القانونية الطبية الذي يرى الطبيب ما يجب ويلزم فعله حسب العلوم الطبية والخلايا التي يمكن أن تنسجم مع الأخرى.

[1]– المادة 355 من ق.ص، المرجع السابق.

[2]– المادة 359 من ق.ص، المرجع السابق.

كما قد أوضح المشرع في المادة 360 / 3 على أنه يمكن أن يكون شخص آخر أي ليس من عائلة واحدة ، "وفي حالة عدم التطابق المناعي بين المتبرع والمتلقي اللذين لهما قرابة عائلية، يمكن اقتراح على المتبرعين والمتلقين المحتملين اللجوء إلى التبرع المتقاطع للأعضاء، والمتمثل في تشكيل ثنائيين" متبرع – متلقي " متطابقين، ويكون التبرع المتقاطع للأعضاء بدون كشف هوية المتبرع والمتلقي"[1].

أوضحت لنا هذه المادة أنه يمكن أن يكون المتبرع خارج الدائرة العائلية بمعني، أو كاستثناء للمادة 359 يمكن أن يكون المتبرع شخص آخر لا تكون أي صلة قرابة بين المتبرع والمتلقي، وتكون هذه في حالة ما إذا كان عدم التطابق المناعي بينهما، بمعنى أنه إذا قامت عملية نقل بينهما، لذلك أجاز المشرع للأشخاص الآخرين التبرع بمحتوى إرادته، واشتراط في هذه المادة أن يقوم المتبرع بحفاظ على هويته أي أن يكون التبرع مجهول فهذا حق له.

كما قد نجد المادة الموالية أي المادة 360 هذه ق.ص تنص على أن" لا يجوز ممارسة نزع الأعضاء أو الانسجة أو الخلايا على الشخص الحي لغرض الزرع، إذا عرض حياة متبرع إلى الخطر". فالمشرع في هذه المادة قد أوضح لنا أن عليه نقل وزرع الأعضاء البشرية هدفه الأول هو العلاج والسلامة البدنية لشخص، أي أن في حالة ما إذا كان الغرض هذه العمليات خارجة عن إطار العلاج الذي يهدد صحة وحياة المتبرع ففي هذه الحالة يمنع منعا باتا على التبرع[2].

## الفرع الثالث

## إباحة نقل الأعضاء وزرعها من ميت إلى حي في الشريعة والقانون.

سنحاول في هذا الفرع دراسة موقف الشريعة الإسلامية من نقل الأعضاء من الميت إلى الحي ( أولا) وكذا موقف القانون من نقل الأعضاء وزراعتها من ميت إلى الحي[3] ( ثانيا).

---

[1]– المادة 3/360 من ق.ص، المرجع السابق.

[2]– المادة 1/360 من ق.ص، المرجع السابق.

[3]– الموت عند الأطباء، يثبت بموت القلب وتوقفه عن الحركة مع انقطاع التنفس، فإن توقف التنفس والقلب والدورة الدموية توقفا لا رجعة فيه يعتبر من العلامات المميزة والفارغة بين الحياة والموت. ومن العلامات التي يعرف بها هذا:
– توقف النبض في الشرايين التي كانت تسمى العروق الضوارب وذلك بحبس النبض عند الشريان الكعبري او العضوي أو الصدغي أو السباتي.

**أولا- موقف الشريعة الإسلامية من نقل الأعضاء و زرعها من الميت إلى الحي:**

إن مبدأ احترام الإنسانية يشمل الحي والميت كليهما على السواء، وهو ما استفاد من الأحاديث الشريفة نحو: " أَذَى المُؤْمِنْ فِي مَوْتِه كَأَذَاه فِي حَيَاتِه" و " كسر عظم الميت ككسره حيا" وهذا الذي فهمه علماء الأمة هذه الأحاديث وغيرها من المرويات عند النبي ص التي وردت في هذا المعنى، فقال الإمام الطحاوي: حاصله أن عظم الميت له حرمته مثل حرمة عظم الحي...إلخ، فكان كأسرة في انتهاك الحرمة ككسر عظم الحي"، وكذا يقول الفقيه المالكي الشهير العلامة الباجي:" يريد أن له من الحرمة في حالة موته مثل حاله في حال حياته، وأن كسر عظامه في حال موته بحرم كما يحرم في كسرها حال حياته"[1].

وتكون مشروعية النقل من الميت إلى الحي بالحجج الآتية :

1- **طهر أعضاء الميت:** فيقول علماء الحنيفة، الصحيح في المذهب أنه طاهر حيا وميتا لقول النبي ص "المُؤْمِنْ لَاَ يَنْجِسُ حَيَا أَو مَيِتًا" ويقول الشافعية " أما الأدمي فإنه لا ينجس بالموت على الأظهر لقوله تعالى: " وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ" .

2: **تحصيل أعظم المصلحتين أو درء أعظم المفسدتين:** إن الضرورات تبيح المحظورات لقوله تعالى:" فَمَنِ أُضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَاَ عَادٍ فَلاَ إِثْمَ عَلَيْهِ"، فضرورة العلاج كضرورة الغذاء تبيح المحظورات[2].

قال في الحديث الشريف:" كَسْرَ عِظَمَ الميِّتِ كَكَسْرِهَا حَيًا"؛ أي أن عقوبة من يتعدى على جسد الميت مثل عقوبة من يتعدى على جسد الحي، حرم بعض العلماء التبرع من جسد المتوفي سواء من صاحب الجسد أثناء بحياته أو ورثته أو غيرهم، فالذي يملك التصرف في جسد الإنسان هو خالقه عز وجل. ونرى مع جمهور الفقهاء أنه يجوز نقل عضو من أعضاء الميت إلى الإنسان

---

- توقف القلب، ويعتمد في ذلك على عدم سماع أصوات القلب بالسماعة الطبية. وينبغي أن يستمر ذلك التوقف التام لمدة نفس دقائق على الأقل .

-توقف حركة الصدر...إلخ .

[1]- محمد برهان الدين السنبهلي: قضايا فقهية معاصرة، د.د.ن، د.ب.ن، 1988، ص. 65.

[2]- محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن الاستخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص. 203 وما بعدها.

حي لوكان في ذلك منفعة ضرورية للمنقول إليه لا بديل لها، وأن بحكم الطبيب المتخصص الثقة بذلك، فالأطباء هم المسؤولون مسؤولية تامة عن تصرفاتهم أمام الله تعالى، ثم أمام من يملك محاسبتهم من رجل الطب أو القانون، وذلك تطبيقا للقاعدة الفقهية بأن الضرر لأشد يزال بالضرر الأخف، فالضرر الأشد هنا يتمثل في إبقاء الإنسان الحي عرضة للمريض الشديد والهلاك المتوقع، والضرر الأخف هنا يتمثل في أخذ شيء من أجزاء الميت لعلاج الإنسان الحي[1].

يجوز في حالة الضرورة التعرض لجثة الميت بشق بطنه في مذهب الحنفية والشافعية، كما أجاز المذهبان أكل لحم الميت حال الضرورة بسبب رجحان حرمة الحي على الميت.

فيجوز نقل العضو من الميت إلى آخر حي، إذا غلب على الظن نجاح العملية الجراحية وشفاء المريض المنقول إليه العضو المستفاد.

كما يجوز نقل الأعضاء وزراعتها من الإنسان المسلم إلى الكافر، شرط أن يكون معصوم الدم كالذمي والمستأمن والمعاهد، ولا يجوز نقلها على الكافر المحارب لأنه مهدور الدم، لا يستوفي به على محاربة المسلمين [2].

فقد أباحت الشريعة الإسلامية هذه العملية، أي زراعة ونقل الأعضاء بين الميت الحي، وهذا استنادا إلى بعض المبادئ والقواعد الشريعة فنجد منها:

**1- مبدأ إنقاذ النفوس وإزالة الضرر:**

اهتم الفقهاء الشريعة الإسلامية بإرساء مبدأ حرمة جسد الإنسان على أساس من الآيات القرآنية والأحاديث التي حرمت قتل النفس، وحرمت المساس بجسده، سولاء أكان حيا أو ميتا[3]. قال تعالى "وَلاَ تَقْتُلوا أَوْلاَدَكُمْ خِشْيَةَ إِمْلاَقٍ" [4]وقوله" وَلاَ تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُم إِنَّ الله كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا"[5].

