



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الدكتور مولاي الطاهر - سعيدة -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



الحماية الجنائية للجسم البشري دراسة مقارنة في الفقه الجنائي الوضعي والشريعة الإسلامية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون
تخصص: قانون جنائي

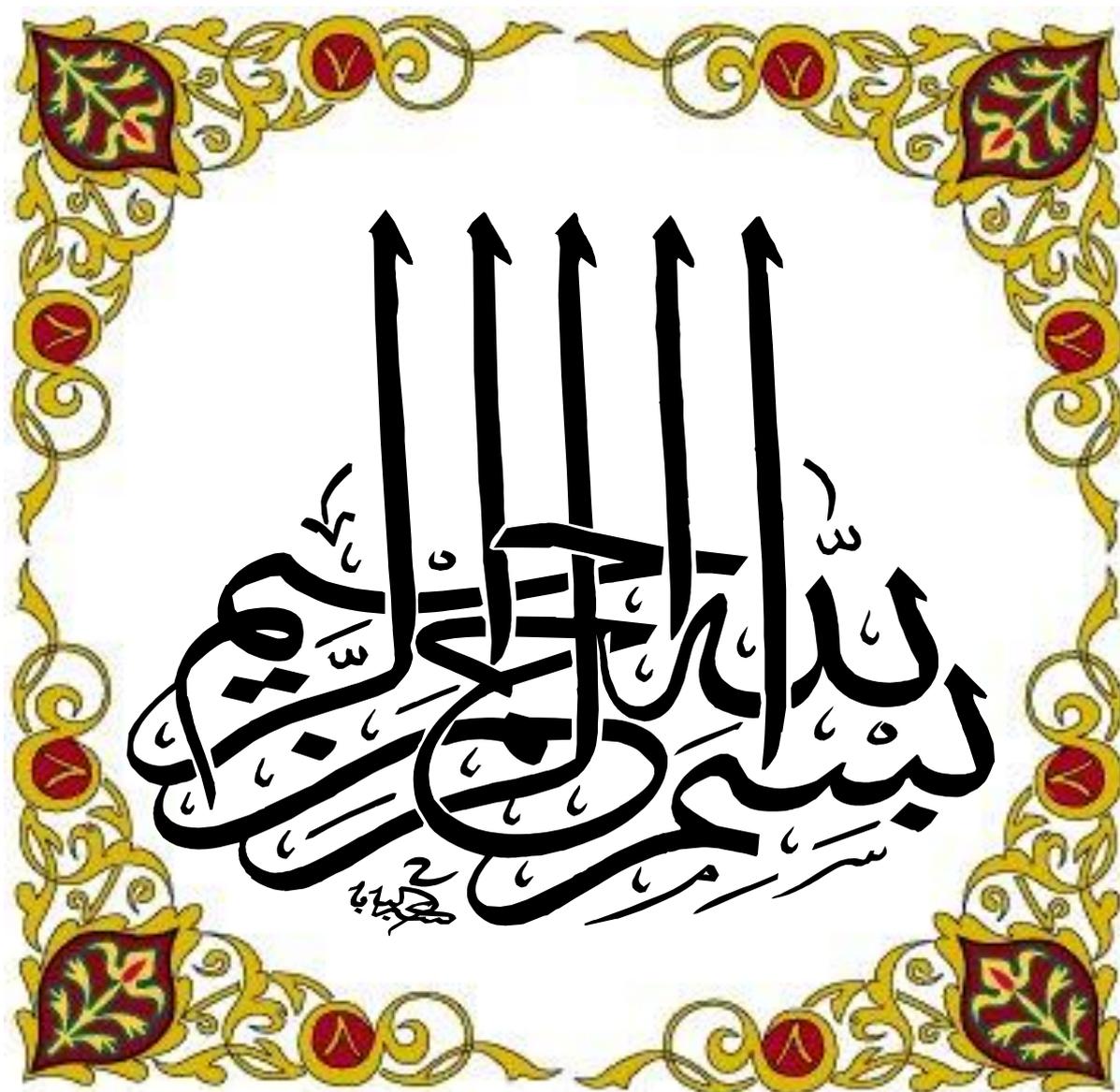
تحت إشراف الدكتور:
نقادي حفيظ

من إعداد الطالبة:
■ بن يحي نعيمة.

أعضاء لجنة المناقشة:

رئيساً	د. لريد محمد أحمد
مشرفاً ومقرراً	د. نقادي حفيظ
عضواً	د. أسود محمد أمين
عضواً	د. مغربي قويدر
عضواً	د. بن أحمد الحاج

السنة الجامعية
2011 - 2012م



تشكرات

إن الحمد والشكر لله عز وجل على فضله وتوفيقه لي بإتمام هذا العمل
وكما أتقدم بالشكر الجزيل وعظيم الامتنان والتقدير إلى الأستاذ الفاضل
«نقادي حفيظ» المشرف على هذا العمل، على ما أولاه من عناية ومتابعة
لإنجاز وإتمام هذه المذكرة.

كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر إلى أساتذتي الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة
الذين تحملوا معي جهداً مشكوراً بقراءة هذا البحث وإبداء آرائهم
وملاحظاتهم القيمة.

قائمة المختصرات:

1. باللغة العربية:

ج ر ج ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

ق.م: قبل الميلاد.

ق.ع: قانون العقوبات.

ق ح ص و ت: قانون حماية الصحة وترقيتها.

ص: الصفحة.

ج: الجزء.

ق.أ: قانون الأسرة

هـ: هجري

م: ميلادي

د: دكتور

2. باللغة الفرنسية:

ART: ARTICLE

P: PAGE

N: numéro.

OP.CIT: opus citatum .une locution latine qui signifie « **ouvrage précédemment cite** ».

المقدمة

المقدمة

لقد خاضت البشرية عبر مختلف الحضارات والأديان صراعا مريرا في سبيل الدفاع عن حقوق الإنسان، وما تحمله هذه الأخيرة من قيم نابغة من الطبيعة البشرية والكرامة الإنسانية. ولعل في مقدمة هذه الحقوق نجد الحق في سلامة الجسم الذي يعد من الحقوق الأساسية للصيقة بالشخصية، هذا الحق الذي لا طالما ناضل الإنسان من أجله منذ مئات لا بل آلاف السنين.

ذلك أن مبدأ حرمة جسم الإنسان له جذور وإرهاصات ضاربة منذ ظهور أولى لبنات التقنين، خاصة مع ظهور أول تشريع جنائي منظم اهتم بكرامة الكيان البشري ألا وهو تشريع هامورابي الذي نص في فصل كامل منه على الجرائم الماسة بسلامة الجسم.

وتجدر الإشارة إلى أن الحضارات الغربية القديمة قد أعطت ضمانات هامة في سبيل الحفاظ على هذا الحق، إذ كانت ترتب جزاءات جنائية على الإخلال به. وهكذا توالت التشريعات إلى أن جاءت الشريعة الإسلامية التي أعطت حرمة وقدسية عظيمة له. فالقرآن الكريم جاء مؤكدا على مبدأ حرمة الكيان البشري في قوله تعالى ﴿ولقد كرمنا بني آدم﴾¹، وفي قوله تعالى ﴿لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم﴾².

لنأتي الإعلانات والمواثيق الدولية بدورها مناهضة لكل شكل من أشكال المساس بسلامة الجسم، ولعل أهمها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948. لتتبعها بعد ذلك دساتير الدول وتجسد هذا المبدأ في تشريعاتها الداخلية، إلا أن فهم مدى قدسية وحرمة هذا الحق في الفكر القانوني يتنازعه مذهبان الأول: يرى أن جسم الإنسان أسمى من أن يقدر بالمال وهو مذهب القانون الروماني، حيث لم تعتبر مدونة جستينيان جسم الإنسان من الأشياء الداخلة في دائرة المعاملات القانونية وتؤكد ذلك من خلال قانون أكولينا الشهير لعام 287 ق.م.أ، أما الثاني: فيرى أن جسم الإنسان رغم سموه إلا أنه يمكن تقويمه بالمال عند إصابته بأضرار، لكن مع تأكيد أنصاره على مبدأ الحرمة المطلقة له، معتمدين في ذلك على

¹-سورة الإسراء، الآية 70.

² سورة التين، الآية 04.

فكرة استقلالية الشخص الطبيعي كأساس لمبدأ عدم جواز المساس بالتكامل البدني حتى يؤدي الشخص دوره في الحياة، وأن يكون هناك احترام متبادل لحرمة الجسم البشري. هذا وقد ذهب الأستاذ جان كاربونييه في معرض حديثه عن مبدأ حرمة الجسم البشري، إلى أن حرمة الشخص الطبيعي أول ما تعني أن كل شخص له أن يعترض على أي مساس بسلامته الجسمية، لتمتعه بحقوق طبيعية لصيقة بالشخصية أهمها الحق في سلامة الجسم¹.

وباعتبار أن الحق في سلامة الجسم هو من الحقوق الفردية والجماعية في نفس الوقت إذ لا يستطيع المجتمع أن يحتفظ بوجوده إلا من خلال إحاطته بحماية جنائية شاملة، هذه الأخيرة التي هي موضوع هذه المذكرة من خلال التطرق إلى الحماية الجنائية للجسم البشري في كل من الفقه الجنائي الوضعي والشريعة الإسلامية. ولعل اختياري لهذا الموضوع يرجع إلى الاعتبارات التالية:

1. اقتناعي الشخصي بأهمية هذا الحق والذي هو حق طبيعي ومطلب دستوري أولاً وقبل كل شيء.
2. رغبتني في وضع إطار عام لمختلف الجرائم الماسة بهذا الحق، و تصنيفها وتحديد نطاق الحماية الجنائية المقررة لها خاصة وأنه يصعب إيجاد مراجع قانونية متخصصة تتناول الموضوع بالدراسة الشاملة وبالمقارنة مع الشريعة الإسلامية.
3. الانتهاكات المتكررة لهذا الحق سواء على المستوى الوطني أو الدولي.
4. تزايد نطاق الاعتداءات الماسة بسلامة الجسم خاصة في ظل التطورات الطبية المستحدثة.
5. محاولة بحث مدى التباين الموجود بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في حماية هذا الحق خاصة من ناحية العقوبات المقررة على جرائم من ذات النوع.

¹ منذر الفضل، "التجربة الطبية على الجسم البشري ومدى الحماية التي يكفلها القانون المدني والقوانين العقابية والطبية"، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العدد السابع، 2010، ص10 على الموقع التالي: law.kufauniv.com اطلع عليه بتاريخ: 2012/04/20.

وجاءت دراستي لهذا الموضوع بهدف إبراز الحماية الجنائية التي أحاطها المشرع الوضعي بالحق في سلامة الجسم، وتبيان تفوق الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية في حمايته. خاصة في الجانب العقابي المقرر للجرائم الواقعة على ما دون النفس.

إلا أن دراسة هذا الموضوع تقتضي طرح العديد من الإشكالات لعل أهمها:

- ما مفهوم الحماية الجنائية للجسم البشري؟.
- إلى أي مدى تتفق الشريعة الإسلامية مع الفقه الجنائي الوضعي في حماية هذا الحق؟،
- وهل وفقت التشريعات الوضعية في صياغة نصوص قانونية تكفل الحماية الشاملة لمبدأ حرمة الجسم البشري؟.

- ما موقف التشريع العقابي الجزائي من هذا الحق؟ ،وما هي الضمانات التي يقدمها في سبيل حمايته؟.

- ما هي الحالات التي قد تبيح المساس بالسلامة الجسدية ؟ ،وما مدى تعارضها مع مبدأ حرمة الكيان البشري؟، وما موقع رضاء المجني عليه من إباحة الاعتداءات الماسة بسلامة الجسم خاصة في ظل التطورات الطبية الحديثة؟.

وللإجابة على هذه الإشكالات اعتمدت المنهج المقارن بصفة أساسية من خلال التطرق إلى موقف التشريع والفقه الجنائي الوضعي في كل جزئية من جزئيات الموضوع، لأتبعه بموقف الشريعة الإسلامية رغم أن المقارنة بين الجرائم والعقوبات المقررة في كل من القانون الوضعي والشريعة الإسلامية أمر صعب باعتبار التباين الموجود بين الفقهين وبخاصة إذا تعلق الأمر بالجزاء الجنائي.

كما اعتمدت في الدراسة على منهج تحليل المضمون للوقوف على جزئيات تعتبر ذات أهمية، تقتضي تحليلها هذا بالإضافة إلى المنهج التاريخي الذي اتبعته للوقوف على بعض التطورات التاريخية كما هو الحال بالنسبة للتطور التاريخي للحماية الجنائية للجسم البشري عبر مختلف العصور بداية بالعصور القديمة مروراً بالعصور الوسطى وصولاً إلى العصر الحديث.

وكأي باحث اعترضتني بعض الصعوبات خلال الدراسة والبحث، أهمها أن موضوع الحماية الجنائية للجسم البشري كدراسة مقارنة بين الفقه الجنائي الوضعي والشريعة الإسلامية على الرغم من وجود كم هائل من المؤلفات القانونية التي تتناول الموضوع في

جانب منه ألا وهو جرائم الاعتداء على الأشخاص، إلا أنها جاءت متفرقة وبشكل عام كما أن ربطها بجانب الدراسة المقارنة بالشريعة الإسلامية جاء في دراسات قليلة ذلك أنه وعلى حد علمي أن هناك دراستان تناولتا هذا الموضوع بالدراسة المقارنة الأولى وهي رسالة دكتوراه للدكتور. مروك نصر الدين موسومة ب الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، وكذا مؤلف د. عصام أحمد محمد بعنوان النظرية العامة للحق في سلامة الجسم دراسة جنائية مقارنة.

والجديد في دراستي لهذا الموضوع هو أنني حاولت بعد استعراض معظم الاعتداءات الماسة بالحق في سلامة الجسم وموقف التشريعات الوضعية والشريعة الإسلامية منها، أن أدرس في المقابل الإباحة التي قد تتقرر في بعض الأوضاع رغم المساس بسلامة الجسم مع ربطها بموضوع رضاء المجني عليه، وما إذا كان يؤثر على إباحة الاعتداءات الواقعة على الكيان البشري. خاصة في ظل ما يشهده المجال الطبي اليوم من أعمال طبية مستحدثة تثير إشكالية بحث دور الرضاء في إباحتها.

ولقد قسمت دراستي لهذا الموضوع إلى مبحث تمهيدي وفصلين. مبحث تمهيدي: تطرقت فيه إلى ماهية الحماية الجنائية للجسم البشري من خلال ثلاث مطالب: كانت بدايتها بالحديث عن مفهوم الحماية الجنائية لجسم الإنسان مروراً ببيان مكونات الجسم البشري لأعالج بعدها التطورات التي عرفتتها الحماية الجنائية لهذا الحقبة مختلف العصور. أما الفصل الأول: فالحديث فيه كان عن نطاق الحماية الجنائية للجسم البشري بين الفقه الجنائي الوضعي والشريعة الإسلامية، من خلال مبحثين: حاولت أن أستعرض فيهما أهم الجرائم الماسة بسلامة الجسم في الفقه والتشريع الوضعي، هذا في المبحث الأول مع مقارنتها بالحماية الجنائية المقررة في الشريعة الإسلامية من خلال الحديث عن الجناية على ما دون النفس والعقوبات المترتبة على ارتكابها في المبحث الثاني.

وأما الفصل الثاني فقد خصصته للحديث عن مدى إباحة الاعتداءات الماسة بسلامة الجسم في كل من القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، من خلال مبحثين الأول تطرقت فيه إلى الأفعال المبررة للاعتداءات الماسة بالجسم البشري، والثاني عالجت فيه رضاء المجني عليه وأثره على الاعتداءات الماسة بسلامة الجسم خاصة في ظل التطورات الطبية الحديثة.

المبحث التفصيلي

المبحث التمهيدي: ماهية الحماية الجنائية للجسم البشري.

لا يمكن الخوض في موضوع الدراسة دون الحديث عن ماهية الحماية الجنائية للجسم البشري، وذلك من خلال التطرق إلى ثلاث نقاط أساسية: الأولى الحديث فيها سيكون عن محاولة إعطاء مفهوم للحماية الجنائية المقررة لجسم الإنسان، والثانية سأعالج فيها مكونات الجسم البشري مع تحديد لحظة بدايته ونهايته، لأعرج في الأخير على التطور التاريخي الذي مرت به هذه الحماية عبر مختلف العصور.

المطلب الأول: مفهوم الحماية الجنائية للجسم البشري

إن الحديث عن مفهوم الحماية الجنائية لجسم الإنسان يستدعي بدوره وضع تعريف دقيق لهذه الحماية مع توضيح عناصر الحق في سلامة الجسم.

الفرع الأول: تعريف الحماية الجنائية للجسم البشري

وضع تعريف للحماية الجنائية للجسم البشري يقتضي بداية إعطاء معنى لغوي واصطلاحي دقيق لها، باعتبارها المصطلحات التي ستدور حولها الدراسة.
أولاً: تعريف الحماية الجنائية.

لها معنيان أحدهما لغوي والآخر اصطلاح.

1- الحماية:

لغة: مصدر للفعل حمى، يقال حمى الشيء يحميه حماية بالكسر، ومحمية. وقد حماه حمياً وحماية بالكسر، وحموة، وحمى المريض ما يضره، منعه إياه، فاحتى وتحمى امتنع¹.

2 - الجنائية: وصف لما يتعلق بالجنائية ويقصد بها:

أ- الجنائية:

لغة: يقال جنى الذنب عليه، جناية: جره والجناية: الذنب والجرم وما يفعله الإنسان مما يوجب القصاص والعقاب في الدنيا والآخرة.

¹ مجد الدين محمد بن يعقوب، الفيروز أبادي، القاموس المحيط، باب الواو والياء، ج4، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 1995، ص 348.

وتجنى فلان على فلان ذنبا إذا تقوله عليه وهو بريء وتجنى عليه وجاني: ادعى عليه جنائية¹.

ب - اصطلاحا:

هي اسم لفعل مجرم، سواء تعلق الأمر بالنفس أو المال أو بغيرهما، وأشير في هذا الصدد إلى أن الفقهاء ومنهم الفقيه ابن رشد، يستعملون لفظ الجنائية بالمعنى العام حيث قسمها إلى:

- جنائيات على الأبدان والنفوس والأعضاء بالقتل والجرح.
 - جنائيات على الفروج بالزنا.
 - جنائيات على الأموال بالحراية وغيرها.
 - جنائيات على الأعراض بالقذف.
 - جنائيات باستباحة ما حرمه الشرع من مأكول ومشروب كالخمر².
- وإذا ما أردنا إعطاء تعريف للحماية الجنائية من الوجهة القانونية، فيمكن القول أنها مجموعة القواعد القانونية العامة والمجردة، التي سنها المشرع بغية المحافظة على مصالح معينة عن طريق ما يعرف بالجزاء الجنائي أو العقوبة.
- هذا وتعد الحماية الجنائية من أقسام الحماية القانونية وأشدها خطورة وأهمية، وهي نوعان حماية موضوعية وأخرى إجرائية³. الأولى تنظيمها يكون من خلال نصوص قانون العقوبات والنصوص القانونية المكملة له، وهو الجانب الذي سيرتكز عليه موضوع البحث أما الثانية فهي مرتبطة أساسا بقانون الإجراءات الجزائية إلا أنها تخرج عن نطاق دراستنا.

¹ أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، ابن منظور، لسان العرب، حرف الواو - الياء ج4، الطبعة الأولى، دار الصادر، بيروت، 1990، ص 59 .

² ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتب العلمية، 1996م ص327.

³ رمزي حوحو "الحماية الجنائية الدولية لحقوق الإنسان"، مجلة المفكر العربي، الجزائر، العدد الخامس، ص 196 - 197. على الموقع التالي: biskra.dz/fac/droit/.../R5/mf5a11 اطلع عليه بتاريخ: 2011/10/30.

ثانيا: تعريف الجسم البشري.

إن إعطاء تعريف للجسم البشري يستدعي بحث المعنى اللغوي والاصطلاحي، فالجسم لغة: جماعة البدن أو الأعضاء من الناس والإبل والدواب وغيرهم من الأنواع العظيمة الخلق والجمع : أجسام وجسوم، والجسمان جماعة الجسم¹، أما لفظ البشري فهو مأخوذ من كلمة بشر، يقال البشر: الخلق يقع على الأنثى والذكر والواحد والإثنين والجمع لا يثنى ولا يجمع². أما اصطلاحا هو ما صدرت عنه وظائف الحياة على تعددها واختلاف أنواعها³. ومن الوجهة القانونية فإن كل أعضاء البدن تستوي في تحديد معنى الجسم، إذ أن الاعتداء يمس بجزء خارجي من الجسم كالرجلين أو الوجه، كما قد يطل الأجزاء الداخلية كالكبد والكليتين.

كما أن لفظ الجسم من المنظور القانوني لا يحمل على الجسم في حد ذاته، بل إنه يمتد ليشمل كل فعل من شأنه أن يؤثر على قدرة الجسم على أداء وظائفه، ذلك أن التجريم لا يقتصر فقط على الأفعال الماسة بالجسم مباشرة، وإنما يمس كل فعل ولو كان عارضا يؤدي إلى الإخلال بالسير الطبيعي لوظائفه. وعليه فقيام الجاني مثلا بفعل يؤدي إلى إصابة المجني عليه بخلل عقلي، أو يخلق صدمة نفسية أو عصبية لديه، يعد اعتداء على الحق في سلامة الجسم⁴، ذلك أن إتيان أفعال تمس بالجسم البشري هو في الحقيقة إخلال ومساس بحق الإنسان في السلامة البدنية، والذي يعد حقا من الحقوق اللصيقة بالشخصية، وقد عرف على أنه: "مصلحة للفرد يحميها القانون في أن يظل جسمه مؤديا كل وظائف الحياة على النحو الطبيعي الذي ترسمه وتحده القوانين الطبيعية، وفي أن يحتفظ بتكامله الجسدي وأن يتحرر من الآلام البدنية"⁵.

الفرع الثاني: عناصر الحق في سلامة الجسم البشري.

¹ ابن منظور، لسان العرب، حرف ميم، ج12، ص99.

² ابن منظور، لسان العرب، حرف الراء، ج4، ص59.

³ مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال العمومية، الجزائر، 2003، ص24.

⁴ مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، قسم الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 1993، ص42.

⁵ نفس المرجع السابق، ص42.

إن الحماية الجنائية للحق في سلامة جسم الإنسان تتحدد بثلاث عناصر أساسية:

أولاً: الاحتفاظ بالسير الطبيعي لوظائف الأعضاء.

باعتبار أن الحق في سلامة الجسم محله هو جسم الإنسان، فإن الاحتفاظ بالسير الطبيعي لوظائف الأعضاء لا نعني به فقط الحفاظ على أجهزة وأعضاء الجسم، وإنما معناه الحفاظ على سلامة أداء هذه الأجهزة والأعضاء لوظائفها¹، وهذا يكون بالاعتماد على فكرتي الصحة والمرض.

1- تحديد معنى الصحة:

الصحة توافرها يعني أن أجهزة الجسم ووظائفه تسير على نحو ملائم ووفق ما رسمته قوانين الطبيعة، وبكل ما أوتي الإنسان من إمكانيات فسيولوجية و نفسية و عقلية². هذا وقد أعطت المنظمة العالمية للصحة تعريفا لهذا المصطلح: "الصحة حالة السلامة والكفاية البدنية والعقلية والاجتماعية الناتجة عن مجرد الخلو من المرض أو العجز"³.

2- تحديد معنى المرض:

المرض يمكن تعريفه على أنه كل اختلال أو ضعف يصيب أجهزة وأعضاء الجسم، مما يعيقها على أداء وظائفها بالشكل الصحيح⁴. أما إذا رجعنا إلى تعريفه من المنظور الطبي فيمكن القول أنه ذلك الاضطراب الوظيفي المتطور، ذلك أن المرض ليس حالة ثابتة وإنما تعرف تطورات مدتها قد تكون طويلة أو قصيرة.

أما في المعنى القانوني فالمرض هو كل ما يصيب الجسم من أضرار سواء أصابت الجسم ككل أو في جزء منه، من التهابات أو كدمات أو غيرها⁵، وهذا ما جاء في مفهوم المادة 264 وما يليها من قانون العقوبات، وإذا ما قارنا بين المفهومين الطبي والقانوني، فإننا

¹ جلال ثروت، جرائم الاعتداء على الأشخاص، ج1، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص343.

² مارك نصر الدين، نقل وزراعة الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص44.

³ نفس المرجع السابق، ص 49.

⁴ نفس المرجع السابق، ص44-45.

⁵ نفس المرجع السابق، ص50.

نجد أن المفهوم القانوني جاء أكثر شمولاً من المفهوم الطبي، وهذا من شأنه أن يوسع من دائرة الحماية المقررة لجسم الإنسان.

ثانياً: الاحتفاظ بالتكامل الجسدي

ويعني الاحتفاظ بكل أعضاء وجزئيات الجسم كاملة بالطريقة التي خلق عليها، ذلك أن حق الإنسان في سلامة جسمه لن يأتي إلا بالمحافظة على سلامة كل أجزائه، ولأجل ذلك جرم القانون كل فعل من شأنه أن يخل بالتكامل الجسدي، كأفعال الضرب والجرح وإعطاء مواد ضارة، فبتر أو استئصال أحد الأعضاء أو إحداث خلل على مستوى أنسجة وخلايا الجسم يعد مساساً بالحق في التكامل الجسدي، ومن ثمة إخلال بالسلامة البدنية¹، هذا ويعد إخلالاً بالتكامل الجسدي أي تعديلات من شأنها تغيير العلاقة بين جزئيات الجسم. من هذا كله يمكن القول أن تحقيق التكامل الجسدي يقتضي تجريم الأعمال الطبية والجراحية، ذلك باعتبارها ماسة بالسلامة الجسمية، إلا إذا توافر الترخيص القانوني بذلك، ذلك أن رضاء المجني عليه لوحده لا يعد كافياً للقول بأنه من الأفعال المباحة.

ثالثاً: التحرر من الآلام النفسية والبدنية

إن أي فعل يحدث ألماً عضوياً أو نفسياً يعتبر ماساً بالسلامة الجسمية فدلالة لفظ الجسم تشمل البدن والنفس معاً.² والسلامة البدنية تكون بالاحتفاظ بمادة الجسم كاملة غير منقوصة، مما يولد الشعور بالسكينة في البدن وعدم الإحساس بالألم، فكل ضغط أو فعل من شأنه أن يمس بهذه السكينة هو مساس بالحق في سلامة الجسم³، ومن تطبيقات ذلك إجبار شخص ما على تناول مادة ذات طعم كريه، ومن ذلك أيضاً رمي المجني عليه بالماء. هذا وأشار في هذا الصدد إلى وجود خلاف فقهي حول مدى اعتبار الأفعال البسيطة ماسة بالسلامة البدنية؟ والتي من أمثلتها الوشم والحجامة.

في هذا الشأن ظهر اتجاهان الأول ذهب إلى القول بأن رضا الشخص الواقعة عليه تلك الأعمال وتحمله للآلام، يجعل من الفعل مباحاً وفقاً للائحة صادرة تطبيقاً لقانون

¹ علي محمد بيومي، أضواء على نقل وزراعة الأعضاء، بدون طبعة، دار الكتاب الحديث، بيروت، 2009، ص 15.

² مروك نصر الدين، نقل وزراعة الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 48.

³ علي محمد بيومي، المرجع السابق، ص 16.

العقوبات المصري، في حين نجد اتجاه ثاني يرى بأن عدم المتابعة قائم على أساس أنها أعمال تافهة، وأن الآلام التي تحدثها هي آلام جد بسيطة. وإذا ما رجعنا إلى التشريع السوداني، نجد أنه قد حسم المسألة من خلال نص قانوني أكد فيه على أن الآلام البسيطة الناتجة عن أفعال معينة، لا تعد مساسا بالسلامة البدنية ومن ثمة لا تشكل اعتداء على الحق في سلامة الجسم¹.

أما عن المساس بالسلامة النفسية، فالمسألة عند الفقه المصري تتباين وإن كان الرأي الراجح لديهم أنه لا جريمة ولا عقوبة على المساس بالسلامة البدنية، إذا لم تكن باستخدام وسائل معنوية. فحسب هذا الرأي أن المساس بالحق في سلامة الجسم لن يكون إلا إذا استخدم الجاني وسائل مادية²، لكن وبالرجوع إلى ما أجمع عليه الفقه المعاصر، فإن أي إيذاء نفسي يخضع للتجريم ضمن دائرة أفعال الضرب والجرح وأعمال العنف والتعدي الأخرى، باعتبار أن المشرع في تجريم المساس بالسلامة البدنية لا يحدد لنا الوسيلة فيما إذا كانت مادية أو معنوية³.

فالقضاء الفرنسي اعتبر أن مجرد رجم سيارة كان على متنها المجني عليه مما أحدث الرعب في نفسه يعد مساسا بالحق في سلامة الجسم، كما اعتبر أن تفجير مفرقات على باب مسكن المجني عليه مما أزعجه بشدة وزاد من وطأة مرض القلب الذي تعاني منه الزوجة مساسا بالحق في سلامة الجسم، ومن ذلك أيضا إطلاق النار بقصد ترويع المجني عليه وإحداث الرعب في نفسه⁴، هذا وتعد هذه الأفعال ماسة بالسلامة الجسمية، سواء أكانت مباشرة أو غير مباشرة، بفعل إيجابي أو بامتناع.

كما أشير في ذات الإطار إلى مسألة قانونية هامة تتعلق بتحديد الطبيعة القانونية لحق الإنسان على جسمه والتي أثارت خلافا فقهيًا، حيث أن جانب فقهي يرى بملكية الإنسان لجسمه، وجانب آخر يقول بأن للإنسان حقوق شخصية على جسمه.

أولاً: ملكية الإنسان لجسمه

¹ مارك نصر الدين، نقل وزراعة البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 54-55.
² عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، دراسة جنائية مقارنة، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، القاهرة، 1988، ص 714.
³ مارك نصر الدين، نقل وزراعة الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 56-57.
⁴ نفس المرجع السابق، ص 56.

يرى أنصار هذه النظرية أنه من أجل كفالة التكامل الجسدي، لابد من القيام بتصنيف جسم الإنسان ضمن طائفة الأشياء، كما أن القول بملكية الإنسان لجسمه يشكل ضمانة كبيرة لحمايته من أشكال الاتجار بالأعضاء، زيادة على أن الأخذ بمبدأ مادية الجسم بحسب هذا الرأي يمكن من وضع إطار محدد للحقوق التي يتمتع بها الإنسان اتجاه جسمه.

ثانياً: للإنسان حقوق شخصية على جسمه

يرى هذا الاتجاه الفقهي أن حق الإنسان على جسمه هو من حقوق الشخصية، وليس حق ملكية ذلك أن القول بأنه حق ملكية يجعلنا أمام استحالة قانونية، باعتبار أن الأمر سيؤدي إلى الخلط بين الإنسان الذي هو هدف القانون وجسمه الذي هو محل القانون. لكن وحسب الاتجاه الراجح فقها فإن نظرية حقوق الملكية هي النظرية الأقرب إلى المنطق، وأنها تؤدي إلى إعطاء حماية أكبر لجسم الإنسان من كل أشكال الاعتداءات وبالأخص جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية¹.

المطلب الثاني: مكونات الجسم البشري وتحديد لحظة بدايته ونهاية

لقد اختلف الفقهاء والباحثون، حول تقسيمهم لمكونات الجسم البشري، فالبعض قسمها بالنظر إلى مناط الحماية الجنائية، والبعض قسمها إلى أعضاء ضرورية وأخرى غير ضرورية والبعض الآخر إلى أعضاء ظاهرة وأخرى غير ظاهرة... إلا أنني ارتأيت في هذا المطلب أن أتطرق إلى مكونات الجسم البشري بالنظر إلى محل الحماية الجنائية المقررة، ألا وهي الجانب المادي للجسم والجانب النفسي له، بالإضافة إلى معالجة مسألة هامة لأجل حصر وتحديد نطاق الدراسة تتعلق بتحديد لحظة بداية ونهاية الجسم البشري.

الفرع الأول: مكونات الجسم البشري

إن التطرق إلى مكونات الجسم البشري يقتضي الحديث عن كل من الجانب المادي والجانب النفسي، على اعتبار أن محل الحماية الجنائية لا يقتصر فقط على المكونات المادية للجسم بل يمتد ليشمل أيضاً كل ما هو نفسي.

أولاً: الجانب المادي للجسم البشري

¹ Ahmed abd eldayem , **les organes du corps humain dans le commerce juridique**, thèse pour le doctorat, el halabi ,Strasbourg, 1999,p114 .

يتكون الجسم البشري من ثلاث عناصر أساسية ألا وهي: الخلية، النسيج، والعضو، وبما أن العضو في ذاته هو عبارة عن مجموعة متشابكة من خلايا وأنسجة، فنجد أن غالبية الفقه يرى بأن الجسم البشري يتكون من مجموعة أعضاء ومشتقات بشرية، إلا أنه لا بأس أن نعرف كل من الخلية والنسيج باعتبارهما يدخلان في تركيب كل من الأعضاء والمشتقات البشرية.

1-الخلية:

هي عبارة عن وحدة نسيجية أساسية في تكوين الجسم تجمعها وتشابكها مع بعضها البعض يكون لنا أنسجة مختلفة.

2-النسيج:

هو خليط من مركبات عضوية كالخلايا والألياف والتي تكون في مجموعها ذاتية تشريحية¹.

3-العضو:

ويتخذ معنى لغوي وآخر اصطلاحى:

أ-لغة:

بضم العين هو كل عظم وافر بلحمه وجمها أعضاء.²

ب-اصطلاحا:

لقد وجدت عدة تعاريف فقهية لهذا المصطلح فالبعض عرفه على أنه: ذلك الجزء المحدد من جسم الإنسان والذي ينهض بأداء وظيفة أو عدة وظائف³.

¹ مرونك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص24.

² ابن المنظور، لسان العرب، حرف الواو والياء، ج15، ص 68.

³ حسني عودة الزعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، الطبعة الأولى، الدار العلمية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص 50.

في حين نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية عرفوه على أنه: "كل ما له وظيفة تميزه على غيره كالعين واليد وفي حالة إحداث قطع أو إزالة لإحدى هذه الأعضاء فالقصاص في العمد والدية في الخطأ"¹.

هذا وقد أورد مجمع الفقه الإسلامي تعريفا للعضو على أنه: "كل جزء من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها كقرنية العين سواء كان متصلا به أو منفصلا عنه"².

غير أن ما جاء به مجمع الفقه الإسلامي، يجعل من الدم عضو بشري، وهذا تعريف يخالف المفهوم الطبي للعضو حيث عرف على أنه: "مجموعة من الأنسجة له شكل مميز يمكن التعرف عليه، ويؤدي وظائف معينة". في حين أن الدم هو في حد ذاته نسيج يتألف من خلايا عالقة في مادة سائلة تعرف بالبلازما، بينما العضو هو مركب أنسجة³.

لكن ما ينبغي الإشارة إليه هو أن كل هذه المفاهيم المعطاة هي بغية تحديد مفهوم العضو الآدمي، ذلك أن الأعضاء نوعان: أعضاء آدمية وأخرى اصطناعية، فالأعضاء الاصطناعية تعني وضع عضو مصنوع من مادة المعدن أو البلاستيك محل عضو آدمي مفقود، إما لأداء وظيفة بيولوجية أو لغرض جمالي في الجسم.

إلا أن مسألة الأعضاء الاصطناعية، تثير لدينا إشكالية قانونية حول ما إذا كانت جزء من الجسم البشري ومن ثمة فإنها تخضع للحماية الجنائية المقررة قانونا، أم أنها مجرد أشياء لا تحظى بأية قيمة تجعلها محلا للحماية⁴؟

في مناقشة هذه المسألة ظهر اتجاهان، فقه ألماني ذهب إلى القول بأن مصطلح العضو هو مصطلح واسع يشمل الأعضاء الطبيعية منها والصناعية، باعتبار أن هذه الأخيرة ستكون مرتبطة به وتؤدي نفس وظيفة الأعضاء الطبيعية في الجسم، في حين ذهب اتجاه فقهي آخر إلى القول بأن الأعضاء الصناعية ليست جزءا من أجزاء الإنسان، ذلك أن

¹ أبي القاسم محمد بن جزي الكلبي الغرناطي المالكي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تحقيق محمد بن سيدي محمد مولاي، 693هـ- 741 هـ، ص 524. على الموقع: www.alwalati.net.

² انظر قرار رقم (1/4)26 الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي. على الموقع: www.saaaid.net اطلع عليه بتاريخ: 2011/11/02.

³ حسني عودة الزعال، المرجع السابق، ص 51.

⁴ مرونك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 29.

الوظيفة التي يؤديها العضو ليست فقط من الوظائف الاجتماعية، بل هي وظيفة بيولوجية بمقتضاها يكون العضو خاضعا لسلطات الجهاز المركزي في الجسم، ويرى أنصار هذا الرأي أنه حتى لو سلمنا بأن الأعضاء الصناعية هي كالأعضاء الطبيعية تحظى بذات الأهمية فهذا يجزنا إلى اعتبار النظارات باعتبارها تؤدي وظيفة مفقودة من الأعضاء، وفي حجة قانونية أخرى جاء بها أنصار هذا الرأي لتدعيم موقفهم أن الأعضاء الصناعية يمكن أن تكون محلا لقيام جريمة السرقة باعتبار أن وصف الشيء يبقى مرتبطا بها¹.

إلا أن الرأي الفقهي الراجح حسب الدكتور مروك نصر الدين هو الرأي الأول الذي لا يعتبر الأعضاء الاصطناعية كالأعضاء الطبيعية، فهي لا تحظى بأية حماية قانونية إلا إذا امتد الاعتداء الواقع عليها ليمس الأعضاء الطبيعية كخلع أسنان اصطناعية بالقوة مما يؤدي إلى جرح اللثة...²

هذا وبالرجوع إلى نصوص قانون العقوبات الجزائري، فإننا لا نجد أية مادة قانونية تشمل هذا النوع من الأعضاء بالحماية الجنائية، ذلك أن نص المادة 264 من قانون العقوبات جاء عاما بقول المشرع: "كل من أحدث عمدا جروحا للغير أو ضربه أو ارتكب أي عمل آخر من أفعال العنف أو الاعتداء..."³، فباستقراء نص المادة يتضح لنا أن المشرع لم يجرم فعل الاعتداء على الأعضاء الاصطناعية في ذاته، ومن ثمة لا تجريم لهذا الفعل إلا إذا طال الأعضاء الطبيعية، وإن كان الأمر يقتضي وضع نص تشريعي خاص بهذه المسألة حتى يبين المشرع موقفه منها بدقة فلا يكون فيه مساس بمبدأ الشرعية الجنائية.

4- المشتقات والمنتجات البشرية:

يمكن تعريفها على أنها تلك العناصر التي لا تشكل في مجموعها وحدة نسيجية متكاملة، ولا يترتب على استئصالها أو فقدانها عدم إنتاجها من جديد بل إنها مما يمكن أن

¹ مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 30.

² نفس المرجع السابق، ص 31.

³ القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المعدل والمتمم للأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08/06/1966 والمتضمن قانون العقوبات الجزائري.

يتجدد، ولعل أهم هذه المنتجات نجد النخاع العظمي والذي يعد مسؤولاً على إنتاج خلايا الدم¹.

وعليه يعتبر كل من الشعر والأظافر وحليب الأم من المنتجات البشرية لانطباق وصف التجدد عليها، وغيرها كثير من السوائل المنتجة داخليا إضافة إلى بويضة الأنثى وغيرها من المكونات النسيجية الأخرى².

ثانياً: الجانب النفسي.

إن الحديث عن النفس الإنسانية بكل ما يختلجها من أحاسيس وعواطف وانفعالات هو مسألة تخرج عن نطاق بحثنا باعتبار أن ذلك هو من اختصاص علم النفس لوحده، غير أن التطرق إلى الجانب النفسي بنوع من الشرح الموجز عن مكوناته ونشاطه هو أمر لا بد منه، حتى يتسنى لنا معرفة مدى الحماية الجنائية المقررة لهذا الجانب وارتباط ذلك بالجانب المادي للجسم.

1- تكوين الجهاز النفسي.

لقد قسم العالم النمساوي فرويد النفس إلى ثلاث أقسام.

أ- **الهو:** وهو الوعاء الحاوي للغرائز والميول والنزعات الفطرية لدى الإنسان الذي يود إشباعها دون اعتبار للقيم والمثل³.

ب- **الأنانا:** هو الجانب الذي يواجه العالم الخارجي، فيتأثر به ويشرف على الحركة الإرادية في جسم الكائن الحي⁴.

ج- **الأنانا الأعلى:** هو الوعاء الحاوي للقيم والمثل العليا التي تكتسب من التعاليم الدينية والأخلاقية⁵.

2- مكونات الجهاز النفسي:

¹ مارك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 28.

² حسني عودة الزعال، المرجع السابق، ص 52.

³ محمد شلال حبيب، علم الإجرام، الطبعة الأولى، دار الميسرة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص 93.

⁴ نفس المرجع السابق، ص 96.

⁵ محمد شلال حبيب، المرجع السابق، ص 97.

يتكون الجهاز النفسي من ثلاث أجهزة أساسية: الجهاز العضلي، الجهاز العصبي، الجهاز الغدي.

فمن الجهاز العضلي فهو يلعب دورا مهما في المحافظة على توازن الشخصية واضطرابها¹. أما الجهاز الغدي فيعد من أهم الأجهزة لإفرازه مواد كيميائية تؤثر في مزاج الشخص ومدى استعداده، وأخيرا الجهاز العصبي وهو نوعان: جهاز عصبي مركزي وآخر جهاز عصبي لامركزي، الأول مكون من المخ والحبل الشوكي والثاني مسؤول عن نشاط الغدد والأمعاء والمعدة والقلب والكبد، كما أن الأول يعتبر أساس الإدراك والفهم ، أما الثاني فهو ذو دور في تحقيق التوافق الفسيولوجي².

3- علاقة الجانب النفسي بالحق في السلامة الجسمية:

قد ينال الجانب النفسي للجسم ما ينال الجانب المادي من اعتداء ، لذلك لا بد أن يكون محاطا بالحماية القانونية، فإذا نظرنا إلى الناحية العقلية للشخص مثلا فإننا نجد أن هناك بعض التصرفات الماسة بها كالاغتداء الذي يمس بالمخ مما يؤدي إلى اختلال في الصحة العقلية.

وعن مدى ارتباط الجانب المادي للجسم بالجانب النفسي فقد اختلف الفقه في هذا الشأن، حيث ذهب جانب إلى القول بضرورة التمييز بين الجانب النفسي والعصبي ذلك أن النفس هي التي يمسها الاعتداء دون الأعصاب، باعتبار أن هذه الأخيرة مرتبطة بالجانب المادي لا النفسي وأن المساس بهذا الأخير لا يعني حدوث اختلال في الجانب المادي، في حين ذهب اتجاه الآخر إلى القول بأن المساس بالجانب النفسي يقتضي بالضرورة المساس بالجانب البدني.

وعلى خلاف ذلك ذهب اتجاه إلى القول بأن الاعتداء على الجانب النفسي يكون بإحداث خلل على مستوى الجهاز العصبي، وما يستتبع ذلك من اختلال التوازن بين مراكز المخ وأعضاء الجسم ككل³.

¹ مارك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 36.

² نفس المرجع السابق، ص 37.

³ مارك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، ص 38.

ورغم الاختلاف الفقهي، إلا أن ما يمكن التأكيد عليه، هو أن المساس بالسلامة الجسمية ليس مقتصرًا فقط على الجانب المادي للجسم دون الجانب النفسي، وإنما أي فعل يؤدي إلى إخلال بالسير الطبيعي لوظائفه، وكل إخلال بالسكينة النفسية يعد اعتداءً على الحق في سلامة الجسم¹.

الفرع الثاني: تحديد لحظة بداية ونهاية الجسم البشري.

إن مسألة تحديد لحظة بداية ونهاية الجسم البشري، تعد ذات أهمية بالغة في موضوع الدراسة، ذلك أن هذا التحديد يعتبر الخط الفاصل بين تلك الجرائم الواقعة قبل بداية الحياة الإنسانية، أين نتكلم في هذه المرحلة عن جريمة الإجهاض، وتلك الواقعة بعد نهايتها أين نكون بصدد جريمة التكيل بالجنّة.

بعد التحديد الدقيق لهاتين المرحلتين ما يقع بينهما من اعتداءات على جسم الإنسان يعد من الجرائم الماسة بالسلامة الجسمية والتي هي موضوع الدراسة.

أولاً: تحديد لحظة بداية الجسم البشري.

لقد جاء الله عز وجل في القرآن الكريم ببيان مراحل خلق الإنسان في قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سَلَالَةٍ مِنْ طِينٍ (12) ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نَظْفًا فِي قَرَارٍ مَكِينٍ (13) ثُمَّ خَلَقْنَا النَّظْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مَضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمَضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾².

1. مراحل خلق الإنسان:

من هذه الآيات يمكننا أن نقسم مراحل خلق الإنسان إلى مرحلتين:

أ. مرحلة ما قبل تكوين الجنين-مرحلة ما قبل نفخ الروح:-

هذه المرحلة بدورها تنقسم إلى مراحل عدة:

1-مرحلة النطفة:

¹ نفس المرجع السابق، ص39.

² سورة المؤمنین الآية 12-13.

لقد اختلف المفسرون في معناها إلا أن أرجحها ما جاء به ابن كثير في تفسيره لسورة الإنسان في قوله تعالى: ﴿...إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نَطْفَةٍ أََمْحَاجٍ...﴾¹، فالنطفة تعني اختلاط ماء الرجل بماء المرأة واجتماعهما لينتقل بعدها من طور إلى طور ومن حال إلى حال²، وهو ما يعرف طبيا باندماج خلية مذكرة بخلية مؤنثة، هذه الخلية التي تنقسم بعدها إلى خليتان، لتتقسم الخليتان بمضي ساعات إلى أربع خلايا أين تصبح البويضة الملقحة عبارة عن كرة من الخلايا، وذلك بعد مضي اليوم الخامس بعد ذلك وبالتحديد في اليوم السادس والسابع ينمو الجزء الخارجي ليستقر في بطانة جدار الرحم.

2-مرحلة العلقة:

تشكل العلقة يستغرق قرابة الأسبوعين أين تتشكل طبقة ثالثة بالإضافة إلى الطبقتين السابقتين، فالطبقة الأولى يتشكل منها المخ والجهاز العصبي والجلد والشعر والأظافر، ومن الثانية يتشكل الجهاز الهضمي والتنفسي ومن الثالثة العظام والعضلات والقلب والدم وجهاز الدورة الدموية³.

3-مرحلة المضغة المخلفة وغير المخلفة:

المضغة هي عبارة عن قطعة لحم بقدر ما يمكن مضغه، والمضغة بدورها تمر بمرحلتين: مرحلة المضغة غير المخلفة أين يظل الجنين في هذه المرحلة عالقا في جدار الرحم أين لا يمكن في هذه المرحلة التمييز بين أي عضو من أعضائه، لتأتي مرحلة المضغة المخلفة أين تنقسم أجزاء المضغة ومن ثمة تبدأ مرحلة التصوير والتخليق⁴، إلى أن يأتي الشهر الثالث من الإخصاب لتبدأ فيه مرحلة تسمى بمرحلة الجنين.

4-مرحلة تكوين العظام واللحم:

في هذه المرحلة يتم خلق العظام وكسوتها لحما فهما مرحلتان مرتبطتان ببعضهما، وهي مرحلة تتم خلال الأسبوع الخامس والسادس والسابع⁵.

¹ سورة الإنسان، الآية 02 .

² ابن كثير ،تفسير القرآن العظيم، ج4، الطبعة الخامسة، شركة الرياض للنشر والتوزيع، لبنان، 1996، ص453 .

³ عبد النبي محمود أبو العينين ، الحماية الجنائية للجنين ، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص18.

⁴ نفس المرجع السابق، ص19

⁵ عبد النبي محمود أبو العينين، المرجع السابق ص20.

ب-مرحلة ما بعد تكوين الجنين - مرحلة نفخ الروح:-

لقد أجمع الفقهاء على أن مرحلة نفخ الروح لا تكون إلا بعد إتمام 120 يوما من بداية التلقيح. ودليلهم في ذلك حديث النبي عليه الصلاة والسلام، فعن زيد بن وهب عن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إن أحدكم يجمع في بطن أمه أربعين يوما ثم علاقة مثل ذلك ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يبعث الله ملكا فيؤمر بأربعة برزقه وأجله وعمله وشقي أم سعيد..."¹

2-التكليف الشرعي والقانوني الاعتداءات الواقعة خلال هاتين المرحلتين:

سأعالجها بداية من حيث التكليف الشرعي لها لأتطرق بعدها إلى التكليف القانوني.
أ-التكليف الشرعي:

التطرق إليه سيكون بالنظر إلى مرحلتين:

1-مرحلة ما قبل نفخ الروح:

وفيها رأيان:

الأول: وهو الراجح عند الحنفية، حيث أباحوا الإجهاض خلال هذه المرحلة، مستدلين في ذلك إلى أن الحمل في هذه المرحلة عبارة عن قطعة لحم، قد لا يشكل جنينا، ومن ثمة فهذه المرحلة أي اعتداء فيها لا يعتبر جريمة إجهاض، حيث يرى ابن عابدين وهو من الأحناف بإباحة الإجهاض في هذه المرحلة ما لم يتخلق منه شيء إلا بعد 120 يوما، وهو ما ذهب إليه رأي من الشافعية والحنابلة بإجازة الإسقاط في هذه المرحلة².

الثاني: يحرم أصحاب هذا الرأي الإجهاض في هذه المرحلة ويمنعونه حتى قبل أربعين يوما، وهو رأي المالكية ووجه للشافعية وبعض الأحناف والحنابلة. حيث جاء في كتاب الشرح الكبير لا يجوز إخراج المني المتكون في الرحم ولو قبل أربعين يوما. وقال الدسوقي في تعليقه على ذلك بقوله هذا هو المعتمد مما يفيد بتحريم الإجهاض في هذه المرحلة³.

2-مرحلة ما بعد نفخ الروح:

¹ البخاري، صحيح البخاري، كتاب القدر، باب في القدر، رقم الحديث 6594، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي، القاهرة، 2010، ص 779.

² عبد النبي محمد محمود أبو العينين، المرجع السابق، ص 95.

³ نفس المرجع السابق، ص 95.

لقد حرم فقهاء الشريعة بالإجماع الإجهاض خلال هذه المرحلة، فالحنفية اعتبروا أن الحمل بعد نفخ الروح حياة كاملة لا يجوز المساس بها، وأن الاعتداء عليها يوجب الغرة. وهو رأي المالكية والراجح عند الشافعية ذلك أن الحكم الكراهية قبل النفخ والتحريم بعد ذلك،¹ أما عند الحنابلة فيرون بحرمة الإسقاط بعد النفخ كذلك، إذ يقول ابن قدامة انه إن شربت الحامل دواء فألقت به جنينا فعليها الغرة فلا ترث منها شيئاً، وأما عتق رقبة فهو كفارة لجنايتها، وكذلك لو كان المسقط للجنين أباه فعليه الغرة لا يرث منها شيئاً ويعتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله.²

وباعتبار أن نهاية مرحلة الجنين وبداية حياة الإنسان هي الخط الفاصل بين جريمة الإجهاض وجرائم القتل والمساس بالسلامة الجسمية، فإن حياة الجنين تثبت بكل العلامات التي تدل على ذلك من صياح وبكاء أو عطاس، وهو ما يعرف بالاستهلال إلى غير ذلك من العلامات. هذا ولا تعد حركة الجنين كافية لثبوت حياته إذ قد تكون ناتجة عن خروجه من رحم ضيق، أضاف إلى ذلك العلماء أن شربه للبن يدل أكثر على حياته مع الصياح، كما أضاف الحنابلة والمزني من الشافعية علامة أخرى من علامات الحياة وهي خروجه لسته أشهر فأكثر.³

ب- التكييف القانوني للأفعال الواقعة خلال هذه المرحلة:

¹ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج2، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1986، ص295.

² ابن قدامة المقدسي، المغني، الجزء السادس، الطبعة الأولى، دار الفكر، لبنان، 1405 هـ - 1985 م، ص120.

³ عبد النبي محمد محمود أبو العينين، المرجع السابق، ص21.

إذا ما رجعنا إلى التشريعات المقارنة، وأردنا تحديد مرحلة الإجهاض فإن مجال هذه الجريمة في الفقه المصري مثلا نجده ينحصر بين فترة الإخصاب وبداية عملية الولادة أما ما يأتي بعد ذلك فسيجعلنا أمام جرائم ماسة بالحق في الحياة أو السلامة الجسمية¹.

وبالرجوع إلى نصوص القانون المدني المصري في مادته 29 نجد أنها تحدد لحظة بداية الجسم البشري بتمام الولادة حيا، والانفصال تماما عن أمه مع تحقق حياته بالاستهلال كالبكاء والتنفس.²

وعن موقف القانون الجزائري وبالتحديد المادة 25 من القانون المدني نجدها تنص على أنه: "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا..."³، أما نصوص قانون العقوبات فلا توجد بها أية مادة قانونية تحدد لنا لحظة بداية الجسم البشري.

ثانيا: تحديد لحظة نهاية الجسم البشري.

لتحديد لحظة الوفاة أهمية بالغة ذلك أن نطاق الحماية الجنائية للجسم البشري ينتهي بنهاية هذا الأخير وحدث الوفاة.

1-تعريف الموت:

سأعرفها من الناحية اللغوية الاصطلاحية وكذا الشرعية.

أ.لغة: الموت هو من السكون: وكل ما سكن فقد مات وهو على مثل⁴.

ب.اصطلاحا: الموت تعني ذهاب القوة من الشيء سواء كان إنسانا أو حيوانا أو نباتا⁵.

¹ عبد النبي محمد محمود أبو العينين، المرجع السابق، ص96.

² تنص المادة 29 من القانون رقم 131 لسنة 1948: "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا".

³ القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني..

⁴ ابن منظور، لسان العرب، ج2، حرف التاء، ص 92.

⁵ بلحاج العربي، "الأحكام الشرعية الطبية للمتوفى في الفقه الإسلامي"، نقلا عن مجلة البحوث الإسلامية الفقهية

المعاصرة، العدد 42، 2011، ص 06. على الموقع: www.saaaid.net/book/9/2266.docx اطلع عليه

بتاريخ: 2011/11/5.

ومن الناحية الشرعية الموت عند الفقهاء تعني مفارقة الروح للبدن، وهي السبب الحقيقي لانتهاء الحياة ودليلهم في ذلك قوله تعالى: ﴿الله يتوفى الأنفس حين موتها﴾¹ أي أن الأرواح تخرج حين حضور آجالها .

2- معيار الموت بين الشريعة والطب والقانون:

لقد وجد خلاف بين فقهاء الشريعة والطب والقانون حول المعيار الذي تتحدد به الوفاة. أ- معيار الموت عند فقهاء الشريعة:

أورد القرآن الكريم علامات للموت كالسكون والخمود لقوله تعالى: ﴿إن كانت إلا صيحة واحدة فإذا هم خامدون﴾². وقوله تعالى: ﴿وكم أهلكنا قبلهم من قرن هل تحس منهم من أحد أو تسمع لهم ركزا﴾³، فالسكون يتجلى من خلال توقف القلب توقفا تاما واقشعرار الجلد وتشجرح الصدر وتشنج الأطراف⁴.

ومن العلامات أيضا ما ذكره الخرشي المالكي في مختصر الخليل: علامات الموت أربعة، انقطاع نفسه، إحداد بصره، انفراج شفثيه فلا تنطبقان وسقوط قدميه فلا تنتصبان⁵. هذا ومن العلامات التي ذكرها ابن قدامة الحنبلي في كتابه المغني: أنه من علامات الموت الظاهرة: استرخاء رجليه، انفصال كفيه، ميل أنفه، امتداد جلدة وجهه وانخساف صدغيه إلى الداخل برودة بدنه وانفراج شفثيه فلا تنطبقان⁶.

ب- معيار الموت عند الأطباء:

لقد وجد في هذا الشأن معياران الأول تقليدي والثاني حدي

1- المعيار التقليدي:

¹ سورة الزمر، الآية 42.

² سورة يس، الآية 29.

³ سورة مريم الآية 98.

⁴ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص18.

⁵ الخرشي، شرح مختصر الخليل، الجزء الثاني، بدون طبعة، دار الصادر، بيروت، بدون تاريخ، ص122.

⁶ ابن قدامة، المغني، الجزء 22، ص 337.

وفق هذا المعيار فإن الموت تتحقق بتوقف القلب والجهاز التنفسي عن العمل، هذا التوقف الذي يكون مسبقا بفقدان الوعي والتبول أحيانا¹، لكن هذا المعيار لقي عديد الانتقادات على اعتبار أن هذا التوقف هو مجرد توقف ظاهري، ذلك أنه كثيرا ما تبقى خلايا المخ حية بعد توقف القلب والرئتان اللذان يعودان بعدها للعمل فيستمر تدفق الأكسجين في المخ فتستمر الحياة بشكل طبيعي².

2- المعيار الحديث:

على اعتبار أن المعيار التقليدي واجه عديد الانتقادات ظهر معيار حديث وهو معيار شرعي وطبي مستقر عليه حديثا يجعل من موت الدماغ -جذع المخ- بتوقف مراكز الاتصال والذاكرة والسلوك، هو موت محقق لا شك فيه³.

إلا أنه ينبغي التأكيد على أن الموت من الناحية الطبية تمر بمراحل:

الموت الإكلينيكي ثم الموت البيولوجي وأخيرا الموت الخلوي النهائي، الأول يتم بتوقف القلب والرئتان، والثاني يكون بتوقف الدماغ لتموت أخيرا خلايا وأنسجة الجسم. هذا ولإعلان الموت لا بد من توقف وظائف جذع الدماغ مصحوبة بعلامات طبية: من تغيير كبهاتة لون الجسم وبرودة الأطراف وفقد حرارته...الخ⁴.

لكن ثار جدال فقهي قانوني وطبي حول ما إذا كان موت الدماغ دون القلب يوجب الحكم بالموت أم لا. ظهر في هذا الشأن اتجاهان الأول: يضم علماء وفقهاء معاصرين، يرى أنه إذا مات جذع الدماغ يحكم بموت الشخص حتى مع بقاء القلب ينبض⁵، باعتبار أن جذع الدماغ هو المسؤول عن الجهاز التنفسي والقلب والدورة الدموية، فتوقف جذع الدماغ سيؤدي لا محال إلى توقف القلب والجهاز التنفسي ولو بعد مدة.

في حين ذهب جانب آخر وضم كذلك كبار الفقهاء المعاصرين إلى أن الموت تتحقق بإحدى العلامتين إما بتوقف القلب والتنفس توقفا نهائيا، وحكم الأطباء أن هذا التوقف لا

¹ حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص 11.

² نفس المرجع السابق، ص 114.

³ علي بيومي، المرجع السابق، ص 79.

⁴ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 24.

⁵ نفس المرجع السابق، ص 30.

رجعة فيه، وإما بتعطل جميع وظائف الدماغ تعطلا نهائياً وحكم الأطباء بأن هذا التعطل نهائي وأخذ دماغه بالتحلل¹.

ج.الموقف القانوني من تحديد لحظة الوفاة:

بالرجوع إلى معظم القوانين، فإننا لا نجد أي معيار لتحديد الوفاة على اعتبار أن المسألة طبية بالدرجة الأولى من ذلك قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 17/90 المؤرخ في 31 يوليو 1990، المعدل والمتمم للقانون 05/85 الصادر في 16 فبراير 1985، لم يتكلم على أي معيار لتحديد لحظة الوفاة، حيث جاء في المادة 164 : "لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون وحسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية"².

المطلب الثالث: التطور التاريخي للحماية الجنائية للجسم البشري

لقد كانت فكرة الانتقام الفردي هي السائدة في المجتمعات البدائية التي كانت تفرق بين الأفعال الماسة بكيان الجماعة، وتلك الماسة بكيان الأفراد، هذه الأخيرة التي تستدعي العقاب من المتعدى عليه نفسه أو من أهله ومقربيه، والذي كان لوحده يملك حق تقدير العقوبة وما تستوجبه³، وهكذا بقيت فكرة الانتقام الفردي قائمة بين المجتمعات القبلية إلى أن ظهرت فكرة ومبدأ القصاص.

الفرع الأول: الحماية الجنائية للجسم البشري في القوانين القديمة

عرفت فكرة الحماية الجنائية للجسم البشري تطورا عبر هذه القوانين لذلك سأتطرق إلى هذه الحماية عبر كل من القوانين الشرقية القديمة والقوانين الغربية القديمة.
أولاً: في القوانين الشرقية القديمة.

ظهرت في بلاد الشرق القديم عديد القوانين التي اهتمت بنظام الجرائم والعقوبات إلا أنني سأتطرق إلى أهمها.

¹ انظر قرار رقم 26 (1 / 4) الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي وقرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته العاشرة بمكة المكرمة. على الموقع: www.ikhwan.net

² المادة 164 من القانون 17 / 90 المؤرخ في 31 يوليو 1990 المعدل والمتمم للقانون 85/05 الصادر في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

³ حسن صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، بدون طبعة، بدون دار النشر، 2007، ص 38.

1- في بلاد الرافدين:

سأتناول هنا كل من شريعة أورنامو وقانون حمورابي.

أ- شريعة أورنامو:

تعد شريعة أورنامو أقدم شريعة عرفها الإنسان وسميت كذلك نسبة إلى الملك أورنامو مؤسس سلالة أور الثالثة (2111-2003 ق.م) ، ولعل أهم ما جاءت به هذه الشريعة في مجال الجرائم أنها أخذت بمبدأ التعويض بدلا من القصاص¹، وهو ما يظهر من خلال مجموعة من النصوص القانونية المتعلقة بأفعال الجرح والضرب من ذلك ما جاء في المواد التالية:

المادة 15: "إذا قطع رجل قدم رجل آخر ... عليه أن يدفع كغرامة عشر شقيقات من الفضة".
المادة 16: "إذا حطم رجل متعمدا طرف (ساق أو يد) رجل آخر بعصا عليه أن يدفع كغرامة منا واحدا من الفضة".

المادة 16: "إذا كسر رجل سن رجل آخر عليه أن يدفع كغرامة شيقلين من الفضة لكل سن"².

ب. قانون حمورابي:

على الرغم من أن شريعة حمورابي لا تعد أول أثر قانوني تم التوصل إليه في حضارة وادي الرافدين، باعتبار ما سبقه من قوانين كقانون أورنامو ولبت عشتار، إلا أنه يعد وبحق نموذجا وأكمل قانون ليس في بلاد الرافدين فحسب، بل في التاريخ القانوني للعالم القديم ككل³، هذا القانون الذي يعود إلى حوالي 1700 ق.م جاء بالجديد في العديد من المسائل القانونية الجنائية، منها أنه أوكل تنظيم الأمور الجنائية للقضاة والملك كما أقر مبدأ القصاص في الجرائم ضد الأشخاص، زيادة على أخذه بمبدأ هام ألا وهو مبدأ التعويض. غير أن قانون حمورابي تميز بالقسوة في أحكامه مقارنة بما سبقه من مدونات قانونية أو ما لحقه منها، كما أن عقوبة القصاص والقطع كان لها مجال أوسع للتطبيق،

¹ عباس العبودي، تاريخ القانون، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص125.

² صاحب عبيد الفتلاوي، تاريخ القانون، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص77.

³ عباس العبودي، المرجع السابق، ص 137.

زيادة على أنه أبقى على بعض آثار الانتقام الفردي والدية الاختيارية، كما أن العقوبة تطبيقها كان يختلف باختلاف الطبقة الاجتماعية وحال كل من الجاني والمجني عليه¹.

ومن النصوص القانونية المتعلقة بالمساس بالسلامة الجسمية:

- **المادة 206:** لو ضرب رجل رجلا حرا في شجار وتسبب في جرحه، فعلى الرجل أن يقسم أنه لم يضره عمدا ويدفع مصاريف الطبيب.
- **المادة 207:** فإذا مات الرجل من الضرب يمكنه أن يقسم نفس اليمين، أما إن كان الضحية رجلا حرا فعليه أن يدفع نصف مئة من الفضة².
- **المادة 209:** إن ضرب رجل ابنة رجل حر مما تسبب في إجهاضها فعليه أن يدفع عشر شكيلات من الفضة مقابل حملها.
- **المادة 218:** لو شق جراح جرحا عميقا في جسم رجل وتسبب في وفاة الرجل، أو فتح القناة الدمعية في عين الرجل مما خرب عينه، يقطعون يده³.

2. في التشريعات المصرية القديمة:

إن المعلومات التي وصلت عن المدونات القانونية لمصر القديمة تبقى متسمة بالنقص والغموض. إلا أن أهم ما يمكن قوله على نظام الجرائم والعقوبات في مصر القديمة، أنهم كانوا يميزون بين الجرائم العامة والجرائم الخاصة، الأولى ماسة بالمجتمع والثانية ماسة بالأفراد، والاعتداء الماس بسلامة الجسم كان يصنف ضمن الطائفة الثانية⁴، فكان أي اعتداء على الإنسان بضره أو رميه بالحجارة يعاقب عليه بالسجن مع الأشغال الشاقة، كما أن ما يظهر الاهتمام والحماية لجسم الإنسان هو ما جاء به قانون بوخوريس لعام 740 ق.م، والذي يعد أهم القوانين والمدونات المصرية⁵، من خلال أنه ألغى نظام استرقاق المدين بعدما كان يخول الدائن حق التنفيذ على جسم المدين، وإجباره على العمل

¹ صاحب عبيد الفتلاوي ، المرجع السابق ،ص84 .

² أسامة سراش ،شريعة حمورابي واصل التشريع في الشرق القديم ،الطبعة الثانية، دار العلاء للنشر والتوزيع ، دمشق،1993،ص36 .

³ أسامة سراش ، المرجع السابق،ص37.

⁴ حسن صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص 354.

⁵ صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 92

لصالحه وبيعه أحيانا وفاء للدين، كما ألغى نظام الإكراه البدني إذ أصبح الالتزام يقع على مال المدين لا على جسمه¹.

ثانيا: في القوانين الغربية القديمة

عرفت اليونان العديد من المدونات القانونية لعل أهمها قانون دراكون وصولون وقانون الألواح الإثنا عشر في روما.

1- عند الإغريق:

يعتبر قانون دراكون لعام 620 ق.م من أهم القوانين التي عرفها الإغريق، إلا أنه تميز بالشدّة والقسوة². إذ لم يكن يعترف بحقوق الإنسان إلا للمواطنين، أما أبناء الشعوب الأخرى فكانوا يعاملون معاملة الأشياء يباعون ويشترون³، إلى أن ظهر بعدها قانون وصولون بعد عشرين عاما، ليعمل على منع التنفيذ على المدين في حال عدم الوفاء بالدين كما حرم قتله أو استرقاقه أو بيعه⁴، ومن ثمة فقد أعطى نوعا من الحماية لجسم الإنسان.

2- عند الرومان:

عرفت روما على مر العصور عديد القوانين من 754 ق.م إلى غاية 6م. إلا أن أهم قانون ومدونة شهدتها روما قانون الألواح الإثنا عشر لعام 451 ق.م⁵، هذا القانون الذي جاء في ألواحه الخمسة الأخيرة لينص على كل ما يتعلق بالجرائم والعقوبات، كما قسم الجرائم إلى جرائم عامة وأخرى خاصة⁶، وكانت العقوبات المقررة لجرائم الجرح والقطع هي القصاص في الأصل.

إلا أنه وفي تطور لاحق صار بإمكان المجني عليه أن يتنازل عن حقه في القصاص في حالة التعدي عليه بالكسر أو القطع أو الجرح مقابل مبلغ مالي⁷، ومن هنا ظهر نظام الدية الذي كان تحديده يتم من طرف محكمين، إلا أن الحماية المقررة لجسم الإنسان لم تكن

¹ صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 93.

² عباس العبودي، المرجع السابق، ص 66.

³ صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 96.

⁴ عباس العبودي، المرجع السابق، ص 67.

⁵ حسن صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص 142.

⁶ عباس العبودي، المرجع السابق، ص 179.

⁷ حسن صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص 146.

كافية بدليل إعطائه حق قتل المدين من طرف الدائن في حالة عدم وفائه بالدين، وإن كان له دائنين لهما أم يقسمانه إلى النصف¹.

الفرع الثاني: الحماية الجنائية للجسم البشري في الشريعة الإسلامية

في أوائل القرن السابع ميلادي، جاءت الرسالة المحمدية لتكون بذلك خاتمة الشرائع السماوية، وقد بنيت على أساس القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، ثم توسعت أحكامها عن طريق الاجتهاد الفقهي.

فأخذت الشريعة الإسلامية جسم الإنسان كرامة وحرمة وأنزلته منزلة رفيعة من ذلك ما جاء في قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾²، وفي ذلك شرع الله عز وجل القصاص من المعتدي معتبرا أن فيه حياة للمعتدى عليه لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾³، وقوله عز وجل: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصًا﴾⁴.

فالشريعة الإسلامية وإن كانت قد أجازت الرق كعرف اجتماعي متعارف عليه آنذاك، إلا أن الإسلام أكد على المساواة دونما اعتبار للسلالة أو اللون، ذلك أن منطق الشريعة الإسلامية كان الحث على الأخذ بمبدأ المساواة لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ خَلْقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلَافَ أَلْسِنَتِكُمْ وَأَلْوَانِكُمْ﴾⁵، كما دعا الإسلام إلى تحرير الرقاب والعتق.

وبالرجوع إلى ما قرره الشريعة الإسلامية بشأن الحماية الجنائية لجسم الإنسان نجد أن فقهاء الشريعة قد وضعوها تحت مسمى "الجنايات على ما دون النفس"، والتي تشمل كل أذى أو اعتداء يطال جسم الإنسان دون حياته مهما كان نوعه، وهذه الجنايات إما عمدا أو خطأ⁶، فعند الأولى عقوبتها الأصلية هي القصاص، وفي حال تعذره تحل محله الدية والتعزير كعقوبتين بديلتين⁷، أما عن الجناية على ما دون النفس خطأ، فالعقوبة المقررة لها

¹ عباس العبودي، المرجع السابق، ص 177.

² سورة الإسراء، الآية 70.

³ سورة البقرة، الآية 179.

⁴ سورة المائدة، الآية 45.

⁵ سورة الروم، الآية 22.

⁶ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج2، ص 114.

⁷ نفس المرجع السابق، ص 211-212.

هي الدية أو الأرش وليس لها عقوبة بديلة عنها، إلا أنه لا يوجد في نصوص الشريعة ما يمنع من تطبيق عقوبات تعزيرية¹.

الفرع الثالث: الحماية الجنائية للجسم البشري في العصر الحديث

لقد شهد العالم خلال هذا العصر العديد من التحولات لعل أهمها قيام الثورات الشعبية المناهضة لكافة أشكال الاستبداد، وكذا قيام الحربين العالميتين الأولى والثانية، كل هذه التطورات كان لها الفضل في ظهور العديد من المواثيق والاتفاقيات الدولية التي جاءت مدافعة عن حقوق الإنسان بصفة عامة، والحق في سلامة الجسم بصفة خاصة.

أولاً: على المستوى الدولي

وجدت العديد من الاتفاقيات والمواثيق في سبيل حماية حقوق الإنسان وفي مقدمتها الحق في سلامة الجسم.

1- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان:

جاء هذا الإعلان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10/12/1948²، ليؤكد على عديد الحقوق المدنية والسياسية، لعل أهمها ما جاء بشأن حماية جسم الإنسان وحرمة، حيث جاء في المادة الرابعة: "لا يجوز استرقاق أحد أو استعباده، ويحظر الرق والاتجار بالرقيق بجميع أنواعه".

كما ورد في المادة 45: "لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة".

2- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية:

¹ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج2، ص200 .

² اعتمد ونشر بقرار من الجمعية العامة 217 ألف (د-3) المؤرخ في 10/12/1948.

والذي اعتمد من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16/12/1966¹، جاء في مادته السابعة ليحظر التعذيب وكل أساليب المعاملة القاسية واللاإنسانية، كما أكدت المادة الثامنة على عدم جواز استرقاق أحد مع حظر الرق وتجارة الرقيق.

3. إعلان حماية جميع الأشخاص من التعرض للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية أو اللاإنسانية:²

والذي ينص على تجريم أفعال التعذيب بمختلف أشكاله.

4. إعلان الأمم المتحدة للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري:³

نصت المادة 09 منه على أنه: "يعتبر جريمة ضد المجتمع ويعاقب عليه بمقتضى القانون كل تحريض على العنف، وكل عمل من أعمال العنف يأتيه أي من الأفراد أو المنظمات ضد أي عرق أو أي جماعة من لون أو أصل أثني آخر".

5. اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة:⁴

والتي أعطت في مادتها الأولى تعريفا للتعذيب لتنص في المادة الثانية على اتخاذ كل دولة طرف إجراءات تشريعية أو إدارية أو قضائية فعالة لمنع التعذيب.

6. النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية:⁵

هذا النظام الذي نص على اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بنظر كل من جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة الجماعية، وبالرجوع إلى المادة السادسة منه نجد أنها تنص على مفهوم الإبادة الجماعية والتي يدخل ضمنها كل ضرر جسدي أو عقلي يلحق بأفراد جماعية قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية، كما نصت في مادتها السابعة على

¹ اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار من الجمعية العامة 2200 ألف (د - 21) المؤرخ في 16/12/1966 ودخل حيز النفاذ في 03/01/1976. وصادقت عليه الجزائر في عام 1989.

² والمعتمد من طرف الجمعية العامة في 09/12/1975 بموجب القرار رقم 3452-30.

³ اعتمد ونشر على الملء بموجب قرار الجمعية العامة 1904 (د-18) المؤرخ في 20 نوفمبر 1963.

⁴ اعتمد بقرار صادر عن الجمعية العامة رقم 39/46 المؤرخ في 10/12/1984 ودخل حيز التنفيذ في 26 يوليو 1987. صادقت عليها الجزائر سنة 1989.

⁵ اعتمد في 17 يوليو 1998 بروما.

مفهوم الجرائم ضد الإنسانية، والتي يدخل ضمنها كل فعل استرقاق أو تعذيب أو أي شكل من أشكال العنف الجنسي¹.

كما نصت على مفهوم جرائم الحرب في المادة 08 والتي تعني كل تعذيب أو معاملة لا إنسانية بما في ذلك إجراء تجارب بيولوجية، تعتمد إحداث معاناة شديدة أو إلحاق أذى خطير بالجسم أو الصحة².

ثانيا: على المستوى الإقليمي

توجد العديد من الاتفاقيات لعل أهمها:

1. الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية نوفمبر 1950³:

والتي نصت في مادتها الثالثة على منع التعذيب أو التعريض للعقوبات القاسية أو اللاإنسانية، كما نصت المادة الرابعة على منع العبودية والعمل القسري.

2. الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام 1969⁴:

نصت هذه الاتفاقية في مادتها الخامسة على تجريم التعذيب حيث جاء في الفقرة الأولى: "لكل إنسان الحق في أن تكون سلامته الجسدية والعقلية والمعنوية محترمة".

ثالثا: على المستوى الداخلي.

بالرجوع إلى التشريعات الداخلية للدول نجد أنها أكدت على أهمية هذا الحق وحمائته، فالتشريع الجزائري وفي مقدمته الدستور ابرز أهمية هذا الحق، حيث جاء في المادة 2/34 على أنه: "يحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة".

كما نصت المادة 35 على أنه: "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس بسلامة الإنسان البدنية والمعنوية"⁵.

¹ أنظر نص المادة 6 من النظام الأساسي للمحكمة.

² أنظر نص المادة 8 من ذات النظام.

³ تمت المصادقة عليها في 04 نوفمبر 1950، ودخلت حيز النفاذ 03 سبتمبر 1953.

⁴ إقرارها كان بموجب مؤتمر خاص بالدول الأمريكية من 07 إلى 22 نوفمبر 1969، لتدخل حيز النفاذ في 18 جويلية 1978.

⁵ المادتين 34 و35 من دستور 1996 .

هذا وقد أكدت نصوص قانون العقوبات الجزائري على حماية هذا الحق من خلال ما جاء في القسم الأول من الباب الثاني بعنوان القتل والجنايات الرئيسية وأعمال العنف العمدية الأخرى من المادة 263 مكرر وما يليها بالإضافة إلى نصوص قانونية أخرى جاءت متفرقة.

الفصل الأول

الفصل الأول: مضمون الحماية الجنائية للجسم البشري بين الفقه الجنائي الوضعي والشريعة الإسلامية

لقد جاءت القوانين والتشريعات الوضعية وفي مقدمتها التشريع الجزائري بالعديد من النصوص القانونية في سبيل إصباح الحق في سلامة الجسم بالحماية الجنائية، مع انتهاج معظم هذه التشريعات لأسلوب الجمع بين الاعتداءات العمدية والاعتداءات غير العمدية¹. إلا أن محاولة تحديد طائفة من الأفعال اعتبارها تنال دون غيرها بالحق في سلامة الجسم أمر صعب، ذلك أن حصرها من شأنه أن يجعل حمايتها لهذا الحق يقتصر على جانب دون آخر².

لذلك ارتأيت من خلال هذا الفصل وفي المبحث الأول منه أن أتطرق إلى أهم الجرائم الماسة بسلامة الجسم البشري في الفقه الجنائي الوضعي، وباعتبار أن الاعتداءات الواقعة على الجسم فيها إفساد وتقويت للمصالح التي جاءت الشريعة الإسلامية لحفظها، نجد أن هذه الأخيرة جاءت لتؤصل لحماية الجسم البشري، من خلال ما يعرف بالجنايات على ما دون النفس، لتقرر القصاص كعقوبة أصلية أولى ندب الشارع للمجني عليه الدية في حال سقوطها وعليه حاولت من خلال المبحث الثاني من هذا الفصل أن أعالج مضمون الحماية الجنائية المقررة للجسم البشري من الوجهة الشرعية ومن جانب التجريم والعقاب.

المبحث الأول: الجرائم الماسة بسلامة الجسم البشري في الفقه الجنائي الوضعي

¹ عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 752.

² نفس المرجع السابق، ص 577.

في هذا المبحث سأتطرق إلى مختلف الجرائم التي تمس بحق الإنسان في سلامة جسمه من جرائم الضرب والجرح وإعطاء مواد ضارة... وغيرها من الاعتداءات الماسة بالسلامة الجسمية، وسأتناولها مفصلة من خلال دراسة أركانها القانونية والظروف التي تقع فيها هذه الجرائم فتغير من وصفها وصفات كل من الجاني والمجني عليه والتي تعد في كثير من الأحيان ظرفا مشددا للجريمة.

المطلب الأول: جرائم الضرب والجرح

تقوم جريمة الضرب والجرح على نفس الأركان القانونية لذلك ارتأيت دراسة الجريمتين معاً من حيث الأركان مع الاختلاف بطبيعة الحال في الفعل المادي الواقع من الجاني في كل من الجريمتين.

الفرع الأول: جريمة الضرب والجرح العمد

إن دراسة هاتين الجريمتين ستكون بالنظر إلى الأركان التأسيسية المكونة لها، مع التطرق إلى العقوبات المقررة بحسب ما إذا كانت أفعال الاعتداء بسيطة أو مشددة.

أولاً: الأركان التأسيسية:

وتتجلى أساساً في:

1- الركن الشرعي:

يتمثل أساساً في نص المادة 264 من ق.ع التي جاء فيها "كل من أحدث عمداً جروحاً بالغير أو ضربه أو ارتكب أي عمل آخر من أعمال العنف أو الاعتداء يعاقب..."¹

2- الركن المادي:

ويقوم على فعل الضرب أو الجرح العمد، والذي يأتي من خلاله الجاني بعمل مادي إيجابي²، هذا الأخير الذي يكون إما بالضرب أو الجرح، وعليه لا بد من تحديد مفهوم لكلا السلوكين.

أ- أعمال الضرب:

¹ المادة 264 من القانون 23/06 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

² أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، ج1، الطبعة الثانية عشر، دار هومة، الجزائر، 2010، ص53.

نعني بها كل مساس بأنسجة الجسم، دون أن يحدث ذلك جرحاً أو تمزيقاً يستدعي العلاج،¹ هذا الضغط أو التأثير قد يكون نتيجة اصطدام جسم خارجي بالأنسجة كالصفع باليد مثلاً، أو نتيجة حركة من جسم المجني عليه كدفعه ليلتطم وجهه بالحائط.²

وعليه فعل الضرب بمعناه الواسع يشمل كل صور الصدم والجذب العنيف والضغط على الأعضاء والخنق،³ هذا ولا يشترط في فعل الضرب أن يترك أثراً أو يسبب ألماً، لكن وصف الجريمة سيتغير فإذا ما كان الضرب خفيفاً مثلاً سيتحول من جنحة إلى مخالفة.⁴

ب- أعمال الجرح:

هي كل تأثير على أنسجة الجسم على نحو يؤدي إلى تمزيقها⁵، سواء من الداخل أو من الخارج. فالاعتداء الذي يقع على أنسجة الجسم قد يكون سطحياً وقد يكون عميقاً يطل حتى أجهزة الجسم الداخلية كالكلب والمعدة.⁶ ويختلف الجرح عن الضرب في أن يترك أثراً ظاهراً بالجسم قد يكون قطعاً أو رضاً أو كسراً أو حرقاً أو عضاً أو كدمات، وإن كان كل جرح يحوي ضرباً فإنه ليس كل ضرب جرح،⁷ أما بشأن الأفعال التي تكون على شكل قص الشعر أو بصق على الوجه ونحوها، فإنها تخرج عن نطاق الجرح والضرب لتدخل في إطار الإيذاء الخفيف.⁸

¹ مكي دردوس، القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري، ج1، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص167

² جلال ثروت، المرجع السابق، ص346.

³ مصطفى مجدي هرجة، المشكلات العملية في جرائم القتل والجرح والضرب، الطبعة الثانية، دار الفكر والقانون، الإسكندرية، 1998، ص102.

⁴ مكي دردوس، المرجع السابق، ص170.

⁵ أحمد أبو الروس، جرائم القتل والجرح وإعطاء المواد الضارة من الوجهة القانونية والفقهية، بدون طبعة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 1997، ص63.

⁶ محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم الواقعة على الأشخاص، ج1، بدون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص117.

⁷ رمسيس بنهام، قانون العقوبات، جرائم القسم الخاص، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999، ص857.

⁸ نفس المرجع السابق، ص859.

هذا ولا تهم الأداة المستخدمة في الاعتداء فقد يتم بمجرد الركل بالقدم أو باستعمال آلة قاطعة أو تيار كهربائي إلى غير ذلك من الوسائل¹، كما قد يحصل الجرح بفعل حيوان يشده الجاني باتجاه المجني عليه ويحرضه لافتراسه².

ج - أعمال العنف والتعدي الأخرى:

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 264 على أنه " كل من أحدث عمدا جروحا بالغير أو ضربه أو ارتكب أي عمل آخر من أعمال العنف أو الاعتداء... وعليه فقد أخذ المشرع في البداية بتحديد أعمال التعدي بنصه على جريمة الضرب والجرح، ليوسع في الأخير من نطاق هذه الأفعال بقوله: أي عمل آخر من أعمال العنف أو الاعتداء. فأعمال العنف هي أفعال من شأنها أن لا تؤثر على الضحية أو تترك به أثرا، رغم أنها تمس جسمه، منها قص شعر شخص بالقوة، لوي ذراع شخص³...

أما التعدي فهو تلك الأفعال المادية التي لا تؤثر على جسم الضحية، وإنما تسبب لها انزعاجا شديدا، وما يترتب عليه من اضطراب نفسي وجسدي ومن ذلك ما جاء به المشرع الفرنسي من تجريم للإزعاج بواسطة المكالمات الهاتفية المتكررة، والتي قد تكون مصحوبة بالسب⁴. ورمي القاذورات على ظهر قارب مثلا، أو ركل سيارة أو القيام برمي النوافذ بالحجارة⁵.

فقضاء محكمة النقض الفرنسية في إعطائه مفهوما للعنف والتعدي لم يجعله مقتصرًا على الأفعال المتصلة بالمجني عليه ماديا، بل كل فعل من شأنه أن يؤثر عليه معنويا⁶. ومما يدخل أيضا في نطاق أعمال العنف والتعدي توجيه أشعة إلى جسم المجني عليه بشكل لا يضغط أو يمزق أنسجة الجسم، وإنما يؤدي إلى الإخلال بالسير الطبيعي لوظائف الجسم وأجهزته الداخلية كالجهاز التنفسي أو العصبي، أو وضع مريض مصاب بمرض معدٍ بجانب المجني عليه وفي غرفة واحدة بقصد نقل العدوى إليه⁷، وعليه فقد

¹ أحمد أبو الروس، المرجع السابق، ص 63.

² أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، ص 53.

³ نفس المرجع السابق، ص 54.

⁴ Michel véron, **droit pénal spécial**, 7ème édition, dalloz, paris, 1999, P54.

⁵ Patrice gattegno, **droit pénal spécial**, troisième édition, dalloz, paris 1999, P37

⁶ Patrice gattegno, op.cit, P42.

⁷ أحمد أبو الروس، المرجع السابق، ص 65.

أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما وسع من دائرة تجريم أعمال العنف والتعدي حتى يكفل بذلك أكبر قدر ممكن من الحماية للحق في سلامة الجسم.

د - أعمال العنف التي ينتج عنها عاهة مستديمة:

إذا ما رجعنا إلى النصوص القانونية، فإننا لا نجد تعريفا للعاهة المستديمة وإنما نجد ذكرا لصور على سبيل المثال. إلا أنه يمكن القول أن المقصود بالعاهة المستديمة هي الفقدان النهائي، كلي أو جزئي لمنفعة عضو من أعضاء الجسم¹. إما بفصل أحد الأعضاء أو قطعها أو تعطيل وظيفتها.

هذا ويرجع تقدير ما إذا كانت العاهة مستديمة أم لا إلى قاضي الموضوع الذي يستند في ذلك إلى وقائع الدعوى من جهة والتقارير الطبي من جهة أخرى².

ولصحة الحكم في موضوع الدعوى لم يشترط المشرع توافر نسبة مئوية للقول بوجود عاهة مستديمة، إنما مجرد إثبات فقدان العضو لوظيفته أو منفعته كلياً أو جزئياً يعد أمراً كافياً³.

وبالعودة إلى نصوص قانون العقوبات الجزائري نجده ينص في المادة 3/264 على أمثلة عن العاهة المستديمة منها بتر أحد الأعضاء، الحرمان من استعمال أحد الأعضاء، فقد البصر أو فقد إبصار إحدى العينين، ومن أمثلتها في القضاء المصري، نجده يعتبر فصل سيوان الأذن بأكمله حتى ولو لم يلحق بحاسة السمع أي ضعف عاهة مستديمة⁴. ومما لا يعتبره كذلك كسر الأسنان أو فقدانها باعتبار أن الأسنان ليست من أعضاء الجسم، ذلك أنه يمكن الاستعانة بأسنان اصطناعية تحل محلها⁵.

هـ - أعمال العنف التي تؤدي إلى الوفاة دون قصد إحداثها:

¹ رمسيس بنهام، قانون العقوبات - جرائم القسم الخاص - ص 871.

² أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، ص 54.

³ نفس المرجع السابق، ص 554.

⁴ أحمد أبو الروس، المرجع السابق، ص 385.

⁵ محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، قانون العقوبات الخاص، بدون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،

بمعنى أن فعل الضرب أو الجرح أدى إلى حدوث الوفاة بوجود رابطة سببية تربط بينهما. إلا أنه لا يشترط أن تحدث الوفاة بعد الإصابة مباشرة. إذ يمكن للوفاة أن تكون متراخية الحدوث¹.

هذا وقد حكم بقيام جريمة الضرب المفضي إلى حدوث الوفاة متى كان فعل الضرب هو السبب الأول حتى لو تداخلت معه عوامل أخرى كالسن والإهمال الطبي ذلك أن الجاني في هذه الحالة يسأل عن قصده الاحتمالي²، إلا أنه لا يمكن مساءلة الجاني عن نتيجة الإهمال الجسيم الذي وقع من طرف الضحية أو الطبيب³.

كما إنه ولا بد من توافر الرابطة السببية بين فعل الضرب أو الجرح وحدث الوفاة، بمعنى أن يكون الفعل هو سبب حدوث النتيجة له، ومعيار قيام الرابطة السببية هو عدم إمكان تصور حدوث الوفاة باستبعاد فعل الضرب أو الجرح، والعلاقة السببية قد تكون مباشرة أو غير مباشرة كالإهمال في العلاج كما سبق الذكر والذي لا بد أن لا يكون جسيماً وإلا قطعت الرابطة السببية بوجود عوامل غير مألوفة⁴.