---

[1]- رأفت صلاح أبو الهيلاج، مشروعية نقل الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص.91.

[2] - مقال منشور على الموقع htpp :// Www. fatwa.najah.edu/question/ref-141647/ تم الاطلاع عليه يوم 2020/08/17 على الساعة 11:15 .

[3]-بوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا( دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص.473.

[4]- سورة الإسراء، الأية 31.

[5]- سورة النساء، الأية 29.

قد روي أبو هريرة رضي الله عنه، قال رسول الله عليه وسلم:" وَمَنْ قَتَلَ نَفْسَهُ بِحَدِيدَةٍ، فَحَدِيدَتُهُ فِي يَدِهِ يَتَوَجَّأُ بِهاَ فِي بَطْنِهِ فِي نَارَ جَهَنَّم خَالِدًا فِيهَا أَبَدًا، وَمَنْ قَتَلَ نَفْسَهُ بِسُمٍ فَسُمُهُ فِي يَدِه يَتَحَسَاهْ فِي نَارِ جَهَنَّمَ خَالِدًا مُخَلِدًا فِيهَا أَبَدًا وَمَنْ تَرَدَّى مِنْ جَبَلٍ فَقَتَلَ نَفْسَهُ، فَهُوَ يَتَرَدَّى فِي نَارِ جَهَنَّمَ خَالِدًا مُخَلَّدًا فِيها أَبَدًا " [1].

**2-المسلم لا ينجس لا حيا ولاميتا:**

إن المسلم لا ينجس لا حيا ولاميتا، فقد جاء في التسهيل والطاهرة ميته الأدمي على المشهور كما أستظهره ابن رشد وعبر عنه في بيانه بالصحيح وأختاره عياض وجماعة من العراقيين، لأن تغسيله وإكرامه كما في آية ولقد كرمنا بني أدم تأبى تنجيسه.

والأظهر في الفقه الملكي أن الميت ولو كافر طاهر، وأن ما انفصل منه حيا أو ميتا طاهر كذلك، وفي الصحيح عند الحنابلة أن الأدمي طاهر حي أو ميت، ومقابل الصحيح أنه ينحبس بالموت ويطهر بالغسل[2].

**ثانيا- موقف القانون الجزائري من نقل الأعضاء وزرعها من الميت إلى الحي :**

إن حاجة المريض من الأحياء إلى أعضاء بشرية بدلا من أعضائهم التالفة حياتهم من الموت، جعلت الفقه القانوني يتجه نحو البحث عن مدى مشروعية الحصول على قطع الغيار الأدمية المطلوبة لهؤلاء المرضى من جثث الموتى، وبناء على ذلك وإزاء قدسية الجسم فإنه لابد من التحليل و لو جزئيا بالقدر الذي يحقق ضرورات التعاون والتضامن الإنساني، لأمر يعلو بكثير من الحرص على مبدأ حرمة المساس بالجثة[3].

يقول العميد رونيه سافنتيه" يسمح قانونا أن يكون الشخص سيد جسمه حتى بعد الموت، ويمكنه أن يحدد مصير أقاربه وعلى جميع أفراد المجتمع[4].

---

[1]- بوشي يوسف، الجسم البشري واثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا( دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص. 473.

[2]-المرجع نفسه ، ص. 474.

[3]- بوشي يوسف، الجسم البشري واثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا( دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص. 465.

[4]- المرجع نفسه، ص.466.

فاجسم الإنسان حتى بعد موته يكون ملك له، فلا يسمح لأي شخص المساس بجثته فإن الإنسان حتى بعد موته نجد أن القانون قد أعطى له مكانة مقدسة ومحمية، هذا ما نجده في القانون الجزائري الذي قد أخذ بهذه وأعطى القيمة اللازمة لإنسان حتى بعد موته، فالمادة 1/362 ق.ص نصت على ذلك " لا يمكن نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص متوفين بغرض الزرع ،إلا بعد معاينة طبية وشرعية للوفاة وفقا لمعايير علمية يحددها الوزير المكلف بالصحة، وفي هذه الحالة يمكن القيام بالزرع إذا لم يعبر الشخص المتوفي عن رفضه النزع خلال حياته"[1].

فقد أوضح المشرع الجزائري في هذه المادة، أن الأعضاء البشرية المنتزعة المتوفي لا يمكن زرعها على شخص حي مباشرة، إلا بعد إجراء فحوصات اللازمة التي تبين على أن الشخص المتوفي أو المتبرع على صحة جيدة، بمعنى أنه لا يملك مرض معدي ومميت الذي يجعل الشخص المتلقي يتأذى بسبب هذه الأعضاء؛ يكون لوزير الكلف بالصحة أن يحدد هذه الأمراض التي لا يمكن نقل أعضاء من ذلك الشخص والمعايير العلمية عامة لكي يمكن للأطباء، أي تسهيل عمل الأطباء لتحديد ما إذا هذا الشخص المتوفي قادر على التبرع بأعضائه حسب هذه المعايير وتجنب كل خطأ الذي قد يؤدي إلى هلاك الشخص المتلقي.

كما نفهم في هذه المادة أن في حالة ما إذا كانت هذه المعايير مطبقة، والأطباء قاموا بكل اللوازم التي تحدد أن الأعضاء الشخص الميت يمكن نقلها إلى الشخص الحي، بغرض إنقاذ وحفاظ على سلامة الجسدية للمتلقي، في هذه الحالة يمكن القيام بالنزع والنقل الأعضاء، وهذا بشرط الذي قدمه المشرع بصالح المتوفي الذي يقول أنه لا يمكن أن تقوم هذه العملية في حالة ما إذا كان المتبرع قبل وفاته كان رافضا لهذه الفكرة، أي التبرع بأعضائه في وفاته ففي هذه الحالة المشرع شرط على أنه لا يمكن التبرع في هذه الحالة.

قد نصت المادة 2/362 كذلك على أن "يمكن التعبير عن هذا الرفض بكل وسيلة، لاسيما من خلال التسجيل في سجل الرفض الذي تمسكه الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، وتحديد كيفيات التسجيل السجل الرفض عن طريق التنظيم"[2].

[1]– المادة 1/362 ق.ص، المرجع السابق.

[2]–المادة 2/362 ق.ص، المرجع السابق.

فمن خلال هذه المادة نجد أن المشرع قد أوضح لنا عن كيفية رفض المتبرع قبل وفاته لفكرة نقل وزرع أعضائه وتبرعها لشخص آخر بعد موته، ففي حالة ما إذا رفض المتبرع نقل أعضائه فهناك ما يسمى سجل الرفض الذي تمسكه الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، فهي وكالة مخصصة لهذه الأعمال الطبية فيقوم المتبرع بإثبات رفضه من خلال تسجيله في ذلك السجل لحفاظ على ما يعود له من حق.

كما قد أوضح في الفقرة 03 من نفس المادة على أن" يجب أن يطلع الفريق الطبي المكلف بالنزع على سجل الرفض قصد البحث عن موقف المتوفي، وفي حالة غياب التسجيل في هذا السجل، تتم باستشارة أفراد أسرة المتوفي البالغين حسب ترتيب الأولية الآتي: الأب أو ألأم أو الزوج أو الأبناء، أو الإخوة أو الأخوات أو المتمثل الشرعي إذا كان المتوفي بدون أسرة، قصد معرفة موقفه من التبرع بالأعضاء[1]".

وعلى ما نفهمه في هذه المادة أو الفقرة أن الطبيب أو الأطباء بصفة عامة، بالخصوص الأطباء المختصين في نقل و زرع لأعضاء فاعليهم قبل بدأ بالإجراءات النزع، أخذ بعين الاعتبار ما نص عليه المشرع الجزائري في هذه الفقرة، ألا وهي الاطلاع على السجل الرفض الذي قد ذكرناه في الفقرة الثانية، فالمشرع قد أصر على ذلك السجل ورؤيه رأي المتوفي في ذلك قبل وفاته، كما قد بين لنا أن في حالة ما إذا لم يسجل المتبرع رفضه أي رأيه على ذلك، فعلى الأطباء أخذ موافقة عائلة المتبرع وفي حالة ما إذا المتوفي ليس له عائلة فيمكن أخذ رأي ممثلة الشرعي.