وبطبيعة الحال القضايا المتعلقة بأعمال العنف العمد تتطلب نوعاً من التريث والوقت في معالجتها بانتظار تقرير الطبيب بشأن جسامه فعل الإيذاء ومعرفة ما إذا كان قد أدى إلى حدوث عاهة أم أنه سيلتئم مع الوقت⁵.

3-الركن المعنوي:

يشترط لقيام جريمة الضرب أو الجرح أو أعمال العنف والتعدي توافر قصد جنائي عام وقصد جنائي خاص، الأول من خلال إتيان الجاني لفعل الإيذاء الماس بسلامة الجسم مع العلم بأنه مجرم قانوناً، وقصد خاص يتمثل في الرغبة بالمساس بصحة المجني عليه وإيلاجه أو إزعاجه.

¹ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، ص56.

² أحمد أبو الروس، المرجع السابق، ص 389.

³ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، ص56.

⁴ محمد سعيد نمور، المرجع السابق، ص 133

⁵ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، ص57.

هذا ولا يؤخذ بالباعث ولا تأثير له في قيام الجريمة كمن يرتكب فعل الضرب أو الجرح عند مفاجأة زوجته متلبسة بالزنا. وإن كان الباعث في هذه الحالة يعتبر عذرا قانونا مخففا¹.

ثانيا: العقوبات المقررة لها

نص المشرع على عقوبات أصلية وأخرى تكميلية جاءت كالاتي:

1-العقوبات الأصلية:

- إذا لم ينتج عن أعمال الضرب أو الجرح أو أي عمل من أعمال العنف والتعدي مرض أو عجز يجاوز 15 يوما. الأصل أن هذه الجريمة تشكل مخالفة معاقب عليها بالحبس من 10 أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وغرامة من 8.000 إلى 60.000 د ج أو إحدى هاتين العقوبتين².
- إذا نتج عنها مرض أو عجز كلي يجاوز 15 يوما الأصل أنها جنحة معاقب عليها بالحبس من سنة إلى 5 سنوات وغرامة من 100.000 د ج إلى 500.000 د ج³.
- أما في حالة ما إذا نتج عنه عاهة مستديمة، فالأصل أنها جنائية معاقب عليها بالسجن من 5 إلى 10 سنوات وفق ما جاء في المادة 3/264 .
- إذا نتج عن أعمال الضرب أو الجرح أو العنف والتعدي الوفاة دون قصد إحداثها فالعقوبة وفق نص المادة 4/264 هي السجن من 10 إلى 20 سنة .

2-العقوبات التكميلية:

لقد قرر المشرع عقوبات تكميلية جوارية تضاف إلى العقوبات الأصلية في كل من الأفعال التي تشكل جنحة والتي تكون جنائية.

¹ أحسن بوسقيعة، الوجيز القانون الجنائي العام، الطبعة الرابعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 109.

² المادة 442 من قانون العقوبات .

³ المادة 266 من ذات القانون.

أ. بالنسبة للجنح:

- في الحالة الواردة في المادة 264 السابقة الذكر يجوز الحكم على الحاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 وذلك من سنة إلى 5 سنوات ولعل من أهم هذه الحقوق الواردة في المادة 14 والتي تحيلنا بدورها إلى المادة 9 مكرر 1 نجد:
- العزل أو الإقصاء من جميع الوظائف والمناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة.
 - عدم الأهلية لأن يكون وصيا أو قيما.
 - سقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها...
 - مصادرة الأشياء التي استعملت أو التي قد تستعمل في تنفيذ الجريمة في حالة الجنحة المنصوص عليها في المادة 266¹.

ب. بالنسبة للجنايات:

- الحجر القانوني الذي يتقرر وجوبا من المحكمة، هذا وفقا لما جاء في المادة 9 مكرر
- الحرمان من ممارسة حق أو أكثر من الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية وجوبا وفق المادة 9 مكرر 1.

هذا وأشير إلى أن العقوبة قد تشدد وذلك على النحو التالي:

- 1- إذا لم ينتج عن أعمال الضرب أو الجرح أو التعدي أي مرض أو عجز عن العمل لمدة تتجاوز 15 يوما، واقتترنت مع إحدى الظروف التالية سيتغير وصفها من مخالفة إلى جنحة.
- إذا اقتترنت بسبق الإصرار أو التردد أو كانت مع حمل السلاح، فعقوبتها وفق نص المادة 266 الحبس من سنتين إلى 10 سنوات والغرامة من 200.000 إلى 1.000.000 د ج².

- إذا كان الضحية أحد الوالدين أو أحد الأصول الشرعيين، فالعقوبة الحبس من 5 إلى 10 سنوات وفق ما جاء في المادة 1/267.

غير أن ما يمكن ملاحظته على هذه الفقرة أن المشرع جعل من صفة المجني عليه، الوالدين أو أحد الأصول الشرعيين، ظرفا مشددا فقط في حالة الاعتداء بالضرب أو الجرح دون غيرها من أعمال العنف والتعدي الأخرى¹.

¹ المادة 9 مكرر 1 من قانون العقوبات المعدلة بموجب القانون 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

² المادة 266 من ذات القانون.

- في حالة ما إذا كان الضحية قاصرا لا يجاوز سنه 16 سنة أين تحدد العقوبة بالحبس من سنة إلى 5 سنوات وغرامة من 20.000 إلى 100.000 د ج².
- وإذا كان الجاني أحد أصوله أو ممن لهم سلطة عليه أو يتولون رعايته تشدد العقوبة يعاقب عليها بالحبس من 3 إلى 10 سنوات وغرامة من 20.000 إلى 100.000 د ج³.
- 2- إذا نتج عنها مرض أو عجز عن العمل لمدة تتجاوز 15 يوما، تتحول من جنحة إلى جنحة مشددة على النحو التالي:
- إذا كانت الضحية من أحد الأصول الشرعيين، ستكون العقوبة الحبس لمدة 10 سنوات⁴.
 - وإذا كان الضحية قاصر لم يجاوز 16 سنة العقوبة الحبس من 3 إلى 10 سنوات وغرامة من 20.000 إلى 100.000 د ج بحسب المادة 270 .
- 3- تتحول إلى جناية في الأحوال التالية:
- إذا اقترنت مع سبق الإصرار والترصد، ويعاقب عليها بالسجن من 5 إلى 10 سنوات وفق ما جاء في المادة 265.
 - إذا كانت الضحية قاصرا لم يتجاوز 16 سنة وكان الجاني أحد الأصول أو ممن لهم سلطة عليه أو يتولون رعايته ستكون العقوبة السجن من 5 إلى 10 سنوات بموجب المادة 2/272 .
 - إذا كانت الضحية أحد الأصول وتوافر في نفس الوقت ظرف سبق الإصرار والترصد، قرر هنا المشرع عقوبة السجن من 10 إلى 20 سنة 6/267 .
 - إذا ما نتجت عنها عاهة مستديمة، ستتحوّل إلى جناية مشددة على النحو التالي:
 - إذا اقترنت بظرف سبق الإصرار والترصد، تقرر لها عقوبة السجن من 10 إلى 20 سنة وفق المادة 265.
 - إذا كانت الضحية من الأصول ووقع عليها الضرب أو الجرح العقوبة السجن من 10 إلى 20 سنة.

¹ حيث تنص المادة 267 على أنه: "كل من أحدث عمدا جرحا أو ضربا بوالديه الشرعيين أو غيرهما من أصوله الشرعيين يعاقب كما يلي ..."

² المادة 269 من قانون العقوبات.

³ المادة 272 من ذات القانون.

⁴ أنظر نص المادة 2/272 من قانون العقوبات.

- إذا كانت الضحية من الأصول مع توافر ظرف سبق الإصرار والترصد، ستتقرر عقوبة السجن المؤبد وفق المادة 267 في فقرتها الأخيرة .
- أما إذا كان الضحية قاصر لم يجاوز سنه 16 سنة فالعقوبة السجن من 10 إلى 20 سنة بحسب المادة 1/271 ق ع .
- وفي حالة ما إذا كان الضحية قاصر لم يتجاوز 16 سنة والجاني من الأصول أو ممن لهم سلطة عليه أو يتولون رعايته فالعقوبة هي السجن من 10 إلى 20 سنة بحسب المادة 3/272 ق ع .
- إذا أدت إلى الوفاة دون قصد إحداثها ستتحول إلى جناية مشددة بتوافر أحد هذه الظروف وعقوبتها على النحو التالي:
- في حالة وجود سبق إصرار وترصد، فالعقوبة هي السجن المؤبد بحسب المادة 4/267
- إذا كان الاعتداء واقع على قاصر دون 16 سنة مع توافر ظرف الاعتداء فالعقوبة المقررة هي السجن المؤبد وفق المادة 3/271 ق ع .
- أما إذا كان المجني عليه قاصر دون 16 سنة وكان الجاني من أحد أصوله أو ممن يتولون رعايته فالعقوبة هي الإعدام بحسب المادة 4/272 ق ع .
- كما أشير إلى أن المشرع جاء بأعذار قانونية مخففة في نص المادة 277 إلى المادة 279 ق ع وهي ما تسمى بأعذار الاستفزاز نصت عليها المادة 52 ق.ع. وقد وردت في خمس حالات تتعلق أساسا بجرائم الضرب أو الجرح.

1. وقوع ضرب شديد من أحد الأشخاص:

أين قررت المادة 277 ق ع من وقع عليه اعتداء من عذر قانوني مخفف إذا تم ضمن الشروط التالية¹:

¹ تنص المادة 277 على أنه: 'يستفيد مرتكب جرائم القتل بالجرح والضرب من الأعذار إذا دفعه إلى ارتكابها وقوع ضرب شديد من أحد الأشخاص.

- أن يكون الاعتداء بالضرب، ومن ثمة فالجرائم الأخرى لا يمكن الأخذ بها للقول بوجود عذر مخفف.

- أن يكون فعل الضرب شديداً، وتقدير جسامته ترجع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.
- أن يقع فعل الضرب أو الجرح من المعتدى عليه نفسه، ذلك أنه يسقط العذر في حالة ما إذا تم دفع الاعتداء من قبل الغير¹.

2. لدفع تسلق أو تحطيم أسوار أو حيطان الأماكن المسكونة أو ملحقاتها أثناء النهار:
أين يستفيد مرتكبها من عذر التخفيف وفق المادة 278 لكن إذا ما تم ضمن الشروط التالية:

- أن يرتكب فعل الضرب أو الجرح من صاحب المسكن الواقع عليه الاعتداء، فإن ارتكبت من الغير كصديق أو جار فلا قيام للعذر.
- أن يتم فعل الضرب أو الجرح في لحظة مفاجأة المعتدي وهو يتسلق أسوار المنزل، فإن مضى وقت بني ردة الفعل والاعتداء فلا قيام للعذر.
- أن يقع الاعتداء على أماكن مسكونة أو معدة للسكن أو على أحد ملحقاتها.
وأخيراً لا بد أن يقع الاعتداء أثناء النهار، ذلك أنه إذا وقع أثناء الليل ففي هذه الحالة يكون مرتكب فعل الجرح أو الضرب في حالة دفاع شرعي².

3. حالة التلبس بالزنا:

أين يستفيد مرتكب جرائم الضرب أو الجرح من عذر مخفف، حال مفاجأة الزوج لزوجته متلبساً بالزنا وفق ما جاء في المادة 279 حسب الشروط التالية:

- أن يرتكب فعل الضرب أو الجرح من الزوج المضرور ذاته، إذ لا يستفيد من العذر والد الزوج أو أخوه حتى مع مفاجأة الزوج الآخر في حالة تلبس بالزنا.
- أن يكون الزوج هو من وجد الزوج الآخر متلبساً بالزنا، ذلك أن مجرد إخطاره بذلك من قبل الغير فهذا ليس كافياً للقول بوجود العذر.

¹ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص 284.

² نفس المرجع السابق، ص 286.

- أن يرتكب الزوج فعل الضرب أو الجرح في اللحظة التي يفاجئ بها الزوج الآخر متلبسا بالزنا، ذلك أنه لو ارتكب الفعل بعد مضي وقت من مفاجأة الزوج متلبسا بالزنا، فهنا يسقط العذر¹.

هذا ويترتب على توافر أعدار الاستفزاز وفق المادة 283 ما يلي:

1- تخفض العقوبة إلى الحبس من سنة إلى 5 سنوات بالنسبة للجنايات المعاقب عليها بالإعدام أو السجن المؤبد² ويتعلق الأمر ب:

- أفعال الضرب والجرح التي ينتج عنها مرض أو عجز عن العمل لمدة تزيد عن 15 يوما وكانت الضحية أحد الأصول مع توافر ظرفي سبق الإصرار أو الترصد .

- أفعال الضرب والجرح التي ينتج عنها مرض أو عجز لمدة تزيد عن 15 يوما وأدت إلى الوفاة دون قصد إحداثها وكان الاعتداء واقع على قاصر دون 16 سنة مع توافر ظرف الاعتداء .

- أفعال الضرب والجرح التي ينتج عنها مرض أو عجز عن العمل لمدة تزيد عن 15 يوما وكان المجني عليه قاصر دون 16 سنة وكان الجاني أحد أصوله أو ممن يتولون رعايته.

2- تخفض العقوبة من 6 أشهر إلى سنتين بالنسبة للجنايات المعاقب عليها بالسجن المؤقت من 5 إلى 20 سنة، وذلك على النحو التالي:

- الضرب والجرح العمد الذي أدى إلى عجز لمدة تزيد عن 15 يوما مع توافر ظرفي سبق الإصرار والترصد.

- الضرب والجرح العمد الذي أدى إلى عجز لمدة تزيد عن 15 يوما وكانت الضحية قاصر لم يجاوز 16 سنة وكان الجاني أحد الأصول أو ممن لهم السلطة عليه أو يتولون رعايته.

- الضرب والجرح العمد الذي أدى إلى عجز لمدة تزيد عن 15 يوما وكانت الضحية أن أصول الجاني مع توافر ظرفي سبق الإصرار والترصد.

¹ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، المرجع السابق، ص 284.

² المادة 283 من قانون العقوبات.

- الضرب والجرح العمد الذي أدى إلى عجز لمدة تزيد عن 15 يوما ونتاجت عنه عاهة مستديمة مع توافر ظرفي سبق الإصرار والترصد.
- الضرب والجرح العمد الذي أدى إلى عجز لمدة تزيد عن 15 يوما ونتاجت عنه عاهة مستديمة والضحية أحد أصول الجاني.
- الضرب والجرح العمد الذي أدى إلى عجز لمدة تزيد عن 15 يوما ونتاجت عنه عاهة مستديمة وكانت الضحية قاصر لم يجاوز 16 سنة.
- الضرب والجرح العمد الذي أدى إلى عجز لمدة تزيد عن 15 يوما وكانت الضحية قاصر لم يجاوز سنه 16 سنة والجاني من الأصول أو ممن لهم السلطة عليه أو يتولون رعايته.

3- تخفض إلى الحبس من شهر إلى ثلاث أشهر بالنسبة للجرح ويتعلق الأمر بالضرب والجرح العمد الذي ينتج عنه مرض أو عجز لمدة تزيد عن 15 يوما.

- الضرب والجرح العمد لمدة نقل عن 15 يوما لكن اقترنت مع ظرفي سبق الإصرار والترصد أو مع حمل السلاح أو كانت الضحية أحد الأصول الشرعيين للجاني أو ممن يتولون رعايته أو كانت الضحية قاصر لم يجاوز سنه 16 سنة.

هذا وقد جاء المشرع الجزائري في المادة 276 مكرر لينص على تطبيق الفترة الأمنية الواردة في المادة 60 مكرر من قانون العقوبات وذلك في الأحوال الواردة في المواد: 265، 266، 267، 271 و272 .

والمقصود بالفترة الأمنية وفق ما جاء في المادة 6 مكرر: « حرمان المحكوم عليه من تدابير التوقيف المؤقت، لتطبيق العقوبة والوضع في الورشات الخارجية أو البيئة المفتوحة، وإجازات الخروج، والحرية النصفية والإفراج المشروط»¹.

وتطبيق الفترة الأمنية في هذه الأحوال السابقة الذكر هو أمر وجوبي باعتبارها حالات يحكم فيها بعقوبة سالبة للحرية تزيد عن 10 سنوات، وورد النص بشأنها صراحة.

هذا وقد حدد المشرع مدة الفترة الأمنية بنصف العقوبة المحكوم بها، وبخمس عشرة سنة في حالة الحكم بالسجن المؤبد، مع جواز تقليص هذه المدة والمتعلقة بحالة الحكم بالسجن المؤبد أو رفعها من طرف الجهة القضائية المختصة¹.

¹ المادة 60 مكرر من قانون العقوبات والمعدلة بموجب القانون 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

كما أجازت المادة 60 مكرر في فقرتها السادسة تطبيق الفترة الأمنية على الحالات التي لم يرد ذكرها في المادة 276 والتي تساوي فيها مدة العقوبة المحكوم بها 5 سنوات أو تزيد والتي لا يجوز أن تزيد عن 20 سنة تلت العقوبة المحكوم بها أو 20 سنة في حالة الحكم بالسجن المؤبد².

الفرع الثاني: جريمة الضرب والجرح غير العمد.

نص عليها المشرع الجزائري في المواد 289 و 442 ق ع، وسأطرق إليها بالنظر إلى الأركان القانونية المكونة لها مع مناقشة العقوبات المقررة.

أولاً: الأركان التأسيسية.

سأعالجها بالنظر إلى الركن الشرعي والركن المادي والركن المعنوي.

1-الركن الشرعي:

يتمثل في نص المادة 289 والمادة 442 ق ع³.

2 -الركن المادي:

ويمكن تسميته أيضاً بركن الضرر ذلك أن جريمة الضرب والجرح غير العمد هي من جرائم التي يشترط لقيامها حدوث ضرر بالمجني عليه، ذلك أن مجرد الخطأ غير كاف للقول بوجود جريمة والمعاقبة عليها⁴.

¹ أنظر نص المادة 60 مكرر 5/4/3/2/1

² أنظر المادة 60 مكرر 6/ من نفس القانون.

³ تنص المادة 289 ق ع على أنه: "إذا نتج عن الرعونة أو عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تجاوز ثلاثة أشهر..."، كما تنص المادة 442: "يعاقب بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 8000 إلى 16000 دج أو إحدى هاتين العقوبتين:

- الأشخاص وشركائهم الذين يحدثون جروحاً أو يعتدون بالضرب أو يرتكبون أعمال عنف أخرى... ويشترط أن لا يكون هناك سبق للإصرار أو التردد وحمل السلاح.

- كل من تسبب بغير قصد في إحداث جروح أو إصابة أو مرض...".

⁴ مكي دردوس، المرجع السابق، ص 202.

فالضرب والجرح الخطأ هو كل ضرر ظاهري أو باطني يصيب المجني عليه في جسمه أو صحته.¹ وإن كان الأخذ بالضرر كشرط للقول بقيام الجريمة والمعاقبة عليها، سيؤدي إلى إفلات عديد الأخطاء الجسيمة من العقاب.

ولابد للقول بقيام جريمة الضرب أو الجرح الخطأ من وجود رابطة سببية بين خطأ الجاني والنتيجة المترتبة عنه. ولا يشترط في المسؤول أن يكون هو المتسبب في ذلك بنفسه بل يكفي مجرد أن يكون أتى فعلاً أدى إلى وقوع الحادث.² كرب العمل الذي يمد أحد عماله بآلة غير صالحة للاستعمال فيصيب بها غيره بجروح.³

وحتى لو ساهم الضحية بخطئه في إحداث الإصابة فهذا لا ينفي المسؤولية الجزائية عن الجاني. أما في حالة عدم وجود رابطة سببية بين خطأ الجاني وفعل الإيذاء فلا جريمة ولا مساءلة، كمن يقود سيارة بدون رخصة فإذا بشخص يرمي بنفسه أمامها، فيصاب بجروح، فهنا تنتفي الجريمة لعدم وجود رابطة سببية بين السياقة بدون رخصة والإصابة التي لحقت بالشخص.⁴

ومن ثمة فإن القضاء قد استقر على قيام الرابطة السببية رغم وقوع أخطاء أخرى أو قيام الغير أو الضحية بخطأ ما.

أ - الأخطاء المتتالية:

أي وقوع خطأ من شخص آخر بعد ارتكاب الخطأ الأول كسائق السيارة الذي لم يحتاط عند القيادة فيصدم كلباً أين يثور هذا الأخير فيعض أحد المارة.

ب - خطأ الغير:

ومثاله إيقاف شخص لسيارته في مكان غير مخصص لذلك فتأتي سيارة أخرى فتصدمها وتدفعها على أحد المارة فتصيبه بجروح، فهنا يمكن القول بأن كل من سائق

¹ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، المرجع السابق، ص 77.

² نفس المرجع السابق، ص 82.

³ مكى دردوس، المرجع السابق، ص 207.

⁴ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، المرجع السابق، ص 82 .

السيارة الأولى والثاني مسؤول جزائياً باعتباره فاعل أصلي. فعليه فخطأ الغير لا يقطع الرابطة السببية¹.

ج. خطأ الضحية:

قد يساهم الضحية بخطئه في فعل الإيذاء إلا أن ذلك لا ينفي المسؤولية عن صاحب الخطأ الأول، أي أنه لا تأثير لخطأ الضحية في قيام المسؤولية²، إنما كل ما يمكن أن يحدث هو التخفيض من نسبة التعويضات المدنية التي قد تمنح للضحية، أو قد يكون ذلك ظرفاً مخففاً بالنسبة للجاني، كصاحب كلب يتركه دون حراسة فيعض شخصاً فيصيبه بجروح لكن إهمال الضحية للعلاج وقواعد النظام يزيد من تعفن الجراح، فهنا الجاني يسأل عن فعل الإيذاء البسيط دون العاهة التي قد تلحقه نتيجة التعفن الذي لحق الجرح³.

وعليه ما يمكن قوله في هذا الشأن هو أن الفقه والقضاء عموماً مستقر على الأخذ بنظرية السببية الملائمة التي تقتضي مساءلة الجاني عن فعله، متى كان سيؤدي إلى إحداث النتيجة دون النظر إلى العوامل الأخرى التي قد لا يكون لها سوى دور ثانوي لا غير وفق المجرى العادي للأمر⁴.

3. الركن المعنوي:

لابد لقيام جريمة الضرب والجرح الخطأ من وجود خطأ صادر عن الجاني، باعتبار أن انتفاء الخطأ سيجعل من فعل الضرب والجرح أمر عرضي مفاجئ لا تقوم به الجريمة ولا يحل بمقتضاه العقاب. هذا ويمكن تعريف الخطأ الجزائي على أنه: " كل تقصير في مسلك إنسان لا يقع من شخص عادي وجد في نفس الظروف الخارجية"⁵.

والفقه عموماً يميز بين نوعين من الأخطاء: خطأ عدم الاحتياط وخطأ المخالفة. وعن صور الخطأ في جريمتي الضرب والجرح غير العمد نجد أن المشرع نص في المادة 289 على صورتين للخطأ وهما الرعونة وعدم الاحتياط. في حين لو تفحصنا نص المادة 288

¹ مكي دردوس ، المرجع السابق، ص 206.

² أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص ،المرجع السابق، ص 206.

³ مكي دردوس ، المرجع السابق، ص 206.

⁴ Patrice gattegno, op.cit, p 60

⁵ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام،المرجع السابق،ص 113.

نجده ينص على أربع أنواع تتمثل في الرعونة وعدم الاحتياط، عدم الانتباه والإهمال وعدم مراعاة الأنظمة¹.

وفي الحقيقة أن ما ورد في المادة 289 من صور ما هو إلا امتداد لما جاء في المادة 288 ودليل ذلك المادة 2/442² التي نصت في إطار جرائم الإيذاء الخفيف على الصور الأربع الواردة في المادة 288.
أ. خطأ عدم الاحتياط:

يتمثل في الرعونة وعدم الاحتياط والإهمال وعدم الانتباه إضافة إلى عدم مراعاة الأنظمة.

1. الرعونة وعدم الاحتياط:

هنا يقوم الفاعل بعمل إيجابي من خلال قيامه بما لا يجب عليه فعله وهي تتسع لتشمل كل ما ينطوي على طيش وخفة وتهور. فالرعونة تعني كل فعل ينطوي على سوء تقدير قد يكون مادي أو معنوي، ومن أمثلة التصرف المادي من يصيد في مكان أهل بالسكان فيصيب شخصا بطلقة نارية عوضا عن طريدته، أما من أمثلة التصرف المعنوي ربة المنزل التي ترمي جسما صلبا من النافذة فتصيب به أحد المارة³.

أما عدم الاحتياط فهو عدم التبصر بعواقب الأمور أين يدرك الفاعل أنه قد يترتب على فعله نتائج ضارة ومع ذلك يقدم على الفعل⁴، ولعل الصورة الأمثل لهذا النوع من الخطأ هو مجال حوادث المرور كمن يقود سيارة بسرعة فيصيب أحد المارة بجرح أو صاحب كلب أين يتركه بدون حراسة فيصيب أحد الأشخاص⁵.

2- الإهمال وعدم الانتباه:

¹ أنظر نص المواد 288 و 289 من قانون العقوبات.

² أنظر نص المادة 2/442 من قانون العقوبات.

³ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص 114.

⁴ نفس المرجع السابق، ص 114.

⁵ مكى دردوس، المرجع السابق، ص 204.

ويكون باعتماد موقف سلبي من جانب الجاني. فالإهمال يعني ترك التزام مفروض قانونا والامتناع عن اتخاذ تدابير الحيطة والحذر،¹ من أمثلتها سائق السيارة الذي لا يستعمل آلة التنبيه في الطريق العام، أما عدم الانتباه فيعني عدم التركيز حين تنفيذ عمل معين، كمن لا يتخذ التدابير اللازمة لأجل ترميم حائط معرض للسقوط.²

3 - عدم مراعاة الأنظمة:

كان على المشرع لزاما أن ينص على عدم مراعاة القوانين والأنظمة، دون الاقتصار على مصطلح الأنظمة فحسب، إلا أنه يمكن القول أن ما قصده المشرع بعبارة الأنظمة التعليمات واللوائح والقوانين الداخلية... لما لها من دور مهم في تحديد وتكييف الأفعال المجرمة³. وعليه الخطأ يكمن في إتيان الفاعل لتصرف غير مشروع مخالف للأنظمة والقوانين المعمول بها، ولعل أهم مجال ينبغي فيه مراعاة القوانين والأنظمة هو مجال قانون المرور.

ب - خطأ المخالفة:

قيامه يكون بمجرد مخالفة النصوص القانونية أو التنظيمية، دون النظر إلى ما إذا كانت المخالفة ناتجة عن إهمال أو عدم الاحتياط...⁴

ثانيا: العقوبات المقررة لها.

تنقسم بدورها إلى عقوبات أصلية وأخرى تكميلية.

1-العقوبات الأصلية: وردت كما يلي:

أ. إذا نتج عن الفعل إصابة أو مرض أو عجز كلي عن العمل لمدة لا تتجاوز 3 أشهر فالعقوبة هي الحبس من 10 أيام إلى شهرين وغرامة من 8000 إلى 16.000 دج أو إحدى هاتين العقوبتين وفق ما جاء في المادة 2/442.

هذا ولا تتم المتابعة إلا بناء على شكوى مقدمة من الضحية وفق الفقرة الأولى من ذات المادة، كما أن صفح هذه الأخيرة يضع حدا للمتابعة الجزائية¹.

¹ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، المرجع السابق، ص 79.

² أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص 115.

³ Patrice gattegno, op.cit, p 56.

⁴ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص 119.

ب. إذا نتج عن الفعل إصابة أو مرض أو عجز كلي عن العمل لمدة تجاوز 3 أشهر فتعد جنحة معاقب عليها بالحبس من شهرين إلى سنتين وغرامة من 20.000 دج إلى 100 ألف دينار أو إحدى هاتين العقوبتين وفق ما جاء في المادة 289 .

2-العقوبات التكميلية:

إذا ما رجعنا إلى النصوص القانونية المتعلقة بالضرب والجرح الخطأ فإننا لا نجد أن المشرع قد خص هذا النوع من الجرائم بعقوبات تكميلية خاصة، وذلك يحيلنا إلى المادة 9 التي أورد فيها عقوبات تكميلية عامة نذكر منها: الحجر القانوني، تحديد الإقامة، المنع من الإقامة، نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة...الخ.

هذا وقد أورد المشرع ظرفين اثنين من الظروف المشددة وهما ظرفي السياقة في حالة سكر، ومحاولة تهرب الجاني من المسؤولية الجنائية أو المدنية، عند محاولته الفرار أو تغيير حالة الأماكن أو بأي طريقة أخرى أو التهرب من المسؤولية إثر حادث مرور. فعن الظرف الأول تشدد العقوبة إلى الضعف²، وبالرجوع إلى قانون المرور نجد المشرع قد نص على هاذين الظرفين بالإضافة إلى ظرف مشدد آخر يتمثل في السياقة تحت تأثير مواد أو أعشاب مخدرة.

حيث نصت المادة 1/70 على عقوبة الحبس من سنة إلى 3 سنوات وغرامة من 50 ألف إلى 150 ألف في ظرف السياقة في حالة سكر أو تحت تأثير مواد أو أعشاب مخدرة، وإذا ما ارتكبت في نفس الظروف بواسطة مركبة تابعة لأصناف الوزن الثقيل أو النقل الجماعي أو نقل المواد الخطيرة فالعقوبة هي الحبس من سنتين إلى 5 سنوات وغرامة من 100 ألف إلى 250 ألف دج المادة 2/70³.

أما عن ظرف محاولة التهرب من المسؤولية فالعقوبة المقررة له هي ذات العقوبة المقررة في ظرف السياقة في حالة سكر⁴.

¹ انظر المادة 442 والمعدلة بموجب المادة 60 من القانون 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 .

² انظر المادة 290 من قانون العقوبات.

³ الأمر رقم 90-03 المؤرخ في 22 يوليو 2009 المعدل والمتمم للقانون رقم 01-14 المؤرخ في 19.11.2001 المتعلق بتنظيم المرور عبر الطرقات وسلامتها وأمنها.

⁴ أنظر المادة 72 من ذات القانون.

المطلب الثاني: جريمة التعذيب.

تعتبر جريمة التعذيب من أكثر الجرائم خرقاً لقواعد القانون الدولي والداخلي على السواء لذلك سعى كل منهما ومنذ فترة معتبرة إلى مكافحة هذه الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان.

الفرع الأول: جريمة التعذيب في القانون الدولي.

لقد حمل القانون الدولي العديد من المحاولات من أجل تقنين جريمة التعذيب لذلك سأتطرق إلى مختلف المواثيق والاتفاقيات الدولية المتعلقة بها لأعالج بعدها الأركان القانونية المكونة لها.

أولاً: تقنين جريمة التعذيب في المواثيق الدولية.

لعل أهم المحاولات في تقنين جريمة التعذيب دولياً تبدأ مع كل من:

1- ميثاق نورمبرغ وطوكيو:

الليذان جاءا بهدف معاقبة مرتكبي جرائم الحرب، حيث أنشأت محكمة نورمورغ العسكرية بهدف محاكمة زعماء وكبار الضباط النازيين المرتكبين لجرائم حرب خلال الحرب العالمية الثانية¹.

وقد ورد اختصاص محكمة نومبورغ في المادة 6 من نظامها الأساسي بنظر جرائم معينة وقد أوردتها على سبيل المثال لا الحصر: القتل العمد، المعاملة السيئة للسكان المدنيين، هذا ويدخل التعذيب ضمن المعاملة السيئة للسكان المدنيين². كما جاءت المادة

¹ محمد عبد الله أبو بكر سلامة، جريمة التعذيب في القانون الدولي الجنائي والقانون الداخلي، بدون طبعة، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، بدون سنة، ص22.

² تنص المادة 06 من النظام الأساسي لمحكمة نورمبورغ:

05 من النظام الأساسي لمحكمة طوكيو التي أنشئت عقب مؤتمر موسكو في جانفي 1945 بغرض محاكمة مجرمي الحرب اليابانيين، لتتص على اختصاص المحكمة بنظر جنایات الحرب والتي من بينها المعاملة السيئة للسكان المدنيين والتي يندرج التعذيب تحت مفهومها .

2- ميثاق المحكمة الدولية ليوغسلافيا لعام 1993:

جاء في مادته الثانية لينص على ما يدخل ضمن اختصاصها في إطار جرائم الحرب والتي تمثل كل انتهاك خطير لاتفاقيات جنيف لعام 1949، ومن تم يؤول اختصاص النظر فيها إلى المحكمة حيث حددتها بالأفعال التي ترتكب ضد ممتلكات الأشخاص المشمولين بالحماية وفقا لاتفاقية جنيف عام 1949، وتعد جريمة التعذيب من الأفعال الخطيرة التي تجرمها الاتفاقية كما سيأتي بيانه لاحقا¹.

3- النظام الأساسي للمحكمة الدولية بروندا لعام 1994 :

نجده ينص في مادته الرابعة على الاختصاص الموضوعي للمحكمة بنظر الجرائم التي تمثل انتهاكا جسيما للمادة المشتركة بين اتفاقية جنيف لعام 1949، والمتعلقة أساسا بضحايا النزاعات المسلحة ومن ضمن هذه الانتهاكات ما جاء في الفقرة أ من المادة السالفة الذكر: "استعمال العنف ضد حياة الأشخاص أو صحتهم أو سلامتهم البدنية والعقلية وخاصة القتل فضلا عن المعاملة القاسية كالتعذيب أو بتر الأعضاء..."، وبالتالي تدخل جريمة التعذيب ضمن مفهوم جرائم الحرب حسب ما ورد في المادة².

ART 6 : Le tribunal établi par l'accord vise a l'article 1 ci-dessus pour le jugement et le châtement des grands criminels de guerre des pays européens de l'axe ont le pouvoir de juger et de punir les personnes qui agissant dans l'intérêt des pays européens de l'axe que ce soit individus on en tant que membres d'organisations a commis un des crimes suivants les actes suivants on aucun d'eux sont des crimes relevant de la compétence du tribunal pour lequel i doit y avoir une responsabilité individuelles/-crime de guerres a savoir les violations des lois ou coutumes de la guerre ces violations comprennent mais sans s'y limiter assassiner mauvais ou déportation pour des travaux forces ou pour toute autre but...c/crime contre l'humanité a savoir assassiner ...la déportation et autres actes inhumains commis contre toute population civile avant ou pendant la guerre... »

¹ تتص المادة 5 من النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا على جريمة التعذيب ضمن الجرائم ضد الإنسانية :

ART5 : CRIME CONTRE HUMANITE le tribunal international est habilite a juger les personnes présumées responsables des crimes suivants lorsqu'ils ont été commis au cours d'un conflit arme de caractère international ou interne et dirigés contre une population civile quelle soit ...torture.»

² هذا وقد نصت على جريمة التعذيب باعتبارها من الجرائم ضد الإنسانية في المادة الثالثة:

Le tribunal international pour le Rwanda est habilite à juger les personnes présumées responsables des crimes suivants lorsqu' ils ont été commis dans le cadre d'une attaque

4- نظام روما الأساسي:

والذي أورد جريمة التعذيب في مفهوم جرائم الحرب، حيث نصت المادة 2/8 على أنه: "... لغرض النظام الأساسي، تعني جرائم الحرب:

- الانتهاكات الجسمية لاتفاقيات جنيف الأربع المؤرخة في 12/08/1949.
- أي فعل من الأفعال التالية ضد الأشخاص والممتلكات وذكرت منها التعذيب.
- في حالة وقوع نزاع مسلح غير ذي طابع دولي، الانتهاكات الجسيمة للمادة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949، وهي من الأفعال التالية: "... وذكرت منها استعمال العنف ضد الحياة والأشخاص وبخاصة التعذيب"¹.

ثانيا: تقنين جريمة التعذيب في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية.
لعل أهمها:

1- قانون رقم 10 الموقع في برلين بتاريخ 1945/12/20:

أين نص على معاقبة الأشخاص المرتكبين لجرائم ضد السلام والجرائم ضد الإنسانية، حيث ذكرت الفقرة الأولى (ج) من المادة الثانية مفهوم الجريمة ضد الإنسانية وأوردت التعذيب في ضمنها².

2- اتفاقية الوقاية من جناية الإبادة والمعاقبة عليها:

صدرت هذه الاتفاقية عن الأمم المتحدة حيث أبرمت بتاريخ 1948/12/09، أين اعتمدت عقب المجازر التي ارتكبتها النازيون في أثناء الحرب العالمية الثانية، حيث نصت

généralisée et systématique dirigée contre une population on civile quelle soit en raison de son appartenance nationale politique et ethnique raciale ou religieuse :...f/torture adoptée par le conseil de securite 3453 sessiondu 8 novembre 1994 a sa resolution995.

¹ هذا وقد نصت على جريمة التعذيب باعتبارها من جرائم ضد الإنسانية حيث نصت المادة السابعة على أنه:

Art 7: crimes contre l'humanité 1-aux fins du présent statut crime contre l'humanité l'un des actes suivants l'ors qu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile la population avec la connaissance de l'attaque ...F/torture.

² محمد عبد الله أبو بكر سلامة، المرجع السابق، ص 25.

المادة الثانية منها على مفهوم الإبادة والتي يدخل ضمنها أي اعتداء خطير على السلامة البدنية والعقلية والتعذيب يمثل إحدى هذه الاعتداءات¹.

3. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان:

الذي أكد على عدم تعريض أي شخص للتعذيب أو لغيره من ضروب المعاملة القاسية والمهنية².

4. اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949:

أين تكفل هذه الاتفاقيات المعاملة الإنسانية للأسرى خلال الحروب الدولية والداخلية، إضافة إلى حماية المدنيين في الأقاليم الخاضعة لسيطرة أحد أطراف النزاع من خلال منع تعذيبهم وتعريضهم لأي شكل من أشكال المعاملة القاسية واللاإنسانية، وهو ما جاء في المادة 147 من اتفاقية جنيف الرابعة. كما نصت المادة 27 من ذات الاتفاقية على تجريم التعذيب من دولة الاحتلال على سكان الدولة المحتلة³.

5. مشروع تفتين الجنايات ضد السلام وأمن البشرية:

والذي نص في مادته الثانية على الأفعال المعتبرة جرائم ضد السلام وأمن البشرية، كالاسترقاق والنفي والتعذيب ضد عناصر من السكان المدنيين⁴.

6. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية:

¹ اعتمدت من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرار رقم 260 المؤرخ في 1948/12/09 دخلت حيز النفاذ في 1951/01/12.

² تنص المادة 5 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على انه:

Art5 : « nul ne sera soumis à la torture ni à des traitements cruels inhumains ou dégradants ».

³ هذا وقد جاء البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 ليؤكد على تجريم أفعال التعذيب الواقعة على سكان الأراضي المحتلة سواء أكان التعذيب ماديا او معنويا.

⁴ اعتمد من طرف لجنة القانون الدولي في الأمم المتحدة بتاريخ 1954/01/28.

حيث أكد في مادته السابعة على عدم جواز إخضاع أي شخص للتعذيب أو لغيره من ضروب المعاملة القاسية واللاإنسانية، كما نصت المادة العاشرة منه على وجوب معاملة جميع الأشخاص المحرومين من حرياتهم معاملة إنسانية وصون كرامتهم¹.

وفي تعليق اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية في دورتها الرابعة والأربعون أكدت على عدم جواز الانتقاص من الحقوق الواردة في المادة السابعة حتى في حالة الطوارئ، كما أوضحت اللجنة أن الحظر الذي جاءت به المادة لا يتعلق بالمساس بالسلامة البدنية فقط، بل يمتد ليشمل كل فعل من شأنه إحداث معاناة عقلية، كما ترى اللجنة وفي ذات الإطار أن الحظر يمس كذلك العقوبات البدنية التي تطبق كجزاء جنائي أو تأديبي. هذا ومن بين ما جاءت به اللجنة هو أنه على الدول الأطراف عند تقديم تقاريرها إليها أن تبين الأحكام الواردة في القانون الجنائي، والتي تقضي بالمعاقبة على التعذيب والمعاملة القاسية مع تحديد العقوبات المقررة لهذه الأفعال².

7. مشروع مبادئ آداب مهنة الطب:

والمتعلق بدور الموظفين الصحيين لاسيما الأطباء في حماية المسجونين والمحتجزين من التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية واللاإنسانية لعام 1982. حيث تضمنت مبادئ هذا المشروع إلزام الأطباء بضرورة حماية الصحة البدنية والعقلية، وحظر أي شكل من أشكال تعذيب المسجونين والمحتجزين³.

8. اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية واللاإنسانية والمهينة:

التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10/12/1984 في قرارها 46/39، وتعد أهم وثيقة لحظر التعذيب على الإطلاق، وتتكون من 33 مادة، حيث جاء تعريف التعذيب في مادتها الأولى، كما نجد الجزء الأول منها ينص على ضرورة اتخاذ الدول الأطراف لتدابير تتعلق بتطبيق مبدأ الحظر على كل إقليم خاضع لولايتها القضائية. كما أكدت على أمر مهم يتعلق بمنع ممارسة التعذيب حتى في حالة وجود ظروف استثنائية، مع

¹ أنظر نص المادة 7 والمادة 10 من العهد.

² تعليق اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية ورد على الموقع التالي: www2.ohchr.org، ص 205. اطلع عليه بتاريخ: 2012/12/09.

³ اعتمد من طرف الجمعية العامة بموجب القرار 37/194 يوم 18 ديسمبر 1982.

عدم جعل أوامر الرئيس أو السلطة السلمية مبررا لممارسة التعذيب، زيادة على ضرورة تقديم تعهد من قبل الدول الأطراف بعدم طرد أو تسليم أي شخص إلى دولة أخرى إذا ما تأكد أنه سيتعرض فيها للتعذيب.

أما الجزء الثاني في الاتفاقية فقد نص إلى إنشاء لجنة لمناهضة التعذيب، تتولى مهمة متابعة تنفيذ أحكام الاتفاقية من الدول الأطراف، وتسجيل الخروقات الصادرة عن هذه الأخيرة بشأن تطبيق أحكام الاتفاقية.

أما الجزء الثالث فيتعلق بالأحكام الخاصة بالتوقيع والانضمام والمصادقة ودخولها حيز النفاذ والدور الذي يقوم به الأمين العام للأمم المتحدة في هذا الشأن. وفي الأخير أشير إلى أن الاتفاقية قد ميزت لنا بين أفعال التعذيب وغيره من أشكال المعاملة القاسية واللاإنسانية¹.

9. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام 1979:

أين أكدت في مادتها الثالثة على منع التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية واللاإنسانية ضد المرأة².

10. اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989:

والتي نصت في مادتها السابعة والثلاثين على منع تعريض أي طفل للتعذيب وغيره من أشكال المعاملة القاسية والمهينة³.

ثالثا: تقنين جريمة التعذيب في الاتفاقيات والمواثيق الإقليمية.

أبرم في هذا الشأن، العديد من الاتفاقيات لعل أهمها:

1. على المستوى الأوربي: نجد ما يلي:

أ. الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية لعام 1950:

¹ حيث عرفت التعذيب في المادة 1/1.

ART 1/1: « aux fin de la présente convention, le terme torture désigne, tout acte par le quel une douleur ou des souffrances, ... physique ou mentales »

² اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 34/180 المؤرخ في 18 ديسمبر 1979 ودخلت حيز النفاذ في سبتمبر 1981 وفقا لأحكام المادة 1/27.

³ اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 33/44 المؤرخ في 20 نوفمبر 1989 ودخلت حيز النفاذ في 2 سبتمبر 1990 وفقا للمادة 49.

والتي أكدت المادة الثالثة منها على عدم جواز إخضاع أي إنسان للتعذيب ولا للمعاملة المهينة والقاسية¹.

ب. الاتفاقية الأوروبية لمنع التعذيب أو العقوبة اللاإنسانية أو المهينة لعام 1987.

دخلت حيز النفاذ في فبراير 1989 أين تم من خلالها تدعيم تدابير الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، والتي انبثقت عنها اللجنة الأوروبية لمنع التعذيب والمعاملة أو العقوبة اللاإنسانية والمهينة².

2. على المستوى الأمريكي:

لعل أهم ما يذكر في هذا الشأن:

أ. الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان:

أين تم النص فيها على الحق في المعاملة الإنسانية بما في ذلك عدم التعرض للتعذيب والمعاملة أو العقوبة القاسية واللاإنسانية والمهينة، -المادة الثانية والخامسة-³.

ب. اتفاقية البلدان الأمريكية لمنع التعذيب والمعاقبة عليه لعام 1985:

والتي دخلت حيز النفاذ في فبراير 1987 وأهم ما ورد فيها هو بيان التدابير وواجبات الدول بشأن قمع هذه الجريمة⁴.

3. على المستوى الإفريقي:

أهم المواثيق الواردة في هذا الشأن:

الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب:

¹ أنظر المادة الثالثة من الاتفاقية.

² أنظر المادة الأولى من الاتفاقية.

³ اعتمدت في 22 نوفمبر 1969 من طرف المؤتمر الأمريكي الدولي لحقوق الإنسان، ودخلت حيز النفاذ في 18 جويلية 1978.

⁴ أنظر نص المادة 2 و3 بشأن مفهوم التعذيب من جانب هذه الاتفاقية.

أين نص في مادته الخامسة: " لكل فرد الحق في احترام كرامته والاعتراف بشخصيته القانونية ،وحظر كافة أشكال استغلاله وامتهانه واستعباده خاصة الاسترقاق والتعذيب بكافة أنواعه والعقوبات والمعاملات الوحشية أو اللاإنسانية أو المذلة"¹.

من خلال دراستنا لهذه المواثيق والمعاهدات المختلفة نجدها تتباين في إعطائها تعريفاً للتعذيب ،إلا أنه يمكن تعريفه عموماً على أنه: كل أذى أو ألم شديد يلحق بشخص معين وبصفة عمدية ،بغرض الحصول على اعترافات أو معلومات أو بغرض معاقبته على فعل معين ارتكبه أو مشتبه في ارتكابه له، من خلال استعمال أساليب متنوعة كالقرع القاسي بالعصا، الصدمات الكهربائية، العنف الجنسي، الأشغال الشاقة...الخ.

هذا ولا يقتصر التعذيب على الأذى الجسدي بل يمتد ليشمل كل فعل من شأنه أن يحدث أذى ذهني كتهديد عائلة الضحية أو أقاربه².

رابعاً: الأركان القانونية المكونة لجريمة التعذيب الدولية.

لا بد أن تتوافر في جريمة التعذيب الدولية الأركان القانونية التالية:

1. الركن الدولي في جريمة التعذيب الدولية:

يعتبر هذا الركن هو العنصر المميز لجريمة التعذيب الدولية عن جريمة التعذيب الداخلية، ويتطلب هذا الركن أن ترتكب الجريمة من شخص طبيعي باسم الدولة وبتشجيع منها أو برضاها، بخلاف القانون الداخلي أين ترتكب الجريمة لحساب الشخص الطبيعي وباسمه ومما يترتب على توافر الركن الدولي في جريمة التعذيب هو خضوعها لأحكام القانون الدولي فيما يتعلق بالمساءلة والعقاب سواء أمام المحكمة الجنائية الدولية أو القضاء الوطني بحسب الأحوال.

2. ركن عدم المشروعية في جريمة التعذيب الدولية:

يقصد بهذا الركن وصف يلحق بسلوك معين فيدخله في نطاق التجريم. إلا أن هذا الوصف لا يكتمل إلا بانتفاء أي سبب من أسباب إباحة الفعل³، حيث انه وباستقراء نص المادة السابعة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، نجد أنها قد قررت وبالتحديد

¹ تمت إجازته، من قبل مجلس الرؤساء الأفارقة بدورته العادية رقم 18 في نيروبي (كينيا) يونيو 1981.

² محمد عبد الله أبو بكر سلامة، المرجع السابق ، ص 22.

³ نفس المرجع السابق ، ص 24.

في الفقرة الثانية بنده عدم تجريم أي فعل يحدث أذى أو ألم بدني أو نفسي متى كان نتيجة لتطبيق عقوبات قانونية وجزءاً منها¹.

وعن مصدر تجريم فعل التعذيب، فإن أساسه يرجع قبل اعتماد نظام روما الأساسي إلى القواعد العرفية باعتبارها مصدر من مصادر القانون الدولي العام، وإن وجدت اتفاقيات دولية في هذا الشأن إلا أن دورها هو الكشف عن الجريمة وليست مصدراً لتجريمها. أما في إطار المحكمة الجنائية الدولية فإن نظام روما الأساسي هو الذي أكد على مبدأ الشرعية المكتوبة من خلال ذكر طائفة الجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب وجاء في ضمنها جريمة التعذيب².

3. الركن المادي في جريمة التعذيب الدولية:

يتكون الركن المادي في جريمة التعذيب الدولية من العناصر التالية:

أ. السلوك الإجرامي:

ويتم إما باتخاذ موقف إيجابي أو سلبي، فعن السلوك الإيجابي فيكون بالقيام بمجموعة من الأفعال واتخاذ أساليب تمس بالسلامة الجسمية للشخص وهذا هو التعذيب المادي³، والذي من أمثلته الضرب بمختلف الطرق والوسائل، الحرمان من الطعام، الاعتداء الجنسي، حرق الجلد بالماء أو الزيت المغلي، أو بوسائل طبية كجعل الضحية محلاً للتجارب الطبية والعملية.

وقد تكون هذه الأفعال تمس بالسلامة المعنوية والنفسية للمجني عليه كالإذلال والتهديد بتعذيب الضحية أو أحد أقربائه، أو استخدام أساليب التحري الحديثة كجهاز كشف الكذب أو التحليل التخذييري⁴... فهذه أساليب تؤدي إلى التأثير وبشكل كبير على نفسية المجني عليه.

ب. النتيجة الإجرامية في جريمة التعذيب الدولية:

¹ أنظر نص المادة السابعة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

² محمد عبد الله أبو بكر سلامة، المرجع السابق، ص 25-26.

³ نفس المرجع السابق، ص 18.

⁴ محمد عبد الله أبو بكر سلامة، المرجع السابق، ص 19.

تتمثل النتيجة في جريمة التعذيب الدولية في المساس بسلامة الجسم المادية أو المعنوية للمجني عليه فيحدث عاهة مستديمة أو تدهور صحي، أو إضعاف لقدراته العقلية. هذا وقد يترتب على سلوك الجاني نتيجة اشد من تلك المتوقعة كأن يعتمد الجاني إحداث آلام نفسية أو بدمية بالمجني عليه مما يؤدي إلى إحداث الوفاة، فهنا يساءل الجاني على جريمة تعذيب أفقت إلى الوفاة¹.

ج. الرابطة السببية:

بشأن توافر الرابطة السببية وجدت عدة نظريات صاغها الفقه والقضاء لعل أهمها، نظرية السببية الملائمة والتي تعتبر سلوك الجاني سببا في إحداث النتيجة متى تم ذلك وفق السير العادي للأمر، كالقيام بإجراء تجارب طبية وبيولوجية على جسم المجني عليه مما يؤدي إلى إحداث تشويه بدني أو عاهة عقلية².

1. الركن المعنوي:

تعتبر جريمة التعذيب من الجرائم العمدية التي يشترط القانون بشأنها ضرورة توافر القصد الجنائي، ويتمثل القصد الجنائي في جريمة التعذيب الدولية إلى انصراف إرادة الدولة أو أحد ممثليها إلى إلحاق أذى بدني أو نفسي بالمجني عليه، هذا ولا بد أن تتصرف إرادة الجاني إلى تحقيق النتيجة الإجرامية كذلك، ألا وهي المساس بسلامة الجسم البدنية أو المعنوية للمجني عليه³.

وبالرجوع إلى نص المادة 30 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، نجده ينص على العناصر المكونة للركن المعنوي في الجريمة الدولية، والتي يدخل ضمنها جريمة التعذيب ألا وهي عنصري العلم والإرادة⁴.

خامسا: العقوبات المقررة لجريمة التعذيب الدولية.

¹ محمد عبد الله أبو بكر سلامة، المرجع السابق، ص 41.

² نفس المرجع السابق، ص 43.

³ نفس المرجع السابق، ص 50.

⁴ أنظر نص المادة 30 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

نصت المادة 77 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على العقوبات المطبقة على الشخص المحكوم عليه لارتكابه جريمة من الجرائم الواردة في المادة الخامسة، والتي يدخل ضمنها جريمة التعذيب وهي كالتالي:

- السجن لفترة أقصاها 30 سنة.

- السجن المؤبد عندما تكون الجريمة قد وصلت إلى نوع من الخطورة البالغة.

هذا ويجوز علاوة على ذلك للمحكمة أن تفرض غرامة تحدد بمقتضى المعايير الإجرائية وقواعد الإثبات المعمول بها، وكذا مصادرة العائدات والممتلكات الناتجة عن الجريمة سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة هذا مع مراعاة حقوق الغير حسن النية¹.

الفرع الثاني: جريمة التعذيب في القانون الداخلي.

لقد جرم المشرع الجزائري جريمة التعذيب باعتبارها من الجرائم الماسة بسلامة الجسم ، وذلك في الباب الثاني من الفصل الأول ضمن القسم الأول بعنوان القتل والجنايات الأخرى الرئيسية وأعمال العنف العمدية.

لكن ينبغي الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قبل تعديله لقانون العقوبات لم يكن ينص إلا على جريمة التعذيب الواقعة من الموظف العام ،دون تجريم فعل التعذيب بصفة عامة. وعليه سأتناول هذه الجريمة من خلال دراستها بصفة عامة ثم أتطرق إلى التعذيب الممارس من قبل الموظف العام.

أولا: جريمة التعذيب بصفة عامة.

لقد جاء المشرع الجزائري في المادة 263 مكرر ليعرف جريمة التعذيب على أنها: "كل عمل ينتج عنه عذاب أو ألم شديد جسدي كان أو عقلي يلحق عمدا بشخص، مهما كان سببه"². وإذا ما رجعنا إلى التشريع الفرنسي لا نجد أن المشرع الجنائي عرف جريمة التعذيب، وإنما ترك الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء. حيث يعرفها الفقه الفرنسي على أنها أعمال عنف على درجة كبيرة من الجسامة والتي تقع اعتداء على سلامة جسم الإنسان دون قصد إزهاق روحه.

¹ أنظر نص المادة 77 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

² المادة 263 مكرر من القانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 المتضمن قانون العقوبات.

هذا وأشار إلى أن المشرع الفرنسي نص أيضا على الأعمال البربرية والتي تقترب نوعا ما من التعذيب، حيث عرفت على أنها أعمال يظهر من خلالها الجاني قسوة ووحشية متناهيتين على نحو يثير الرعب والاستهجان العام¹.

ومن التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري حول جريمة التعذيب يمكننا استخراج الأركان المكونة لها. لآتطرق بعدها إلى العقوبات المقررة لهذه الجريمة.

1. الأركان المكونة لجريمة التعذيب:

لقيام جريمة التعذيب لابد من توافر الأركان التالية:

أ. الركن المادي: وسأتناوله من خلال العناصر الثلاث الآتية:

1. السلوك الإجرامي: ويتخذ إحدى الصور التالية:

- التعذيب الصادر عن الجاني:

ويتمثل في كل فعل من شأنه أن يحدث ألما شديدا بالضحية، ومن ثمة انتهاك السلامة الجسمية للمجني عليه،² باستخدام أساليب ووسائل متعددة كالحرق أو الصعق بالكهرباء... ومن أمثلته في القضاء الفرنسي الجناة الذين ضربوا الضحية لمدة 5 ساعات بالسوط على رجليها، ثم أشربوها كمية معتبرة من الماء المالح مع مسك عنقها والضغط عليها وإدخال منشفة في فمها³.

هذا ولا يشترط في التعذيب أن يكون ماديا فقط إذ يمكن أن يكون معنويا، فيؤدي إلى الحط من كرامة الضحية وإذلال نفسه ومن أمثلته إلباس الرجال ملابس نسائية أو وضع ألجمة خيل على أفواههم⁴... الخ.

¹ Michel Veron, op.cit. P32.

² أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، المرجع السابق، ص 67.

³ نفس المرجع السابق، ص 67-68.

⁴ محمد عبد الله أبو بكر سلامة، المرجع السابق، ص 124.

- التحريض على ممارسة التعذيب:

أين لا يقوم الجاني بممارسة فعل التعذيب بنفسه مباشرة، وإنما يدفع الغير نحو ذلك مع ضرورة مراعاة الشروط الواجب توافرها في المحرض والواردة في المادة 2/41 ق.ع.¹

- الأمر بالتعذيب:

هنا يقوم الجاني بإصدار أوامر للغير من أجل تعذيب الضحية، وعليه الأمر يفترض وجود سلطة قانونية أو فعلية يمارسها الجاني على الغير، وحتى تقوم مسؤولية مصدر الأمر لا بد من توافر الشروط التالية:

- ممارسة الأمر بالتعذيب للسلطة القانونية أو الفعلية على الشخص الخاضع لأوامره.
- إثبات قيامه بدوره الرقابي على ممارس التعذيب، وقدرته على منعه من ذلك، أو معاقبته في حالة عدم الخضوع لأوامره.²

2. النتيجة الإجرامية:

وتتحقق من خلال المساس بالسلامة الجسمية للمجني عليه بدنية كانت أم معنوية. فالأولى تتحقق بحصول إيذاء بدني أو عقلي للضحية -التعذيب المادي-، والثانية تكون بالحط من كرامته وتدهور حالته النفسية -التعذيب المعنوي-.

3. الرابطة السببية:

لابد من وجود علاقة سببية بين فعل الجاني والنتيجة الإجرامية لأجل اكتمال الركن المادي لها، هذه الأخيرة التي نقول بتوافرها متى أدى فعل الجاني إلى إحداث النتيجة وفقا للمجرى العادي للأمر.

ب. الركن المعنوي:

لقيام جريمة التعذيب لا بد من توافر كل من القصد الجنائي العام والخاص باعتبارها من الجرائم العمدية، فالقصد الجنائي العام يكون بانصراف إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة وتحقيق النتيجة الإجرامية، مع علمه بالأركان المتطلبة قانونا، أما القصد الجنائي الخاص

¹ تنص المادة 41 من قانون العقوبات: "يعتبر فاعلا كل من ساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة أو حرض على ارتكاب الفعل بالهبة أو الوعد أو التهديد أو إساءة استعمال السلطة أو الولاية أو التحايل أو التدليس الإجرامي.

² وصفي هاشم عبد الكريم الشرع، جريمة التعذيب في قانون العقوبات العراقي، ص 18، على الموقع:

فيتمثل في الغاية التي يقصدها الجاني من وراء فعله، وهي إيلاام الجاني وإلحاق أذى به سواء كان مادي أو معنوي¹.

2.العقوبات المقررة لهذه الجريمة:

نشير في هذا الصدد إلى كل من العقوبات الأصلية والتكميلية.

أ.العقوبات الأصلية:

نص المشرع على عقوبة السجن المؤقت من 5 إلى 10 سنوات وغرامة مالية من 100000 إلى مليون دج والتي تطبق على الفاعل المادي والمعنوي معا -المحرض ومن يحمل غيره على ارتكاب الجريمة-².

ب.العقوبات التكميلية:

تطبق على الجاني العقوبات التكميلية الواردة في المادة 09 والمادة 09 مكرر كالحجر القانوني أو تحديد الإقامة أو نشر وتعليق حكم الإدانة...الخ.³ وفي مجال المتابعة الجزائرية نجد أن المشرع الفرنسي قد نص في الماد 1/689 من قانون الإجراءات الجزائرية على متابعة مرتكب جريمة التعذيب، حتى ولو تمت خارج التراب الفرنسي، وهو ذات الأمر الذي جاءت به اتفاقية مناهضة التعذيب السابقة الذكر، والتي أكدت في مادتها الخامسة فقرة ثانية على مبدأ الاختصاص العالمي والذي بمقتضاه يمكن متابعة مرتكبي جريمة التعذيب حتى لو تمت خارج التراب الفرنسي. في حين أن المشرع الجزائري لم ينص على أي حكم يقضي باختصاصه في نظر جرائم التعذيب المرتكبة في الخارج، رغم أنها صادقت على اتفاقية مناهضة التعذيب.

ثانيا: جريمة التعذيب الصادرة عن الموظف العام.

¹ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص،المرجع السابق، ص 68.

² انظر نص المادة 263 مكرر 1 من قانون العقوبات.

³ انظر نص المادة 9 والمادة 9 مكرر من قانون العقوبات.

وسأتناولها من خلال دراسة أركانها القانونية والعقوبات المقررة لها.

1. الأركان المكونة للجريمة:

هي ذات الأركان السابق ذكرها في جريمة التعذيب بصفة عامة مع الاختلاف في الركن المفترض والمتمثل في صفة الموظف العام.

أ. الركن المفترض:

ويتعلق بصفة الجاني أين اشترط المشرع توافر صفة الموظف العام في الشخص، لكن لتحديد هذه الصفة لا بد من إعطاء تعريف للموظف العام.

لقد وجدت عدة تعاريف للموظف العام، منها التعريف الذي جاءت به المحكمة الإدارية العليا المصرية حيث عرفته على أنه: "من يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى، عن طريق شغله منصبا يدخل في التنظيم الإداري لذلك المرفق"¹.

إلا أن التعريف الجامع للموظف العام هو كل شخص عين في منصب دائم لخدمة شخص من أشخاص القانون العام بشكل مباشر².

هذا ولا بد أن تتوافر صفة الموظف في الجاني لحظة ارتكابه السلوك الإجرامي، ذلك أنه لو زالت عنه هذه الصفة لحظة ارتكاب الجريمة أو اكتسبها بعد ذلك، فلا ينطبق عليه نص المادة 263 مكرر 2/1، وإنما يتابع على أساس الفقرة الأولى من ذات المادة، هذا ولا يشترط توافر صفة الموظف فحسب للقول بوقوع الجريمة بل لا بد أن يكون الموظف ارتكب العدوان بالاعتماد على سلطته الوظيفية.

ب. الركن المادي:

وسأعالجه من خلال دراسة كل من السلوك الإجرامي، النتيجة والعلاقة السببية.

1. السلوك الإجرامي: ويتجسد بدوره في الصور التالية:

¹ عبد الغني البسيوني عبد الله، القانون الإداري، بدون طبعة، دار المعارف، مصر، 1991، ص 245.

² وقد عرفت المادة 04 من الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 5 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للتوظيف العمومي، الموظف العام: "يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية، دائمة ورسم في رتبة في السلم الإداري".

- الأمر بالتعذيب:

وهي صورة تقتضي توافر شخصين الأول هو القائم بالتعذيب، والثاني هو الأمر بالتعذيب، ولقيام السلوك الإجرامي لا يكفي الأمر لوحده بل لا بد من حصول فعل التعذيب فعلا تنفيذا للأمر، ذلك أن جريمة التعذيب هي من الجرائم المادية التي تتطلب تحقق النتيجة الإجرامية وهي المساس بالحق في سلامة جسم الضحية.

هذا وقد يرد التعذيب في صورتين: الأولى تكون في شكل تعذيب بدني للضحية كضربه ضربا مبرحا، أو غمر جسم المجني عليه بالماء، أو تعريضه لصدمات كهربائية في أماكن حساسة من جسمه، والثانية في شكل تعذيب نفسي ومعنوي كإذلال المجني عليه أو إرهاقه أو وضعه في مكان معزول عن الناس إلى غير ذلك من الأساليب¹

- ممارسة الموظف للتعذيب أو التحريض على ممارسته:

في الحالة الأولى يرتكب الفعل الإجرامي من الموظف نفسه دون الاستعانة بالغير فيتم بإحدى الصورتين السابق ذكرهما، أما في الحالة الثانية فالموظف هنا لا يقوم بالتعذيب بنفسه وإنما يحرض الغير على القيام بذلك من خلال حث الجاني ودفعه إلى ارتكاب الجريمة. لكن لا بد أن يكون وقوع الجريمة بناء على التحريض².

2. النتيجة الإجرامية:

تتمثل النتيجة الإجرامية في جريمة التعذيب في المساس بالحق في سلامة الجسم سواء المساس بالحق في الاحتفاظ بالسير الطبيعي لوظائف الجسم، أو التكامل الجسدي، أو بالحق في التحرر من الآلام النفسية والبدنية، فإذا ما أدى فعل الجاني إلى الاختلال بإحدى هذه العناصر الثلاث نقول بتحقق النتيجة الإجرامية³.

3. الرابطة السببية:

¹ محمد عبد الله أبو بكر سلامة، المرجع السابق، ص 124.

² نفس المرجع السابق، ص 125.

³ نفس المرجع السابق، ص 126.

هي العنصر الثالث من عناصر الركن المادي المكون للجريمة، وبناء عليه تقوم العلاقة السببية متى أدى فعل الجاني (الأمر بالتعذيب أو ممارسته أو التحريض عليه) إلى حصول النتيجة الإجرامية أي تحقق الأذى البدني أو النفسي.

ج. الركن المعنوي:

تعتبر جريمة التعذيب من الجرائم العمدية التي يشترط لقيامها ضرورة توافر القصد الجنائي العام والخاص، ويتمثل القصد الجنائي العام في اتجاه إرادة الجاني إلى المساس بالحق في سلامة الجسم مع علمه بأنه يأتي فعل مجرم قانونا، هذا ويجب أن تتصرف الإرادة كذلك إلى العلم بالركن المفترض والمتمثل في تمتعه بصفة الموظف العام.

أما القصد الخاص فهو يتمثل أساسا في الغاية التي قصدها الجاني من وراء فعله، وإن كان المشرع في الأصل لا يعتد بالباعث من وراء ارتكاب الجريمة إلا أنه استثناء أخذ بالباعث في هذه الحالة وهو الحصول على اعترافات أو معلومات¹، ثم تركها المشرع بعد ذلك مفتوحة بقوله أو لأي سبب آخر أي مهما كان الدافع من وراء ذلك.

2. العقوبات المقررة قانونا:

عاقب المشرع الموظف العام المرتكب لجريمة التعذيب بالسجن المؤقت من 10 سنوات إلى 20 سنة، وبغرامة من 150000 دج إلى 1600000 دج. هذا وفي حالة توافر ظرف التعدد الحقيقي للجرائم، بأن صاحب التعذيب أو تلاه جنائية أخرى غير القتل العمد، تكون العقوبة هي السجن المؤبد. وتجدر الإشارة أخيرا إلى أن المشرع الجزائري عاقب حتى على السلوك السلبي في جريمة التعذيب، - السكوت عن أفعال التعذيب أو بموافقة عليها-، بالسجن المؤقت من 05 سنوات إلى 10 سنوات.²

المطلب الثالث: صور الاعتداءات الأخرى الماسة بالجسم البشري .

¹ محمد عبد الله أبو بكر سلامة، المرجع السابق، ص 128 .

² أنظر نص المادة 263 مكرر 1 من قانون العقوبات.

سأحاول دراستها من خلال تناول كل من جريمة إعطاء مواد ضارة بالصحة وجريمة الخصاص لأتطرق في الأخير إلى جريمة الاتجار بالأعضاء.

الفرع الأول: جريمة إعطاء مواد ضارة بالصحة.

تعد هذه الجريمة من بين الجرائم الماسة بسلامة جسم الإنسان، وقد نص عليها المشرع الجزائري في المادتين 275، 276 ق.ع.
أولاً: الأركان القانونية المكونة لهذه الجريمة.

بالإضافة إلى الركن الشرعي الذي يتجسد أساساً في المادة 275 من قانون العقوبات¹، لا بد أيضاً من توافر ركن مادي وآخر معنوي يتمثل في القصد الجنائي.

1. الركن المادي:

إن قيام جريمة إعطاء مواد ضارة بالصحة تقتضي توافر العناصر التالية:

أ. السلوك الإجرامي:

يتمثل في إعطاء مواد غير قاتلة للمجني عليه، غير أن إعطاء المادة لا يكون بمجرد تناولها أو تسلمها وإنما لا بد من اتصال جوهر المادة الضارة بالجسم بطريقة مباشرة²، حتى ولو لم يكن التسليم في ذاته مباشراً.

هذا ولم يبين لنا المشرع طبيعة المادة، فيستوي أن تكون سائلة أو غازية أو صلبة³، كما لا تهم طريقة إعطائها فقد توضع على ظاهر الجلد فيمتصها أو بحقنة أو بطريق الفم أو الأنف ... ذلك أن المهم هو ما تحدثه من ضرر أو اضطراب يخل بسلامة الجسم والسير العادي لوظائفه⁴.

فباعتبار أن الحق في سلامة الجسم يحتوي على ثلاث عناصر أساسية: وهي التكامل الجسدي، الصحة، والتحرر من الآلام البدنية والنفسية، فالمساس بالتكامل الجسدي يحدث إذا ما أدت المادة الضارة إلى انفصال بين الخلايا والأنسجة، كأن يضع الجاني مادة

¹ تنص المادة 275 على أنه: "يعاقب بالحبس... كل من سبب للغير مرضاً أو عجزاً عن العمل الشخصي وذلك بان إعطاء عمداً وبأي طريقة كانت بدون قصد إحداث الوفاة مواد ضارة بالصحة".

² أحمد أبو الروس، المرجع السابق، ص 64.

³ عوض محمد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، بدون طبعة، دار النجاح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1985، ص 149.

⁴ أحمد أبو الروس، المرجع السابق، ص 64.

كيمياوية فوق الجلد مما يؤدي إلى تمزق على مستوى الأنسجة والخلايا، في حين أن الإضرار بالصحة يكون بإحداث خلل على مستوى جهاز من أجهزة الجسم، أو الزيادة من حجم الخلل الذي كان موجودا على مستواه، كتناول شراب ممزوج بمادة ضارة تؤثر على المعدة، كما قد يؤدي الفعل إلى المساس بعنصر ثالث من عناصر سلامة الجسم بأن يحدث آلاما لم تكن موجودة من قبل¹.

كما أشير إلى أن المشرع لم يعطنا أمثلة أو يحدد لنا قائمة بهذه المواد الضارة وإنما ترك الأمر لسلطة القاضي التقديرية بالنظر إلى وقائع الدعوى وبالاستناد إلى الخبرة الفنية².

ب. النتيجة الإجرامية:

جريمة إعطاء مواد ضارة بالصحة هي من جرائم الضرر التي اشترط المشرع لقيامها ضرورة حدوث ضرر يلحق بجسم المجني عليه، إلا أن صفة هذا الضرر هي نسبية تختلف بحسب ظروف كل واقعة، من طريقة تناول المادة ومقدارها وحالة الشخص المقدمة إليه من طفل أو امرأة حامل أو شيخ...³، فهذه عوامل كلها من شأنها أن تؤثر في النتيجة، وتجعلها مختلفة في كثير من الأحيان، إلا أن الأمر الأساسي في كل هذا أن تكون مضرة بالصحة وأن ينشأ عنها مرض أو عجز عن العمل.

لكن إن كان مدلول المرض واضحا من خلال كل اعتلال وآلام تلحق بصحة المجني عليه، فإن مدلول العجز عن العمل الشخصي غير واضح، حيث أن المشرع لم يبين لنا طبيعة العمل الشخصي، فيما إذا كان يشمل فقط العجز عن القيام بالأعمال العادية أم تمتد للأعمال المهنية وهل هذا العجز تام أم جزئي.

في هذا الشأن اتجه جانب فقهي إلى القول أن عجز المجني عليه عن العمل يتمثل في كل عجز عن ممارسة أنشطة الحياة الطبيعية بشكل كلي، غير أنه وبحسب ما ذهب إليه الفقه الفرنسي وهو الرأي الراجح فإن العجز الكلي عن أداء الأعمال الشخصية لا يعني العجز عن أداء الأعمال الشاقة⁴، بل يكفي للقول بتحقيق العجز عدم تمكن المجني عليه من

¹ عوض محمد، المرجع السابق، ص 150.

² عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 201.

³ عوض محمد، المرجع السابق، ص 149.

⁴ عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 202.

ممارسة بعض الأنشطة التي تقتضيها متطلبات الحياة اليومية، من مشي ووقوف وكل تحريك لأعضاء الجسم¹. حيث أن هذا المفهوم لا يمكن أن يمتد ليشمل الأعمال الداخلة في إطار ممارسة حرفة أو مهنة باعتبارها ليست عنصرا مكونا للجريمة².

هذا ويرجع تقدير الضرر وجسامته إلى قاضي الموضوع، حيث اعتبر القضاء الفرنسي إصدار غازات مسيلة للدموع فعل يشكل جريمة إعطاء مواد ضارة بالصحة³.

ج - الرابطة السببية:

لاكتمال الركن المادي في جريمة إعطاء مواد ضارة بالصحة، لابد من وجود رابطة سببية بين فعل الجاني في إعطاء المادة الضارة والمرض أو العجز الذي يلحق بالمجني عليه، ذلك أنه إذا ما تداخلت عوامل أخرى غير مألوفة مع نشاط الجاني، فهذا من شأنه أن يقطع الرابطة السببية على النحو السابق بيانه.

2. الركن المعنوي:

جريمة إعطاء مواد ضارة بالصحة هي من الجرائم العمدية التي اشترط المشرع لقيامها ضرورة توافر القصد الجنائي العام والخاص على السواء، الأول يتمثل في إرادة الجاني إتيان فعل مجرم ومعاقب عليه قانونا، وقصد خاص يتم من خلال توافر نية إلحاق الأذى والمساس بصحة المجني عليه، حتى ولو كان هذا القصد غير محدد بمعنى حتى ولو لم يقصد بذلك شخصا بعينه كمن يضع مادة ضارة بالصحة في بئر يشرب منه الناس. وحتى الخطأ في شخص المجني عليه لا يؤثر في قيام الجريمة والمعاقبة عليها، كمن أعطى شرابا واضعا فيه مادة مضرّة بالصحة وتناولها شخص آخر غير الشخص المقصود⁴.

ثانيا: العقوبات المقررة قانونا.

بالرجوع إلى نصوص قانون العقوبات نجده ينص على عقوبات أصلية وأخرى تكميلية.

¹ جلال ثروت، المرجع السابق، ص 368.

² عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 604.

³ مبروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 188.

⁴ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، المرجع السابق، ص 39.

1. العقوبات الأصلية:

وهي على النحو التالي:

- في حالة ما إذا ترتب على إعطاء المادة الضارة مرض أو عجز عن العمل لمدة لا تتجاوز 15 يوماً، فالعقوبة هي الحبس من شهرين إلى 3 سنوات وغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج هذا بموجب ما جاء في المادة 1/275.
- في حالة ما إذا ترتب عليه مرض أو عجز لمدة تتجاوز 15 يوماً فالعقوبة هي الحبس من سنتين إلى 5 سنوات بموجب المادة 2/275.
- أما إذا نتج عن الفعل مرض يستحيل برؤه أو عجز عن استعمال عضو أو عاهة مستديمة فالعقوبة هي السجن من 5 إلى 10 سنوات بحسب المادة 4/275.
- في حالة ما إذا أدى إلى الوفاة دون قصد إحداثها فالعقوبة السجن من 10 إلى 20 سنة. هذا وتشدد العقوبة بحسب ما جاء في المادة 276 وذلك إذا كان الجاني من أحد الأصول أو الفروع أو أحد الزوجين أو من ير المجني عليه أو من أحد الأشخاص الذين لهم سلطة عليه أو يتولون رعايته وذلك على النحو التالي:
- الحبس من سنتين إلى 5 سنوات وذلك في حالة ما إذا ترتب عن الفعل مرض أو عجز عن العمل لمدة لا تتجاوز 15 يوماً.
- السجن المؤقت من 5 إلى 10 سنوات وذلك في حالة ما إذا ترتب عليه مرض أو عجز عن العمل لمدة تتجاوز 15 يوماً.
- السجن المؤقت من 10 إلى 20 سنة وذلك إذا ما نتج عن الفعل مرض يستحيل برؤه أو عجز عن استعمال عضو أو عاهة مستديمة.
- السجن المؤبد في حالة ما إذا أدى إلى حصول الوفاة دون قصد إحداثها.

2 . العقوبات التكميلية:

وهي نوعان إلزامية وأخرى اختيارية، الأولى تتقرر في الحالة التي يوصف فيها الفعل على أنه جنائية وهي الحالة الواردة في المادة 275 الرابعة والخامسة¹، والحالات الواردة في المادة 276 بفقراتها الثانية والثالثة والرابعة.

أما الاختيارية فتتمثل بحسب المادة 3/275 في الحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 والتي تحيلنا على المادة 9 مكرر 1، ومن أمثلتها: العزل أو الإقصاء من جميع الوظائف والمناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة، عدم الأهلية لأن يكون وصيا أو قيما...².

وبالرجوع إلى نص المادة 276 مكرر نجد أن المشرع الجزائري قد نص من خلالها على تطبيق الفترة الأمنية الواردة في المادة 60 مكرر، غير أن تطبيقها حصره المشرع في الفقرة 4 و5 من المادة 275 والفقرات 2، 3، 4 من المادة 276، باعتبارها الحالات التي تساوي فيها العقوبة أو تزيد عن المدد المحددة في المادة 60 مكرر.

الفرع الثاني: جنائية الخصاء

نص المشرع الجزائري على جريمة الخصاء في المادة 274 ق ع، واعتبرها من الاعتداءات الماسة بسلامة الجسم.

أولاً: المقصود بالخصاء

الخصاء يعني قطع العضو التناسلي وذلك من خلال استئصال الخصيتين عند الرجل والمبيضين عند المرأة³، وهو جريمة عرفت منذ القدم مارسها الشعوب الشرقية القديمة حيث كان البابليون والآشوريون يخصون أولاد الأسرى، وكذلك الحال بالنسبة للمصريين الذين كانوا يخصون الزوج الآتين من الحبشة والسودان.

كما كان الخصاء يمثل عقوبة عند المصريين تطبق على الزاني، وعند الآشوريين كانت تطبق على السارق. هذا وقد انتشر فعل الخصاء عند المسيحيين الذين كانوا يخصون أولادهم ليصيروا رهبانا⁴.

¹ أنظر نص المادة 9 مكرر من قانون العقوبات.

² ونص المادة 9 مكرر 1 من ذات القانون.

³ مكي دردوس، المرجع السابق، ص 189.

⁴ مارك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 89.

ثانيا: موقف الشريعة الإسلامية من الخصاء.

لقد حرمت الشريعة الإسلامية الخصاء واعتبره تعذيبا، كما نهى النبي صلى الله عليه وسلم جماعة من الصحابة أرادوا أن يخصوا أنفسهم للعفة والزهد في الدنيا¹، لما جاء في حديث عمرو بن عون قال حدثنا خالد بن إسماعيل عن قيس عن عبد الله رضي الله عنه قال: " كنا نغزو مع النبي صلى الله عليه وسلم وليس معنا نساء، فقلنا ألا نختصي؟ فنهانا عن ذلك، فرخص لنا بعد ذلك أن نتزوج المرأة بالثوب، ثم قرأ: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طبيبات ما أحل الله لكم﴾².

ثالثا: أركان جريمة الخصاء

بالإضافة إلى الركن الشرعي والمتمثل في نص المادة 274 ق ع، لجريمة الخصاء ركن مادي وآخر معنوي.

1.الركن المادي:

يتمثل في إتيان الجاني لسلوك إجرامي مادي إيجابي يتم من خلال بتر العضو التناسلي سواء عند الرجل أو المرأة³، وإن كان الفعل في الحالة الأخيرة يتطلب القيام بعملية جراحية⁴.

2.الركن المعنوي:

جريمة الخصاء هي جريمة عمدية اشترط المشرع لقيامها توافر القصد الجنائي، من خلال نية حرمان المجني عليه من الإنجاب، أما في حال عدم توافر مثل هذا القصد لدى

¹مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 89.

² البخاري، صحيح البخاري، كتاب تفسير القرآن، باب قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طبيبات ما أحل لكم"، رقم الحديث، 4615، ص 547.

³ مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 88.

⁴ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، المرجع السابق، ص 66.

الجاني بأن ارتكب فعل ضرب أو جرح أدى إلى حدوث هذه العاهة، فالجريمة هنا تصنف على أنها فعل ضرب أو جرح أفضى إلى إحداث عاهة¹.

هذا وينبغي التفرقة بين التعقيم والخصاء، ذلك أن التعقيم لا يؤثر على القدرة الجنسية لدى الشخص وإنما يمنع الإنجاب فقط، في حين أن الخصاء يعدم القدرة على المعاشرة الجنسية والإنجاب معا².

رابعاً: العقوبات المقررة لها:

نص المشرع على عقوبة السجن المؤبد وذلك في المادة 1/274 ق.ع. وفي حالة الوفاة يعاقب عليها بالإعدام وفق الفقرة الثانية من ذات المادة³، هذا ولا يشترط أن تحصل الوفاة في الحال إذ يمكن أن يتراخى حدوثها.

كما تطبق على الجاني العقوبات التكميلية الإلزامية والاختيارية الواردة في المواد 9 و9 مكرر و9 مكرر 1، والتي سبق بيانها في المطلب الأول من هذا المبحث. هذا وتطبق الفترة الأمنية الواردة في المادة 60 مكرر إلزاماً باعتبار الجريمة جنائية معاقب عليها بالسجن المؤبد.

الفرع الثالث: جريمة الاتجار بالأعضاء

جريمة الاتجار بالأعضاء هي من الجرائم العابرة للحدود الوطنية، كما أنها جريمة مستحدثة بالمقارنة مع الظواهر الإجرامية الأخرى.

أولاً: نشأة ومفهوم جريمة الاتجار بالأعضاء

ترجع نشأة هذه الجريمة إلى ما بعد النصف الثاني من القرن العشرين بعدما عرفت عمليات نقل وزراعة الأعضاء عدة نجاحات، لعل أبرزها العملية التي أجريت على فتاة أمريكية والتي زرع لها سبعة أعضاء عام 1997، وزراعة خمسة أعضاء تمثلت في الكبد، البنكرياس، المعدة، الأمعاء الغليظة، الأمعاء الدقيقة لشخص في العقد الرابع من العمر.

¹ مارك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 88.

² نفس المرجع السابق، ص 89.

³ أنظر نص المادة 2/1/274 من قانون العقوبات.

والاتجار بالمعنى العام يقصد به البيع والشراء بغرض تحقيق الربح، فإذا كان محل هذا الاتجار مشروعاً كانت التجارة مشروعة، أما إذا لم يكن المحل مشروعاً كنا أمام تجارة غير مشروعة¹.

أما عن تعريف جريمة الاتجار بالأعضاء، فإنه لا يوجد معنى دقيق لها، إلا أنه وما يمكن قوله بشأنها هو أنها جريمة تمثل صورة من صور عمليات الاتجار بالأشخاص، والتي عرفت في بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية² على أنها: "كل تجنيد للأشخاص أو نقلهم أو إيوائهم أو استقبالهم بالتهديد بالقوة، أو بأي أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إعطاء مزايا أو مبالغ نقدية للسيطرة عليه بهدف الاستغلال في الجريمة"³. كما عرف من طرف منظمة العفو الدولية على أنه: "كل انتهاك لحق الشخص في الحياة والسلامة الجسمية والعقلية والحرية، وأمنه وكرامته والحق في الخصوصية والتنقل والسكن"⁴.

ثانياً: الموقف القانوني من عمليات الاتجار بالأعضاء.

إن حرمة الجسم البشري تتطلب رفض أي شكل من أشكال المساس بسلامته، بما في ذلك إخضاعه للتجارب الطبية والعلمية والى عمليات الاتجار، وفي سبيل تأمين نوع من السلامة والحماية القانونية له جاءت عديد الاتفاقيات والمواثيق الدولية تنص على حرمة الكيان البشري، لعل أهمها وكما سبق الذكر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948⁵، واتفاقية جنيف الخاصة بمعاملة أسرى الحرب والمؤرخة في 12/08/1949، حيث جاءت لتؤكد على حقوق الإنسان وضرورة حمايتها وبخاصة الحق في السلامة البدنية

¹ مراد بن علي زريقات، "جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، قراءة أمنية سوسولوجية"، على الموقع

www.murad-zurikat.com/security_sciences07.html اطلع عليه بتاريخ: 2011/12/10.

² اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 25 الدورة الخامسة وخمسون المؤرخ في 15 نوفمبر 2000.

³ انظر نص المادة الثالثة منه.

⁴ تعريف منظمة العفو الدولية للاتجار بالأعضاء على الموقع التالي: www.nchr.org.jo/arabic/ اطلع عليه بتاريخ: 2011/12/10.

⁵ تنص المادة 3 من الإعلان "لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه." والمادة 4: "لا يجوز استرقاق أو استعباد أي شخص ويحظر الاسترقاق وتجارة الرقيق بكافة أوضاعهما."

هذا وقد جاء البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف لعام 1977، والمتعلق بحماية ضحايا النزاعات الدولية المسلحة في مادته الحادية عشر ليؤكد على ذلك، ليأتي البروتوكول الإضافي الثاني والمتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية ليحظر أي مساس بالصحة والسلامة الجسمية للأشخاص¹.

كما حظرت اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية اللاإنسانية هي الأخرى أي شكل من أشكال المساس بالسلامة الجسمية، بما فيها التجارب الطبية على أجسام الأسرى وعمليات نقل الأعضاء التي تقع عليهم. هذا وقد أصدرت لجان وجمعيات دولية عدة توصيات في سبيل حظر عمليات الاتجار بالأعضاء، ولعل أهمها نذكر.

- الجمعية الطبية العلمية:

وذلك في اجتماع عقد في بروكسل عام 1985 والآخر عام 1987، أهم ما جاء في هذه التوصيات هو حظر الاتجار بالأعضاء البشرية، مع تأكيدها على مبدأ هام في مجال زراعة الأعضاء ألا وهو مبدأ مجانية نقل الأعضاء البشرية فيما بين الأحياء.

- الجمعية الأوروبية لزراعة الكلى:

أين خرجت بقرار أهم ما تضمنته ما جاء في الفقرة الأولى منه أين ندد وبشدة عن أشكال تشجيع الأشخاص على التبرع بالأعضاء، والتي غالبا ما تتم بإغرائهم بالأموال أو أساليب الضغط. ومما جاء في القرار أيضا ما ورد في فقرته الرابعة وهو دعوة الأطباء إلى التأكد قبل إجراء أي عملية من عمليات نقل أو زراعة الأعضاء من خلوها من العوض أو المقابل المالي.

- لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية للأمم المتحدة:

في مجال مواجهة الاتجار بالأعضاء البشرية وعملا بالقرار رقم 94/19 الصادر عن المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة، والذي دعا من خلاله إلى بحث الأشكال

¹ تنص المادة 11 من البروتوكول فقرة أولى: "يجب ألا يمس أي عمل أو إجماع لا مبرر لهما بالصحة والسلامة البدنية والعقلية للأشخاص الذين هم في قبضة الخصم..."

وتنص الفقرة الثانية: "ويحظر بصفة خاصة أن يجرى لهؤلاء الأشخاص ولو بموافقتهم أي مما يلي: أ- عمليات البتر، ب- استئصال الأنسجة والأعضاء بغية استزراعها. وذلك إلا حيثما يكون لهذه الأعمال ما يبررها وفقا للشروط المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة".

المستحدثة للجريمة المنظمة، والذي بموجبه تقدمت الأمانة العامة للجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية بتقرير طرح على أشغال مؤتمر الأمم المتحدة، ولعل أهم ما جاء فيه هو ما ورد في الفقرة 52 منه، والتي أكدت على وجود اتجار مريح بالأعضاء البشرية في مناطق عديدة من العالم ليضيف في الفقرة 54 أنه قد تأكد وجود حالات تصدير أعضاء بشرية عن طريق مستندات زائفة، وأن معظم مشتريها من طبقة الأثرياء.

- لجنة الأخلاق التابعة لجمعية الأعضاء الدولية:

قررت هذه اللجنة في عام 1970 حظر تلقي أي مقابل مالي عن عمليات نقل الأعضاء سواء أكانت الأعضاء محل النقل من شخص حي أو متوفى

- مجلس جمعية زراعة الأعضاء:

أين أصدر هذا الأخير وفي عام 1985 توصياته بالتأكيد على ضرورة مجانية عمليات نقل وزراعة الأعضاء، مع إلزامية حظر الإعلانات ذات الصبغة التجارية المتعلقة بعمليات نقل الأعضاء بمقابل مالي¹.

كما أشير في ذات الإطار إلى ما خرجت به اللجان الأوروبية الثلاث (لجنة الأخلاقيات البيولوجية، اللجنة الأوروبية للمشاكل الاجتماعية واللجنة الأوروبية لزراعة الأعضاء) من توصيات في محاولة منها لوضع مبادئ تمكن من وضع وثيقة قانونية ملزمة فيما يتعلق بالاتجار بالأعضاء، حيث أوضحت أبعاد الظاهرة عالميا ومدى تهديدها لحقوق الإنسان والصحة العامة، كما أكدت على وجود ثغرات قانونية كثيرا ما يتم استغلالها، رغم التجريم الدولي لعمليات الاتجار بالأعضاء من قبل البروتوكول المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية لعام 2000 والمنعقدة في باليرمو واتفاقية المجلس الأوروبي لعام 2005 لمكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية².