أما الفقرة الرابعة من هذه المادة والأخيرة قد تنص على" ويتم إعلام أفراد أسرة المتبرع المتوفي البالغين بعمليات النزع التي تم القيام بها" [2].

فالتكملة لما قلناه في الفقرة السابقة على الأطباء بعد أخذ إذن من طرف عائلة المتبرع المتوفي، أو إبداء رأيه هو في كونه حي وإصدار قبول إما من المتبرع أو عائلته وإعطاء تسريح، فيقوم الأطباء المختصين بإجراء العملية وكل ما يجب فعله، وعند القيام بها إما نقل العضو من الميت إلى الحي، فعلى الأطباء الجراحين والمختصين الذين قاموا بتلك العملية إجبار عائلة

[1]– المادة 3/362، ق.ص المرجع السابق.

[2]– المادة 4/362 ق.ص، المرجع السابق.

المتبرع بالنهاية تلك العملية ونجاحها، وبطبع شكر تلك العائلة التي من أجلها ومن أجل عضو من تلك العائلة قد رجعت الحياة من جديد لشخص المريض.

كما نجد أيضا أن المشرع قد أوضح في المادة 363 بعض الشروط المتعلقة بهوية التبرع في الفقرة الأولى والتي تنص أنه " يمنع كشف هوية المتبرع المتوفي للمتلقي وهوية المتلقي لأسرة المتبرع".

كما يتبين في هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أصدر على أن تبقى هوية المتبرع مجهولة من طرف المتلقي، كما حظر كذلك العكس أي أن تنص هويته المتلقين مجهولة من طرف عائلة أو أقارب المتوفي المتبرع وتكون هذه العملية واجبة على الأطباء الأخذ بجدية ما منعه المشرع ذلك لصالح عائلة مترع وكذلك لصالح المتلقي.

أما الفقرة الثانية تنص على أن " يجب ألا يكون الطبيب الذي قام بمعاينة وإثبات وفاة المتبرع من الفريق الذي يقوم بالزرع" [1].

فالأسباب لم ينصها المشرع في هذه الفقرة، يمكن أن نفهم أن السبب من هذا الشرط ألا وهو أن الطبيب الذي أصدر أو أعلن عن وفاة المتبرع، يكون مختلف عن الذي يقوم بعملية النقل وزرع العضو إلى المتلقي، بمعنى أن الطبيب المختص الذى أكد وأعلن عن وفاة المتبرع ليس نفسه الطبيب الذي يقوم بمعاينة المتلقي، فيجب أن يكون طبيبان على الأقل لهذه العملية، فمن المحتمل أن السبب من ذلك هو تجنب الغش والخداع من طرف الأطباء إذا كانوا من أهل أحد أهل الناقل أوالمتلقي، وهذا يبقي رأي شخصي لأن المشرع لم يبين لنا السبب من أخذ هذا الشرط.

أما الفقرة الأخيرة من هذه المادة فقد تنص على أن" ويمنع الشروع في نزع الأعضاء أو الأنسجة، إذا كان ذلك سببا في عرقلة التشريح الطبي الشرعي"[2].

نرى أن المشرع قد كان صارحا وصارما في هذه الفقرة ومنع منعا بتا كل عملية نزع الأعضاء أو الأنسجة مهما كان حالة المريض، إذا كان ذلك يخرج من إطار الشرعية القانونية التي نص عليها

[1]– المادة 1/363 و 2، من ق.ص. المرجع السابق.

[2]– المادة 3/363 ق.ص، المرجع السابق.

القانون في الطب والعمليات الجراحية والتشريح؛ فإذا خرجت من دائرة الشرعية فتلك العملية لا تقيم مهما كان، فهذا ما نفهمه من هذه الفقرة لنقل وزرع الأعضاء من الميت إلى الحي.

## المطلب الثاني

## إباحة القيام بعمليات التجميل

جعل الله تعالى الجمال صفة لمخلوقاته ومن ضمنها الإنسان الذي كرمه على جميع المخلوقات وجعله في أكمل هيئة، قال تعالى " لَقَدْ خَلَقْنَا الإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمْ"[1] وغرس حب الجمال في قلوب الناس جميعا، لكن التجمل في وقتنا الحالي أصبح يأخذ صورا متعددة وبوسائل متطورة، منها جراحة التجميل التي انتشرت على نطاق واسع بين جميع فئات المجتمع، رغم أنها تطوي في كثير من الأحيان على مخاطر تمس حياة الشخص أو سلامة جسمه دون ضرورة طبية، وهذا ما يستدعي تنظيمها ووضع ضوابطها[2].

فقد اعتبرت الجراحة التجميلية في بداية ظهورها من غير مرغوب فيه، بل غير مسموح به قانونا على اعتبار أن غاية الطب والجراحة يقتصران على شفاء المريض، فيما تقتصر الجراحة التجميلية على تعديل وتغيير البنية الطبيعية وهو سلوك لا علاقة له بالمرض، وإنما بالرغبة في التغيير غير أن التقدم الذي حققه الجراحة التجميلية غير المنظور الفقهي للمسألة وأصبحت هذه الأخيرة يسعى إليها الفرد[3].

فقد ظهرت الجراحة التجميلية بصورة مكثفة بعد الحربين العالميين الأولى والثانية لما خلفته من آثار سلبية في جسم الإنسان ونفسيته، حيث توصل الطب إلى معالجة العديد من الضحايا

---

[1]– سورة التين، الآية 04.

[2]– عيساوي فاطمة، أثر الأعمال الطبية المستحدثة على الحق في السلامة الجسدية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019، ص.ص. 72–73.

[3]– حساين سامية " خصوصية الجراحة التجميلية فقها، قضاءً وتشريعا"، مجلة المفكر، العدد 13، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، د.س.ن، ص. 162. منشور على الموقع http: www//revues.univ-biskra.dz/index.php/mf-fdsp/article/view/3359 تم الاطلاع عليه يوم 2020.06.11 على الساعة 23:04.

عن طريق تحقيق إعادة زراعة الأعضاء المبتورة من الأطراف، مثل الأصابع واليد والكحل والأعين وكذا نقل بعض الأنسجة في الجسم من مكان إلى أخر لأغراض تجميلية أو تحسينية[1].

ففي هذا المطلب سنتطرق إلى تعريف عملية التجميل وأسباب هذه العملية ونطاق الجراحة التجميلية، وفي الأخير أي الفرع الثالث نختمها في مشروعية العملية في كل من الشريعة والفقه والقانون.

## الفرع الأول

## ماهية عمليات التجميل

يوصف العصر الذي نعيش فيه بأنه " عصر الصورة"، حيث أصبحت الصورة تلعب دور البطولة المطلقة، وصار الناس خاصة الشباب أو من يتشبثون بشبابهم مشغولين بصورة الوجه وشكل الجسم، ومن لا يعجبه وجهه أو جزء منه يحلم بتغييره أو يذهب فعلا لأخصائي التجميل، مما أدى لنمو شعبة الجراحة التجميلية في السنوات الأخيرة[2].

تختلف الجراحة التجميلية عن الطب العادي في عناصر أساسية تظهر جليا في كون هذا الأخير في حالة الآلام ويستدعي الاستعجال بل والإسعاف، وهو ما لا نجده في الجراحة التجميلية التي ليست كباقي الجراحة التي يقصد منها الشفاء من العلة، وإنما الغاية منها هي إصلاح تشويه يخدش الذوق أو يثير الألم أو النفقة أو الاشمئزاز في النفوس، ولم يكن هذا النوع من الجراحة حديثا إنما لها تطبيقات قديمة[3].

ففي هذا الفرع نقوم بتعريف هذه العملية، أي عمليات التجميل والأسباب التي تجعل الإنسان يؤول إليها.

---

[1]– حساين سامية " خصوصية الجراحة التجميلية فقها، قضاءً وتشريعا، ص. 163.

[2]– صالح بن عبد الله العقيل، العوامل الاجتماعية والنفسية المرتبطة بإقبال الفتات السعودية على عمليات التجميل الجراحية، د.ب.ن، د.س.ن، ص.771.

[3]– حساين سامية ، خصوصية الجراحة التجميلية فقها، قضاءً وتشريعا، المرجع السابق، ص. 163.

**أولا – تعريف جراحة التجميل:**

يعرف الفقهاء القانون جراحة التجميل بأنها، مجموعة العمليات التي تتعلق بالشكل والتي تكون الغرض منها العلاج عيوب طبيعية أو مكتسبة في ظاهر الجسم البشري، وتؤثر في القيمة الشخصية والاجتماعية للفرد.

يعرف المختصون جراحة التجميل بأنها:" جراحة تجري لتحسين منظر جزء من أجزاء الجسم الطاهر، أو وظيفة إذا ما طرأ عليه نقص أو تلف أو تشوه، وهي مصطلح لفن وعلم مخصوص، والمعنى الذي يدل عليه الاسم العربي هو تغيير ما لأجمل حتى قيل إن الغرض من جراحة التجميل هو إضافة لمسة جمال على الوجه، أو إخفاء بعض العيوب أو أثار تقدم السن التي تعتريه، بالتالي ما يصبو إليه الباحثون عن الأناقة والجاذبية والشكل المقبول[1].

**1- الجراحة في اللغة:**

من الجرح بضم الجيم، وهو الشق في البدن تحدثه آلة حادة، وجمعة جروح وجراح، ويقال جرحه جرحا إذا أثر فيه بالسلاح وهي اسم للضرب والطعنة، جمعها جراح وجراحات.

**2- جراحة التجميل اصطلاحا:**

فرع من الطب يكون العلاج فيه كله أو بعضه قائما على إجراء عمليات يدوية مبضعيه ويسمى من يقوم بها : جراح"[2].

هي فن فنون الطب يعالج الأمراض بالاستئصال أو الإصلاح أو الزراعة أو غيرها من الطرق التي تعتمد كلها على الشق والخياطة، أو أحدهما. أو هي فن من فنون الجراحة يرمي إلى تصحيح التشوهات الخلقية مثل قلع السن الزائدة، أو التعديل شكل الأعضاء المشوهة، كتعديل الشفه المشقوقة أو إصلاح التشوهات الناجمة عن الحوادث المختلفة كالحروق والجروح[3].

---

[1]– إلهام عبد الله، موقف الشريعة الإسلامية من العمليات الجراحية التجميلية، د.ب.ن، 2008، ص.5.

[2]– نادية أبو العزم، أحكام عمليات تجميل النساء بين التحليل والتحريم (دراسة فقهية مقارنة بكليات الدراسات الإسلامية والعربية للبنات)، المنصورة، 1433، ص. 3164.

[3]– نادية أبو العزم، أحكام عمليات تجميل النساء بين التحليل والتحريم، ص. ص. 3165-3166.

**ثانيا- الدوافع العلاجية التجميلية:**

فالأسباب التي جعلت من هذه الجراحة سبيل الاهتمام الفقهاء لها ضرورة رجال القانون لها كثيرة تتمثل أساسا في الدوافع النفسية والاجتماعية[1].

**1- علاج التشوهات الخلقية:**

الجراحة التجميلية قد يكون من أنواعها ما يكون علاجا لتشوهات خلقية، وقد ينشأ عن هذه التشوهات الألآم البدنية والنفسية أو الخلل الوظيفي في بعض أعضاء الجسم، غالبا ما تتم هذه الجراحات في السنوات الأولى من عمر الطفل، ومن أشهر هذه التشوهات الأعضاء الزائدة كالأسنان، الأصابع، والأطراف، ونحوها[2] .

**2- علاج بعض الأمراض:**

فقد تعد الجراحة التجميلية وسيلة لمكافحة المرض وهدفها هو جلب السرور والسعادة للمريض حيث تحقق بعض الحالات غير عادية التي استدعت علاج تجميلي في نظر الطب، ومثالها تلك الطفلة التي ولدت من غير مثانة وساقين ملتصقين وبدون أصابع وكان العلاج التجميلي لها نجاح كبيير في استعادة الحياة العادية لها.

**3- الرغبة في تحسين وظيفة بعض الأعضاء:**

حيث تحتل وظيفة بعض أعضاء الجسم لأسباب مختلفة فيلجأ الطبيب لتحسين الوظيفة إلى الجراحة التجميلية، وقد يعبر عن ذلك بجراحة التجميل التأهيلية.

ومن أمثلة تلك العمليات التجميلية المتعلقة بالأسنان، حيث تساهم هذه العمليات في تحسين وظيفة الأسنان فظلا من تحقيق الهدف التجميلي خاصة في الأسنان الأمامية الظاهرة للعيان، كما أن جراحة الحروق تهدف إلى إصلاح العطل الوظيفي في حركة المفاصل، بالإضافة إلى تأهيل الإعاقات الحركية وشلل الأطراف[3].

---

[1]- حساين سامية، الجراحة التجميلية فقها، قضاءً وتشريعا، المرجع السابق، ص.170.

[2]- صالح بن محمد الفوزان، الجراحة التجميلية ( عرض طبي ودراسة فقهية مفصلة)، الطبعة الثانية، دار التدرية، المملكة العربية السعودية، 2008 ، ص. 01.

[3]- المرجع نفسه، ص. 62.

**4- الرغبة في تقليد مظاهر شخص معين:**

تقدم وسائل الإعلام المرئية العديد من الرجال والنساء الذين يتميزون بمظاهر مميزة خاصة من الممثلين والمذيعين، فيرغب بعض المشاهدين في تقليدهم عن طريق إجراء جراحات تجميلية على وجوههم، كما أن بعض الأطباء في العيادات المتخصصة يقدم لمرضاه صورا متعددة لوجوه أو أعضاء ويطلب منهم اختيار ما يناسبهم لتجميل وجوهم حسب هذه الصور وعادة ما يكون ذلك على الأنف والعينين والشفتين والذقن[1].

## الفرع الثاني

## نطاق جراحة التجميلية

فهناك نوعين من الجراحات التجميلية، جراحة علاجية وجراحة الإصلاح.

**أولا- الجراحة التجميلية العلاجية:**

وهي العمليات التي تجري من أجل إصلاح وترميم معين في الوجه، نتيجة عيوب خلقية أو سبب إصابات حوادث، أو أعراض طارئة والهدف من هذه العمليات هو تحسين الأداء الوظيفي للعضو، مع إعادة ترميم وتجميل للشكل الخارجي[2].

فحكم هاتين من الأسباب أو إصلاح وترميم أو إصابات حوادث، فعن أسامة بن شريك رضي الله عنه قال: " قال الأعراب يارسول الله ألا نتداوى؟ قال: نعم ياعباد الله، تداووا فإن الله لم يضع داء إلا وضع له شفاء، أو قال: داء إلا داء واحدا قالوا يارسول الله وماهو؟ قال الهرم[3].

كما يرى البعض أنها تخلص المريض من الألآم للوصول إلى الشفاء، وهو الهدف الذي يصبو إليه أي طبيب مهما كان تخصصه، وتعد في قاموس الأطباء الخطوة الأولى فيما يخص الجراحة التجميلية الخطوة الثانية الجمال لأنها تهتم بجراحة الشكل حيث لا يكون الغرض منها هو علاج مرض، بل إزالة تشويه في الجسم.

---

[1]-مراد رايق رشيد عودة، عمليات تجميل الوجه التحسينية ( دراسة فقهية)، المملكة العربية السعودية، د.س.ن. ص.8.

[2]- المرجع نفسه، ص.08.

[3]- المرجع نفسه، ص. 09.

**ثانيا- الجراحة التجميلية الإصلاحية:**

يقصد بها العمليات الجراحية التي تجري من أجل الحصول على زيادة في السن والجمال، وتحقيق للشكل الأفضل، وليس بفرض ضرورة علاجية ملجئة[1].

شهدت عمليات التجميل في العالم تطورا كبيرا وأصبحت عنصرا جماليا هاما يتعين برسم الشكل والمظهر الخارجي، ومع الانفتاح الفضائي على العالم المترافق مع زحمة نجمات الإعلان وتزايد الهوس الذي شاع بين كل الناس في العودة للشباب، نجد المرأة والرجل على السواء يبحثان عن رفع نسبة الجمال لديهن فكان الإقبال على عمليات شفط الدهون وشد البطن وتجميل الصدر وإزالة الشعر وتجميل الأنف وشد البشرة مزدهرا بشكل رهيب[2].