¹ مراد بن علي زريقات، "جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، قراءة أمنية سسيولوجية"، على الموقع التالي:

www.murad-zuriekat.com/security_sciences07.html

² Avis supplémentaire du (CDBI) (CDPC) ,(CDPTO) sur le site www.CDE.int/t/dghl standard stting/cdpc/pc-to/avis supplémentaire principalement instrument juridique FDT CRE VPDF
اطلع عليه بتاريخ 2012/01/12.

إلى هنا الحديث عن الموقف القانوني يقتصر فقط على القانون الدولي دون الداخلي، ذلك أن موقف هذا الأخير سأسعرضه من خلال تبيان موقف المشرع الجزائري عند التطرق إلى العقوبات المقررة لجريمة الاتجار بالأعضاء.

ثالثاً: الموقف الشرعي من عمليات الاتجار بالأعضاء

توجد العديد من الآراء الاجتهادية التي تبين الحكم الشرعي من عمليات الاتجار بالأعضاء، حيث أن رأي فقهي يرى بأن جسم الإنسان هو ملك لله وحده ولا يجوز للإنسان التصرف فيه وفقاً للقاعدة الفقهية فإدائه لا يعطيه، أضف إلى ذلك أن الحق في سلامة الجسم هو حق لله وحق للعبد، ومن ثمة لا يمكن للعبد التصرف فيه دون إذن من الشرع¹.

كما أنه يوجد مبدأ في الفقه الإسلامي مفاده أن محل العقود والحقوق هو الأموال وليس الأشياء، وعليه الشيء لا يصلح أن يكون محلاً للعقد باعتبار أنه ليس مالا واستناداً إلى كل هذا ذهب الفقهاء إلى أن الإنسان لا يمكن أن يكون محلاً للمعاملات المالية².

وإن كان البعض قد تصور إمكانية التصرف في أعضاء الجسم بالبيع قياساً على بيع لبن المرضعة والدم، ويرد البعض الآخر على ذلك بالرفض باعتبار أن اللبن والدم هي من العناصر المتجددة في الجسم ومن ثمة لا تعطل وظائف الجسم عند التصرف فيها.

إلا أن ما جاءت به الهيئة العامة للفتوى بوزارة الأوقاف والشؤون الكويتية يقطع الخلاف الفقهي القائم في الفتوى رقم 85/455 حول موضوع بيع الأعضاء بقولها: "وأما شراء المريض كلية من شخص آخر، فإن الأصل أن ذلك محرم لأن الله كرم الإنسان فلا يجوز قطع بعض أعضائه وبيعها بثمن مهما كان الثمن، ولكن إن لم يجد متبرعا يتبرع له بكلية، وكانت هناك خطورة على حياته ولم يجد وسيلة أخرى للتخلص من مرضه فيجوز له الشراء حينئذ لأنه مضطر لقوله تعالى: "وقد فضل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه"³.

¹ مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق ،ص 158-159.

² نفس المرجع السابق،ص 159.

³ فتوى رقم 85/455 الصادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الكويتية على الموقع التالي:

www.islamset.com/arabic/aioms/ndwat/word/ABOALFATOH.doc

اطلع عليه بتاريخ: 2012/02/08.

كما نص مجمع الفقه الإسلامي في إحدى قراراته على جواز نقل العضو ضمن حالات وشروط معينة، لعل أهمها التأكد من أن النفع المتوقع من وراء ذلك أكبر من الضرر الذي سيحدث. لكن أكد في الفقرة السابعة على أن إباحة نقل العضو ضمن الحالات السابقة مشروط بمبدأ المجانية، بحيث لا يتم ذلك بواسطة بيع العضو، إذ لا يجوز إخضاع أعضاء الإنسان للبيع بحال ما. ليضيف أن تقديم المال للمتبرع من المستفيد مكافأة له هي مسألة تبقى محل نظر¹.

رابعاً: الأساس القانوني لتجريم الاتجار بالأعضاء

لقد اتفقت معظم التشريعات على تجريم عمليات الاتجار بالأعضاء إلا أنها اختلفت حول الأساس القانوني لذلك.

وإذا ما بحثنا في الأساس القانوني لتجريم الاتجار بالأعضاء، فإننا نجد بعض الفقه يقيمه على أساس النظرية العامة للالتزام، والبعض الآخر على ما هو وارد في الشريعة الإسلامية من أحكام، إلا أنني سأركز على الأساس القانوني باعتبار أن الأساس الشرعي سؤرجئه عند الحديث عن موقف الشريعة الإسلامية من عمليات الاتجار بالأعضاء. أرجع معظم الفقهاء الأساس القانوني لتجريم الاتجار بالأعضاء إلى النظرية العامة للالتزام، وبالتحديد إلى أحكام عقد البيع²، حيث أنه وطبقاً للقواعد العامة المنظمة لأحكامه وباعتباره من العقود المعاوضات، يحصل كل طرف على مقابل لما أعطى، من خلال التزام البائع بنقل ملكية الشيء أو أي حق مالي آخر مقابل ثمن نقدي. لكن لصحة هذا العقد لا بد من صحة أركانه.

1. التراضي:

أين يعبر كلا المتعاقدين عن إرادتهما في إبرام العقد، مع ضرورة صدوره عن إرادة حرة خالية من أي عيب³.

¹ قرار رقم 41/26 الصادر بتاريخ جمادى الثاني 1408 هـ من مجمع الفقه الإسلامي الخاص بانتفاع إنسان بأعضاء جسم الإنسان آخر حياً أو ميتاً على الموقع التالي:

www.ikhwan.net/archive/showthread.php?t=63798 اطلع عليه بتاريخ: 2012/02/08.

² مارك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 80.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، ج 1، الطبعة الرابعة، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر 2007-2008، ص 76.

2. المحل:

وهو الشيء الذي يلتزم بأدائه المدين ويشترط فيه أن يكون ممكنا ومعينا أو قابلا للتعيين ومشروع غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

3. السبب:

وهو الغاية التي يهدف الملتزم إلى تحقيقها من وراء الالتزام¹.

وإذا ما طبقنا هذه القواعد على بيع الأعضاء البشرية، فحتى لو كان الرضا سليما صادرا عن إرادتين متطابقتين مع عدم وجود أي عيب من عيوب الإدارة، فإن المحل في عقد البيع هو العضو البشري وهو محل غير مشروع ذلك لأنه يخرج عن دائرة التعامل، كما أنه وباعتبار المحل ذو قيمة مالية، فلا يصح أن يكون كذلك باعتبار أن العضو البشري لا يقوم بالمال.

أما عن السبب فهو حصول البائع على الثمن مقابل بيعه للعضو، وباعتبار أن العضو لا يقوم بالمال فالعقد إذن يقع باطلا بطلانا مطلقا، مما يترتب عليه من ضرورة إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد.

إلا أن مبدأ حظر التصرف في أعضاء جسم الإنسان، يرد عليه استثناء بجواز نقل الأعضاء أين أجازت عديد التشريعات ذلك، لكن اختلفوا حول الأساس القانوني فنجد الفقه الفرنسي مثلا يستند في ذلك إلى نظرية الضرورة والتي مفادها الأخذ بأخف الضررين حيث عرفت الضرورة على أنها: "أخذ موقف يظهر فيه بوضوح أن الوسيلة الوحيدة لتفادي ضرر أكبر هي إحداث ضرر أقل". ذلك أن استئصال عضو من جسم شخص ما يحدث به أضرار نتيجة استئصال هذا العضو، لكن إنقاذه لحياة شخص آخر تحقق فائدة أكبر من الضرر الحاصل².

لكن إباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء جاءت ضمن شروط معينة، لعل أهمها وما يهمنا منها في هذا المقام هو شرط عدم وجود المقابل المالي، أي أن عمليات النقل تتم بمجانبة والذي يؤكد ذلك وصف المتنازل في عديد التشريعات بالمتبرع.

¹ نفس المرجع السابق، ص 205-217.

² مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 83.

فالمشرع الجزائري مثلا أكد على مبدأ مجانية التنازل كشرط ضروري لصحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء. حيث نصت المادة 2/161 على أنه: "ولا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملات مالية".

كما أقر مبدأ مجانية التنازل أيضا بخصوص عمليات نقل الدم في المادة 154 من ذات القانون، وهذا ما يؤكد إخراجها لكافة أجزاء الجسم من دائرة المعاملات المالية¹.

هذا وإن مبدأ مجانية التنازل لا ينفي إمكانية تعويض المتنازل عن الضرر الذي أصابه والذي يتخذ عدة صور منها تقديم إعانة مالية له، إبرام وثيقة تأمين لصالحه... الخ².

خامسا: الأركان القانونية المكونة لجريمة الاتجار بالأعضاء

لقيام جريمة الاتجار بالأعضاء لا بد من توافر الأركان التالية: فبالإضافة إلى الركن الشرعي والمتمثل في نص التجريم لا بد من وجود:

1. الركن المادي:

جريمة الاتجار بالأعضاء هي من الجرائم التي تتطلب من الجاني أو الجناة والذين هم عادة عصابات منظمة القيام بسلوك إجرامي إيجابي، يتجسد في عديد الممارسات منها: الخطف ليتم بعدها الاستيلاء على العضو المقصود، التعذيب بغرض الحصول على الموافقة بمنح العضو، إساءة استعمال السلطة أو استغلال حالة الاستضعاف التي يكون عليها الضحية والحاجة المالية وإغرائه بالمقابل المادي ليقدم على الموافقة، إلى غير ذلك من الوسائل.

2. الركن المعنوي:

تعد جريمة الاتجار بالأعضاء من الجرائم العمدية، التي يشترط المشرع لقيامها توافر القصد الجنائي العام والخاص حيث يتحقق الأول بانصراف إرادة الجاني إلى قيامه بارتكاب الفعل الإجرامي - الاستيلاء على العضو - مع العلم أن المشرع يجرم هذا الفعل.

أما القصد الجنائي الخاص في هذه الجريمة فيتمثل في نية الاستيلاء على العضو البشري لقاء مقابل مالي أو أية منفعة أخرى بغض النظر عن طبيعتها³.

¹ المادتين 61 و154 من القانون 17/90 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

² نفس المرجع السابق، ص 229.

³ مراد بن علي زريقات، "جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، قراءة أمنية سيولوجية"، على الموقع التالي:

www.murad-zuriekat.com/security_sciences07.html

سادسا: العقوبات المقررة لجريمة الاتجار بالأعضاء

نص المشرع الجزائري على جريمة الاتجار بالأعضاء مؤخرا في التعديل الأخير لقانون العقوبات حيث أوردها في القسم الخامس مكرر 1 من الفصل الأول بعنوان الاتجار بالأشخاص. وأورد بشأنها عقوبات أصلية وأخرى تكميلية.

1. العقوبات الأصلية:

عاقب المشرع في المادة 303 مكرر 16 على عملية الاتجار بالأعضاء بالحبس من 3 سنوات إلى 10 سنوات وغرامة مالية من 300 ألف دج إلى مليون دج، كما عاقب على الاشتراك في هذه الجريمة بصريح النص في ذات المادة المذكورة أعلاه في فقرتها الثانية 2. أما في حالة قيام الجاني بانتزاع عضو من إنسان على قيد الحياة دون تحقق الشروط القانونية التي حددها قانون الصحة فيما يتعلق برضا المتنازل عن العضو، فقد عاقب المشرع على هذا الفعل بالحبس من 5 سنوات إلى 10 سنوات وغرامة من 500 ألف إلى مليون دج، لينص على ذات العقوبة في الفقرة الثانية في حالة انتزاع العضو دون مراعاة قانون الصحة والشروط التي وضعها لذلك¹، والمتعلقة هي الأخرى بموافقة المتنازل أثناء حياته² أو أسرته من بعد وفاته على التبرع، أو توافر ظرف الاستعجال الذي يجيز انتزاع العضو دون الحصول على موافقة أسرة المتوفى³.

هذا ولم يقصر المشرع الجزائري الحماية على العضو البشري فقط، بل جعلها تمتد إلى تجريم انتزاع الأنسجة والخلايا أو أية مواد بالجسم لقاء مبلغ مالي، حيث عاقب المشرع على ذلك بموجب المادة 303 مكرر 18 بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من 100000 إلى 500000 دج، وتطبق ذات العقوبة على الاشتراك في الجريمة سواء أعضاء

¹ المادة 303 مكرر 16 من القانون 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المعدل والمتمم للأمر رقم 156/66 المتضمن قانون العقوبات.

² أنظر المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1405 الموافق لـ 16 فبراير 1985.

³ أنظر المادة 164 من القانون رقم 85-05 السابق الذكر والفقرة الرابعة من ذات المادة والمستحدثة بالقانون رقم 17/90 لعام 1990 المعدل والمتمم.

أو مشتقات ومنتجات بشرية، وهكذا يكون المشرع الجزائري قد أحاط الجسم البشري ككل سواء أعضاء أو مشتقات ومنتجات بشرية بحماية جنائية شاملة .

كما عاقب على عمليات انتزاع الأنسجة والخلايا من شخص حي أو ميت دون الحصول على الموافقة المطلوبة قانونا بالحبس من سنة إلى 5 سنوات وغرامة من 100000 دج إلى 500000 دج بمقتضى المادة 303 مكرر 19.

2.العقوبات التكميلية:

نص المشرع الجزائري في ذات القانون وبموجب المادة 303 مكرر 21 على وجوب تطبيق عقوبة أو أكثر من العقوبات الواردة في المادة 9 كالحجر القانوني وتحديد الإقامة، نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة...الخ. بالإضافة إلى عقوبة المنع من الإقامة في التراب الوطني لمدة عشر سنوات على الأكثر أو نهائيا، إذا ارتكبت الجريمة من طرف أجنبي وفق المادة 303 مكرر 23. زيادة على عقوبة مصادرة الوسائل المستعملة في ارتكاب الجريمة والأموال المتحصل عليها من الجريمة مع مراعاة حقوق الغير حسن النية بموجب المادة 303 مكرر 28.

هذا وقد نصت المادة 303 مكرر 20 على خمسة ظروف مشددة وهي كالتالي¹:

- ظرف صفة المجني عليه:

ذلك إن كان قاصر أو مصاب بعاهة ذهنية تشدد العقوبة المقررة للجريمة.

- ظرف وسيلة ارتكاب الجريمة:

من خلال استعمال السلاح أو التهديد باستعماله أثناء ارتكابها.

- ظرف تعدد الجناة:

¹ تنص المادة 303 مكرر 20 من ق ع على انه:يعاقب على الجرائم المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر 18 و303 مكرر 19 بالحبس من 5 سنوات إلى 15 سنة وبغرامة من 500.000 إلى 1.500.000 دج اذا ارتكبت الجريمة مع توافر احد الظروف التالية..."

إذا ارتكبت الجريمة من طرف أكثر من شخص أو من طرف جماعة إجرامية منظمة، أو ذات طابع عابر للحدود الوطنية.

كما نص المشرع على ظرف آخر وهو في حالة إذا سهلت وظيفة الفاعل ارتكاب الجريمة، ولعل انصب مهنة تساعد على ارتكاب هذا النوع من الجرائم هي مهنة الطب. هذا وقد نص المشرع على عذر قانوني واحد وهو عذر المبلغ، فاعتبره مرة عذرا معفيا من العقوبة وأخرى عذرا مخففا لها.

الحالة الأولى: تتمثل في التبليغ الذي يتم قبل البدء في تنفيذ الجريمة أو الشروع فيها.

الحالة الثانية: وتتعلق بالتبليغ بعد الانتهاء من تنفيذ الجريمة أو الشروع فيها وقبل تحريك الدعوى العمومية أو بعد تحريكها، إذا مكن السلطات من توقيف الفاعل الأصلي أو الشريك في الجريمة¹.

المبحث الثاني: الجرائم الماسة بسلامة الجسم البشري في الشريعة الإسلامية.

سأتحدث في هذا المبحث عن الجرائم الماسة بسلامة جسم المجني عليه من منظور الشريعة الإسلامية، وهي المعبر عنها بالجنايات على ما دون النفس، والتي تضم كل أذى يقع على جسم المجني عليه دون أن يؤدي إلى إحداث الوفاة، ودراستي لهذه الجرائم سيكون وفق ثلاث مطالب، الأول أتطرق فيه إلى مفهوم الجناية على ما دون النفس والثاني أتناول فيه الأركان المكونة لها لأعالج في الأخير العقوبات المقررة لها.

المطلب الأول: مفهوم الجناية على ما دون النفس.

¹ انظر نص المادة 303 مكرر 24 من قانون العقوبات .

في هذا المطلب سأعالج تعريف الجناية على ما دون النفس مع تحديد التقسيمات التي جاء بها فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الشأن.

الفرع الأول: تعريف الجناية على ما دون النفس.

عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الجناية على ما دون النفس بأنها كل اعتداء يمس بجسم المجني عليه، فيؤثر على سلامته دون أن يؤدي بحياته، وهذا التعبير الذي جاء به فقهاء الشريعة تعبير واسع يتسع ليشمل أفعال الضرب والجرح والنتف والعصر والضغط والدفع... الخ، ومن ثمة فهي تعني كل تأثير على سلامة الجسم سواء أكان ظاهري أم باطني¹.

الفرع الثاني: تقسيمات الجناية على ما دون النفس.

يقسم فقهاء الشريعة الإسلامية الجناية على ما دون النفس إلى خمسة أقسام، وذلك بالنظر إلى النتيجة الإجرامية المترتبة على فعل الجاني، باعتبار أن النتيجة هي التي يواخذ عليها الجاني بغض النظر عن توافر القصد من عدمه.

أولاً: إبانة الأطراف وما يجري مجراها

ومعنى إبانة الأطراف قطعها وقطع ما نحوها، كقطع اليد والرجل والإصبع والأنف والظفر واللسان والأذن والشفة وفوق العين وحلق أو نتف لشعر الرأس واللحية والشارب والحاجبين...².

ثانياً: إذهاب معاني الأطراف مع بقاء أعيانها

¹ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج2، ص204.

² أحمد فتحي بهسي، الجرائم في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، الطبعة السادسة، دار الشروق، القاهرة، 1988، ص 227.

ويعني ذلك إزالة منفعة العضو مع بقاءه قائماً، ومن أمثلة ذلك تقوية السمع والبصر والذوق والشم والكلام والمشي وإذهاب العقل، وتحول اللون الطبيعي للأسنان إلى السواد أو الخضرة إلى غير ذلك.

ثالثاً: الشجاج

جمع شجة ومعناها جراح الرأس والوجه دون سائر الجسم، لأن ما دونها يسمى جراحاً، والشجاج إحدى عشرة شجة .

- الحارصة: وهي التي تحرص الجلد، أي تخدشه وتشقه فلا يظهر منه الدم.
- الدامغة: وهي التي يتبين منها الدم، كالدمع دون أن يسيل.
- الدامية: وهي ما سال منها الدم.
- الباضعة: وهي التي تبضع أي تقطع الجلد واللحم.
- المتلاحمة: وهي التي تذهب اللحم أكثر من الباضعة وقيل أنها من يتلاحم فيها الدم ويسود.

- السمحاق: هي التي تقطع الدم، فتظهر الجلدة الرقيقة الموجودة بين اللحم والعظم¹.
- الموضحة: وهي التي توضح العظم وتظهره، ولو بقدر مغرز إبرة بحيث تقطع الجلدة المسماة السمحاق².

هذا وقد اختلف العلماء حول موضع الموضحة في الجسم، حيث يرى المالكية أن الموضحة لا تكون إلا في الجبهة وجهة الرأس والخددين واللحي الأعلى، ولا تكون في اللحي الأسفل باعتباره يأخذ حكم العنق ولا تكون في الأنف.

أما الشافعية والحنفية فيرون أن الموضحة تكون في جميع الرأس والوجه.

- الهاشمة: وهي التي تهشم وتكسر العظم.
- المنقلة: هي التي يخرج منها العظم ويطير عن مكانه بعد تهشمه.
- الآمة: وهي الجلدة التي تحت العظم وفوق الدماغ وتسمى أم الرأس.
- الدامغة: وهي التي تخرق الآمة وتصل إلى الدماغ.

¹ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج2، ص205.

² شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج6، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة، ص299.

هذا ويرى مالك أن الشجاج عشرة فقط ويدخل الهاشمة ضمن الجراح لا ضمن شجاج الرأس والوجه ويحذف الثانية وهي الدامغة¹.

رابعاً: الجراح

وهي كل أذى يصيب البدن عدا الرأس والوجه وهي نوعان: جائفة وغير جائفة، فالجائفة هي كل ما وصل إلى الجوف، من الصدر والظهر والبطن والجانبان وما بين الأنتئين والدبر، في حين يخرج كل من اليدين والرجلين والرقبة والحلق من هذا التصنيف، فهي ليست بجائفة لأنها لا تصل إلى الجوف.

هذا ويرى أبو يوسف من الحنفية أنه كل ما وصل بين الرقبة إلى الموضع الذي لو وصل إليه الشراب قطرة باعتبار أنه لا يقطر إلا إذا وصل إلى الجوف².

خامساً: يضم القسم الخامس كل ما لم يدخل تحت الأقسام السابقة

بمعنى أنه يشمل كل أذى لا يؤدي إلى إبانة الأطراف أو ذهاب معانيها ولا إلى جراح أو شجاج³.

المطلب الثاني: الأركان المكونة للجناية على ما دون النفس.

سأعالج أركان هذه الجريمة بالنظر إلى توافر العمد من عدمه، أي إلى الجناية على ما دون النفس عمداً والجناية على ما دون النفس خطأً.

الفرع الأول: الجناية على ما دون النفس عمداً

يمكن تعريف الجناية على ما دون النفس عمداً، على أنها كل فعل يأتيه الجاني بقصد المساس بسلامة جسم المجني عليه.

أولاً: الركن المادي

وسأتطرق فيه إلى كل من السلوك الإجرامي، النتيجة، والرابطة السببية.

¹ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق على محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ج7، الطبعة الثانية، بيروت، 2003، ص 297.

² احمد فتحي بهنسي، الجرائم في الفقه الإسلامي، ص230.

³ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج2، ص 207.

1. السلوك الإجرامي:

يتمثل في كل فعل من شأنه أن يشكل اعتداء على السلامة الجسمية للمجني عليه أو بأحد عناصرها، من خلال تجريم كل فعل من شأنه أن يؤدي إلى إذهاب معاني الأطراف مع بقاء أعيانها، أو يؤدي إلى جراح أو شجاج... إلخ¹، ليجمع بذلك فقهاء الشريعة كل أفعال العدوان من ضرب وجرح وخنق وجذب ودفع، ويمدوا نطاق التجريم على كل أذى حتى لو لم يترك أثرا كما سبق بيانه في القسم الخامس من أقسام الجنايات على ما دون النفس.

وفي هذا تتفق الشريعة الإسلامية مع أحكام القانون الوضعي، حيث نجد المشرع الجزائري مثلا وكما سبق بيانه ينص على حماية واسعة للحق في سلامة الجسم، بتجريمه لأفعال الضرب والجرح وغيرها من أعمال العنف والتعدي الأخرى التي جاءت دون تحديد².

هذا ولم يشترط فقهاء الشريعة فعل إيذاء معين أو أداة معينة لقيام الجريمة، فيستوي أن يتم باللطم أو لوي الذراع أو نتف الشعر أو حلقه، كما لم يشترط أداة معينة فيمكن أن يتم باستعمال السكين أو العصا أو الأسنان أو اليد. حتى أن معنى الإيذاء يتحقق فيمن حفر حفرة فسقط فيها المجني عليه، ذلك أن الفعل مجرم سواء كان مباشرا أو بالتسبب فيه³. وهذا ما يتفق مع ما جاءت به القوانين الوضعية إذ لم تشترط في السلوك الإجرامي أن يتم باستخدام أداة معينة أو بطريقة محددة.

ويستوي أن يكون الفعل ماديا كالضرب أو اللطم، ويستوي أن يكون معنويا كمن أربع رجلا فأصابه بشلل أو سقط أرضا فأصيب بجروح، فقهاء الشريعة اهتموا بتجريم الأفعال ذات الأثر النفسي في أغلب الجرائم، كمن أفرغ امرأة حامل عند إرسال الحاكم في طلبها فألقت جنينها من الفرع⁴.

وبذلك تكون الشريعة الإسلامية سباقة إلى تجريم الاعتداءات الماسة بالسلامة النفسية والعقلية للمجني عليه، وفي ذات الإطار نجد أن فقهاء الشريعة قد قرروا دية النفس

¹ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج2، ص207.

² عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 505.

³ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج2، ص 208.

⁴ عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 507.

في حالة المساس الكامل بالصحة العقلية للمجني عليه، أما في حالة المساس الجزئي بها فالدية تقدر بالثلث.

ودائماً في صدد الحديث عن الركن المادي، وبالتحديد السلوك الإجرامي نقول أنه يمكن أن يتم السلوك الإجرامي بمجرد الامتناع، حيث أن إحجام الجاني عن إتيان فعل ألزمه به الشرع مما يترتب عليه مساساً بالحق في سلامة الجسم، يشكل جريمة معاقب عليها، ومن تطبيقاتها في الشريعة الإسلامية الامتناع عن إغاثة شخص غريق أو مغماً عليه والأم التي تمتنع عن إرضاع وليدها¹.

وإن كان الحنفية يرون بعدم قيام المسؤولية الجنائية في حالة تحقق المساس بالسلامة الجسمية بمجرد الترك معتبرين أن العقاب في الجناية على ما دون النفس لا يكون إلا بالأفعال المادية المباشرة، ففعل الإيذاء عند الأحناف لا يتحقق إلا بفعل إيجابي². هذا ويرى صاحبان أن الإيذاء بالامتناع معاقب عليه بالدية ولا قصاص فيه، إلا أنهم وإن كانوا يرون بعدم قيام المسؤولية الجنائية بمجرد الامتناع إلا أنهم يرون بإمكانية تطبيق عقوبة تعزيرية³. والفرق بين ما جاء به الحنفية وغيرهم أن غيرهم يقولون باعتبار الترك جريمة متى نتج عنها ما يمكن أن ينتج عن الفعل، فتكون للترك ذات عقوبة الفعل، في حين أن الأحناف لا ينسبون السلوك الإجرامي إلا لما كان سبباً مباشراً متصلاً به فأحدث النتيجة⁴. فالجريمة السلبية عند الحنفية لا يعاقب عليها كالجريمة الإيجابية، ذلك أن أساس هذه الأخيرة يقوم على:

- إن فعل الإيذاء عند الحنفية يعد جريمة إذا ما تم بالفعل من الجاني حيث يباشره بنفسه في حين لو أن شخصاً ترك آخر فإن السبب هنا ليس بفعل منه.
- تجريم الأفعال الماسة بسلامة الأطراف لا يكون إلا نتيجة إتيان الجاني لأفعال إيجابية، فمجرد الترك لا يشكل عملاً إيجابياً معاقب عليه في ذاته.

¹ عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 508.

² حيث يرى الجمهور أن الجريمة بالترك كالجريمة بالفعل في العقوبة ما دام العدوان قد تحقق انظر: محمد أبو زهرة، الجريمة في الفقه الإسلامي، ص 99.

³ محمد أبو زهرة، الجريمة في الفقه الإسلامي، بدون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998، ص 100.

⁴ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج 2، ص 209.

- مجرد الامتناع لا يمكن اعتباره اعتداء معاقب عليه، فالاعتداء يحمل في معناه تجاوز الجاني للحقوق المقدره شرعا¹.

2. النتيجة الإجرامية:

إن الشريعة الإسلامية تأخذ بالنوايا في العلاقة بين العبد وربّه، فالله سبحانه وتعالى يؤاخذ عباده على النيات لقوله عليه الصلاة والسلام: "الأعمال بالنية ولكل امرئ ما نوى فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة يتزوجها فهجرته إلى ما هاجر إليه"².

فالعبد إذا ارتكب معصية في أمور العبادات نتأجها غير ملموسة وجزاؤها أخروي، أما عن تلك الأفعال التي تمثل انتهاكا لحقوق العباد أو حقوق الله والعباد معا، باعتبار أن هناك حقوق مشتركة بين الله والعبد ونتأجها مادية ملموسة فجزاؤها دنيوي، لكن لا عقاب عليها إلا إذا اتخذت مظهرا خارجيا³، وعليه إذا ما نوى شخص قتل أو إيذاء شخص ما دون أن تخرج نيته إلى العالم الخارجي فلا عقاب عليه إلا إذا اتخذت مظهرا خارجيا.

3. العلاقة السببية:

لابد من قيام رابطة سببية بين فعل الجاني والنتيجة الإجرامية، حيث أكد فقهاء الشريعة على ضرورة توافر هذه الرابطة لقيام الركن المادي للجريمة⁴. فمن جملة ما ذهبوا إليه أن من جرح عمدا وأصبح ملازما لفراشه ثم مات يقتص له، باعتبار أن الجرح سبب موته، هذا ويبقى الجاني مسؤولا عن فعله ما لم ينقطع بعمل آخر غلب عليه وأحدث النتيجة،

¹ محمد أبو زهرة، الجريمة في الفقه الإسلامي، ص 101.

² البخاري، صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب ما جاء إن الأعمال بالنية، رقم الحديث 54، ص 17.

³ عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 513

⁴ عرفها الفقهاء المعاصرون على أنها: "ذلك الرباط الذي يربط الفعل الحاصل من الجاني بالنتيجة الإجرامية التي يسأل عنها، كما هب الرباط الذي يربط السبب بالمسبب والعلّة بالمعلول"

هذا وينقسم السبب وفقا لفقهاء الشريعة إلى ثلاث:

السبب الشرعي: وهو ما كان الارتباط فيه بين الفعل والجناية على ما دون النفس ومرجعه إلى حكم الشرع فلولا لما وجدت الرابطة السببية

السبب العرفي: وهو ما وجد بحكم الأعراف الموجودة في المجتمع كأن يروع شخص آخر بعمل سحره فيؤثر على صحته.

السبب الحسي: وهو المرتبط بالواقع كمن يعتدي بالضرب فيسبب له جراحا. نقلنا عن: عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، ص 105-106.

فمن جرح إنسانا جرحا قاتلا بقصد قتله ثم جاء ثالث فقطع رقبته فمات فالثاني يعد قاتلا أما الأول فيعد جارحا له¹.

هذا ويقيد فقهاء الشريعة توالد الأسباب وتعددتها بالعرف فما عده العرف سببا للنتيجة هو سبب لها وما لم يعده كذلك ليس سببا لها².

وعليه لا تثير مسألة مدى توافر الرابطة السببية من عدمه أية إشكالية ما دام فعل الجاني قد أدى مباشرة إلى حصول النتيجة الإجرامية، دون ما تداخل أية عوامل أخرى، كمن أحدث شجاجا أو جراحا في جسم المجني عليه فالفعل هنا مؤثم باعتبار توافر الرابطة السببية، غير أنه إذا كان السبب بواسطة فعل الجاني هنا تثار الإشكالية في تحديد الرابطة السببية كمن يحفر بئرا ويسقط فيه شخص فيصاب بجروح، فالحفر هو سبب حدوث الجرح وإن كان لوحده لا يؤدي إلى الإصابة بجروح لولا سقوط الشخص³.

وإذا ما وضعنا مقارنة بين نظرية السببية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، فإننا نجد أن شراح القانون الوضعي قد أوجدوا عديد النظريات المتعلقة بالسببية، منها نظرية السبب الأقوى أو الفعال، ونظرية تعادل الأسباب ونظرية السببية الملائمة، هذه الأخيرة التي تقترب مع ما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية منذ أكثر من ثلاثة عشر قرنا أين يعد فعل الجاني سببا في حدوث النتيجة متى عد كافيا لذلك وفق مقتضيات العدالة وما تعارف عليه الناس⁴.

ثانيا: الركن المعنوي

حتى يكون الفعل جريمة عمدية لا بد من توافر القصد الجنائي⁵، من خلال ضرورة صدوره عن إرادة حرة وواعية لطبيعة التصرفات الصادرة عنها مع توافر قصد إتيان فعل

¹ عصام احمد محمد المرجع السابق، ص414.

² نفس المرجع السابق، ص515.

³ نفس المرجع السابق، ص516.

⁴ عصام احمد محمد المرجع السابق، ص515.

⁵ عرفه الإمام محمد أبو زهرة على أنه: "ما يباشر الشخص عامدا مريدا له، عالما بالنهاي عنه وبأنه معاقب عليه، ومن ثم فهو يتكون من عناصر ثلاث تعتمد إتيان الفعل المجرم، إرادة حرة مختارة لفعله، وعلم بالنهاي عنه." نقلا عن: محمد أبو زهرة، الجريمة في الفقه الإسلامي، ص.106.

يمس بالحق في سلامة جسم المجني عليه،¹ ذلك أنه إن لم يرد الجاني المساس بما دون نفس المجني عليه فالفعل يعتبر خطأ وليس عمداً.² وذلك لانتفاء قصد العدوان فالفعل الصادر على وجه الخطأ يوجب الدية وليس القصاص، باعتبار أن من شروط هذا الأخير أن يتوافر فيه قصد المساس بالسلامة الجسمية، مع ضرورة صدوره عن إرادة حرة وواعية تحمل قصد العدوان على جسم الضحية.³

كما يؤاخذ الجاني على قصده الاحتمالي حيث يساءل عن نتيجة فعله لا عن ما كان يقصده وقت ارتكاب الفعل، كمن يضرب شخصا على رأسه قاصدا إحداث شجة، فإذا به يذهب إحدى حواسه، فهنا يعاقب الجاني على قصده الاحتمالي حتى وإن لم يقصد هذه النتيجة.

ويسأل الجاني كذلك عن قصده غير المحدد كمن يرمي بحجر جماعة من الناس، فيصيبهم يؤاخذ على النتيجة حتى وإن كان يقصد بفعله شخصا من بينهم فقط.⁴

هذا ولا يعتد فقهاء الشريعة الإسلامية بالباعث في الجريمة، فيستوي إتيان الفعل بقصد الاعتداء أو الانتقام... وهذا ما ذهبت إليه معظم التشريعات الجنائية الوضعية وفي مقدمتها قانون العقوبات الجزائري. وإن كان جانب من فقهاء الشريعة يرون بإمكانية الأخذ بالباعث في إطار العقوبات التعزيرية.⁵

الفرع الثاني: الجناية على ما دون النفس خطأ

يعتبر الخطأ الركن المميز للجرائم غير العمدية عموما، ويعد موجودا كلما ترتب على الفعل أو الترك نتائج لم يردها الجاني بطريق مباشر أو غير مباشر، لكنه وقع في الحالتين نتيجة عدم انتباه أو لمخالفته لأوامر السلطات العامة ونصوص الشريعة الإسلامية.

أولا: الخطأ

يقسم فقهاء الشريعة الخطأ إلى نوعان: خطأ في الشخص وخطأ في الشخصية. فمن أمثلة النوع الأول وهو ما يسمى أيضا بالخطأ في الفعل أن يرمي الجاني شخصا معينا فإذا

¹ عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 520 .

² عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، ج2 ، ص 210 .

³ عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص520.

⁴ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، ج2 ، ص 210.

⁵ نفس المرجع السابق، ص 211.

بالرمية تتحرف وتصيب شخصا آخر، أما عن الثاني وهو ما يعرف بالخطأ في القصد ومن أمثلته أن يرمي الجاني شخصا على أنه حربي فإذا به مسلم¹، ولفقهاء الشريعة في الخطأ نظريتان:

الأولى: لمالك وأصحابه وبعض الحنابلة حيث يرى مالك وأصحابه، أن قصد الجاني إذا اتجه لغرض العدوان على شخص معين فإذا به يصيب آخر ففعله يعتبر جريمة عمدية، في حين يرى بعض فقهاء المذهب أن فعله يشكل جريمة بطريق الخطأ.

كما يرى بعض فقهاء المذهب الحنبلي أن الفعل إذا كان محرما فلا عبرة بعد ذلك بالخطأ في القصد أو الفعل، ما دام الجاني قصد إتيان فعل مجرم ففعله يشكل جنائية على ما دون النفس عمدا . في حين لو كان الفعل في ذاته غير محرم فإن الخطأ في القصد أو الفعل، يجعله مرتكبا لجنائية غير عمدية.

الثانية: لأبي حنيفة والشافعية ورأي من الحنابلة، حيث يرى هؤلاء أن من قصد إصابة شخص فأخطأ في قصده أو في فعله، فالجاني يسأل عن جريمة غير عمدية سواء كان الفعل المقصود مباحا أو محرما².

وإذا ما وضعنا مقارنة بين ما جاء به فقهاء الشريعة وما جاء به فقهاء القانون الوضعي، فإننا نجد النظرية الأولى تتفق إلى حد كبير مع القوانين الوضعية، باعتبار أن هذه الأخيرة تعاقب الجاني على قصده بغض النظر عن خطئه في الشخص أو الشخصية، ما دام قصده قد تحقق من خلال إحداث النتيجة الضارة.

والخطأ في الشريعة الإسلامية يقاس بعدم الاحتياط والإهمال وعدم التبصر وكلها تدخل في إطار عدم التحرز، هذا الأخير الذي لا يعاقب عليه لمجرد قيامه ما لم يترتب عليه نتائج ضارة، ذلك أنه إذا ترتب الضرر قامت المسؤولية وإذا انعدم هذا الأخير فلا قيام لها كما لا يشترط فيه أن يبلغ حدا من الجسامة، فيستوي في الخطأ أن يكون تافها أو جسيما، ما دام قد أدى إلى حصول الضرر.

¹ محمد أبو زهرة، الجريمة في الفقه الإسلامي، ص 107.

² عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج 2، ص 88-89.

هذا ويمكن أن يقع خطأ الجاني نتيجة فعل أو امتناع، من أمثلة الفعل كمن يرمي حجرا من النافذة ليتخلص منه فيصيب أحد المارة، ومن أمثلة الترك أن يدع الجاني كلبا له في الطريق فيصيب أحد الأشخاص¹.

إضافة إلى ذلك لا يشترط أن يحدث الخطأ بفعل مادي فحسب بل يمكن أن يتم بوسيلة معنوية، كمن صاح بصوت مرتفع فأصاب إنسانا بالرعب فسقط من مرتفع فتسبب في جرحه². وكل هذه المسائل تتفق مع ما سبق بيانه في الفقه الجنائي الوضعي عند الحديث عن صور الخطأ والأحكام المتعلقة به.

ثانيا: النتيجة الإجرامية

لابد أن يؤدي خطأ الجاني إلى إصابة المجني عليه والمساس بسلامته الجسمية، ولا يشترط في فعل الجاني أن يتخذ شكلا معينا، كما يمكن أن تكون الإصابة نتيجة فعل مباشر أو بالتسبب.

ثالثا: الرابطة السببية.

حتى يكون الجاني مسؤولا عن فعله لا بد أن تكون الجناية على ما دون النفس قد وقعت نتيجة لخطئه، حيث يكون الخطأ سببا في حصول النتيجة³، لكن لا يشترط فقهاء الشريعة أن يكون فعل الجاني هو السبب الوحيد في حصول النتيجة، إذ يكفي أن يكون هو السبب الملائم حتى لو تداخلت مع ذلك عوامل أخرى ساعدت على حصول النتيجة، كضعف المجني عليه أو تدهور حالته الصحية أو إهمال العلاج، فالجاني يعتبر مسؤولا عن النتيجة سواء كان السبب قريبا أو بعيدا ما دام أنه أدى إلى حصول النتيجة. لأجل ذلك جاءت نظرية السببية في الشريعة الإسلامية مرنة يتسع نطاقها ليشمل كل ما يقبله عرف الناس ومنطقهم كما سبق بيانه عند الحديث عن الرابطة السببية في الجناية على ما دون النفس عمدا.

¹ عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 525.

² نفس المرجع السابق، ص 512 .

³ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج 2 ص 112.

هذا وأشير إلى أنه يرى جانب من فقهاء الشريعة الإسلامية بوجود قسم ثالث للجناية على ما دون النفس وهو شبه العمد، إذ يقول جانب من الحنفية بوجود الجناية على ما دون النفس شبه عمد والتي توجب الدية، حيث عرف شبه العمد فيما دون النفس على أنه: "قصد الضرب بما لا يفضي إلى النتيجة غالباً مثل أن يضربه بحصاة لا يوضح مثلها فتوضحه فلا يجب به القصاص لأنه شبه عمد"، في حين يرى الرأي الآخر من المذهب أن أفعال الجراح كلها عمدية توجب القصاص¹.

كما يرى الشافعية بوجود العمد وشبه العمد فيما دون النفس فالفعل عندهم يشكل جناية على ما دون النفس عمداً، إذا ما كان يؤدي غالباً إلى تحقق النتيجة، أما إذا لم يكن كذلك فهو شبه عمد، كمن يلطم إنساناً على رأسه فيتورم وينشق حتى تبدو منه الواضحة فهنا يتحقق شبه العمد².

أما أبو حنيفة ومالك فلا يرون بتحقيق شبه العمد في الجناية على ما دون النفس، فالفعل عند مالك إما عمد وإما خطأ وهذا ما يرى به الليث بن سعد وابن حزم، وفي هذا قال ابن سحنون قلت لابن قاسم: "هل كان مالك يعرف شبه العمد في الجراحات أو قتل النفس؟". قال مالك: شبه العمد باطل وإنما هو عمد أو خطأ ولا أعرف شبه العمد³.

وهو الراجح عند معظم الفقهاء إذ لا يتصور شبه العمد فيما دون النفس فكل ما يعتبر شبه عمد في الجناية على النفس، هو عمد في الجناية فيما دونها، باعتبار أن في الضرب والجرح لا يقصد بآلة دون أخرى، فكل الآلات تستوي في الدلالة على القصد فإن توافرت شروط القصاص وجب، وإن سقطت حلت محله الدية أو الأرش، ودليل⁴ ذلك ما روي عن أنس رضي الله عنه أن أخت الربيع أم حارثة جرحت إنساناً فاختموا إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "القصاص القصاص" فقالت أم الربيع يا رسول الله أيقنص من فلانة؟ والله لا يقنص منها. فقال النبي صلى الله عليه وسلم: سبحان

¹ نفس المرجع السابق، ص 208.

² عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج 2، ص 209.

³ أحمد فتحي بهنسي، القصاص في الفقه الإسلامي، الطبعة الخامسة، دار الشروق، بيروت، 1409 هـ / 1989م، ص 144، 147.

⁴ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ج 2، ص 112.

الله يا أم الربيع القصاص كتاب الله قالت لا والله لا يقتص منها أبدا قال فما زلت حتى قبلوا الدية فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن من عباد الله لو أقسم على الله لأبره"¹.
ووجه الدلالة في هذا الحديث، هو أن اللطمة لو كانت في النفس لما أوجبت القصاص، باعتبارها شبه عمد، ولما كانت فيما دونها أوجبت القصاص باعتبارها عمد، وهذا بحكمه صلى الله عليه وسلم².

المطلب الثالث: العقوبات المقررة في الجناية على ما دون النفس

إن الحديث عن العقوبات الخاصة بالجناية على ما دون النفس يستدعي التطرق إليها في جانبها: الجناية على ما دون النفس عمدا والجناية على ما دون النفس خطأ.

الفرع الأول: العقوبات المقررة في الجناية على ما دون النفس عمدا

يعد القصاص العقوبة الأصلية في الجناية على ما دون النفس عمدا، وعند المالكية العقوبة الأصلية إلى جانب القصاص هي الدية، وإذا لم يكن القصاص مستوفيا لشروطه أو سقط لسبب من أسباب السقوط حلت محله عقوبتان بديلتان هما الدية والتعزير³.

أولا: العقوبات الأصلية في الجناية على ما دون النفس عمدا

سنتحدث من خلالها على كل من القصاص والتعزير باعتباره عقوبة أصلية ثانية عند مالك.

1. القصاص:

التطرق إليه سيكون من خلال إعطاء مفهوم له وتوضيح أدلة مشروعيته وشروط وجوبه وكيفية استيفائه وحالات سقوطه.

أ. تعريف القصاص وأدلته والحكمة من تشريعه:

1. تعريف القصاص:

¹ مسلم، مختصر صحيح مسلم، كتاب تحريم الدماء، باب القصاص من الجراح إلا أن يرضوا بالدية، رقم الحديث: 1030، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، لبنان، 1424هـ، 2003م، ص 262-263.

² أحمد فتحي بهنسي، القصاص في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 147.

³ نجم عبد الله إبراهيم العيساوي، الجناية على الأطراف في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، 2002، ص 73.

من الناحية اللغوية يقال القصاص من القص أي أخذ الشعر بالمقص، وأصل القص القطع، يقال قصصت ما بينهما أي قطعت، والمقص ما قصصت به أي قطعت، قال أبو منصور القصاص في الجراح مأخوذ منه هذا إذا اقتص¹.
أما من الناحية الشرعية القصاص هو العقوبة المقدرة بالمماثلة التي تجب حقا للعبد².

2. أدلة وجوبه:

دل على وجوب القصاص من الكتاب قوله تعالى: ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص، فمن تصدق به فهو كفارة له ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون﴾³.
وقوله تعالى: ﴿ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلمكم تتقون﴾⁴، وقوله تعالى: ﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولئن صبرتم لهو خير للصابرين﴾⁵.
ومن السنة عن عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني محمد رسول الله إلا بإحدى ثلاث الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة"⁶.
وهنا نلاحظ أن الشريعة الإسلامية قد ساوت بين القتل والجرح العمد في العقوبة، بخلاف القوانين الوضعية التي تباعد بين الفعلين في تقدير الجزاء، وهذا إن دل على شيء

¹ ابن المنظور، لسان العرب، حرف الصاد، ج7، ص221.

² نجم عبد الله إبراهيم العيسوي، المرجع السابق، ص70.

³ سورة المائدة، الآية 45.

⁴ سورة البقرة، الآية، 179.

⁵ سورة النحل، الآية 126.

⁶ مسلم، مختصر صحيح مسلم، كتاب تحريم الدماء وذكر القصاص والدية، باب ما يحل دم الرجل المسلم، رقم الحديث

1023: ص260-261.

إنما يدل على منطق الشريعة الإسلامية الذي لم تصل إليه القوانين الوضعية إلى يومنا هذا¹.

هذا وقد أجمع المسلمون على وجوب القصاص في الجناية على الأطراف، حيث يقول ابن قدامة في كتابه المغني لقد أجمع المسلمون على أن القود² لا يجب إلا في العمد. كما أن العقل والمنطق ليرى بهذه العقوبة ويوجبها لما فيها من تحقيق للعدالة، ومنع للجريمة وردع للمجرم³.

3. الحكمة من تشريعه:

لقد جاءت الحكمة من تشريع القصاص واضحة في قوله تعالى: ﴿ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلمكم تتقون﴾⁴، فالقصاص إنما شرع لحفظ النفس ومنع الجريمة وردع الجاني، إذ المجرم إذا علم أنه سيقبض منه لقتل أو جرح فإنه سيصرف النظر عن فعله، كما أن في القصاص تحقيق للأمن والاستقرار الاجتماعي وشفاء لنفس المجني عليه وذويه، فمن قطعت يده لا يطمئن قلبه إلا حين يرى قطع يد الجاني قصاصا، وفي ذلك منع للانتقام والثأر الذي يمكن أن يفكر فيه المجني عليه إن لم يقتص له⁵.

في حين نجد أن التشريعات الوضعية تكتفي بعقوبة السجن أو الحبس أو الغرامة، معتبرين أن القصاص عقوبة غير إنسانية وقاسية منحاين في ذلك إلى الجاني متناسين المجني عليه⁶، مستندين في ذلك إلى الحجج التالية:

- قطع الأطراف قصاصا سيؤدي إلى كثرة المشوهين من مقطوعي الأيدي ومجدوعي الأنوف ومفقوئي الأعين، وما يترتب على ذلك من تشويه للخلق والمجتمع ككل.
- تفسير القصاص على أنه انتقام، وهو ما يتعارض مع غرض القوانين الوضعية والتي وضعت لإصلاح المجتمع.

¹ عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 2001، ص122.

² القود يعني القصاص وسمي في الجاهلية قودا، لأن الجاني كان يقاد إلى الساحة لتنفيذ القصاص عليه .

³ نجم عبد الله إبراهيم العيساوي، المرجع السابق، ص74.

⁴ سورة البقرة، الآية 179.

⁵ محمد أبو زهرة، الجريمة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص82.

⁶ نجم عبد الله إبراهيم العيساوي، المرجع السابق، ص79.

- عدم إمكان حصول المساواة في الأطراف بشكل كلي، فلا يمكن أن تتساوى في قوتها إذ لا الأذان تتساوى في قوة السمع ولا الأعين في قوة البصر¹.

إلا أنه يمكن الرد على هذه الاعتراضات كالتالي:

- بالنسبة للاعتراض الأول القول أن القصاص يؤدي إلى كثرة المشوهين هو أمر مرفوض، ذلك أن كل شخص لو علم أنه إن قطع يد غيره ستقطع يده هي الأخرى قصاصاً لأدى ذلك إلى تحقيق الردع العام.

- أما عن الاعتراض الثاني فيمكن الرد عليه بالقول أنه ليس في القصاص انتقام، باعتباره يطبق وفقاً لقواعد العدالة من مماثلة وحكم القاضي، أما الانتقام فإنما يصدر عن المجني عليه بنفسه مع وجود تجاوزات فيه².

- وعن الاعتراض الأخير فالتساوي في حقيقة الأمر إنما هو تساوي في القوة الطبيعية، لا في الصحة والكمال إذ لا ينفي عدالة القصاص أن يقطع العضو السليم بالأشل وقوي إبصار العين بضعيفها وهكذا...

ب. شروط وجوب القصاص:

لوجوب القصاص لا بد من توافر جملة من الشروط، منها ما هو عام ومنها ما هو خاص.

1. الشروط العامة: وتتمثل في:

- أن لا يكون القتيل جزاء من القاتل:

لأنه إن كان كذلك امتنع القصاص³، حيث يجب ألا يكون المجني عليه أصلاً للجاني لقوله عليه الصلاة والسلام: "لا يقاد الوالد لولده"⁴، فإن جرح الأب ولده أو قطعه فلا قصاص في حين يقتص للوالد من ولده. ويحمل معنى الوالد كل والد وإن علا ويدخل تحت لفظ الولد كل ولد وإن نزل⁵، وبغض النظر عما إذا كان الوالد مساوياً للولد في الدين والحرية أم لا،

¹ نفس المرجع السابق، ص 80.

² نجم عبد الله إبراهيم العيساوي، المرجع السابق، ص 81.

³ نفس المرجع السابق، ص 83.

⁴ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج 2، المرجع السابق، ص 213.

⁵ الحسيني سليمان جاد، العقوبة البدنية في الفقه الإسلامي دستوريته وعلاقتها بالدفاع الشرعي، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 1991، ص 142.

باعتبار أن انتفاء القصاص إنما هو لشرف الأبوة، هذا ويلحق بالأب الأم فهي في حكمه وكذا الجدة من جهة الأب والأم وهذا باتفاق الفقهاء¹.

- أن يكون الجاني مكلفاً:

أي بالغا وعاقلاً، والبلوغ يكون بالاحتلام، مع اختلاف في السن بين الفقهاء فأقصاه ثمانية عشرة سنة وأقله خمسة عشرة سنة².

هذا وإن كان الجاني مجنوناً أو صبياً فلا يطبق عليه القصاص على اعتبار أن القصاص عقوبة لمرتكب الجناية عمداً وفعلهما لا يعد كذلك³.

- التكافؤ:

حيث أنه إذا انعدم التكافؤ بين الجاني والمجني عليه فلا قصاص، ويؤخذ بالتكافؤ من جانب المجني عليه لا الجاني، وهذا شرط قال به جمهور الفقهاء، ويترتب على ذلك إن كان المجني عليه مكافئاً للجاني أو خيراً منه وجب القصاص، هذا وأساس التكافؤ عند مالك والشافعي وأحمد إنما هو الحرية والإسلام، أما عند أبي حنيفة فالحرية والجنس. فبالنسبة للحرية يرى مالك والشافعي وأحمد أنه لا قصاص إذا ما جرح الحر العبد، ويضيف مالك أنه لا قصاص للحر من العبد⁴. كما يرى أبو حنيفة أن لا قصاص بين العبد والحر ولا بين العبيد أنفسهم⁵.

أما عن الإسلام، فمالك والشافعي وأحمد يرون أنه لا قصاص من مسلم إذا قتل ذمياً⁶، وعلى خلاف ذلك يرى أبو حنيفة بوجود القصاص بين الكافر والمسلم إذا ما كان معصوماً وليس في عصمته شبهة. وعن الجنس، فيرى الأئمة الأربعة بالقصاص بين الذكر والأنثى في النفس، ويرى مالك والشافعي وأحمد بذلك أيضاً فيما دون النفس⁷.

- ألا يكون الفعل شبه عمداً:

¹ ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص 228.

² ابن رشد، المرجع السابق، ص 332.

³ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، المرجع السابق، ص 235.

⁴ نجم عبد الله إبراهيم العيساوي، المرجع السابق، ص 95.

⁵ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج 2، المرجع السابق، ص 214.

⁶ نجم عبد الله إبراهيم العيساوي، المرجع السابق، ص 95.

⁷ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج 2، المرجع السابق، ص 214.

هذا ما يرى به الشافعي وأحمد اللذان يقسمان الجناية على ما دون النفس إلى العمد وشبه العمد، فيرون بأن شبه العمد تجب فيه الدية فقط لا القصاص، هذا الأخير الذي لا يمكن القول به إلا في العمد أما مالك وأبي حنيفة فلا يرى بشبه العمد، ومن ثمة وجوب القصاص في كل حال ما دام الفعل عمدياً¹.

- ألا يكون الفعل بالتسبب:

إذ يقولون بأن الجناية على ما دون النفس عمدا لا تكون إلا بالباشرة بينما التسبب لا يوجب القصاص بل الدية فقط².

- أن لا تكون الجناية قد وقعت في دار الحرب:

هذا شرط يرى به أبو حنيفة دون غيره من الفقهاء، إذ أنه لا قصاص إذا كانت الجناية قد وقعت في دار الحرب³.

- التماثل في العدد:

في حالة تعدد الجناة، يطرح تساؤل هل يجب فيهم القصاص جميعاً أم لا؟ في ذلك انقسم الفقهاء إلى اتجاهان.

الأول: لأبي حنيفة أين يشترط ضرورة التماثل في العدد لاستيفاء القصاص، إذ يجب أن يكون الجاني واحد فإن تعدد الجناة على فعل واحد فلا قصاص، وإنما عليهم الدية مقسمة بينهم بالتساوي، وحبته في ذلك أن المماثلة هي شرط لا بد منه للقول بتطبيق القصاص، إذ لا توجد مماثلة بين يد واحدة وأيدي.

كما أنه ثبت وجوب القصاص في النفس بالأثر والإجماع بخلاف القياس والطرف ليس مثلها فلا يلحق بها⁴.

الثاني: وهو رأي لمالك والشافعي وأحمد، إذ يقولون بالقصاص من الجماعة للواحد ودليلهم في ذلك ما روي عن علي أن شاهدين شهدا عنده على أن رجلاً قد سرق فقتلته يده وبعدها

¹ نفس المرجع السابق، ص 217.

² نجم الدين إبراهيم العيساوي، المرجع السابق، ص 96.

³ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج 2، المرجع السابق، ص 218.

⁴ نفس المرجع السابق، ص 216.

أتوا بآخر وقالوا أخطأنا في الأولى وهذا السارق، فرد شهادتهما على الثاني وغرمهما دية الأول وقال لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتهما فأخبر بأن القصاص على كل واحد منهما ولو تعمدتا قطع يد واحد ولأنه أحد نوعي القصاص فالجماعة تؤخذ بالواحد كالجناية على النفس¹.

2. الشروط الخاصة:

يشترط الفقهاء شروطاً خاصة لتطبيق القصاص، وذلك لتحقيق التماثل وهي كالاتي:

- التماثل في الفعل بإمكان استيفاء القصاص بلا حيف:

لتطبيق القصاص يشترط أن يكون بلا حيف أو جور، وهذا لا يكون إلا إذا كان القطع في الأطراف من المفاصل كمفصل الزند أو المرفق أو الركبة أو ورك الرجل، أو له حد ينتهي إليه كمارن الأنف أما إن كان القطع من غير مفصل سقط القصاص، كمن يقطع من قسبة الأنف أو من نصف الساعد، وقد انقسم الفقهاء في ذلك إلى ثلاث اتجاهات:

الأول: هو رأي الحنفية والحنابلة، حيث يرون بوجوب الدية لا قصاص، ودليلهم في ذلك ما روي عن نمران بن جارية، عن أبيه أن رجلاً ضرب على ساعده بالسيف فقطعها من غير مفصل، فاستدعى عليه الصلاة والسلام فأمر له بالدية، فقال: يا رسول الله إني أريد القصاص، فقال خذ الدية، بارك الله لك فيها" ولم يقض بالقصاص².

الثاني: يرى به الشافعية إذ يقولون بأنه يقتص من الجاني من أقرب مفصل له لمحل الجريمة، ويمنح المجني عليه حكومة الباقي فمن قطعت ذراعه من نصف العضد، له أن يقتص من المرفق وله حكومة عن نصف العضد³.

الثالث: هو أي المالكية، إذ يقولون بأنه يقتص من الجاني في كل ما يستطاع إلا ما يعظم خطره ويخشى فيه على حياة المقتص منه⁴.

- المماثلة في الموضع:

¹ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج2، المرجع السابق، ص216.

² نجم عبد الله إبراهيم العيساوي، المرجع السابق، ص145.

³ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج2، المرجع السابق، ص219.

⁴ نجم عبد الله إبراهيم العيساوي، المرجع السابق، ص146.

يشترط لتطبيق القصاص التماثل في الموضع إذ لا يقتص من عضو إلا لمثله، فلا تؤخذ اليد إلا باليد ولا الرجل إلا بالرجل ولا الإبهام إلا بالإبهام، ولا الخنصر إلا بالخنصر ولا اليد اليمنى إلا باليد اليمنى، وكذلك الأسنان فلا ناب إلا بناب ولا ضرس إلا بضرس وهكذا...¹.

- المساواة في الصحة:

لتطبيق القصاص لا بد أن تتساوى الأعضاء في الصحة والكمال، إذ يرى الحنفية والشافعية أنه لا تؤخذ اليد الصحيحة بالشلاء، ولا الرجل الصحيحة بالشلاء، وهكذا... لأن المقتص سيأخذ في هذه الحالة أكثر من حقه، ويزيد على ذلك مالك حين يقول أنه لا تؤخذ الشلاء بالصحيحة حتى لو رضي بذلك المجني عليه، إلا إذا كان في هذه اليد منفعة للجاني.²

كما يرى مالك والشافعي وأحمد القصاص بين الأشلين في حين يرى جانب من الشافعية بعدم الأخذ بذلك باعتبار أن الشلل علة تختلف في التأثير من جسم لآخر. كما أن أبا حنيفة لا يرى القصاص بين الأشلين، لأنه لا بد من تحقق التماثل في الأرش، وباعتبار الشلل يختلف تأثيره من جسم لآخر فقيمتها تختلف وعليه يمتنع القصاص إلا عند تساوي الشلل عند زفر منهم.

هذا ويرى أبو حنيفة والشافعي وأحمد أنه لا يؤخذ الكامل بالناقص، إذ لا تؤخذ يد كاملة الأصابع بيد تنقص منها أصبع أو أكثر، لكن يجوز أن يؤخذ الناقص بالكامل وليس على المقتص شيء عند أبي حنيفة ورأي للإمام أحمد، وعليه أرش ما نقص عند الشافعي ورأي لبعض الحنابلة.³

كما لا تؤخذ يد ذات أظافر بيد ليس لها أظافر، لكن يمكن أن يقتص ليد ذات أظافر، بيد ذات أظافر مسودة أو مخضرة، فهذا لا يؤثر على منفعتها ولا يقتص منها. هذا وإذا قطعت يد رجل وفيها أصبع زائد وللجاني يد مثلها فلا قصاص فيها عند الحنفية لأن الإصبع

¹ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج2، المرجع السابق، ص 221.

² نجم عبد الله إبراهيم العيسوي، المرجع السابق، ص 146 .

³ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج2، المرجع السابق، ص 222.

الزائد كالناقص، هذا ويرى أبو يوسف بالقصاص للتمائل والمساواة وهو رأي الشافعي، مالك وأحمد¹.

ج. تطبيقات شروط القصاص الخاصة في الجناية على ما دون النفس:

ونستحدث فيها عن كل من حالة إبانة الأطراف وما يجري مجراها، ثم الشجاج وأخيرا الجراح.

1. في إبانة الأطراف وما يجري مجراها: وهي كالتالي:

- الأنف:

يؤخذ الأنف بالأنف لقوله تعالى: "والأنف بالأنف" هذا ما يرى به مالك والشافعي، ويؤخذ الأفتى بالأفتى والأشم بالأخشم والكبير بالصغير، والبعض بالبعض بحيث يقدر ما تم قطعه بالجزء كالنصف والتلث²، ولا تؤخذ المساحة بالاعتبار لأن أنف الجاني قد يكون صغيرا وأنف المجني عليه كبير، والمنخر بالمنخر والحاجز بينهما بالحاجز³..

- العين:

تؤخذ العين بالعين بإجماع الفقهاء لقوله تعالى: "والعين بالعين" فتؤخذ العين السليمة بالضعيفة، وعين الشاب بعين الشيخ الضعيفة ولا تؤخذ الصحيحة بالنائمة لان في ذلك انعدام للتمائل⁴. ولكن تؤخذ النائمة بالصحيحة ولا أرش في ذلك، فلا اختلال في التماثل وذلك لأن الاختلاف في الصفة فحسب.

هذا وإذا نزع أعور عين صحيح فلا قصاص فيها، عند أبي حنبل، وإنما تجب الدية الكاملة، أما مالك فيرى أن يخير المجني عليه بين القصاص والدية، في حين يرى الشافعي وأبا حنيفة بالقصاص للمجني عليه وفي حالة العفو فله نصف الدية⁵.

¹ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج2، المرجع السابق، ص223.

² نفس المرجع السابق، ص224.

³ نجم عبد الله إبراهيم عيساوي، المرجع السابق، ص 155.

⁴ ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص472.

⁵ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج2، المرجع السابق، ص226.

وإذا ما قلع صحيح العينين عين أعور فيقتص منه بالمثل مع نصف الدية باعتباره قد ذهب بكامل بصره، ويرى مالك أن قلع عين الأعور من صحيح توجب القصاص مع الدية الكاملة¹.

- الأذن:

تؤخذ الأذن بالأذن، هذا بإجماع الفقهاء الأربعة لقوله تعالى: "والأذن بالأذن"، هذا ويقتص لأذن السميع بأذن الأصم وأذن الأصم للسميع، ويؤخذ بعض الأذن ببعضها. ويقتص للصحيح بالمتقوب والمتقوب للصحيح، لأن ثقب الأذن ما وضع إلا للزينة، هذا ولا يؤخذ صحيح بمشقوق، في حين يؤخذ المشقوق بالصحيح، مع وجوب الدية فيما تبقى من نقص عند الشافعي وبعض الحنابلة².

- اللسان:

يؤخذ اللسان باللسان عند مالك والشافعية والحنابلة لكن لا يؤخذ لسان الناطق بالأخرس لعدم وجود التماثل لكن يقتص للسان الناطق من الأخرس، مع أنه يأخذ فيه أقل من حقه.

غير أن مالك لا يرى القصاص في اللسان الأخرس إلا إذا كان فيه منفعة للجاني كما هو الحال بالنسبة لليد الشلاء، وإن رأى من الشافعية يرى بعدم القصاص في الجزء لأن في ذلك مجاوزة للتماثل.

أما أبو حنيفة فيرى بعدم جواز القصاص في اللسان سواء كله أو في جزء منه³.

- السن:

يقتص للسن بالسن لقوله تعالى: "والسن بالسن"، ولا يؤخذ لسن صحيح بسن مكسور، لكن يؤخذ المكسور بالصحيح مع الدية كمقابل لما نقص عند الشافعية وبعض الحنابلة⁴.

- اليد والرجل:

¹ نجم عبد الله إبراهيم عيساوي، المرجع السابق، ص 159.

² ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص 492.

³ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج2، المرجع السابق، ص 227.

⁴ نفس المرجع السابق، ص 228.

يقتص لليد باليد، والرجل بالرجل والأصبع بالأصبع والأنامل بالأنامل، هذا وقد اتفق الفقهاء على القصاص في حالة القطع من مفصل الكوع أو المرفق، أما إن كان في غيره كأن يكون من الكف أو الساعد فالمالكية يرون بالقصاص باعتبار محل القطع عظم¹، لكن وفق ما يرى الشافعية وبعض الحنابلة أن يقتص له من أول مفصل داخل في الجناية غير أنهم اختلفوا حول الأرش إذ يجيز بعضهم الأرش في الباقي.

في حين يرى البعض الآخر بالقصاص فحسب وبالنسبة للأصابع سواء أصابع الرجلين أو اليدين، فإن قطع ذو ستة أصابع أصابع من له خمسة، فلا يقتص منه عند الحنفية والشافعية والحنابلة، لأنه يأخذ أكثر من حقه غير أن الشافعي وبعض الحنابلة يجيزون أن يقتص من الجاني بقدر الأصبع المقطوعة². في حين يرى المالكية بجواز القصاص بين اليد الكاملة والناقصة إذا ما كان النقص في إصبع واحدة، سواء بالنسبة للجاني أو المجني عليه، أما إن زاد النقص عن إصبع واحدة فلا تطبيق للقصاص³.

- الشفتان:

يقتص للشفة بالشفة، لقوله تعالى: "والجروح قصاص"، باتفاق الأئمة الأربعة، إلا أن هناك رأي عند الشافعية يرى بأن لا قصاص فيها على اعتبار أنه قطع لحم ليس فيه عظم، وعند الحنفية يرون بالقصاص في الكل وليس الجزء حتى لا يكون هناك حيف.

- الجفن:

يقتص للجفن بالجفن، عند الشافعي وأحمد، فيقتص لجفن البصير بجفن الضرير، وجفن الضرير بجفن البصير.

أما المالكية والحنفية فيرون بأنه لا قصاص في الجفن، لعدم إمكان تحقيق التماثل في ذلك⁴.

- الظفر:

يؤخذ الظفر بالظفر، كبيره بصغيره، والغليظ بالرقيق وهكذا، وظفر الشاب بالشيخ والشيخ بالشاب وهذا رأي جمهور الفقهاء .

¹ أحمد فتحي بهنسي، القصاص في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص109.

² نجم الدين إبراهيم عيسوي، المرجع السابق، ص 125.

³ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج2، المرجع السابق، ص229.

⁴ نفس المرجع السابق، ص224.

- الاليتان:

يقتص للاليتان بالاليتان، وهو رأي المالكية وبعض الشافعية والحنابلة، في حين يرى بعض الحنفية أنه لا قصاص فيهما لأنهما لحم متصل بلحم فيخشى فيه من الحيف عند القصاص بعد إمكان استيفاء المثل¹.

- الذكر:

يقتص للذكر بالذكر عند المالكية والشافعية والحنابلة، أما أبو حنيفة فلا يرى بالقصاص فيه².

- الأنثيين:

تؤخذ الأنثيين بالأنثيين، عند المالكية والشافعية والحنابلة، أما أبو حنيفة فلا يرى القصاص فيهما لعدم وجود حد ينتهيان إليه³.

- الشفرتان:

يقتص للشفرتين بالشفرتين، عند مالك في حين أن الشافعية والحنابلة البعض يرى بالقصاص والبعض الآخر يقول بعدمه، حجة الأول انه لهما حد ينتهيان إليه، في حين يرى الثاني بعدم وجود حد لذلك .

- الحلمة:

تؤخذ الحلمة بالحلمة، اليمنى باليمنى واليسرى باليسرى لان لها حد تنتهي إليه⁴.

- الثدي:

يقتص للثدي بالثدي، الأيمن بالأيمن والأيسر بالأيسر والصغير بالكبير والكبير بالصغير وهكذا... وهذا رأي الشافعية والحنابلة، أما الحنفية فلا يرون القصاص فيه معتبرين أنه ليس له حد ينتهي إليه⁵.

¹ أحمد فتحي بهنسي، القصاص في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 110.

² عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج 2، المرجع السابق، ص 231.

³ نفس المرجع السابق، ص 232 .

⁴ نجم عبد الله إبراهيم العيساوي، المرجع السابق، ص 172.

⁵ نجم عبد الله إبراهيم العيساوي، ص 172.

2. في إذهاب معاني الأطراف مع بقاء أعيانها:

لقد جعل بعض فقهاء الشافعية منافع الأطراف في أربع عشرة منفعة: البصر والسمع والطش والذوق والشم والنطق والصوت والمضغ، والمشى وقوة الإحبال والإمضاء والجماع والعقل والإفضاء، بينما يحصررون المنافع الموجبة للقصاص في ستة: البصر والسمع والبطش والذوق والشم والكلام، ولا قصاص في غيرها لعدم إمكان ضبطها، في حين يرى المالكية والحنابلة بالقصاص في أي منفعة من المنافع دون حصرها.¹

أما الحنفية فلا يرون بالقصاص في المعاني، ويرون بالدية لعدم إمكان استيفاء القصاص.²

3. الشجاج:

يجمع الأئمة الأربع على وجوب القصاص في الموضحة من الشجاج، لأن لها حد تنتهي إليه، في حين أنه لا قصاص فيما بعد الموضحة من هاشمة ومنقلة وأمة ودامغة، أما ما يوجد قبل الموضحة فمختلف بشأنه إذ يرى مالك بإمكانية القصاص فيها في حين أن الحنفية يرون بعدم وجوب القصاص في الشجاج إلا في الموضحة والسحاق، أما الشافعي وأحمد فيرون بعدم القصاص في غير الموضحة أي فيما يأتي قبلها باعتبارها جراح لا تنتهي إلى عظم قد لا تتحقق فيها المماثلة.³

4. الجراح:

لقد اختلفت آراء الفقهاء بشأن الجراح، حيث يرى مالك بالقصاص في الجراح، ولو كانت مع كسر في العظم لإمكان المماثلة إلا إذا وجد خطر في ذلك فإن لم يعظم فالقصاص أولى. في حين يرى أبو حنيفة بعدم القصاص في الجراح سواء كانت جائفة أم لا، إلا إذا أدى إلى الموت أين يجب فيه القصاص، أما الشافعي وأحمد فيرون بالقصاص في الجراح إذا كانت موضحة، أما غيرهم فلا يرون بالقصاص في الجراح أصلاً.⁴

¹ نفس المرجع السابق، ص 174.

² عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارن بالقانون الوضعي، ج 2، المرجع السابق، ص 233.

³ نفس المرجع السابق، ص 234.

⁴ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارن بالقانون الوضعي، ج 2، المرجع السابق، ص 235.

أما عن القسم الخامس فالأصل أنه لا قصاص فيه من لكمة أو ضربة عصا ما دامت لم تترك أثر¹، إلا أن مالك يرى أن ضربة السوط توجب القصاص، في حين يرى بعض الحنابلة بالقصاص في اللكمة والضربة مما يوجب المماثلة في القصاص²، ودليلهم في ذلك قوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾³.

د. استيفاء القصاص:

وستحدث عنه من خلال التطرق إلى المسائل التالية

1. مستحق القصاص:

إن طلب استحقاق القصاص يكون من طرف المجني عليه - ولي الدم- وهو القائم بتنفيذه في الأصل بناء على حكم قضائي، مع إشرافه على ذلك، إلا أنه إن خاف من الحيف أو عدم التماثل تولى القاضي ذلك بنفسه أو بواسطة أحد عماله⁴. هذا ولا بد في المجني عليه أن يكون بالغا عاقلا، أما إن كان مجنونا أو صغيرا فاستيفاءه للقصاص يكون من طرف وليه أو وصيه⁵.

2. أداة القصاص:

لا يتم استيفاء القصاص إلا بالسيف عند الحنفية ودليلهم في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: "لا قود إلا بالسيف"⁶. وإن كان غالبية الفقهاء يرون بأن استيفاء القصاص لا يكون بالسيف وإنما بالحديدة الماضية والموسى، كما لا يتم بآلة ولا كالة ولا مسمومة⁷، كل هذا مراعاة لشروط التماثل واستناد لقوله عليه الصلاة والسلام: "إن الله كتب الإحسان على كل

¹ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، المرجع السابق، ص 252.

² عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارن بالقانون الوضعي ج 2، المرجع السابق، ص 236.

³ سورة البقرة، الآية 194.

⁴ محمود نجيب حسني، التشريع الجنائي الإسلامي، ص 42 على الموقع www.rafatosman.com

⁵ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارن بالقانون الوضعي، ج 2، المرجع السابق، ص 239.

⁶ احمد فتحي بهنسي، القصاص في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 147.

⁷ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارن بالقانون الوضعي، ج 2، المرجع السابق، ص 242.

شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة، وليحد أحدكم شرفته وليرح ذبيحته"¹.

هذا ولا بد أن يتم من قبل من له علم بالجراحة وله خبرة فيها مراعاة دوما لشرط التماثل²، وعن هذا الأخير يقول أبو محمد رضي الله عنه: "غاية الإحسان في القتلة، هو أن يقتله بمثل ما قتل به وهذا هو عين العدل والإنصاف والحرمان قصاص، وأما من ضرب بالسيف عنق من قتل آخر خنقا أو تغريقا أو شدا فما أحسن القتلة"³.

3. سقوط القصاص:

يسقط القصاص بإحدى الأسباب التالية:

- فوات محله:

إذا ما فات محل القصاص أي العضو لمرض أو آفة أو اعتداء سقط القصاص، فإذا سقط لانعدام محله لم يجب على المجني عليه شيء، إذ يسقط حق المجني عليه تباعا⁴، وإن كان رأي لأبي حنيفة يقول بالتفريق بين ما إذا كان فوات محل القصاص لآفة أو مرض أو لاستيفائه لعقوبة، ففي الحالة الأولى لا يجب شيء على المجني عليه أما في الحالة الثانية فتجب الدية دون القصاص. أما الشافعية والحنابلة يرون بالدية إذا فات محل القصاص⁵.

- العفو:

لقد أكد الله تعالى على أهمية العفو ووصفه بالتخفيف والرحمة مشيرا إلى إلزاميته في حق من صدر منه، واعتباره اعتداء في حالة الرجوع فيه⁶.

¹ مسلم، مختصر صحيح مسلم، كتاب الأضاحي، باب الأمر بإحسان الذبح وحد الشفرة، رقم الحديث 1249، ص 335.

² عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج2، المرجع السابق، ص 243.

³ ابن حزم، المحلى بالآثار، ج10، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة، ص262.

⁴ أحمد فتحي بهنسي، المدخل إلى الفقه الإسلامي، الطبعة الرابعة، دار الشروق، القاهرة، 1989، ص 155.

⁵ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج2، المرجع السابق، ص 258.

⁶ قال الله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى، فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان، ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم".

والعفو هو تنازل مجانا أو تنازل عن الدية عند الشافعي وأحمد، في حين يرى مالك وأبي حنيفة بأنه إسقاط للقصاص دون الدية¹.

- الصلح:

يملك المجني عليه أو وليه أو وصيه الصلح بمقابل قد يعادل الدية وقد يقل عنها².

2.التعزير:

يعد التعزير عقوبة أصلية ثانية يرى بها المالكية سواء أتم القصاص أم لم يتم، وذلك لردع الجاني وزجره عن الجريمة، في حين يرى الحنفية والشافعية بأنه لا وجود للتعزير مع القصاص لقوله تعالى: "والجروح قصاص". وإن كانوا يرون إمكانية الأخذ به كعقوبة بديلة ثانية في حالة سقوط القصاص أو امتناعه³.

أ.تعريف التعزير:

يمكن تعريف التعزير على أنه تأديب على ذنوب وردع على المعصية لم تشرع فيها الحدود، يعود أمر تقديرها لولي الأمر أو القاضي قد يكون بالزجر أو الضرب أو إتلاف في المال...الخ.

ب.خصائص عقوبة التعزير:

لعقوبة التعزير جملة من الخصائص يمكن إجمالها فيما يلي:

- العقوبة التعزيرية هي عقوبة مفوضة، ترك أمر تقديرها للقاضي أو ولي الأمر، لكن هذا لا يعني السلطة المطلقة للقاضي في تقدير العقوبة، وإنما لا بد أن يأخذ بالعقوبة اللازمة شرعا والكافية لتحقيق الغرض من التعزير⁴.
- تباين العقوبات التعزيرية وتنوعها وهذا أمر يسهل أداء العقوبة لوظيفتها خاصة، وأن البعض منها مرتبط بالجانب المعنوي للشخص كالتشهير والتوبيخ والعزل...الخ⁵.
- لا يصل التعزير بالضرب أدنى الحدود وهو أربعين أو ثمانين كما لا يزيد عن عشرة أسواط في رواية لأحمد والشافعي.

¹ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج2، المرجع السابق، ص 252.

² أحمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، الطبعة الخامسة، دار الشروق، القاهرة، ص 149.

³ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج2، المرجع السابق، ص 260.

⁴ أحمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 137.

⁵ محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 47.

- يمكن الجمع بين أنواع العقوبات في التعزير كالضرب مع الحبس وهكذا...¹.
كما أن القصاص هو حق للمجني عليه، بينما التعزير هو حق للجماعة لا يسقط بالعفو أو التنازل.²

ثانيا: العقوبات البديلة.

وتتمثل في كل من الدية كعقوبة بديلة أولى و التعزير كعقوبة بديلة ثانية.

1.الدية:

تعد الدية العقوبة البديلة الأولى التي تحل محل القصاص في حالة سقوطه أو امتناعه لأي سبب من الأسباب.

وسأعرض إليها من خلال الحديث عن شروط وجوبها وحالات تطبيقها وقبل هذا إعطاء تعريف لها.

أ.تعريف الدية:

ويراد بها لغة: حق القتل، والدية واحدة الديات .نقول وديت القتل دية إذا أعطيت ديته واتديت أي أخذت ديته وإذا أمرت منه قلت د فلانا وللاثنين ديا وللجماعة دوا فلانا، وفي حديث القسامة فوداه من ابل الصدقة أي أعطى ديته ومنه الحديث إن أحبوا قادوا وان أحبوا وادوا أي إن شأؤوا اقتصوا وان شأؤوا اخذوا الدية وهي مفاعلة من الدية التهذيب يقال ودى فلان فلانا إذا أدى ديته إلى وليه³.

أما شرعا:فهي المال الواجب على ما دون النفس، وتسمى أيضا بالأرش، كما تطلق أيضا على بدل النفس.

¹ احمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق،ص 139..

² نفس المرجع السابق ، ص 185.

³ ابن المنظور،لسان العرب،ج15،ص383.

والدية أو الأرش نوعان: أرش مقدر وأرش غير مقدر، فبالنسبة للأول هو ما حدد مقداره سلفاً من قبل الشارع كأرش اليد والرجل، أما الثاني فهو غير مقدر، حيث لا يحدد الشارع مقداره، وإنما ترك أمر تحديده للقاضي، ويسمى حكومة¹ هذا وتدور الدية بين العقوبة والتعويض، هي عقوبة إذ أنها جزاء جنائي نتيجة لجرمه وتعويض لأنها تعوض المجني عليه وتقدر بناء على الإصابات التي لحقت به، وبحسب ما إذا كان فعله عمداً أم لا².

ب. شروط وجوب الدية:

منها ما يرجع إلى الجاني ومنها ما يرجع إلى المجني عليه.

1. ما يرجع إلى فعل الجاني:

لا يشترط في الجاني البلوغ والعقل، وإنما كل ما يجب هو أن يشكل فعله عمل غير مشروع، أما إن كان مشروعاً فلا يسأل الشخص عن ذلك.

هذا وإذا ما عض رجل يد رجل، فقام هذا الأخير بقطع سن العاض فيرى أبو حنيفة بأنه لا دية عليه في السن، باعتبار أنه كان له أن ينزع يده من فمه، وكذلك الأمر لمن نظر إلى بيت شخص ما، من ثقب ونحوه فأصابه صاحب البيت بحصاة أو غيرها، الحنفية يقولون بالضمان استناداً لقوله صلى الله عليه وسلم: "في العين نصف الدية"³. أما الشافعي وأحمد فلا يريان بالدية لما رواه أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لو أن رجلاً اطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة وفقأت عينه لم يكن عليك جناح"⁴.

2. ما يرجع إلى المجني عليه:

ويتمثل فيما يلي:

– العصمة:

فبالنسبة للعصمة لا بد أن يكون المجني عليه معصوماً إذ أنه لا دية في الحربي والباغي.

¹ أحمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 150.

² عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، ص 126.

³ عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، المرجع السابق، ص 153.

⁴ البخاري، صحيح البخاري، كتاب الديات، باب من أخذ حقه أو اقتص دون سلطان، رقم الحديث: 6888، ص 810.

أما عن البلوغ والعقل والإسلام ليست من شروط الدية، فهي تجب في الجاني والمجني عليه بغض النظر عما إذا كان أحدهما مسلماً أو حربياً مسالماً، أو بالغاً أو عاقلاً، أو صبياً أو مجنوناً¹.

- أن تترك الجناية أثراً بالمجني عليه²:

ذلك أن أبا حنيفة يشترط لوجوب الدية أن يبقى أثر الجناية كالجرح مثلاً، فإن برأ فلا دية على الجاني، معتبراً أن الألم لوحده لا يكفي للقول بوجوب الدية، بل التعزير هو الواجب في حقه، في حين يرى أبو يوسف من الحنفية بأرث الألم وهو حكومة عدل³. هذا وأشير إلى أن الدية تجب في حالة المساس بمصلحة الجنس وذلك كحالة إتلاف الرجلين، أما عن الأرش فإنما يجب في حالة تفويت منفعة بعض الجنس كيد أو إصبع واحدة ونحوها...⁴.

ج. حالات وجوب الدية:

قد تجب الدية كاملة و ذلك في حالة تفويت منفعة العضو وإذهاب الجمال والكمال منه أو بإذهاب معانيه مع بقاء صورته.

والأعضاء الموجبة للدية الكاملة أربع: نوع لا نظير له في البدن، ونوع منه في البدن اثنان، ونوع في البدن منه أربع ونوع منه في البدن عشرة⁵.

النوع الأول:

¹ أحمد فتحي بهنسي، مدخل إلى الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 152.

² هذا ويشترط أن لا يكون المجني عليه قد ساهم بفعله في إحداث النتيجة، لأنه في هذه الحالة لا وجوب للدية الكاملة، إضافة إلى وجود رابطة سببية بين فعل الجاني وما حدث للمجني عليه وألا يكون فعل الجاني يدخل ضمن أسباب الإباحة كالختان مثلاً باعتباره يدخل في الممارسات الطبية. انظر: أحمد فتحي بهنسي، الدية في الفقه الإسلامي، ص 35.

³ أحمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 156.

⁴ نجم عبد الله إبراهيم العيساوي، المرجع السابق، ص 370.

⁵ هذا وعن الأجناس التي تؤخذ منها دية الأطراف ففيها أربعة أقوال:

القول الأول: يرى أن الدية تؤخذ من ثلاث أجناس: الإبل، الذهب، الفضة وقال بهذا أبو حنيفة والمالكية.

القول الثاني: أن الأصل في الدية الإبل لا غير، وهذا ما قال به الشافعي وابن حنبل وابن المنذر.

القول الثالث: يرى بوجوب الدية في خمسة أجناس: الإبل، الذهب، الورق، والبقر والغنم وبهذا قال جمهور الفقهاء حنابلة والثوري.

القول الرابع: تؤخذ في ستة أجناس، الإبل والدنانير والدرهم والبقر والغنم والحل وهذا ما قال به أبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحباً أبي حنيفة والزيدية والإمامية. انظر: أحمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، ص 156-157.

ويضم: الأنف، اللسان، الذكر، الصلب، مسلك البول، مسلك الغائط، الجلد، شعر اللحية والرأس.

النوع الثاني:

ويضم: اليدين، الرجلان، العينان، الأذنان، الشفتان، الحاجبان، الثديان، الأنثيان، الشفرتان، الإليتان، اللحيتان.

النوع الثالث:

ويضم: أشعار العينين، الأهداب.

النوع الرابع:

ويضم ما في البدن منه عشرة، أصابع اليدين والرجلين¹. وعن موجبات الدية في كل نوع سأحاول تناول أهمها فيما يلي²:

1. موجبات الدية في النوع الأول:

وسأحاول أن أتناول أهم الأعضاء ومقدار الدية الواجبة فيها:

- الأنف:

تجب الدية الكاملة في الأنف في مالان منه، هذا ويعتبر الأخشم كالأشم في وجوب الدية، لأن عدم الشم هو نقص لا تأثير له في دية الأنف³، كما أن قطع جزء من الأنف يوجب الدية بقدره، فقطع النصف يوجب نصف الدية وقطع الثلث يوجب الثلث وهكذا⁴...

- اللسان:

¹ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج 2، المرجع السابق، ص 262.

² كما أشير إلى أن الفقهاء قد اختلفوا حول مدى التساوي في الديات بين الرجل والمرأة، حيث يرى الحنفية والشافعية أن دية المرأة من نصف دية الرجل في النفس والجراح والأطراف، أما مالك وأحمد فيقولون بالتساوي بين أرش الرجل والمرأة إلى الثلث ذلك أنه إن جاوز الثلث فللمرأة نصف ما يجب للرجل. انظر: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج 2، ص 284.

³ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج 2، المرجع السابق، ص 262.

⁴ ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص 348.

تجب في اللسان الدية لقوله صلى الله عليه وسلم: "وفي اللسان الدية"، فمن جنى على لسان ناطق فخرس وجبت الدية الكاملة، حتى مع بقاء اللسان وذلك لذهاب المعنى، وإن قطع بعضه وجبت الدية بالقدر الذي قطع، فإن قطع النصف وجبت نصف الدية وهكذا¹.. هذا وعن الدية في لسان الأخرس، فقد اختلف العلماء، إذ يرى مالك وأبي حنيفة أنه يوجب حكومة، في حين يرى الشافعي أنه ينبغي التمييز بين ما إذا كانت الجنابة قد أذهبت ذوق الأخرس أم لا. فإن أذهبته وجبت الدية، وإن لم تذهبه وبت حكومة، وخلافاً لذلك يرى انب من فقهاء الحنابلة أنه لا تجب الدية في لسان الأخرس إطلاقاً².

- الجلد:

تجب الدية في الجلد عند الشافعي إن سلخ ككل أما مالك فيرى الدية فيه إن جزم أو برص أو سود من الجاني ولا يشترط أن يمس ذلك كافة الجلد، كما يوجب مالك الدية في جلد الرأس في حين لا يرى بذلك أبو حنيفة وأحمد³.

- شعر الرأس واللحية والحاجبين:

تجب الدية في شعر الرأس واللحية والحاجبان عند إزالتها سواء بالضرب أو النتف ومعه عدم إمكان نبوته من جديد، ففي شعر الرأس تجب الدية وفي اللحية الدية أما الحاجبان ففيهما حكومة، هذا رأي الحنفية وأحمد وإن كان يرى بالدية في شعر الحاجبان. في حين يرى مالك والشافعي بالحكومة في إتلاف الشعر لا الدية لأن هذه الأخيرة تكون في حالة إذهاب المنفعة لا غير⁴.

2. موجبات الدية في النوع الثاني:

تجب الدية في اليدين، لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "وفي اليدين الدية".

¹ أحمد فتحي بهنسي، الدية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الرابعة، دار الشروق، القاهرة، 1988، 126.

² عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج2، المرجع السابق، ص 263، 264.

³ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج2، المرجع السابق، ص 265.

⁴ نفس المرجع السابق، ص 266.

أما في إحداها فيجب النصف لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم عندما كتب لعمر بن حزم حين أمره على نجران: "وفي اليد خمسون من الإبل"¹. مع اختلافهم في تفسير معنى اليد، إذ يرى البعض أن معنى اليد يذهب على الكف فقط، ومن رأى بذلك قال أن فيها نصف الدية وما يزيد عنها حكومة. وهذا ما يراه فقهاء المذهب الشافعي وأحمد وأبو حنيفة². في حين يرى البعض الآخر أن اليد تجمع في معناها حتى المنكب وهو ما يراه مالك ومعظم الحنابلة وبعض الشافعية وأبو يوسف من الحنفية³.

- الرجلان:

تجب الدية في الرجلين لما رواه معاذ عن النبي صلى الله عليه وسلم: "في الرجلين الدية". وفي أحدهما النصف⁴، لكن وجد خلاف بشأن لفظ الرجل فالبعض قال بأنه لفظ يشمل القدم فقط، في حين يرى البعض الآخر أنه يشمل القدم حتى نهاية الفخذ، هذا وتجب في كل أصبع من أصابع الرجلين عشر الدية، وفي كل أنملة غير الإبهام ثلث دية الأصبع، وفي كل دية من الإبهام نصف دية الأصبع⁵.