الجراحة الإصلاحية في السنة ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: ص لَعَنَ الله الوَاشِمَاتِ وَالْمسْتَوشِمَاتِ وَالنَّامِصَاتِ وَالمُتَنَمِصَاتِ وَالمُتَفَلِّجَاتِ لِلْحُسْنِ المُغَيِّرَاتِ خَلْقَ الله". وجه الدلالة: الحديث: دلالة واضحة على حرمت الفعل المذكور، طالبا لمزيد من الحسن[3].

أما في الكتاب: قول الله تعال: " وَلأَضِلَّنَّهُمْ وَلأُمَنِّيَنَّهُمْ وَلآمُرَنَّهُمْ فَلَيُبَتِّكُنَّ آذَانَ الأَنْعَامِ وَلآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللهِ " [4].

**الفرع الثالث**

**مشروعية الجراحة التجميلية**

**أولا-موقف الشريعة الإسلامية:**

ليس هناك خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول مشروعية جراحة التجميل التقويمية أو التعويضية، ذلك لأنها تدخل في إطار العلاج المباح شرعا، كما أنها ليست تغييرا لخلق الله، بل هي في الحقيقة إعادة للخلقة المقصودة أو القريب منه[5].

---

[1]- مراد رايق رشيد عودة، عمليات تجميل الوجه التحسينية ( دراسة فقهية)، ، ص.11.

[2]- حساين سامية، الجراحة التجميلية فقها، قضاءً وتشريعا، المرجع السابق، ص.ص. 166-167.

[3]- مراد رايق رشيد عودة، عمليات تجميل الوجه التحسينية ( دراسة فقهية)،ص.11.

[4]- سورة النساء، الآية 119.

[5]- عيساوي فاطمة، أثر الأعمال الطبية المستحدثة على الحق في السلامة الجسدية، المرجع السابق، ص.79.

**1- في القرآن الكريم:**

المنع أو التحريم لما ينص من تغيير لخلق الله تعالى، لما ورد من نصوص تحرم الوشم والنمص والوصل.

لقد خلق الإنسان على صورة حسنة لقوله تعالى" لَقَدْ خَلَقْنَا الإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيم" [1] لقد جعل الله الإنسان في أحسن صورة لأنه أحسن خلق الله غير أن في بعض الأحيان نجد أن الإنسان على شكل تجعله غير راضٍ على نفسه، فإن أن الله تعالى جميل يحب الجمال لذا يجب على الإنسان إحداث تغيير لخلق الله، بل تحسين فقط. لما يراه الشخص مناسب ولازم فتكون مجرد زينة اختيارية.

**2- في السنة النبوية:**

دخلت إمرأة على عائشة وكانت شابة يعجها الجمال فقالت: المرأة تحت جبينها لزوجها فقالت أمطي الأذى لما استطعت" وجه الدلالة عائشة رضي الله عنها: إماطة الأذى وإزالته دليل على إزالة ما يخالف جمال الإنسان، ويلحق به أذى نفسي ومعنوي ، فعمليات التجميل هدفها إماطة الأذى فتكون جائزة.

- الشرع نهى عن أنواع الزينة كالوشم والنمص والوصل، وأذن بأنواع أخرى كالصبغ وثقب الأدن وهذا فيه دلالة على أن لكل نوعه حكمه الخاص لا يتعداه إلى غيره.

- المصلحة والحاجة، ضابط من ضوابط إجازة العمليات التجميلية وهي تختلف من نوع لآخر ومن شخص لآخر[2].

**ثانيا- موقف الفقه:**

فقد تأرجح بين رافض ومِؤيد ومتعدل، حيث رفضت الجراحة التجميلية لأن حجم الإنسان مقدس وأي تدخل به لا بد أن يحقق غرض علاجي كتخليص المريض من علة أو مرض، ويضيف أنصار هذا الموقف في حججهم بالرفض أن الأشخاص العاديين الذين يحبذون إجراء عمليات تجميلية يعانون في الحقيقة من مرض نفسي يتجسد في البحث عن الكمال ولديهم شعور ذاتهم بالنقص[3].

---

[1]- سورة التين، الآية 04.

[2]- مراد رايق رشيد عودة، عمليات تجميل الوجه التحسينية ( دراسة فقهية)، ص.14.

[3]- حساين سامية، الجراحة التجميلية فقها، قضاءً وتشريعا، المرجع السابق، ص. 168.

فيما أبدت الجراحة التجميلية بدافع أن التجسيد في صورة التزيين يجلب السعادة للمريض وهذا ذاته علاج نفسي، أما الموقف المعتدل والوسطي فهو يؤيد بتحفظ شديد، إذ أنه يفرق بين حلات التشويه لدرجة أن تصبح حياة الإنسان عبئا عليه، وبين التدخل الجراحي الذي يعبر فيه المرء على التثبيت بالحياة إلى درجة الهوس فإدارة الخالق وضد الزمن وحكم الطبيعة وهنا لا يكون تدخل الطبيب مبررا[1].

**ثالثا- موقف القضاء:**

رغم التطور الهائل التي عرفته الجراحة التجميلية، إلا أن القضاء الجزائري لم يتبين موقفه من الجراحة التجميلية رغم انتعاشها في الآونة الأخيرة، ولم نجد في المحاكم قضايا معروفة بهذا الشأن، فلم يتسن العثور على أي حكم قضائي منشور أو غير منشور يتطرق لمسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية، ويكون هذا ربما راجع بعدم انتشار النوع من الجراحة في بلادنا[2].

**رابعا: موقف التشريع الجزائري من عمليات التجميلية:**

نجد المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب" المتعلقة بضرورة الحصول على رضا المريض وهي موافقة حرة ومبصرة قبل الأقدام على العملية، كما يمكن الاستثناء إلى المادة 17 من نفس المرسوم التنفيذي التي تنص على ضرورة عدم التدخل بوجود شرط التناسب بين المخاطر العملية وفوائدها، وهذا شرط يعتبر القاعدة الأساسية في الجراحة التجميلية[3].

[1]- حساين سامية، الجراحة التجميلية فقها، قضاءً وتشريعا، المرجع السابق، المرجع السابق، ص.16.

[2]- صحبي محمد أمين، طبيعة التزام الجراحة التجميلية على ضوء التشريع والقضاء الجزائري( المخاطر)، جامعة جيلالي لياس، سيدي بلعباس، الجزائر، ص.18.

[3]- حساين سامية، الجراحة التجميلية فقها، قضاءً وتشريعا، المرجع السابق، ص. 169.

**ملخص الفصل الثاني:**

تعتبر التطبيقات الواردة على الأفعال الماسة بالسلامة الجسدية، بمثابة الجسم الذي يوصلنا إلى إمكانية التعدي على جسد الإنسان بطريقة مشروعة دون توقيع العقاب على الجاني ( مرتكب الفعل).

فتطبيقات الإباحة هي النتيجة أو الأثر القانوني الذي يترتب على أسباب الإباحة، ليس من الجانب النظري الذي قمنا بدراسة في الشطر الأول، وإنما الجانب التطبيقي. لقد اخترنا بعض الممارسات التي تستعمل الحق في الاعتداء على السلامة الجسدية، وذلك سوءا بحكم الحق المعني أو الحق العائلي، كالممارسات الطبية، وحق التأديب الزوج لزوجته والوالد لولده.

طبعا درسنا أيضا الممارسات الرياضية التي قدم لها اهتمام وطني، وأبيحت كرياضة بدنية وليس كرياضة عنيفة.

لقد استعنا في دراستنا هذه بقانون الصحة المعدل الجديد قانون 18-11 والذي يهدف إلى تجسيد حقوق المواطنين، وحماية صحة الأشخاص والحفاظ عليها واستعادتها وترقيتها ضمن احترام الكرامة والحرية والسلامة والحياة الخاصة.