- العينان:

تجب الدية في العينين لقوله صلى الله عليه وسلم: "في العينين خمسون من الإبل". ففي كل عين خمسين وفي العينين مئة⁶، وفي عين الأعور نصف الدية عند الحنفية والشافعية والدية الكاملة عند مالك وأحمد⁷.

- الأذنان:

¹ ابن قدامة، المرجع السابق، ص 358.

² عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج 2، المرجع السابق، ص 266.

³ نفس المرجع السابق، ص 267.

⁴ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 274.

⁵ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج 2، المرجع السابق، ص 268.

⁶ نفس المرجع السابق، ص 268.

⁷ ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص 341.

تجب في الأذنين الدية الكاملة وفي الأذن النصف، لقوله صلى الله عليه وسلم: "في الأذن خمسون من الإبل"، أما في حالة قطع بعضها كالنصف أو الربع أو الثلث وجبت الدية بقدره¹.

هذا ويرى أبو الحنيفة والشافعي وأحمد وبعض المالكية أن في قطع الأذنين مع بقاء السمع الدية الكاملة، في حين نجد رأي من المالكية يقول بأن في قطع الأذنين مع سلامة السمع وبقائه حكومة معتبرين أن في الأذنين جمال فقط ليس إلا²

- الشفتان:

تجب الدية في الشفتان لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب في كتاب عمرو بن حزم: "في الشفتين الدية"، وفي أحدهما يجب النصف وفي بعض الشفة دية بقدره³.

- الحاجبان:

تجب في الحاجبان الدية الكاملة وفي أحدهما النصف وفق ما يرى أبو حنيفة وأحمد إذا ما أزيل الشعر بحيث لا ينبت⁴.

3. موجبات النوع الثالث: ومنها:

- أشفار العينين:

يرى أبو حنيفة والشافعي وأحمد بوجوب الدية في الأشفار لما فيها من نفع وجمال وكمال وباعتبارها أربع تجب ربع الدية في كل واحدة منها، في حين يرى مالك بأن فيها حكومة⁵.

4. موجبات النوع الرابع:

¹ نجم الدين إبراهيم العيساوي، المرجع السابق، ص 266.

² عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج2، المرجع السابق، ص270.

³ نجم الدين إبراهيم العيساوي، المرجع السابق، ص 269.

⁴ ابن حزم، المرجع السابق، ص 48.

⁵ ابن قدامة، المرجع السابق، ص340.

ومنها أصابع اليدين والرجلين، إلا أنه قد سبق الحديث عنها عند التطرق إلى دية اليدين والرجلين.

أما الأسنان فيجب فيها خمسون من الإبل لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "في السن خمس من الإبل". هذا ويستوي أرش السن مع أرش الناب والضرس وهكذا...¹.

وإذا ما ذهبت منفعة العضو، وجبت فيه دية واحدة، فإذا ما اقتلعت عينا المجني عليه فذهب الضوء منهما، وجبت الدية وهي دية العينين باعتبار الضوء فيهما هو محله²،

أما إن بقي العضو وذهبت منفعته، وجبت دية المنفعة الزائلة³، ومن أمثلتها:
- السمع:

تجب الدية في السمع، لما روي عن معاذ أن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "في السمع الدية". فإن ذهب السمع في إحدى الأذنين وجبت نصف أما إن قطعت الأذنان فذهب السمع وجبت ديتان، وإن كان بعض المالكية يرون بالدية في السمع والحكومة في الأذنين⁴.

- البصر:

في ذهاب بصر إحدى العينين نصف الدية وفي كليهما الدية الكاملة

- الذوق:

تجب الدية في الذوق حسب ما يراه المالكية والحنفية أما الحنابلة فلهما رأيان الأول يرى الدية في الذوق، والثاني لا يرى بها أما إن ذهب الذوق فتجب الدية بالقدر الذي ذهب⁵.

¹ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج 2، المرجع السابق، ص 272.

² نفس المرجع السابق، ص 274.

³ هذا وقد حدد بعض الفقهاء عدد منافع الأطراف بأربع عشرة منفعة:

بصر وسمع وبطش وذوق وشم ونطق وصوت، ومضغ، ومشى وقوة الاحبال والامناء والجماع والعقل والإفضاء. انظر: نجم الدين إبراهيم العيساوي، المرجع السابق، ص 252.

⁴ نجم الدين إبراهيم العيساوي، المرجع السابق، ص 307.

⁵ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج 2، المرجع السابق، ص 276.

وإذا كان في كل اثنين من البدن الدية، ففي احدهما النصف وهذا هو الأرش المقدر وهو يجب في الأطراف والشجاج والجراح. فعن الأطراف فارش اليد مقدر بنصف دية اليدين معا، وأرش العين الواحدة هو نصف دية العينين وهكذا... أما عن أرش الشجاج والجراح فسأعرضها كما يلي:

أرش الشجاج يجب في كل من الموضحة والهاشمة والمنقلة والآمة والدامغة.

أ.الموضحة:

يقدر فيها الأرش بخمس من الإبل وهي تساوي سواء كانت في الوجه أو الرأس عند الأئمة الأربع، إلا أن أبا حنيفة يرى بأن موضحة الوجه أرشها مضاعف . هذا ولا يجب الأرش إلا في موضحة الوجه والرأس أما موضحة الجسم فلا أرش نقدر فيها وإنما يجب فيها حكومة¹.

ب.الهاشمة:

ويجب فيها مقدار عشرة من الإبل وهي تكون في الوجه والرأس خاصة عند أحمد والشافعي وأبي حنيفة، في حين يرى مالك أن الهاشمة لا تقع إلا في جراح البدن.

ج.المنقلة:

وفيهما خمسة عشر من الإبل، لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "في المنقلة خمسة عشر من الإبل".

د.الآمة:

ويقدر فيها بثلاث الدية، لكن يرى الشافعي وأحمد أنها توجب الثلث لتساويها مع الآمة وحكومة فيما زاد عن ذلك.

هـ.الدامغة:

يجب فيها ثلث الدية، وحكومة فيما زاد عنها عند الشافعي وأحمد.¹

هذا وفي العقل الدية عند الأئمة الأربع والزيدية والامامية ، لما ورد في حديث معاذ " وفي العقل مائة من الإبل " ، وعليه رأي كل من الشافعي وأبي حنيفة أن العقل يأخذ حكم النفس، وإن ذهب العقل بجناية لا توجب أرشا وجبت الدية دون غيرها، وإن ذهب بما يوجب الأرش المقدر وجبت الدية والأرش الجرح أو العضو، عند مالك والشافعي حسب رأيه الجديد وهذا ما يراه الإمام أحمد.انظر:عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، ج2 ، ص 276.

¹ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي،ج2، المرجع السابق،ص 285.

أما عن أرش الجراح فكما سبق بيانه الجراح نوعان جائفة وغير جائفة، فالأولى توجب ثلث الدية، والثانية توجب حكومة².

2. التعزير:

يعد التعزير عقوبة بديلة ثانية يمكن الأخذ بها إلى جانب الدية، إلا أن ما قيل عن التعزير كعقوبة أصلية ثانية يقال هنا باعتباره عقوبة بديلة ثانية.

الفرع الثاني: عقوبة الجناية ما دون النفس خطأ

أصلية كانت أم تبعية لكن مع إمكان تطبيق التعزير إن رأت السلطة التشريعية ذلك. سواء كعقوبة تعزيرية أصلية أم تبعية. وكل المسائل التي تكلمت عنها في الجناية على ما دون النفس عمدا تصلح في الخطأ إذ لا فرق بينهما، إلا أنه ينبغي الإشارة إلى أنه في الدية في الجناية على ما دون النفس عمدا يتحملها الجاني إلا استثناء تتحملها معه العاقلة³، عند مالك وذلك في حالة أرش الجراح التي لا يمكن فيها القصاص خشية تلف الجاني كالجائفة والآمة. أما في الخطأ فالعاقلة هي التي تتحمل الدية. إضافة إلى أن أوصاف الإبل في الدية الخطأ تجب خمسة⁴.

¹ ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص 385.

² عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج2، المرجع السابق، ص 283.

³ ويعرف فقهاء الشريعة العاقلة على أنها، العصبية، وكل من تتحقق منه النصره والمواساة على وجه الاستمرارية، وقد اختلف الفقهاء حول تحديد العاقلة في دية الخطأ. إلا أن الراجح هم العصبية سواء من جهة الأب أو الأعمام الأصول والفروع والحواشي. انظر: احمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، ص 163.

⁴ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج2، المرجع السابق، ص 291.

الفصل الثاني

الفصل الثاني: مدى إباحة الاعتداءات الماسة بالجسم البشري في الفقه الجنائي الوضعي والشريعة الإسلامية

عرف فقهاء القانون الوضعي أسباب الإباحة بأنها تلك الأفعال التي إذا ما تم إسقاطها على نص القانون تخضع للتجريم، لكن استثنائها المشرع بنص خاص أين أخرجها من هذه الدائرة وأدخلها في مجال المباحات¹.

كما عرفت من قبل فقهاء الشريعة على أنها: "ما أجزى للمكلف بخطاب الشرع فعله وتركه بلا استحقاق لثواب أو عقاب، وهي الإطلاق في مقابل الخطر مفادها الإذن"².

إلا أن الحديث عن الإباحة يقتضي تحديد إطارها القانوني والحدود التي رسمها المشرع لها، في هذا الشأن تثار مسألة رضاء المجني عليه وموقعه من الإباحة خاصة في مجال الممارسات الطبية الحديثة، لذا جاءت دراستي لهذا الفصل وفق مبحثين، الأول تطرقت فيه إلى الأفعال المبررة للاعتداءات الماسة بسلامة الجسم بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، والثاني عالجت فيه رضاء المجني عليه وتأثيره على إباحة الاعتداءات الماسة بالكيان البشري في ظل التطورات الطبية الحديثة.

¹ منصور رحمانى، الوجيز في القانون الجنائي العام، بدون طبعة، دار العلوم للنشر، الجزائر، 2006، ص 219.

² عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 814.

المبحث الأول: الأفعال المبررة للاعتداء على الحق في سلامة الجسم بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية

إذا ما بحثنا في أسباب الإباحة فإننا نجدنا على نوعان: إباحة أصلية أو واسعة وهي التي تعطي للشخص إمكانية إثبات الفعل لعدم وجود نص يجرمه، أما الإباحة الاستثنائية أو الضيقة فتعني إخراج الفعل من نطاق التجريم أصلا لوقوعه ضمن ظروف خاصة رأى المشرع بوجودها إخراجها من دائرة التجريم ووضعها في إطار المباحات¹.

وإذا ما رجعنا إلى نصوص قانون العقوبات الجزائري نجده ينص على أسباب الإباحة ضمن نص المادة 39 بقوله²: "لا جريمة:

1. إذا كان الفعل قد أمر وأذن به القانون.

2. إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع..."³.

المطلب الأول: ما يأمر أو يأذن به القانون

¹ منصور رحمانى، المرجع السابق، ص219.

² أنظر نص المادة 39 من قانون العقوبات.

³ هذا وأشار إلى أن أسباب الإباحة لا تجد مصدرها في النص التشريعي الصادر عن البرلمان فحسب بل تجده أيضا في النصوص التنظيمية كالقانون المنظم لمهنة الطب وغيرها من التنظيمات إضافة إلى الشريعة والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

لقد اعتبر المشرع الجزائري وكما سبق بيانه في نص المادة 39 من قانون العقوبات أمر واذن القانون من ضمن أسباب الإباحة¹.

الفرع الأول: ما يأمر به القانون

يمكن القول أن أمر القانون يتمثل أساسا في الفعل الذي يقدم عليه الموظف خلال أدائه لمهامه المكلف بها قانونا²، ومن هذا نجد مثلا قيام رجال الشرطة بإقامة الحواجز وإطلاق النار على من لم يمتثل للأوامر³، ملاحقة رجال الأمن لسائق سيارة بدون تأمين والذي فر عند مشاهدتهم مما أدى إلى إطلاق النار عليه، وإصابته بجراح أفضت إلى إحداث الوفاة والذي برأته محكمة الاستئناف الفرنسية على أساس أن فعله قد تم تنفيذا لأمر القانون استنادا إلى المرسوم الصادر عام 1903، والذي يعطي لرجال الدرك إمكانية استعمال السلاح الناري في حالة محاولة فرار أحد الأشخاص الذين تم توقيفهم⁴.

وفي ذات الإطار سأحدث على مسألة تنفيذ أمر صادر عن سلطة شرعية والتي تحمل مدلولاً واسعاً قد يعني المستخدم وقد يعني الولي...إلخ، إلا أن الفقه في محاولة منه إلى تفسير هذا المصطلح قال بأن السلطة الشرعية قد تكون سلطة خاصة كسلطة الأب على الأبناء، وقد تكون سلطة عامة مدنية أو عسكرية، المهم أن تكون شرعية⁵.

فتنفيذ أمر السلطة الشرعية يدخل ضمن أمر القانون ومن ثمة يعد فعلاً مباحاً، فالقانون يوجب على الموظف إطاعة أوامر الرئيس وفقاً للتدرج التسلسلي في الوظيفة العمومي، وهذا ما هو إلا تطبيقاً لأمر القانون⁶.

¹ وعن الاختلاف بين أسباب الإباحة وموانع العقاب، فالأولى تمحو الصفة الإجرامية عن الفعل فيصبح كأن لم يكن، فيلا حين أن موانع العقاب تبقى على الصفة الإجرامية للفعل لكن لا يطبق النص لوجود مانع من موانع المسؤولية دون أن تمنع من ترتيب نتائج أخرى.

² أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص 123.

³ سمير عالية، شرح قانون العقوبات، القسم العام، بدون طبعة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، لبنان، 2002، ص 120.

⁴ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص 123.

⁵ Graston Stefani, Georges le vasseur et Ber mrd bonloc, **droit pénal général**, 16^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1997, P 301.

⁶ عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات، القسم العام، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 122.

لكن ما ينبغي الإشارة إليه، هو أنه حتى يعد تطبيق هذا الأمر مباحا لا بد فيه من احترام الإجراءات الشكلية المتطلبة قانونا، كأمر الإحضار الذي يصدره قاضي التحقيق إلى أعوان القوة العمومية أين لا بد أن يكون كتابيا وفق ما جاء في المادة 109 من قانون الإجراءات الجزائية¹.

وعليه لا بد أن يراعى الشكل المطلوب قانونا في إصدار الأمر زيادة على ضرورة أن يصدر من السلطة المختصة بذلك، وإلى الموظف المختص أيضا . إذا ما تم احترام جميع هذه المتطلبات القانونية، وحدث وأن وقع اعتداء ماس بالسلامة الجسمية نقول أن الفعل مباح باعتبار أنه تم تنفيذا لأمر القانون².

لكن تثار إشكالية قانونية بشأن الأوامر غير القانونية الصادرة عن الرئيس، هل يخضع لها المرؤوس ويعتبر فعله داخلا في إطار الإباحة؟ أم أن فعله يعد جريمة معاقب عليها؟

ظهر في هذا الشأن ثلاث اتجاهات:

- **الأول:** يرى بخضوع المرؤوس للرئيس وتنفيذ الأمر رغم عدم قانونيته، دون أية مناقشة، ذلك لأنه ملزم بواجب الطاعة.
 - **الثاني:** يرى بعدم الخضوع لأمر الرئيس، بل لا بد من التأكد من مشروعية الأمر قبل تنفيذه.
 - **الثالث:** يقول بالتمييز بين ما إذا كانت مشروعية الفعل ظاهرة أم لا، فإذا كانت عدم مشروعية الفعل ظاهرة، نقول بأن فعل الموظف يشكل جريمة معاقب عليها، أما إذا كانت عدم المشروعية غير ظاهرة فالفعل يعد مباحا.
- وإذا ما حاولنا إعطاء مفهوم لعدم المشروعية الظاهرة ، نجد أن محكمة النقض الفرنسية قد أعطت أمثلة عن حالات عدم المشروعية الظاهرة في قرارها الصادر في 2004/03/24، حيث نصت على حالتين يعتبر فيهما الفعل غير مشروع بشكل ظاهر وهما

¹ أنظر نص المادة 109 من قانون الإجراءات الجزائية.

² عبد الله سليمان، المرجع السابق ، ص123.

الأمر الرامي إلى المساس بسلامة جسم الشخص مع استعمال العنف والتعذيب، وكذا الأمر يرمي إلى وضع الحياة في خطر من أجل ضبط شخص¹.

هذا وقد استبعد المشرع الفرنسي من نطاق الإباحة الأفعال المرتكبة في إطار الجرائم ضد الإنسانية استنادا لأمر صادر من سلطة شرعية. وكذلك الأمر في إطار جرائم الحرب أين قضت محكمة نورمبرغ سابقا بعدم الاعتراف بأمر السلطة الشرعية كسبب للإباحة وإنما كظرف مخفف².

وبالرجوع إلى نظام روما الأساسي نجد أنه أكد على استبعاد أمر السلطة الشرعية من نطاق الإباحة متى صدر لغرض ارتكاب جرائم الحرب وجرائم الإبادة والجرائم ضد الإنسانية³.

الفرع الثاني: ما يأذن به القانون كسبب للإباحة

قبل التطرق إلى مفهوم إذن القانون والحالات التي يتضمنها، لابد أولاً من تحديد المقصود بمصطلح قانون إذ أنه في هذه الحالة يأخذ مدلولاً واسعاً، حيث يدخل ضمنه العرف الذي يبيح حق التأديب الذي يقوم به الأب اتجاه الأولاد والمعلم اتجاه التلاميذ، والعرف الذي يبيح ممارسة الألعاب الرياضية⁴. كما قد يجد مصدره في الشريعة الإسلامية كما هو الحال بالنسبة لحق تأديب الزوج لزوجته⁵.

أولاً: مفهوم الحق المساس بسلامة الجسم كسبب للإباحة

قد يقر القانون حقوق معينة تخول لصاحبها المساس بسلامة الجسم. ورغم ذلك يعد فعله مباحاً فيخرج من دائرة التجريم ليدخل إلى دائرة الإباحة، وعليه سأتناول في هذا الإطار إباحة المساس بسلامة الجسم استعمالاً لحق التأديب من جهة، وإباحة المساس بسلامة الجسم أثناء ممارسة الألعاب الرياضية والأعمال الطبية من جهة أخرى. إلا أنه وقبل التطرق إلى هذه التطبيقات، سأتناول مفهوم الحق بصفة عامة من خلال توضيح شروط ممارسته من وجهة نظر كل من القانون الوضعي والشريعة الإسلامية.

¹ عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 126.

² Jean Larguier, *Droit Pénal Général*, 17 e édition, Dalloz, Paris, 1999, p 51

³ أحسن بوسقيعة، *الوجيز في القانون الجنائي العام*، المرجع السابق، ص 126.

⁴ Gaston Stefani, Georges Levasseur et Bernard BouloC, *Opcit*, P 299,300

⁵ أحسن بوسقيعة، *الوجيز في القانون الجنائي العام*، المرجع السابق، ص 125.

إن إباحة المساس بسلامة الجسم إنما يستند إلى المزايا التي يخولها القانون لصاحب الحق عند استعماله. وإذا ما أردنا تعريف الحق نقول بأنه مصلحة يقرها القانون ويحميها¹، إلا أن القول بوجود هذا الحق يستدعي أن يكون ثابتاً مع ضرورة التزام حدوده.

1-ثبوت الحق:

حتى يكون الحق ثابتاً لا بد أن يكون موجوداً هذا من ناحية وأن يكون مستنداً إلى مصدر قانوني هذا من جهة أخرى.

فالمقصود بان يكون الحق موجوداً يعني أن يكون معترفاً به، فإن لم يكن كذلك فلا حديث عن الإباحة حتى لو كان الفعل يشكل مصلحة مشروعة².

هذا وقد تحيلنا قاعدة قانونية وطنية إلى قاعدة أجنبية، وفي هذا الإطار نقول أن مصطلح قانون يدخل ضمنه القواعد القانونية الأجنبية، وعليه إذا ما تزوج مصري مقيم باليونان يونانية وفقاً لقانون الأحوال الشخصية اليوناني، ثم ضربها مستنداً في ذلك إلى حق التأديب، فهنا نرجع إلى قانون الأحوال الشخصية اليوناني فنرى إذا ما كان يعطي للزوج مثل هذا الحق، إذ ليس للزوج أن يحتج بقواعد الشريعة الإسلامية في استعماله للتأديب³.

كما أنه إذا كان العرف يبيح مثلاً تأديب المخدم لخادمه⁴ والوشم وخرمأذن الإناث، فرغم أن هذه الأفعال تعد ماسة بسلامة الجسمية، إلا أنها لا تعد من قبيل الأفعال المجرمة، لكن إذا ما تدخل النص القانوني وأقر عدم الاعتداد بإحدى هذه القواعد العرفية فهنا يحل النص المكتوب محل القاعدة العرفية أين تصبح لا محل لها من التطبيق. هذا وقد تكون الشريعة الإسلامية مصدراً للكثير من الحقوق⁵. في مقدمتها حق التأديب، إلا إذا

¹ عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 800.

² ممدوح عزمي، دراسة عملية في أسباب الإباحة، وموانع العقاب، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص 67.

³ عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 804.

⁴ سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000، ص 380.

⁵ عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 804.

أتى النص القانوني كذلك وأقر صراحة عدم الاعتداد بهذا الحق كسبب للإباحة¹. ولوجود هذا الحق لا بد أن يكون مؤكداً غير متنازع عليه².

2- التزام حدود الحق:

ينبغي ألا يتجاوز الفعل الحدود المقررة قانوناً وإلا خرج بذلك عن نطاق الإباحة.

أ. حدود الحق في القانون الوضعي:

يرى كل من الفقه والقضاء الفرنسيين أن الحق ينتهي عندما يبدأ التعسف في استعماله، أي من خلال تجاوز الغايات المقررة قانوناً والاعتداء على حقوق الغير³.

والتزام حدود الحق له عدة جوانب:

أولها يتعلق بصاحب الصفة في ممارسته أين ينبغي مراعاة الصفة التي قد يتولى القانون تحديدها وقد يتركها دون تحديد، في حالة عدم تحديدها نقول أن هناك مصالح تقبل الإنابة بطبيعتها كالحقوق المالية مثلاً، وهناك مصالح لا تقبل الإنابة كحق التأديب الذي يملكه الزوج على زوجته، فإن أناب الزوج غيره في فعل الضرب، عد هذا الغير فاعلاً أصلياً واعتبر الزوج شريكاً له، فهنا صفة الزوج هي صفة شخصية⁴. وقد تكون الصفة المتطلبية مكتسبة كالمؤهلات العلمية التي ينبغي توافرها في الأطباء لممارسة مهنة الطب⁵.
وأما عن الجانب الثاني المتعلق بالتزام حدود الحق فمرتبط بمسألة اللزوم أين يكون استعمال هذا الحق هو الوسيلة الوحيدة المتاحة⁶. فالطبيب الذي يثبت في حقه استخدام أساليب وأدوات علاجية غير لازمة في أداء عمله الطبي، فهذا لا يعفيه من المسؤولية الجنائية⁷.

¹ نفس المرجع السابق، ص 807.

² رمسيس بنهام، النظرية العامة للقانون الجنائي، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 340.

³ محمد علي السالم عياد الحلبي، شرح قانون العقوبات القسم العام، مراجعة أكرم طراز الفايز، ج 1، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2007، ص 111.

⁴ ممدوح عزمي، المرجع السابق، ص 68.

⁵ عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 810.

⁶ سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 383.

⁷ نفس المرجع السابق، ص 384.

أما عن الجانب الثالث فيتمثل في ضرورة مراعاة التناسب في استعمال الحق وعدم تجاوز الحد المقرر له، كحق التأديب الذي يبيح للزوج الضرب البسيط للزوجة لا الضرب المبرح الذي يترك أثرا أو يسبب عاهة¹، هذا ويقضي التناسب استعمال الوسيلة المحددة قانونا كالطبيب الذي لا يمكنه استخدام أدوات طبية غير متعارف عليها².

ب. حدود الحق في الشريعة الإسلامية:

إذا ما رجعنا إلى الشريعة الإسلامية نجد أنها قد أقرت جملة من الحقوق وأوردت ضوابط لاستعمالها، هذه الأخيرة التي يمكن استخلاصها من مصادر الشريعة الإسلامية من قرآن وسنة وغيرها من المصادر. فإذا ما قررت الشريعة الإسلامية حق الدفاع الشرعي مثلا بينت ضوابطه³ لقوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾⁴.

كما نجدها أقرت بحق الزوج في تأديب الزوجة مع تبين ضوابطه والوسائل المستعملة فيه. وهذا في قوله تعالى: ﴿واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن﴾⁵. فهذه الوسائل من وعظ وهجر وضرب هي بمثابة الحدود الداخلية للحق والتي يتعين مراعاتها⁶.

أما عن الحدود الخارجية له فيمكن القول بأنها تتجلى أساسا في عدم مساسه بحقوق الغير وإضراره بهم طبقا للقاعدة الفقهية: "لا ضرر ولا ضرار". مع ضرورة عدم تجاوز ما أقره له الحق والإسراف في الأفعال الناجمة عن هذا الحق⁷.

هذا مع تأكيد فقهاء الشريعة الإسلامية على ضرورة إقامة صاحب الحق لموازنة بين المصلحة المقررة من وراء استعمال هذا الحق والضرر الناتج عنها، فما غلبت مصلحته شرع وما غلبت مفسدته منع، مع مراعاة التناسب بين الحق والمصلحة المخولة من ورائه⁸.

¹ ممدوح عزمي، المرجع السابق، ص 68.

² نفس المرجع السابق، ص 69.

³ عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 820.

⁴ سورة البقرة، الآية 194.

⁵ سورة النساء، الآية 34.

⁶ عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 821.

⁷ نفس المرجع السابق، ص 822.

⁸ مارك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 192.

وليكون استعمال الحق مباحا لا بد أن يتم مع توافر حسن النية بحيث يرتكب الفعل مع نية تحقيق الغاية المرجوة منه، إذ انه وفي حالة تجاوزها نقول بتوافر سوء النية، فاستعمال الزوج لحق تأديب الزوجة لا بد أن يكون بنية تهذيبها وإصلاح أحوالها وتحقيق المعيشة الأسرية المستقرة¹.

كما يكون الأب حسن النية إذا قام بضرب ابنه بغرض تقويمه وإصلاحه، والطبيب حسن النية إذا كان غرض العلاج شفاء المريض، واللاعب الذي يكون في المباراة حسن النية إذا قصد تحقيق المنافسة الشريفة مع اللاعبين، فإذا ما قصد صاحب الحق غير هذه الغايات وانحرف عنها نقول بتوافر سوء النية ومن ثمة إصباح الصفة غير المشروعة على الفعل².

هذا وإن كان توافر حسن النية هو شرط يرى به غالبية الفقه مع اشتراطه ضرورة الارتباط بين مفهوم حسن النية والصفة الاجتماعية للحق، نجد أن بعض الفقه يقول بأن التزام صاحب الحق بالحدود التي رسمها له القانون يعد كافيا دونما اشتراط لحسن النية من عدمه³.

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجدها قد أكدت على ضرورة توافر حسن النية عند ممارسة الحق، فأحكام الشريعة الإسلامية ما شرعها الله سبحانه وتعالى إلا لتحقيق غايات معينة ينبغي عدم الخروج عنها.

ثانياً: تطبيقات استعمال الحق الماس بسلامة الجسم

وسأتطرق فيها إلى كل من حق التأديب في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية وحق ممارسة الألعاب الرياضية والأعمال الطبية.

1 . حق التأديب:

يعد حق التأديب من أولى الحقوق التي عرفتتها المجتمعات الإنسانية، حيث اعترف به القانون الروماني لتؤصله الشريعة الإسلامية وتنظم أحكامه وتقرر حدود ممارسته⁴.

¹ محمد أحمد المشهداني، الوسيط في شرح قانون العقوبات، الطبعة الأولى، مؤسسة الوراق، الأردن، 2003، ص 200.

² عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 824.

³ رمسيس بنهام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 339.

⁴ عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 830.

أ. حق تأديب الزوجة:

سأتناوله من خلال البحث عن أساس إباحته في كل من الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مع توضيح شروطه وحدوده.

1- أساس حق التأديب:

التطرق إليه سيكون في كل من القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية. فإذا ما رجعنا إلى غالبية القوانين المقارنة فإننا لا نجد نصوص صريحة تقر بحق تأديب الزوج لزوجته، حيث نجد بعضها يستند في ذلك إلى العرف والبعض الآخر إلى المبادئ العامة للقانون.

وإذا ما بحثنا في القانون الفرنسي القديم فإننا نجده يعطي الزوج حق تأديب زوجته، مستندا في ذلك إلى تصور الفقه المدني القديم للحقوق الزوجية وتبعه في ذلك القضاء الفرنسي، إلا أن القضاء الفرنسي تراجع عن ذلك فيما بعد وتبعه الفقه فلم يعد بإمكان الزوج ضرب زوجته ولو بقصد التأديب¹.

أما رجعنا إلى القانون الإنجليزي والمستمد من السوابق القضائية نجد أنه قد أعطى للزوج حق تأديب الزوجة بالضرب، إلا أن القضاء الانجليزي في اتجاهاته الحديثة يرفض ذلك ولا يقر بهذا الحق².

وإذا ما بحثنا عن أساسه في القانون الجزائري، فإننا نجد بعض الفقه يرجعه إلى المادة 39 من قانون العقوبات: "لا جريمة إذا كان الفعل قد أذن به القانون." حيث يفسرون لفظ إذن القانون بأنه ما يأذن به القانون لصاحب الحق لممارسة حقه، وكلمة قانون تعني كل قاعدة قانونية تشريعية، عرفية أو مستمدة من الشريعة الإسلامية. وهذا ما أخذ به غالبية الفقه الجزائري في تبرير تأديب الزوج لزوجته³. إلا أن الدكتور مروك نصر الدين يرى بأن ما جاء في المادة 39 هو سبب للإباحة لا أساس لها وإنما الأساس حسبه يستخلص من النصوص التشريعية الآتية:

¹ مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 195.

² نفس المرجع السابق، ص 196.

³ نفس المرجع السابق، ص 206.

- المادة 02 من دستور 1996: "الإسلام دين الدولة".
 - المادة الأولى من القانون المدني: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية".
 - المادة 222 من قانون الأسرة: "كل ما لم يرد النص عليه في القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".
- أما عن أساس إباحة حق تأديب الزوج لزوجته إنما يرجع إلى القرآن الكريم والسنة والإجماع.

فمن القرآن الكريم قوله تعالى: "واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجوهن في المضاجع واضربوهن...."¹. وقوله تعالى: ﴿**وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْتًا فَاضْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنُثْ**﴾².

ووجه الدلالة في هذه الآية أن الله تعالى أباح لنبيه أيوب حق تأديب زوجته بعد حلفه بذلك بعدما غضب عليها من أمر فعلته³.

ومن السنة عن محمد بن يوسف حدثنا سفيان عن هاشم عن أبيه عن عبد الله بن زمعة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال: "لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد...."⁴.

هذا وقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على حق الزوج في تأديب زوجته في حالة المعصية، مستدلاً بعضهم بحكم العقل إذ نتساءل هل من العقل أن يلجأ الزوج إلى القضاء أو إلى أهل الزوجة كلما خالفته في كل صغيرة وكبيرة، العقل يأبى طبعاً مما يقتضي رضوخها لهذا التأديب⁵.

2- شروط إباحة حق تأديب الزوج لزوجته:

¹ سورة النساء، الآية 34.

² سورة ص، الآية 44.

³ إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ج4، ص41.

⁴ مسلم، مختصر صحيح مسلم "كتاب النكاح"، باب ما يكره من ضرب النساء، رقم الحديث 5204، ص637.

⁵ مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 200.

لابد من شروط محددة تحيط بحق الزوج في تأديب الزوجة ،وهي تقريبا محض الشروط العامة التي سبق بيانها في معرض الحديث عن مفهوم الحق. إلا انه يمكن إيجازها فيما يلي:

فمن الشرط الأول فيتعلق بموجبات التأديب، والتي ترتبط بنشوز المرأة والذي يقصد به تعالي الزوجة عن زوجها، وعصيانه فيما أمرها الله أن تطيعه فيه¹. وإن كان بعض الفقهاء لم يقيدوا حق التأديب بالنشوز فقط، بل مدوا نطاقه إلى كل فعل ترتكبه الزوجة ويعد معصية لم يرد نص شرعي بشأنها².

ولعل من أهم صور ومظاهر النشوز التي ساقها فقهاء الشريعة الإسلامية ما يلي:

- خروج الزوجة من بيت الزوجية دون إذن زوجها وكذا إدخال الزوجة الأجنبي إلى مسكن الزوجية دون الحصول على إذن من الزوج³.
- كما يعتبر نشوزا امتناع الزوجة عن المعاشرة الزوجية⁴، لقوله تعالى: ﴿ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف﴾⁵، وكذا امتناعها الانتقال مع زوجها⁶.

أما عن الشرط الثاني فيتعلق بال وسائل التي يتعين على الزوج الالتزام بها عند تأديب الزوجة وهي كالتالي:

- الوعظ:

ويكون بإرشاد الزوجة ونصحها بلين ورفق، وإن لم تمتثل نكرها بالهجر والضرب عقوبة على نشوزها⁷.

- الهجر:

¹ علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 240.

² عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 230.

³ مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 201.

⁴ عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، المرجع السابق، ص 182.

⁵ سورة البقرة، الآية 288.

⁶ عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 831.

⁷ مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 201.

ويكون بترك الزوج لفرش الزوجية بمقاطعة الاتصال بها ولا توجد فترة محددة للهجر. وإن كان المالكية قد حددوها بأربعة أشهر لا ينبغي تعديها.

- الضرب:

إذا لم تمثل الزوجة لزوجها رغم كل هذه الوسائل كان له حق الضرب، هذا وينبغي في الضرب مراعاة الغاية وحدوده، وكذا الأداة والطريقة بحيث يجب ألا تكون الضربات في مواضع محرمة كالوجه والرأس والمواضع التي إن تم الضرب فيها أدت إلى هلاكها¹.

أما الشرط الثالث فيتعلق بصاحب الصفة في التأديب، أين لا يثبت حق التأديب إلا للزوج، فلا يجوز له إنابة غيره في ذلك، سواء من أهله أو من أهلها، وهذه الصفة تثبت بقيام الرابطة الزوجية وتزول بزوالها كأن تنقضي بالطلاق²

وأخيرا لا بد للزوج أن يلتزم الحدود المقررة للتأديب ذلك أن ضرب الزوجة يقتضي ألا يكون مبرحا وهو الضرب الموجع الذي لا يرتب تلفا في النفس أو الأعضاء³، فإن كان الضرب مبرحا وقع الزوج تحت طائلة المادتين 442 و264 من قانون العقوبات⁴.

أما عن موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من تجاوز حدود التأديب بأن تلفت أو أصيبت بعاهة، اختلفوا بشأن ذلك إلى رأيين:

- **الأول** لمالك وأحمد يرى بأنه لا ضمان على الزوج ما دام الضرب الذي تلفت منه مشروع على أن يكون مما يعد مثله أدبا، أما إن كان شديدا بحيث لا يكون مثله أدبا للزوجة ففيه الضمان وحجتهم في ذلك أن حق التأديب إذا ما استعمله الزوج في حدوده هو فعل مباح لا مسؤولية فيه⁵.

- **أما الرأي الثاني** فهو لأبي حنيفة والشافعي، إذ يريان بضمن الزوج لزوجته إذا تلفت سواء كان الضرب مما يقتضيه التأديب أو أشد من ذلك. وحجة أبي حنيفة في ذلك أنه إن أدى فعل الضرب إلى تلف المضروب أو إصابة أحد أعضائه فالفعل عد جرحا أو

¹ عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 832.

² ممدوح عزمي، المرجع السابق، ص 73.

³ نفس المرجع السابق، ص 74.

⁴ مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 209

⁵ عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، المرجع السابق، ص 189.

قطعا لا تأديبا. أما حجة الشافعي هو أن التأديب حق للزوج لا واجب عليه ومن ثمة هو متروك لاجتهاده فعليه أن يتحمل نتيجة هذا الاجتهاد¹.

ب- حق تأديب الصغار:

للأب سلطة على أسرته والتي تمنحه حق تأديب الصغار وتهذيبهم حرصا على شؤونهم وللمعلم مدرسا كان أو معلم حرفة تأديب الصغير، وللجد والوصي تأديب من هو تحت ولايته. وللم حق التأديب إن كانت تمارس الوصاية أو الكفالة على الصبي أو في غيبة الأب، أما في غير هذه الحالات ليس لها أن تمارس هذا الحق عند غالبية الفقه². وعليه سأعالج هذا الحق بالتطرق إلى الحكمة من تقريره وشروط ممارسته ووسائله وحكم تجاوزه حدوده.

1-الحكمة من تأديب الصغير:

يعتبر علماء الأصول تأديب الصغير وتهذيبه من الواجبات التي يلتزم بها رب الأسرة، أساسه في الشريعة الإسلاميه فمن القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا قوا أنفسكم وأهليكم نارا﴾³. ووجه الدلالة في هذه الآية هو إباحة قيام الآباء بشؤون التأديب.

هذا وقد أجمع فقهاء الشريعة كذلك على إباحة تأديب الصغار لغرض التهذيب والإصلاح⁴.

2-شروط التأديب:

تعتبر شروط تأديب الصغير هي ذات شروط تأديب الزوجة ، حيث يجب أن يكون الصغير قد فعل ذنبا يستحق التأديب وليس فقط يخشى أن يفعله، ومن المظاهر التي توجب التأديب:ترك الصلاة، الصوم، ترك العلم وفي مقدمته العلم الشرعي⁵.

¹ عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، ص 189.

² نفس المرجع السابق، ص 191.

³ سورة التحريم، الآية 06.

⁴ عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 840.

⁵ مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، ص

هذا ويشترط أن يكون الضرب خفيفا غير مبرح، مع تجنب المواضع التي قد تؤدي إلى هلاكه كالوجه والبطن¹، وأن يقصد من ورائه التأديب فإن كان يرمي إلى غاية أخرى كالضرب بغرض استغلاله للتسول أو السرقة، هنا نقول بأن فعله خرج من دائرة الإباحة ليدخل إطار التجريم².

وإذا ما تجاوز صاحب الحق الحدود المقررة له للتأديب عد مرتكبا لجرائم الضرب والجرح ويتابع على أساس المواد 244، 264، 269 من قانون العقوبات مع بقاء السلطة التقديرية لقاضي الموضوع بتوافر حسن النية من عدمه³.

أما عن حكم تجاوز حدود التأديب في الشريعة الإسلامية، فإذا ما أدى الضرب إلى تلف الصبي أو إلى إصابته في أحد أعضائه يرى مالك وأحمد أن المؤدب لا يضمن الصبي ما دام الضرب مما يعتبر في حكم التأديب. أما إن كان شديدا بحيث لا يعد مثله أدبا فالمؤدب يعد مسؤولا جنائيا عن فعله، في حين يرى الشافعي بضمان المؤدب الصبي في جميع الأحوال، ما دام أن التأديب حق له يجوز فعله ويجوز تركه، فإن فعله تحمل نتيجة فعله⁴.

أما أبو حنيفة فحسب رأيه الشخصي أن الأب والجد والوصي يضمنون تلف الصبي، وإن كان يرى بعض الفقهاء أن أبو حنيفة عدل عن هذا الرأي، وعن المعمول به عند الحنفية هو رأي أبو يوسف ومحمد، حيث يقولون بعدم مسئولية الأب والجد والوصي⁵، أما تأديب المعلم والمدرس، فيجب فيه التفريق بين ما إذا كان بإذن الأب أو الوصي أو بغير إذنه، فإن كان بإذنه فلا مسئولية على المعلم للضرورة، أما إن كان بغير إذن فهو معتد تقوم في حقه المسئولية⁶.

2. حق ممارسة الألعاب الرياضية:

¹ عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، ص 191.

² ممدوح عزمي، المرجع السابق، ص 72.

³ مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، ص 213.

⁴ عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، ص 191.

⁵ عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، ص 191.

⁶ نفس المرجع السابق، ص 192.

تعد الألعاب الرياضية من الممارسات المعروفة منذ الحضارات القديمة، والتي عرفت تطور ملحوظا اليوم في أنماطها ووسائل ممارستها¹، وباعتبار أن ممارستها تقتضي المساس بالسلامة الجسمية، تثار إشكالية مدى التعارض بينها وبين نصوص قانون العقوبات وهل تطبق بشأنها الأحكام الجزائية المقررة، نتيجة المساس بهذا الحق، أم أنها تعد أفعال مبررة لا تجريم فيها.

أ. أساس إباحة الألعاب الرياضية:

الألعاب الرياضية نوعان: نوع عادي وآخر عنيف، فالأول لا يتطلب بطبيعته استخدام القوة أو العنف كالنتس والسباحة، والجلّة، وكرة السلة... الخ، وعليه إذا ما أحدث أحد اللاعبين إصابة بالآخر وكانت عمدية سئل عن جريمة عمدية، أما إن كانت عن إهمال سئل عن جريمة غير عمدية. أما بالنسبة للنوع الثاني فيتطلب القوة أو العنف كالمصارعة والجيدو والملاكمة فهي قد تؤدي إلى الإصابة بجروح لكن إذا ما تمت ضمن الحدود المقررة لها كانت أفعالا مباحة².

وعليه إذا ما كانت هذه الإصابات شرعية تخضع للإباحة. سنبحث عن الأساس القانوني والشرعي لذلك:

1- الأساس القانوني:

يوجد اتجاهان في شأن أساس إباحة الألعاب الرياضية. اتجاه قانوني وآخر فقهي.

- الاتجاه القانوني:

وفيه رأيان: الأول يقيم الإباحة على أساس رضاء المجني عليه، والثاني على أساس استعمال الحق.

فمن الاتجاه الأول فيرى أن رضاء المجني عليه هو أساس الإباحة، باعتباره أعطى الإذن لهذا الشخص أن يمارس عليه عملا يعتبر فعلا إجراميا معاقب عليه قانونا، وهو

¹ عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 900.

² عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات - القسم العام - ، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 78.

رضاء ضمني يجد أساسه في القاعدة الرومانية العقد شريعة المتعاقدين، فالشخص إذا ما رضي بوقوع الضرر عليه لا يمكن القول أنه مجني عليه¹.

أما عن الاتجاه الثاني فيرى بأن أساس الإباحة إنما يرجع إلى تصريح القانون بهذه الألعاب، وإن كان بعض الشراح يرون أن هذه الإجازة إنما هي إجازة ضمنية².

- الاتجاه الفقهي:

وجد فيه ثلاث آراء:

الرأي الأول: يقول بأن أساس الإباحة إنما يرجع إلى انتفاء الصفة الإجرامية عن الفعل. ومن ثمة عدم خضوع الأفعال التي تتم بمقتضى هذه الألعاب إلى نص التجريم³.

الرأي الثاني: يرى بأن إباحة الألعاب الرياضية إنما ترجع في أساسها إلى انتفاء القصد الجنائي، أي أن اللاعب لا يقصد إيذاء الخصم أثناء ممارسة اللعبة.

الرأي الثالث: يرجع سبب الإباحة إلى رضاء المجني عليه بممارسة هذه الأفعال على جسمه⁴.

غير أن هذه الآراء لقيت عديد الانتقادات، فالرأي القائل بانتفاء الصفة الإجرامية في الفعل هو رأي غير سديد ذلك أن الفعل تتوافر فيه جميع العناصر التي تجعل منه خاضعا لنص التجريم هذا ولا يمكن الأخذ بالرأي القائل أن الأساس إنما هو انتفاء القصد الجنائي، ذلك أن الغاية أو الباعث لا يعتد بها في التجريم فتوجيه ضربات من اللاعب إلى الخصم إنما يكون بقصد تعجيزه عن الحركة لتحقيق الفوز.

كما أنه لا يمكن أن يكون رضاء المجني عليه سببا للإباحة، على اعتبار أن الرضا ليس سببا عاما لإباحة كافة الاعتداءات الواقعة على الجسم، خاصة إذا ما بلغت حدا من الجسامة. وهو ما أخذت به عديد التشريعات كالتشريع الجزائري، الفرنسي، والمصري... إلخ⁵.

¹ مارك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، ص 235.

² نفس المرجع السابق، ص 236.

³ عادل قورة، المرجع السابق، ص 67.

⁴ عصام أحمد، المرجع السابق، ص 903.

⁵ مارك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، ص 240.