# خاتمة

لا يسعنا في هذا المقام، وختما لما سبق عرضه وتحليله من الناحية النظرية والتطبيقية تبين لنا أن الجسم البشري مستقر على مبادئ لا جدال عليها بحسب الأصل، رغم اختلاف القيم والأنظمة عبر الزمان والمكان، وبالتالي فالضرورة أرغمتنا على وضع نظام قانوني يتعامل مع الجسم البشري في إطار الشرعية، نظرا لما يحمله جسم الإنسان من قدسية، وإباحة المشرع المساس بالسلامة الجسدية ماهية إلا تحقيق مصلحة اجتماعية تقف في وجه علة التجريم التي تطبق في ظروف معينة والتي تهدف إلى الحفاظ على الحق وحمايته من أي تجاوز تعسفي على الجسم البشري وهذا من الناحية الإباحية من المساس بالسلامة الجسدية التي تزيل صفة التجريم على الفعل ليكتسب الشرعية من حيث التطبيق في الواقع.

نظرا لما شاهده العالم من تطورات في مختلف المجالات ونخص بالذكر المجال الطبي الذي يدخل ضمن تطبيقات الإباحة من حيث ممارسة الحق كصورة لإباحة، وذلك في مختلف الأنشطة الطبية كالجراحة وعمليات التجميل وزرع ونقل الأعضاء البشرية وما مدى قبولية التصرف بالجسم دون التعرض له وإلحاق الضرر به، إلى جانب الصور الأخرى لاستعمال الحق نجد حق التأديب الذي يدخل ضمن شؤون الأسرة وكذا الممارسات الرياضية التي تظهر من الناحية الشكلية أنها ألعاب ترفيهية وكذا ألعاب من أجل كسب الأرباح المالية إلى أن جوهر الألعاب قد يكون أخطر من ذلك، أين تنتج عنه أضرار وعاهات وكسور تؤدي إلى الوفاة.

يمكن أن نستنتج من موضعنا هذا:

– يعتبر حق سلامة الجسم البشري من أهم الحقوق المكرسة على مستوى التشريعات الداخلية والدولية كونه حق شخصي لا يجوز الاعتداء عليه، وذلك بتوفير أجهزة الحماية له، رغم كل هذه الجهود يبقى الجسم البشري منتهكا وسهل التعرض له رغم الحماية الشرعية الداخلية والدولية.

– إن حق الإنسان في سلامة صحته واسع يندرج منه عدد من الحقوق التي لا يمكن أن تنفك عنه، ولا يمكن أن يتمتع الإنسان بحقه في صحته البدنية والنفسية والمهنية والحصول على العلاج الكافي والملائم والتمتع بالرعاية الصحية.

– والجهود الدولية لحماية هذا الحق وذلك من خلال إبرام المواثيق الدولية وتأسيس المنظمات المختصة بحقوق الإنسان الخاضعة لرقابة الشرعية من أجل حسن تطبيقها وعملها من الناحية الإجرائية المتعلقة بحماية صحة الإنسان.

– كما عملت الشريعة الإسلامية إلى إقرار الضمانات الأصلية التي تسعى إلى حفظ السلامة الجسدية باعتباره حق وكونه من الضروريات التي كرست الشريعة الإسلامية حمايتها واعتبرت الاعتداء عليه اعتداء على حق البشرية جمعاء.

– حق الفرد في السلامة الجسدية مكرس في الدستور الجزائري وفقا لنص المادة 40 منه إلى جانب المواد الأخرى التي تقر بأن الدولة تدين أي اعتداء أو تهديد على حرمة الإنسان وتحضر أي اعتداء بدني أو معنوي.

– لقد وضع المشرع الجزائري أجهزة عقابية تعمل على ردع كل من يلحق أضرار جسمانية على الشخص والتي يهتم بها قانون العقوبات الذي ينص في فقراته على التكييف القانوني للفعل وكذا الجزاء على الفعل، والهدف من هذه العقوبات الردع من المساس بالحقوق والحريات الشخصية ومعاقبة كل معتد عليها، وذلك سواء بتوقيع العقوبات وفقا الخطأ المرتكب وهي الإعدام السجن المؤبد، السجن المؤقت، إلى جانب الغرامة المالية.

– نجد قانون الإجراءات الجزائية المتخصص بشكليات الدعوى القضائية في حالة الاعتداء العمدي وإقامة الجريمة بثمانية أركانها ومتابعة الدعوى منذ لحظة التوقيف إلى غاية المحاكمة وإصدار الحكم القضائي النهائي بالإدانة أو البراءة.

– يستعمل الحق كصورة لإباحة وذلك كاستثناء للمساس بالسلامة الجسدية الذي يعمل على إزالة الصفة الإجرامية من فعل وإسقاط عليه نوع من الشرعية التي تنتفي بها المسؤولية الجزائية ويمنع بها توقيع العقاب .

– أوبيحة الدفاع الشرعي كحماية للسلامة الجسدية كرد لأي عدوان يعتبر اعتداء على النفس وذلك برد الاعتداء بالمثل متناسبا متزامنا مع الخطر النتائج عن الاعتداء.

– يستعمل الحق كوسيلة للتأديب لإصلاح والتهذيب، وشأن ذلك يدخل ضمن شؤون الأسرة أين يقوم الزوج بتأديب زوجته والوالد لتأديب ولده لتقويم سلوكه الضال.

– تلعب ممارسة الألعاب الرياضية دور في موضوع الإباحة التي تعتبر من المقومات المساعدة للجسم وكذا العقل، إلى جانب الرياضات العنيفة بحد ذاتها التي تتمتع بالشرعية الدولية.

– تتفق التشريعات على ممارسة العمل الطبي من طرف مختصين وفي إطار مشروعية المهنة المرخصة، رغم أنه يتم المساس بسلامة الجسم البشري بطريقة مباشرة ويعتبر اعتداء على الحق في السلامة إلا أنه يدخل في حيز الإباحة كونه يهدف إلى تحقيق علاج لازم للمريض، وفي حالة التعدي على المريض دون رضاه يعتبر الطبيب مسؤول جزائيا عن جريمة مقصودة.

– لم تقتصر الممارسات الطبية على العمليات العلاجية فقط أي العلاج من أجل الشفاء وفقا للمفهوم التقليدي بل تعدى ذلك ليشمل العمليات التجميلية الإصلاحية وذلك راجع إلى التطورات الحاصلة في التكنولوجيات الطبية والسرعة التي يقوم بها الفريق الطبي دون ترك آثار نفسية وبدنية قد تؤثر على حياة المريض بطريقة سيئة بل تحسن منها ( الحالة النفسية).

الاقتراحات:

وفقا لما درسناه يمكن أن نقترح ما يخص استعمال الحق في التأديب الزوجة تفادي استعمال الطرق العنيفة، لتفادي أي عنف جسدي ولما لا حل النزعات بطرق سلمية كاستعانة بجماعة تصلح بينهما وإعطاء القرار النهائي بأقل الخسائر ممكنة .

أما بالنسبة لتأديب الصغار خاصة فيما يخص الأطفال أقل من عشر سنوات من المفروض يوضع قانون يمنع فيه تعنيف الأطفال من أباءهم كونهم أكثر فئة حساسة في المجتمع وقد يكتسبون عقد نفسية تعكس ذلك على حياتهم النفسية الخاصة ولما لا يكبرون مع تلك العقدة وتنجر عنها انحرافات، وبالتالي أقترح استبدال التعنيف بأفكار احتيالية تجعل الطفل ينصرف عن ذلك السلوك الغير المرغوب فيه مقابل مساومة بين الوالد والولد.

نقترح على المشرع الجزائري أن يضع قوانين واضحة تتضمن أنواع العمليات الجراحية التجميلية وأن يجعل منها محل اعتبار فيما يخص الجراحات الإصلاحية خاصة دون المبالغة فيها، ونقصد بالمبالغة فيها الجراحات التي يقومون بها في السنوات الأخيرة مع استحداث التطورات التكنولوجية في مجالات جراحة التجميل والتي تعمل على تغيير الملامح وصورة خلق الله والتي ندعو إلى توقيفها بوضع قوانين تمنعها باعتبار أن دين الدولة هو الإسلام والإسلام حرم تغيير خلق الله.

# قائمة المراجع والمصادر

**-القرآن الكريم**

**- السنة النبوية**

**I- الكتب**

- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، الطبيعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2004.
- جلال الجابري، الطب الشرعي والسموم، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان،2002.
- جمال الدين محمد بن مكرم بن مدكور، لسان العرب، المجلد (15)، بيروت، د.د.ن، 1990.
- حسن سعد سند، الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية مقارنة بها في ضل أحكام الشريعة الإسلامية ومدى هذه الحماية في مصر، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- رأفت صلاح أبو الهيجاء، مشروعية نقل الأعضاء البشرية (بين الشريعة والقانون)، عالم الكتب الحديث لنشر والتوزيع، الأردن، 2012.
- رياض حنا منير، أخطاء العامة في الجراحات العلاجية والتخصصية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2013.
- سليمان عبد المنعم، النظرية العامة للقانون العقوبات، دار الجامعة، مصر، 2000.
- سمير عازار، الموسوعة الصحية الطبية الشاملة الأعضاء والأجهزة، المجلد الأول، دار النشر والتوزيع، دار نوبيلس، د.ب.ن،2005.
- صالح بن عبد الله العقيل، العوامل الاجتماعية والنفسية المرتبطة بإقبال الفتات السعودية على عمليات التجميل الجراحية، د.ب.ن، د.س.ن.
- عادل قورة، محاضرات قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- عبد الحكيم قودة، امتناع المسائلة الجنائية في ضوء الفقه وقضاء النقض، دار الجامعة الجديدة، مصر،2005.
- عبد الرحمان الصابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، الطبعة 9، مكتبة وهبة، القاهرة، د.س.ن.

- عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام (دراسة مقارنة)، طبعة جديدة مزيدة ومنقحة، دار الهدى، الجزائر، 2012.

- عبد العزيز بن محمد الصغير، نقل وزراعة الأعضاء البشرية ( في ضوء الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي)، المركز القومي لإصدارات القانونية، القاهرة، 2015.

- عبد القادر علي الفعوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997.

- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، دار الكتب العلمية، د.ب.ن، د.س.ن.

- عبد الله البستاني، الوافي في وسط اللغة العربية، مكتبة لبنان، بيروت، د. س. ن.

- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.

- فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996.

- فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996.

- كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الثقافة، الأردن، 2002.

- محمد المدني بوساق، موقف الشريعة الإسلامية من نقل الأعضاء بين البشر، دار الخلدونية، الجزائر، 2004.

- محمد برهان الدين السنبهلي: قضايا فقهية معاصرة ، د.د.ن ، د.ب.ن ، 1988.

- محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،2012.

- محمد زكي أبو عامر، وفتوح عبد الله الشاذلي، مبادئ علم الإجرام والعقاب، نشأة المعارف، الإسكندرية، د.س.ن.

- محمد صبحي بخمو، رضا المجنى عليه وأثره على المسؤولية الجزائية، ديوان المطبوعات، مصر، 1975.

– محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.

– محمد علي السالم عياد الحلبي، شرح قانون العقوبات، القسم العام ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، د.ب.ن،2007.

– مراد رايق رشيد عودة، عمليات تجميل الوجه التحسينية ( دراسة فقهية)، جامعة الجوف، المملكة العربية السعودية، د.س.ن.

– ممدوح عزمي، دراسة عملية في أسباب الإباحة وموانع العقاب، دار الفكر الجامعي، د.س.ن.

– نادية أبو العزم، أحكام عمليات تجميل النساء بين التحليل والتحريم(دراسة فقهية مقارنة بكليات الدراسات الإسلامية والعربية للبنات)، جامعة الأزهر، بالمنصورة، 1433.

– نجيب محمود حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، دار النهضة، لبنان، 1968.

– نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار الثقافة، الأردن، 2005.

**II-:الأطروحات و المذكرات الجامعية :**

**أولا-الأطروحات:**

– العلجة مواسي، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، تخصص القانون، مولود معمري تيزي وزو،2016.

– رشيدة كابونية، الحق في السلامة الجسدية للإنسان بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، جامعة أحمد دراية، أدرار،2016.

– سنوسي بن عودة، التجارب الطبية على الإنسان في ظل المسؤولية الجزائية (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانونية، تخصص القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان،2018.

– عبد النور سايب، ممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانونية، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2018.

– فاطمة عيساوي ، أثر الأعمال الطبية المستحدثة على الحق في السلامة الجسدية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019.

– يوسف بن عبد الله بن أحمد، أحكام نقل الأعضاء الإنسان في الفقه الإسلامي، رسالة لنيل الدكتوراه في الفقه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلام، مملكة العربية السعودية، 1424.

– يوسف بوشي، الجسم البشرى وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في علوم القانون، تخصص قانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2003.

**ثانيا– المذكرات الجامعية:**

**1. مذكرات الماجستير :**

– خالد بن عبد الله بن صالح القاصدي، حق الإنسان في سلامة صحته في الشريعة ( دراسة مقارنة بالمواثيق الدولية)، مذكرة مقدمة استكمال الحصول على دراجة الماجستير في العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض ، 1428.

– سمية سلمان الداية،، أحكام التجاوزات الناشئة عن التأديب المشروع في الفقه الإسلامي، رسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية، غزة، 2015.

– فضيلة قاوة، الإطار القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011.

– فوزية هامل، حماية الأعضاء البشرية في ضل القانون 09-01 ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر، باتنة،2012.

– لبنى بوجلال، موانع المسؤولية الجزائية في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص علوم جنائية، باتنة، ،2013.

– نعيمة بن يحي، الحماية الجنائية للجسم البشري( دراسة مقارن في الفقه الجنائي الوصفي والشريعة الاسلامية)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، 2012.

**2– مذكرات الماستر:**

– بسيمة سنوسي، زرع الأعضاء البشرية بين الحظر ولإباحة، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون العام، جامعة أكلى محند أولحاج، البويرة، 2016.

– صبرينة إبراي، شنة مريم، جسم الإنسان في الإثبات الجنائي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2017.

– صورية حليمي، الضمانات الدستورية لحماية حقوق الإنسان في الجزائر (دراسة حقوق اقتصادية واجتماعية والثقافية)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص التنظيم السياسي والإداري، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة،2015.

**III –المقالات :**

– الشيخ سعيد عبد الحفيظ الحجاوي، " نقل الأعضاء من إنسان لأخر"، مجلة هدى الإسلام، العدد العاشر، المجلد 40، الأردن، السنة 1998.

– رابح مغرور، " الحق في السلامة الجسم بين القدسية والضرورة الطبية (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري")، مجلة البحوث و الدراسات، العدد 02، رقم15، 2018.

– عبد القادر عثماني، "هل تتقدم أخلاقيات الطب كما تتقدم تقنياته"، مجلة المجلس الأعلى، العدد الثاني، 1994.

– محمود ثابت محمود علي شادلي، " الضوابط القانونية لعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء"، مجلة بحوث الشرق الأوسط، عدد 44، كلية الحقوق، جامعة عين شمس, القاهرة، د.س.ن.

**IV –النصوص القانونية:**

**أولا–الدستور:**

– دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، لسنة1996، المصادق عليه في استفتاء في 28 نوفمبر 1996 ج ر عدد 76، الصادر في 8 ديسمبر 1996، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96–438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، ج.رج.ج عدد 76 لسنة 1996، معدل ومتمم.

**ثانيا– النصوص التشريعية:**

–أمر رقم 66–155 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.رج.ج عدد 48، صادر بتاريخ 10ينونيو 1996، المعدل والمتمم.

- أمر رقم 66-156 مؤرخ في 08 يونيو 1996، يتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج.ج عدد 49، صادر في 11 جوان 1966، المعدل والمتمم.

- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1995، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

- قانون 11/18 مؤرخ في 2 جويلية 2018، يتعلق بالصحة، ج .ر.ج.ج عدد 46، الصادر بتاريخ 29 يوليو 2018.

## IVI- مصادر الأنترنت :

1 سامية حساين " خصوصية الجراحة التجميلية فقها، قضاءً وتشريعا"، مجلة المفكر، العدد 13، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس،2018. منشور على:

http: www//revues.univ-biskra.dz/index.php/mf-fdsp/article/view/3359 تم الاطلاع عليه يوم 2020.06.11 على الساعة 23:04.

2- محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن الاستخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة(دراسة مقارن)، د.د.ن، د.ب.ن، د.س.ن، مقال منشور على الموقع:

www.https://books.google.dz تم الاطلاع عليه يوم 2020/08/17 على الساعة 23:15.

3- /141647- ttps// :fatwa.najah.edu/question/ref تم لاطلاع عليه يوم 2020.07.03 على الساعة 23:12.

# الفهرس

**الفصل الأول قدسية حق الفرد في السلامة الجسدية**.....06

**المبحث ألأول: ماهية الحق في السلامة الجسدية**.....08

**المطلب الأول: تعريف جسم الإنسان**.....08

الفرع الأول: تعريف الأعضاء البشرية في اللغة.....09

الفرع الثاني: تعريف الأعضاء البشرية في الطب الشرعي.....10

الفرع الثالث: تعريف الأعضاء البشرية في الفقه.....11

**المطلب الثاني: الحماية الشرعية للجسم البشري**.....12

الفرع الأول: الحماية الشرعية للجسم البشري في الإعلانات والمواثيق الدولية.....12

الفرع الثاني: الحماية الشرعية للجسم البشري في الشريعة الإسلامية.....14

أولا: في القرآن الكريم.....14

ثانيا: في السنة.....15

الفرع الثالث: الحماية الشرعية للجسم البشري في القانون البشري. في ق.ج.....16

أولا– الدستور.....16

ثانيا– في قانون العقوبات.....18

ثالثا– في قانون الإجراءات الجزائية.....19

**المبحث الثاني: الأساس القانوني لإباحة المساس بالجسم البشري**.....20

المطلب الأول: ماهية أسباب الإباحة.....21

الفرع الأول: تعريف أسباب الإباحة.....21

أولا: الإباحة لغة.....21

ثانيا: الإباحة اصطلاحا.....21

ثالثا: التعريف الفقهي لإباحة.....22

ربعا: دليل مشروعية الإباحة.....23

الفرع الثاني: مصادر أسباب الإباحة .....25

أولا: المصادر.....25

ثانيا: أساس الإباحة.....26

ثالثا: تمييز أسباب الإباحة مع الحالات المشابهة لها .....28

المطلب الثاني: أثار أسباب الإباحة.....29

الفرع الأول: طبيعة أسباب الإباحة.....30

أولا: أسباب الإباحة وتعدد المساهمين.....30

ثانيا: الغلط في الإباحة.....31

ثالثا: الجهل في الإباحة.....31

الفرع الثاني: صور أسباب الإباحة.....33

أولا: الأسباب النسبية لإباحة.....33

ثانيا: الأسباب المطلقة الإباحة.....38

ملخص الفصل الأول.....46

**الفصل الثاني: تطبيقات إباحة المساس بسلامة الجسم البشري**.....47

**البحث الأول: استعمال الحق كصورة لإباحة**.....48

**المطلب الأول: ممارسة الحق في التأديب**.....48
الفرع الأول: الحق في تأديب الزوجة.....50
أولا: الصفة.....51
ثانيا: السبب.....51
ثالثا: وسيلة التأديب.....51
رابع: غاية التأديب.....51
الفرع الثاني: الحق في تأديب الصغار:.....51
أولا: الصفة.....52
ثانيا:السبب.....53
ثالثا: الوسيلة.....54
**المطلب الثاني: ممارسة الألعاب الرياضية**.....55
الفرع لأول: تعريف الألعاب الرياضية.....56
أولا:التعريف.....56
ثانيا: أنواع الألعاب الرياضية.....57
الفرع الثاني: شروط إباحة الألعاب الرياضية..... 58
أولا: الملاكمة.....60
ثاني: المصارعة الحرة.....60
ثالثا: مصارعة الثيران.....60
رابعا: التحريش بين الحيوانات.....60
**المبحث الثاني: ممارسة الأعمال الطبية**.....61

**المطلب الأول: نقل وزراعة الأعضاء البشرية**.....61

الفرع الأول: ماهية وزراعة الأعضاء البشرية.....62

أولا تعريف نقل وزراعة الأعضاء البشرية.....62

ثانيا: الشروط الشرعية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية.....63

الفرع الثاني: مشروعية نقل الأعضاء بين الأحياء وزرعها.....73

أولا: إباحة نقل وزرع الأعضاء في الشريعة الإسلامية.....73

ثانيا: الأساس القانوني لإباحة النقل بين الأحياء.....76

الفرع الثالث: إباحة نقل الأعضاء وزرعها من ميت إلى حي في الشريعة الإسلامية.....77

أولا: موقف الشريعة الإسلامية من نقل الأعضاء من ميت إلى حي.....78

ثانيا: موقف القانون من نقل الأعضاء من ميت إلى حي.....80

**المطلب الثاني: إباحة القيام بعمليات التجميل**.....84

الفرع الأول: ماهية عمليات التجميل.....85

أولا: تعريف جراحة التجميل: .....86

ثانيا: الدوافع العلاجية التجميلية.....87

الفرع الثاني: نطاق الجراحة التجميلية.....88

أولا: الجراحة التجميلية العلاجية.....88

ثانيا: الجراحة التجميلية الإصلاحية.....89

الفرع الثالث: مشروعية العملية التجميلية.....89

أولا: موقف الشريعة الإسلامية.....89

ثانيا: موقف الفقه.....91

ثالثا: موقف القضاء.....91

رابعا: موقف التشريع الجزائري .....91

ملخص الفصل الثاني: .....92

خاتمة.....93

قائمة المراجع.....98

الفهرس.....105

**ملخص المذكرة:**

*يعتبر الحق في سلامة الجسم البشري من الحقوق المقدسة المقرر للشخص منذ لحظة مجيئه الى الحياة، فهو حق شخصي لصيق به إلى جانب الحرية والمساواة وغيرها من الحقوق، لتقرر بعده المحافظة على الكيان الآدمي باعتباره يمثل كلية من الضروريات التي أمرنا الله عز وجل بحفظها وهي حفظ النفس، فتوجب توفير وسائل الأمن والحماية لهذا الحق ولا يجوز الاعتداء عليه للأي سبب من لاسباب، ولا جدال أن جل التشريعات كرست قوانينها الداخلية كانت أو الدولية لتوفير أجهزة حماية لحفظ السلامة الجسدية بمختلف أجهزتها .*

*حق الإنسان في السلامة الجسدية ليس مطلقا فإذ تدخل عليه حالات يبيح فيها الشارع والمشرع المساس به في حدود شرعية، وذلك استعمالا للحق كصورة الإباحة، كإباحة الطبيب المساس بسلامة جسد المريض قصد العلاج بشرط تقييد حرية هذا الأخير بالرقابة حتى لا تحدث أي تجاوزات غير قانونية، والمجال الطبي سريع التطور وواسع النطاق، وإلى جانب التطبيقات المباحة نجد إباحة تأديب الزوج لزوجة وكذى الوالد لولده قصد تعديل سلوكهم وتقويمهم.*

*يبقى إباحة المساس بسلامة الجسم البشري ذات غاية واحدة وهي تحقيق مصلحة فردية واجتماعية، مهما كانت الوسائل المتبعة في تطبيقها فهي تخضع للشرعية والرقابة القانونية.*

***Résumé du mémoire:***

*Le droit à la bonne santé du corps humain est considéré comme l'un des droits sacrés établis pour la personne á partir du moment où il est venu à la vie, et c'est un droit personnel qui lui appartient ainsi que la liberté, l'égalité et d'autres droits, après il a été décidé de préserver l'être humain car il représente l'ensemble des nécessités que Dieu Tout-Puissant nous a ordonné de préserver, qui est la préservation de l'âme. Il est nécessaire de fournir des moyens de sécurité et de protection pour ce droit, et il n'est pas permis de le violer quel que soit la raison, c'est pour cela que la plupart des législations ont Consacré des lois national et internationale afin d'assurer les dispositifs de protection pour maintenir la bonne santé de l'être humain.*

*Le droit d'une personne en bonne santé physique n'est pas absolu, car il s'agit d'affaires dans lesquelles le législateur permet de lui porter préjudice dans des limites légitimes, en utilisant le droit tel que l'image de l'autorisation, par exemple en permettant au médecin de compromettre la santé du corps du patient aux fins du traitement à la condition que la liberté de ce dernier soit limitée à un contrôle afin qu'il ne se produise aucune violation illégale. La médecine se développe rapidement et a une large portée, et en plus des applications autorisées, trouvons la permission du mari de discipliner sa femme et un père pour son fils afin de modifier leur comportement et de les corriger.*