الحق مقرر في النظام القانوني للدولة، وذلك في أي قاعدة من القواعد القانونية قد تكون دستورية أو تشريعية أو المبادئ العامة في القانون أو العرف السائد في الدولة¹.
وإذا ما بحثنا في نصوص قانون العقوبات نجد نص المادة 39 منه ينص على سببين للإباحة: أمر وإذن القانون والدفاع الشرعي. إذن من هذا النص يمكن القول أن أساس إباحة الألعاب الرياضية في القانون الجزائري إنما يستند إلى إذن القانون باعتبار أن لفظ القانون وكما سب بيانه يتسع ليشمل النصوص التشريعية والتنظيمية الشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي هذا بالرجوع إلى نص المادة الأولى من القانون المدني.
إضافة إلى أنه وبالرجوع إلى قانون حماية الصحة وترقيتها نجده ينص في مادته 83 على أنه: "يجب على جميع قطاعات النشاط الوطني أن تنظم أنشطة بدنية ورياضية قصد حماية صحة السكان وتحسينها". والمادة 84: "يتعين على الجماعات المحلية والهيئات والمؤسسات أن تدرج في مشاريع البناء، إقامة هياكل وتجهيزات مناسبة للتربية البدنية والرياضية في التجمعات السكانية والمؤسسات الخاصة بالأطفال ومعاهد التكوين"².
فهاتين المادتين كذلك تصلحان لأن تكونا أساسا لإباحة العمل الرياضي في القانون الجزائري.

2- الأساس الشرعي:

لقد حثت الشريعة الإسلامية على ممارسة الألعاب الرياضية لما فيها من قوة للأجسام وتنشيط للعقول، وتشمل ما هو معروف من فروسية وسباق الخيل والرمية ورفع الأثقال وهو ما يعبر عنه فقهاء الشريعة بالعلاج³.
هذا وتجد الإباحة أساسها في نصوص القرآن الكريم لقوله تعالى: ﴿وَأَعِدُوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ﴾⁴.
ومن السنة عن عقبة بن عامر رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "ستفتح عليكم ارضون ويكفيكم الله فلا يعجز أحدكم أن يلهو بأسهمه"⁵.

¹ نفس المرجع السابق، ص 241.

² المادتين 83 و84 من قانون الصحة

³ عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، ص 203.

⁴ سورة الأنفال، الآية 16.

⁵ مسلم، مختصر صحيح مسلم، كتاب الجهاد، باب الحث على الرمي، رقم الحديث، 1103، ص 282.

ولقد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سابق بالإبل وسابق بالخيل وسابق بالأقدام.
وقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية قديمهم وحديثهم على إباحة الألعاب الرياضية¹.

ب. شروط ممارسة الألعاب الرياضية:

كل حق معترف به قانونا ليس مطلقا وإنما هو مقيد بضوابط وشروط لا بد من مراعاتها، فمن أول شرط لا بد أن تكون اللعبة من الرياضات المعترف بها قانونا أو في العرف الرياضي²، بحيث يكون لها قواعد تنظمها، بالإضافة إلى ضرورة أن تكون ممارسة هذه الأفعال متسقة مع قواعد اللعبة، ذلك أن هذه الأخيرة تقتضي ممارستها من خلال قواعد وإجراءات معينة. فإذا ما اتبع اللاعبون القواعد المتعارف عليها في اللعبة، فإن حصول الإصابات لا يجرم الفعل، أما إن خرج عن هذه القواعد عد فعله جريمة معاقب عليها³. كأن يتعمد الملاكم ضرب خصمه أسفل الحزام وهي منطقة محظور الضرب عليها وفق قواعد اللعبة⁴.

كما يشترط أن يرتكب الفعل أثناء ممارسة الألعاب الرياضية أما بعد الانتهاء منها فلا تطبق الإباحة، أي لا بد أن ترتكب هذه الأفعال خلال ما يعرف بزمن المباراة. مع ضرورة ممارسة اللعبة في الملعب المخصص لها، فإن تمت خارجه لا يمكن أن يستند اللاعب إلى توافر أسباب الإباحة⁵.

زيادة على الشروط السالف ذكرها لا بد من رضا الرياضي باللعبة، ذلك أن الرضا هو شرط لإباحة الفعل وليس أساسا لانتفاء صفة التجريم، إذ يجب أن يرضى بالضرر الذي قد يلحقه للقول بالإباحة، ذلك أن للشخص حق على كيانه الجسدي وهذا الحق هو من الحقوق اللصيقة بالشخصية⁶.

¹ عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، ص 206.

² أكرم نشأت إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، بدون طبعة، مصر، الدار الجامعية، بدون سنة، ص 147.

³ سمير عالية، المرجع السابق، ص 356.

⁴ ممدوح عزمي، المرجع السابق، ص 76.

⁵ مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، ص 246.

⁶ عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 920.

هذا وبضيف الدكتور مروك نصر الدين شرطا آخر للقول بتوافر الإباحة هو عدم تناول الرياضي للمنشطات أثناء المباراة، ذلك أن تناوله إياها يجعله يخرج عن مقتضيات قواعد اللعبة التي تعد شرطا للإباحة ومن ثمة خضوع فعله لنص التجريم.¹ وأخيرا لا بد من توافر حسن النية لدى الرياضي، فإن وقع العنف منه بقصد الانتقام أو للرغبة في إحداث إصابات دون قصد ممارسة اللعبة، نقول بوقوع الجريمة وتحقق المسؤولية.²

ج. موقف القانون الوضعي والشريعة الإسلامية في حالة تجاوز قيود ممارسة هذا الحق:

يتفق معظم فقهاء القانون الوضعي على إباحة ممارسة الألعاب الرياضية وعدم قيام المسؤولية الجنائية بشأنها إذا ما تمت في إطار الحدود المقررة لها. أما في حالة تجاوز هذه الحدود، فالفاعل يعتبر مسئولا عن جريمة عمدية إذا ما تعمد فعل الإيذاء أثناء ممارسة اللعبة بأن خرج على قواعد اللعبة وأصولها أما إن حدثت الإصابة نتيجة الإهمال اعتبر مسئولا عن جريمة غير عمدية³، وهو ما يتفق مع موقف الشريعة الإسلامية حيث ترى بأنه إن نشأت عن ألعاب الفروسية إصابات لا تتطلبها اللعبة من ضرب أو جرح، فهنا نقول إن تعمدها اللاعب فهو مسئول باعتبارها جريمة عمدية، وإن كان بإهمال أو رعونة فهي جريمة غير عمدية. في حين أن الألعاب التي تقتضي بطبيعتها استخدام القوة والعنف فأحدث جروحا أو إصابات فلا تجريم للفعل ولا مسؤولية ما دام أنها قد تمت في نطاق الحدود المرسومة لها أما إن تعدتها فهنا يسأل بحسب توافر القصد من عدمه إما عن جريمة عمدية أو جريمة غير عمدية⁴.

3- حق ممارسة الأعمال الطبية:

بالرغم من أن في الأعمال الطبية مساس بالسلامة الجسمية للمرضى، إلا أن القانون أعطى للأطباء إمكانية المساس بها، وعليه سأل في هذا التطبيق من تطبيقات، إذن

¹ تنص المادة 86 من قانون الصحة: "يمنع استخدام مواد منشطة بغية رفع مستوى النتائج الرياضية رفعا اصطناعيا".

² سمير عالية، المرجع السابق، ص 357.

³ سمير عالية، المرجع السابق، ص 357.

⁴ عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، ص 207.

القانون من خلال تناول الأساس الذي تقوم عليه هذه الأعمال في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي مع توضيح قيود ممارستها.

أ. أساس إباحة العمل الطبي:

وسأتناوله في كل من الفقه المقارن والقانون الجزائري والشريعة الإسلامية.

إلا أنه قبل ذلك ينبغي إعطاء تعريف له، وعليه يمكن القول أنه كل نشاط يرد على جسم الإنسان أو نفسه. ويتفق في طبيعته وكيفية مع الأصول العلمية والقواعد المتعارف عليها نظريا وعمليا في علم الطب، ويقوم به طبيب مصرح له قانونا بممارسة العمل الطبي¹. فمن الناحية الفقهية القانونية وجدت ثلاث آراء:

- **الرأي الأول:** ذهب إلى القول بأن أساس الإباحة إنما يرجع إلى رضا المريض بالعمل الطبي، أي تنازله عن حقه المقرر قانونا في سلامة جسمه. وهذا ما ينفي صفة التجريم عن الفعل.

لكن انتقد هذا الرأي، على اعتبار أن رضا المريض إنما هو رضا يقتصر على الجانب الفردي دون الجانب الاجتماعي الذي يظل من خلاله حق المجتمع قائما².

- **الرأي الثاني:** ذهب إلى اعتبار الإباحة إنما ترجع إلى انتفاء القصد الجنائي لدى الطبيب، فإرادته اتجهت إلى علاج المريض لا إلى الإضرار به³.

- **الرأي الثالث:** ويتجه إلى أن الإباحة إنما تجد أساسها في ترخيص القانون بممارسة المهنة.

وهذا هو الرأي الراجح فقها، ذلك أن اعتراف المشرع بممارسة مهنة الطب وما تفرضه من ممارسات إنما يعني إذن القانون بممارسة هذا الحق. فالقانون يبيح للطبيب التعرض لجسم المريض حتى لو أحدث ذلك آلاما أو أدى إلى الانتقاص من مادة الجسم⁴.

أما من الناحية القانونية وبالرجوع تحديدا إلى التشريع الجزائري بخصوص توضيح أساس إباحة العمل الطبي، نقول أنه وبلاستناد إلى ما ورد في نصوص قانون حماية

¹ نفس المرجع السابق ، ص 259.

² عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، ص 259.

³ عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 840.

⁴ مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، ص

الصحة وترقيتها وبالأخص المادة 197 التي تنص على أنه: "تتوقف ممارسة مهنة الطبيب والصيدلي وجراح الأسنان على رخص يسلمها الوزير المكلف بالصحة بناء على الشروط التالية:

- أن يكون طالب هذه الرخصة حائزا حسب الحالة إحدى الشهادات الجزائرية دكتور في الطب، أو جراح أسنان أو صيدلي أو شهادة أجنبية معادلة لها"¹.

وعليه من النص يتبين أن المشرع قد أسس إباحة ممارسة العمل الطبي على ترخيص القانون، إذ لا يكفي المؤهل العملي لوحده، ذلك أنه لو مارس أحد الحاصلين على المؤهل أعمال الجراحة دون حصوله على الترخيص عد عمله غير مشروع. من هنا يتضح أن المشرع الجزائري قد أخذ بالرأي الثالث الذي يؤسس الإباحة على ترخيص القانون وهو الرأي الراجح فقها وقضاء².

وبالرجوع إلى موقف الشريعة الإسلامية نجد أن الفقهاء اجمعوا على إباحة ممارسة الأعمال الطبية غير أنهم اختلفوا في أساسه، كما جعلوا من تعلم الطب فرضا من فروض الكفاية وهي واجب³ وليس حق كما هو الحال في القوانين الوضعية.

ومن الأدلة الشرعية، نجد من السنة: عن محمد بن مثنى عن أبي احمد الزبير عن عمر بن سعيد بن أبي حسين عطاء بن أبي رباح عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "ما انزل الله داء إلا انزل له شفاء"⁴، ومن السنة الفعلية أن النبي صلى الله عليه وسلم حث على التداوي حفاظا على صحة المسلمين لما روي عنه انه بعث إلى أبي بن كعب طبيبا فقطع له عرقا ثم كواه عليه⁵.

وعن أساس إباحتها في الشريعة الإسلامية، نعرض الآراء الفقهية التالية:

¹ كما تنص المادة 198 من ذات القانون: " لا يجوز لأحد أن يمارس مهنة الطبيب أخصائي أو جراح أو صيدلي اختصاص إذا لم يكن حائزا على شهادة في الاختصاص الطبي أو شهادة أجنبية معترف بها. "

² مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، ص 265.

³ عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، ص 195.

⁴ البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطب، باب ما انزل الله داءا إلا انزل له شفاء، رقم الحديث، 5278، ص 689.

⁵ مسلم، مختصر صحيح مسلم، كتاب المرض والطب، باب التداوي بقطع العرق والكي، رقم الحديث، 1482، ص 385.

- **الحنفية:** يعتبرون ممارسة الأعمال الطبية أمر مباح، والأساس الذي يستند إليه الأحناف في ذلك هو الضرورات الاجتماعية التي تتطلب المحافظة على الجسم البشري، والحاجة إلى العلاج التي تجعل العمل الطبي ضرورة لا بد منها إضافة إلى إذن المجني عليه بممارسة الأعمال الطبية¹.

- **المالكية:** أرجعوا أساس الإباحة إلى إذن الشرع والمريض بممارسة العمل الطبي².

- **الحنابلة والشافعية:** يرون أن ممارسة الطبيب للعمل الطبي إنما يرجع إلى انتفاء القصد الجنائي - أي قصد الإضرار بالمريض أو المساس بسلامته الجسمية - لأن الطبيب ما قصد بفعله إلا المداواة وتحقيق الشفاء³. إلا أن هذا الرأي هو الآخر منتقد على اعتبار أن القصد في جرائم الإيذاء إنما يتحقق بمجرد اتجاه الإرادة إلى إتيان الفعل الإجرامي مع العلم أنه ماس بالسلامة الجسمية⁴.

ب. شروط إباحة ممارسة الأعمال الطبية:

تتفق القوانين الوضعية مع الشريعة الإسلامية في شروط إباحة الأعمال الطبية وهي

كالآتي:

- ترخيص القانون:

لقد اشترطت معظم التشريعات بما فيها التشريع الجزائري كما سبق بيانه في قانون حماية الصحة وترقيتها ضرورة الحصول على ترخيص قانوني بممارسة العمل الطبي، وذلك لمنع غير ذوي الاختصاص من ممارسة المهنة لما في ذلك من مساس بالحق في سلامة الجسم⁵. كما أكد على ذلك فقهاء الشريعة من ضرورة توافر صفة الطبيب بالإضافة إلى الإجازة بممارسة المهنة كما أقروا بالحجز على الطبيب الجاهل الذي يضر بأجسام الناس والذي بادعائه الطب غرر بالمريض مما يوجب الضمان⁶.

- إتباع الأصول العلمية:

¹ عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، ص 195.

² عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، المرجع السابق، ص 196.

³ نفس المرجع السابق، ص 195، 196.

⁴ عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 842.

⁵ سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 387، 388.

⁶ عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، ص 201.

لابد على الطبيب من مراعاة الأصول الفنية المطبقة في مجال الطب حتى يصل إلى غرض تحقيق العلاج.¹ حيث عرفت فقها على أنها تلك المبادئ والقواعد الثابتة المتعارف عليها نظريا بين طائفة الأطباء ويجب الإلمام بها حال مباشرة الأعمال الطبية.² مما يعتبر خروجاً على أصول المهنة إجراء عمليات جراحية بأدوات غير معقمة، أو أن ينسى الطبيب أداة جراحية في جسم المريض، أو أن يعتمد على مساعدين لا يجوز الاستعانة بهم في العمليات الجراحية.³

- حسن النية:

يجب أن يكون الغرض من العمل الطبي هو قصد العلاج وتحقيق الشفاء، فانتفاء قصد العلاج يخرج الفعل.

- رضاء المريض:

أكدت على هذا الشرط المادة 154 من قانون الصحة: "حيث أن الطبيب لا يباشر العلاج إلا بموافقة المريض أو من يمنحهم القانون الحق في منح الموافقة." وهذا الشرط تتطلبه الحصانة التي يتمتع به جسم الإنسان.⁴ وهو ما أكد عليه فقهاء الشريعة حيث اشترطوا توافر إذن المريض أو الولي أو الوصي وإلا فالحاكم باعتباره ولي من لا ولي له.⁵ إذا ما توافرت هذه الشروط جميعها نقول بتوافر الإباحة في العمل الطبي.

لكن يطرح التساؤل حول ما إذا كان خطأ الطبيب يبقى على الإباحة أم أنه يجرم الفعل ويحمل المسؤولية الجنائية للطبيب في هذا الشأن نقول أن خطأ الطبيب لا يضيف على العمل الطبي الصفة الإجرامية إلا إذا كان هذا الخطأ فاحشاً، ويكون كذلك إذا لم يقره أهل العلم وأصول المهنة.⁶

¹ سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 390.

² مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، ص.

³ سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 391.

⁴ مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، ص 272.

⁵ عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، ص 197.

⁶ نفس المرجع السابق، ص 196.

المطلب الثاني: الدفاع الشرعي وإباحة المساس بسلامة الجسم.

قد يبيح المشرع أفعال الإيذاء البدني رغم أنها ماسة بسلامة الجسمية، وذلك لأن المجني عليه كان في حالة دفاع شرعي. وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 39 من قانون العقوبات: "لا جريمة إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن المال المملوك للشخص أو للغير شرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامته الاعتداء.

هذا وسأتناول هذا المطلب من خلال الحديث عن مفهوم الدفاع الشرعي وأساسه القانوني والأركان الواجب توافرها في كل من فعلي الاعتداء والدفاع، كل هذا من منظور القانون الوضعي، لأدرسه بعدها من منظور الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول: الدفاع الشرعي من الوجهة القانونية.

وسأتناوله من خلال بيان مفهومه ثم أساسه القانوني والأركان القانونية الواجب توافرها في كل من فعل الاعتداء والدفاع.

أولا: مفهوم الدفاع الشرعي.

التطرق إليه سيكون من خلال إعطاء تعريف له مع توضيح طبيعته القانونية.

1. تعريفه:

عرف على أنه: "ممارسة الإنسان لحقه في الدفاع عن نفسه ضد أي اعتداء يستهدف حياته أو صحته أو شرفه ودرء خطر هذا الاعتداء بالقدرة التي تمنع حدوثه وتحقيقه"¹.

كما عرف على أنه الحق الذي يقرره القانون لكل فرد يهدده خطر الاعتداء الحال والمحقق في درء هذا الخطر وصدده بالقوة اللازمة².

وعليه من التعريفين السابقين يمكن القول أن حق الدفاع الشرعي يتقرر في حالة اعتداء ماس بنفس المجني عليه أو عرضه أو ماله أو نفس الغير أو ماله أو عرضه، مما

¹ محمد علي سالم عياد الحلبي، المرجع السابق، ص 114

² نفس المرجع السابق، ص 114، 115.

يبيح دفع هذا الاعتداء بأفعال د تمس بالحق في سلامة الجسم¹، لكن رغم ذلك لا تخضع للتجريم نظرا لوقوعها ضمن أحوال وظروف معينة أدخلتها في دائرة الإباحة².

2. طبيعته:

فسر بعض الفقه الطبيعة القانونية للدفاع الشرعي على أساس فكرة الحق، فهو في نظرهم استعمال لحق شخصي³، في حين يرجع البعض الآخر طبيعته إلى أداء الواجب، ليكيفه رأي ثالث على انه تفويض قانوني من خلال استعمال سلطة الضبطية الإدارية لمنع الجرائم، فإذا ما تعذر اللجوء إلى هذه السلطة للفرد أن يرد الاعتداء بناء على تفويض من المشرع بذلك⁴.

ثانيا: أساس الدفاع الشرعي

لقد اختلف الفقه حول أساس الدفاع الشرعي، إذ أنه في تأصيله يرجع إلى الشعوب القديمة. والدفاع الشرعي هو درء لجريمة العدوان واعتراف بجريمة الدفاع⁵. عليه فأساسه إنما يرجع إلى فكرة الموازنة بين مصلحتين مصلحة المعتدي ومصلحة المدافع. لكن بالنظر إلى ظروف ارتكاب الفعلين رأى المشرع أن المصلحة الأولى بالحماية هي مصلحة المدافع وإن كان هذا استثناء من قاعدة أنه لا يجوز للفرد أن يقيم العدالة بنفسه⁶.

غير أن تأصيل أساس الدفاع الشرعي وجد بشأنه خلاف فقهي يرجع إلى فكرتين الأولى تعتبر الدفاع الشرعي حق والثانية تجعله مجرد مانع من موانع المسؤولية. فحسب الفكرة الأولى التي تبني الدفاع الشرعي على الحق وجد خلاف فقهي حول ذلك، فالبعض رده إلى فكرة العقد الاجتماعي المستند إلى القانون الطبيعي أين للإنسان أن يحمي نفسه بنفسه، في حين رد البعض مصدره إلى ضرورة الدفاع عن النظام الاجتماعي نظرا لعدم إمكان السلطة العامة التدخل لحماية هذه المصلحة في الوقت المناسب⁷.

¹ سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 415.

² ممدوح عزمي، المرجع السابق، ص 107.

³ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، ص 127.

⁴ نفس المرجع السابق، ص 127.

⁵ سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 417.

⁶ Gaston Stefani , Georges Levasseur, Op.cit. , P 305,306.

⁷ سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 417.

أما عن الفكرة الثانية والمسندة إلى موانع المسؤولية نجد أن البعض رده إلى الإكراه المعنوي، أين لا يكون للمعتدي عليه حرية الإرادة¹. غير أن هذا الأساس مننقد على اعتبار أن إرادة المدافع يصعب القول بانعدامها إذا ما كان العدوان موجهاً ضد الغير. إلا أنه ينبغي التفرقة بين الطبيعة القانونية وأساس تقرير الدفاع الشرعي، ذلك أن الطبيعة القانونية تتعلق بالجانب الموضوعي لا النفسي للفاعل، وعليه هنا يمكن القول أن الدفاع الشرعي حق، في حين أن أساسه يرجع إلى عديد الاعتبارات منها الإكراه المعنوي في بعض صور الدفاع الشرعي ومنها مقتضيات المصلحة الاجتماعية وكذا مقتضيات المنطق والعدالة².

ثالثاً: الشروط المتطلبية قانوناً لقيام الدفاع الشرعي

لابد من توافر جملة من الشروط القانونية في كل من ركن العدوان وركن الدفاع.

1. ركن العدوان:

ويشترط فيه جملة من الشروط:

أ. أن يمثل إحدى الجرائم الماسة بالنفس أو المال:

حتى يباح فعل الدفاع، لابد أن ترتكب على المجني عليه إحدى الجرائم الماسة بالنفس أو المال، ومن المظاهر التي تتخذها الصورة الأولى: جرائم القتل والضرب والجرح وسائر الأفعال الماسة بالسلامة الجسمية، إضافة إلى جرائم العرض من اغتصاب والأفعال المخلة بالحياة. وكذا الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار من قذف وسب وجرائم الاعتداء على الحرية من حجز تعسفي وخطف وتهديد³. أما عن مظاهر الصورة الثانية فتتمثل في جرائم السرقة والتخريب والحريق، والتعدي على الملكية... الخ. هذا ويتقرر حق الدفاع سواء مس الاعتداء ذات الشخص المدافع أو غيره⁴.

¹ Gaston Stefani , Georges Levasseur, Op.cit. , P 305.

² سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 419.

³ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، ص 129.

⁴ محمد علي سالم عياد الحلبي، المرجع السابق، ص 120

كما يستوي أن يكون العدوان بفعل ايجابي أو سلبي وإن كان غالباً لا يمكن توقع العدوان إلا بسلوك ايجابي، غير أنه يمكن أن يكون بالامتناع كامتناع الطبيب عن إسعاف مريض في حالة خطيرة.¹

ب. أن يكون الاعتداء حالاً:

أي في طريقه إلى الوقوع أو وشيك الوقوع وهو ما عبر عنه المشرع في المادة 39: "الضرورة الحالية". بحيث يكون واقعا ملموسا لا من صنع خيال الفاعل. غير أنه ووفق ما يرى د. سليمان عبد المنعم فإنه يستحسن استعمال مصطلح العدوان عن مصطلح الخطر ذلك أن العدوان يدل على سلوك أكثر واقعية من حيث تقدير الركن المادي، في حين أن مصطلح الخطر يبقى مصطلح ذاتي أكثر منه موضوعي يختلف باختلاف آراء الأشخاص وبحسب ظروف الجريمة وسن الشخص ومكان وزمان ارتكابها.²

أما أن يكون الفعل وشيك الوقوع فمعناه أن الفعل قد دخل مرحلة بدء التنفيذ أي الشروع المعاقب عليه قانوناً. ومن الأمثلة الواقعية محاولة المعتدي إطلاق النار على المدافع، أو الضرب بعصا، هنا لا يمكن حرمان المجني عليه من فعل الدفاع لينتظر حتى يقع عليه الفعل بشكل تام³. أما إن تمت الجريمة فلا مجال هنا للحديث عن الدفاع الشرعي وإنما نتحدث هنا عن مجرد الانتقام الذي لا يبرر الإباحة⁴. هذا وتثار إشكالية بشأن توهم الخطر وذلك بأن يعتقد الشخص أن هناك خطر يتهدهه فينصرف إلى فعل الدفاع ليتبين فيما بعد أنه مجرد وهم.

هذا وفي نظر الفقه والقضاء المصريين فإن الخطر الوهمي يبيح فعل الدفاع متى كان مبنياً على أسباب معقولة⁵. غير أن هذا الرأي انتقد على أساس أن أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية، في حين أن الخطر الوهمي هو مجرد أمر ذاتي لا أساس له في الواقع. والسند في ذلك أن هذا الرأي قد أخلط بين الفعل المبيح والغلط، ذلك أن الغلط من شأنه أن

¹ سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 422.

² نفس المرجع السابق، ص 426.

³ نفس المرجع السابق، ص 429.

⁴ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، ص 131.

⁵ رمسيس بنهام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ص 361.

ينفي القصد الجنائي والخطأ عن الفعل ومن ثمة المسؤولية الجنائية، في حين أن السبب المباح يزيل الصفة الإجرامية عن الفعل¹.

ج. أن يكون الاعتداء غير مشروع:

أي أن يرتكب فعل ينطبق عليه وصف الجريمة في القانون الجنائي، أما إن شكك الفعل مجرد عمل غير مشروع في قانون آخر أو كان عبارة عن نوايا إجرامية أو مجرد أعمال تحضيرية أو عمل مخالف للعرف أو الدين أو قواعد المعاملات فهذا لا يبيح الدفاع الشرعي². غير أنه إن صدر فعل عن صبي أو مجنون أو كان مرتكبه مستفيداً من عذر قانوني، فإن هذا لا ينفي الإباحة عن الفعل إذ يبقى فعل الدفاع مشروعاً³.

كما أنه إن كان الفعل يتوافر بشأنه أحد أسباب الإباحة السالف ذكرها، ففعل الدفاع لا يعد مبرراً وعليه الأب الذي يقوم بتأديب الصغار يتمتع في مواجهته فعل الدفاع⁴. والأعمال الطبية أيضاً يتمتع في مواجهة الطبيب القائم بها فعل الدفاع لأنها تدخل ضمن إذن القانون⁵.

هذا يتمتع الدفاع ضد الدفاع، فالشخص الذي بادر بالاعتداء وتمت مواجهته بفعل الدفاع يتمتع عليه رده بحجة الدفاع، لكن لا بد حتى ينطبق هذا المبدأ أن يراعي المدافع حدود التناسب بين فعلي الدفاع والاعتداء⁶.

وعن حالة تجاوز المدافع لحدود الدفاع، فهنا نقول أنه يوجد في هذا الشأن رأيان: الأول يرى بامتناع الدفاع من طرف من بادر به حتى لو تجاوز المدافع حدود الدفاع، كذلك يتمتع الدفاع ضد الدفاع حسب هذا الرأي لسبب آخر هو افتقار عمله لشرط التلازم وهو شرط ضروري لقيام فعل الدفاع كما سيأتي بيانه، في حين ذهب رأي ثان إلى القول بإمكانية رد الدفاع بالدفاع وذلك لأن فعل الدفاع قد تجاوز شرط التناسب المطلوب فيه⁷.

¹ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، ص 132.

² سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 433.

³ رمسيس بنهام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ص 359.

⁴ محمد علي سالم عياد الحلبي، المرجع السابق، ص 119، 120.

⁵ سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 434.

⁶ نفس المرجع السابق، ص 434.

⁷ سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 434، 435.

2. ركن الدفاع:

يشترط في فعل الدفاع كذلك توافر جملة من الشروط القانونية:

أ. شرط اللزوم:

هذا الشرط يقتضي أن يكون فعل الدفاع هو الوسيلة الوحيدة لرد العدوان¹. وهذا يقتضي النظر إليه من ثلاث نواحي:

- **الأولى:** تشترط ضرورة أن ينصب الدفاع على مصدر العدوان، فمن ضرب شخصا معيناً، فلا يمكنه وبحجة الدفاع أن يضرب غيره، وإن كان بعض الفقه يرى إمكانية أن ينصب فعل الدفاع على غير مصدر العدوان شريطة أن يكون ذو صلة وثيقة به².
 - **الثانية:** وإباحة الفعل يجب أن لا يكون بإمكان المجني عليه الهرب، فإن كان بإمكانه ذلك، فله أن يهرب تجنباً للاعتداء ما لم يكن ذلك أمراً مهيناً ومشيناً في حقه³. وإن كان الرأي الراجح فقها وقضاء يرى بإمكانية التمسك بالدفاع الشرعي حتى لو كان الهرب ممكناً⁴. وإن كانت هناك حالات لا يعد فيها الهرب أمراً مشيناً كالعدوان الصادر عن مجنون تملكه الغضب، أو الاعتداء الصادر من أب أرعن امتلكه الانفعال⁵.
 - **الثالثة:** لإباحة فعل الدفاع ينبغي أن يكون المدافع في حالة استحالة الالتجاء إلى السلطة العامة. ذلك أنه لا بد أن لا يكون لديه متسع من الوقت للاستتجار بالسلطات، وإن كان هذا الشرط يبقى في تطبيقه يختلف بالنظر إلى ظروف وملابسات كل حالة، بحيث يؤخذ بعين الاعتبار جسامة الاعتداء وهل هو واقع على النفس أو المال... الخ⁶.
- ب. شرط التناسب:**

لا بد أن تكون الأفعال الصادرة من المدافع متناسبة وجسامة الاعتداء. وإن كان هذا الشرط يتم تقديره حسب قاضي الموضوع وفقاً لظروف وملابسات كل حالة⁷. من سن وجنس وقوة وسلاح وزمان ومكان ارتكاب الجريمة...، فالتناسب ينتفي مثلا في حالة الشخص الذي

¹ Gaston Stefani , Georges Levasseur, Op.cit. , P 309

² سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 442.

³ نفس المرجع السابق، ص 443.

⁴ أحسن بوسقيعة، **الوجيز في القانون الجنائي العام**، ص 134.

⁵ سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 443.

⁶ محمد علي سالم عياد الحلبي، المرجع السابق، ص 125، 126.

⁷ Gaston Stefani , Georges Levasseur, Op.cit. , P 310

لم يجد ما يرد به عداوة طفل أخذ يلقي بالحجارة على أصدقائه سوى أن يعتدي عليه بالعنف محدثاً له كسراً، هذا ويبقى لقاضي الموضوع السلطة التقديرية في تقدير التناسب بين فعلي الدفاع والاعتداء¹.

لكن ما ينبغي التأكيد عليه هو أن التناسب لا يعني المساواة بين فعلي الاعتداء والدفاع، بحيث ينظر إلى المقارنة بين الضرر الناتج عن الاعتداء وضرر الدفاع. بل المقارنة تكون بين ما أحدثه المدافع من أضرار وما كان في وسعه أن يحدثه إذا تبين أن الضرر الذي أحدثه كان بإمكانه أن يحدث ما هو أهون وأقل منه بقول بأنه أخل بشرط التناسب².

ومن تطبيقات شرط التناسب ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 1994/10/11 حيث قضت في حق تاجر بتوافر حالة الدفاع الشرعي عندما تفاجأ بلص في منزله ليلاً وعندما حاول الهرب أطلق عليه عياراً نارياً فأصابه في ساقه،³ كما قضت لمحكمة العليا بالجزائر في قرارها الصادر في 2003/09/23 بعدم توافر شرط التناسب بين فعلي الاعتداء والدفاع، في قضية تتلخص وقائعها في إطلاق نار من قبل شخص على آخر بحجة أن هذا الأخير ضربه بكماشة⁴.

هذا وأشار إلى أن المشرع الجزائري قد جاء في المادة 40 من قانون العقوبات لينص على حالات يكون فيها فعل المدافع مباحاً دونما حاجة إلى إثبات توافر شروط الدفاع الشرعي بما فيها شرط التناسب وقد أوردها في ثلاث أحوال:
يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع المشروع:

¹ سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 445.

² محمد علي سالم عياد الحلبي، المرجع السابق، ص 128.

³ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، ص 135.

⁴ نفس المرجع السابق، ص 136.

- القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه أو لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء الليل.
- الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة.

لكن حالة إباحة القتل والجرح أو الضرب لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء الليل تتطلب نوعاً من التوضيح، حيث لتطبيقها لا بد من توافر الشروط التالية:

- الدخول إلى المنزل مسكون أو أحد ملحقاته:

يجب أن يكون الدخول إلى منزل مسكون أي يقيم فيه فعلاً شخص فأكثر، وعليه تستبعد المنازل التي لا يقيم بها أحد وكذلك الفنادق وغيرها كما يمتد ليأخذ حكم المنزل توابعه من حديقة أو مكان مخصص للسيارات... الخ. هذا ويشترط أن يكون الدخول دون رضا صاحب المسكن، كما لا تهم طريقة الدخول سواء بالتسلق أو الكسر أو استعمال مفاتيح مصطنعة... الخ¹.

- أن يتم الدخول ليلاً:

والمقصود بالليل بالمفهوم القضائي هو من وقت غروب الشمس إلى شروقها. وعليه إذا حدث أثناء النهار نعود إلى إثبات مدى توافر حالة الدفاع الشرعي من عدمه.

- عدم علم صاحب المسكن بالغرض من الدخول:

ذلك أنه إذا ما كان يعلم صاحب المسكن بالغرض من الدخول استبعد في حقه الدفاع المشروع² كما هو الحال في قضية "ريمنيك" الذي أطلق النار على المدعو "تيزون" بعدما دخل المنزل بتسلق الحيطان وتكسير الزجاج، فقضت محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر في 19/02/1959 بعدم توافر حالة الدفاع الشرعي على اعتبار أنه لم يكن ليجهل

¹ عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 142.

² سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 453.

أن غرض المعتدي إنما هو زيارة خادمته خلسة.¹ وهذا في الحقيقة ما يؤكد الطابع البسيط لقرينة الدفاع الشرعي.

الفرع الثاني: الدفاع الشرعي من منظور الشريعة الإسلامية

يقسم فقهاء الشريعة الإسلامية الدفاع الشرعي إلى ثلاث أقسام

- دفاع شرعي خاص، الصيال.
- دفاع شرعي عام، الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.
- دفاع شرعي دولي، الجهاد في سبيل الله لإعلاء كلمته² إلا ما يهمننا في الدراسة هو النوع الأول أي الدفاع الشرعي الخاص نظرا لما يقتضيه فعل المدافع فيه من المساس بالحق في سلامة الجسم لكن رغم ذلك يعد فعله مباحا نظرا لوقوعه ضمن أحوال شروط معينة.

أولاً: مفهوم الدفاع الشرعي الخاص وأدلة مشروعيته

سأعالج في مفهومه تعريف بداية مع الحديث عن طبيعته وحكمه لأتناول بعدها أدلة

مشروعيته.

1. تعريفه:

إن مصطلح الدفاع الشرعي الخاص إنما هو مصطلح حديث عند علماء الفقه الإسلامي المعاصرين، وفقهاء القانون الوضعي كذلك ذلك أنه عرف قديما باسم دفع الصائل.

دفع الصائل: هو مركب كلمتين دفع وصائل، فالدفع لغة: هو التتحية والإزالة³، أما الصائل فهو اسم فاعل للفعل صال، فالصؤول من الرجال: الذي يضرب الناس ويتناول عليهم⁴.

ومن هنا يمكن تعريف الدفاع الشرعي الخاص على أنه: "واجب الإنسان في حماية نفسه أو نفس غيره وحقه في حماية ماله أو مال غيره من كل اعتداء حال غير مشروع بالقوة اللازمة لدفع هذا الاعتداء."⁵ كما عرفه البعض على أنه: "موقف يقوم به شخص برد اعتداء

¹ أحسن بوسقبة، الوجيز في القانون الجنائي العام، ص 138.

² الحسيني سليمان جاد، العقوبة البدنية في الفقه الإسلامي دستوريته وعلاقتها بالدفاع الشرعي، الطبعة الأولى، دار الشروق، مصر، 1991، ص 35.

³ ابن المنظور، لسان العرب، حرف العين، ج8، ص87.

⁴ ابن المنظور، لسان العرب، حرف اللام، ج11، ص 387.

⁵ عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، ص 124.

غير مشروع سيقع على نفسه أو ماله أو عرضه من شخص آخر أو سيقع على نفس أو عرض أو مال غيره¹.

2. طبيعته وتكييفه الشرعي:

قبل تحديد طبيعة الدفاع الشرعي الخاص فيما إذا كان حق أم واجب لا بد أولاً من إعطاء تعريف لكل من الحق والواجب.

- فالحق لغة: ضد الباطل ويطلق على التملك والمال والأمر الموجود الثابت².
- أما شرعاً: فالحق فعل الإنسان الذي يتعلق به خطاب الشارع لمصلحة الفرد والمجتمع أو كليهما معاً أو هو المصلحة المستحقة شرعاً³.

وعليه من هذين التعريفين نقول أن الحق لا يكون كذلك إلا إذا كان مشروعاً مع تحقيقه لمصالح أقرها الشرع مع إباحة الأفعال اللازمة لهذا التصرف المشروع.

- أما الواجب فلغة: هو ما وجب من الشيء ، ويجب وجوباً أي لزم⁴.
- شرعاً: فهو ما طلب الشارع فعله من المكلف على وجه الحتم والإلزام وهو ما يثاب فاعله ويعاقب تاركه⁵. وعليه بما أن الحق يتضمن التخيير بين كل من الفعل والترك أو الواجب لا وجود فيه للتخيير فإن صاحب الحق لا يرتكب إثماً لفعله أو لتركه في حين أن صاحب الواجب يعد آثماً شرعاً على الترك.

وبعد تحديد معنى كل من الحق والواجب، نبحث فيما إذا كان الدفاع الشرعي الخاص واجباً ومن ثمة ليس في الإمكان التخلي عنه أم أنه للمدافع التمسك به كماله أن يتخلى عنه؟

في هذا الشأن يتفق فقهاء الإسلام على أن الاعتداء على العرض يوجب الدفاع الشرعي، فهو أمر محتم لا بد منه.

¹ الحسيني سليمان جاد، المرجع السابق، ص26.

² الفيروس أبادي، القاموس المحيط، ج3، ص99.

³ محمد فتحي عثمان، حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والفكر القانوني الغربي، مصر، دار الشروق، الطبعة الأولى، 1982، ص37.

⁴ ابن المنظور، لسان العرب، حرف الألف والباء، ج1، ص393.

⁵ وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج1، الطبعة الأولى، دار الفكر، مصر، 1986، ص46.

أما في حالة الاعتداء على النفس فقد اختلف الفقهاء في هذا الشأن إذ يرى أبو حنيفة والرأي الغالب عند المالكية والشافعية يقول أنه جائز وهو ما يتفق مع الراجح عند الحنابلة¹. وحثهم في ذلك حديث الرسول صلى الله عليه وسلم في "الفتنة" أجلس في بيتك فإن خفت أن يبهرك شعاع السيف، فكن عبد الله المقتول ولا تكن عبد الله القاتل، في حين نجد أن بعض الحنابلة والشافعية والمالكية يفرقون بين حالة الفتنة وغيرها، ففي حالة الفتنة الدفاع جائز مطلقاً أما في غير الفتنة فهو واجب مطلقاً².

أما الدفاع عن المال فهو حق وفق ما يرى به جمهور الفقهاء للمعتدى عليه دفعه أو تركه³.

أما عن دفاع الشخص عن نفس أو عرض أو مال الغير، فقد اختلف بشأنه الفقهاء. فبالنسبة للدفاع عن نفس الغير، وفق ما يرى الحنفية أنه واجب مطلقاً، إذا للشخص أن يدفع عن غيره حتى لو قتل المعتدي⁴، في حين اختلف الشافعية والحنابلة في هذا الشأن، كما هو الحال بالنسبة للدفاع عن النفس، فيجب عند القائلين بوجوبه وجائز عند القائلين بجوازه⁵، وعند المالكية فهو واجب وهو أصلح القولين عندهم⁶.

وأما عن الدفاع عن عرض الغير، فهو واجب عند الجمهور، وقد قال به الحنفية والشافعية والحنابلة، أما المالكية رغم عدم وجود موقف صريح عندهم إلا أنه يمكن القول بوجوب دفاع الشخص عن عرض الغير، كدفاعه عن عرضه لأنهم لم يفرقوا بين الاثنين⁷. أما عن حكم دفاع الشخص عن مال غيره، فهو جائز عند الحنفية حيث يقول ابن عابدين: "من رأى رجلاً يثقب حائط غيره وهو معروف بالسرقة، فصاح به ولم يهرب حل له قتله، ولا قصاص عليه⁸".

¹ الصديق أبو الحسن محمد، حق الدفاع الشرعي الخاص، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، الطبعة الأولى، دار التوفيق للنشر والتوزيع، القاهرة 1992، ص 6.

² عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، ص 127.

³ أنظر المعني لابن قدامة، ج 10، ص 353.

⁴ الصديق أبو الحسن محمد، المرجع السابق، ص 140.

⁵ أنظر حاشية الدسوقي، الجزء 04، ص 357.

⁶ الصديق أبو الحسن محمد، المرجع السابق، ص 143.

⁷ نفس المرجع السابق، ص 144-145.

⁸ أنظر حاشية ابن عابدين، ج 6، ص 546.

ومن المتفق عليه عند المالكية جواز الدفاع عن مال الغير، وهو ما يرى به أيضا جمهور الشافعية والحنابلة¹، وفي هذا يقول ابن قدامة: "وإذا صال على إنسان صائل يريد ماله... فلغير الموصول عليه معولته في الدفع، ولو عرض اللصوص لقافلته جاز لغير أهل القافلة الدفع عنهم"².

وعليه مما سبق ذكره، نخلص إلى أن فقهاء الشريعة الإسلامية جعلوا من الدفاع الشرعي الخاص يجمع بين كل من الحق والواجب في حين أن شرح القانون الوضعي وكما سبق بيانه، يجعلون من الدفاع الشرعي حق أقره القانون واعترف به وجعله سببا من أسباب الإباحة، هذا طبعاً بعد توافر شروطه.

3. أدله مشروعيته:

دل على مشروعيته الدفاع الشرعي الخاص من الكتاب قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ...﴾³.

ومن السنة ما روي عن عبد الله بن عمرو أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "من قاتل دون ماله فهو شهيد"⁴، وجه الدلالة في هذا الحديث جواز القتال لمن قصد أخذ مال غيره بدون وجه حق. وما رواه أبو هريرة عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لو أن أمراً اطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقت عينه لم يكن عليك جناح"⁵. كما أقرت الشريعة أيضا بالدفاع الشرعي الخاص اتجاه نفس الغير أو عرضه أو ماله.

ثانياً: شروط الدفاع الشرعي الخاص

لابد من ضوابط وقيود تحيط بكل من فعلي الاعتداء والدفاع، بتوافرها نقول بأننا أمام دفاع شرعي خاص.

1- شروط الاعتداء: وهي كالتالي:

¹ الصديق أبو الحسن محمد، المرجع السابق، ص 146-147.

² أنظر المغني لابن قدامة، ج 10، ص 353.

³ سورة البقرة، الآية 194.

⁴ البخاري، صحيح البخاري، كتاب المظالم والغصب، باب من قاتل دون ماله، رقم الحديث 2480، ص 291، ص 272.

⁵ البخاري، صحيح البخاري، كتاب الديات، باب من أخذ حقه أو اقتص دون سلطان، رقم الحديث: 6888، ص 810.

أ. وجود اعتداء أو خطر يهدد بارتكاب جريمة: وهذا الشرط بدوره يتطلب الحديث عن عدة مسائل.

أولها أن يكون الاعتداء ذو مظهر مادي، أي اتخاذه لصورة من صور الركن المادي مما يدل على إتيان ما هو مجرم، سواء وقع الاعتداء على النفس أو العرض أو المال أو على نفس أو عرض أو مال الغير، قد تكون بالإيجاب وقد تكون بالامتناع، وإن كان الغالب أنها لا تكون إلا إيجاباً، كما يصح أن يكون بسيطاً أم شديداً، ذلك أن بساطة الاعتداء لا تمنع فعل الدفاع¹ لكن يجب التقيد هنا بشرط التناسب، كما يجب أن يكون احتمال وقوع الاعتداء غالباً على الظن حتى نقول بإباحته²، وفي هذا يقول الإمام النووي رحمه الله: " ولو أخرج سارق المتاع من حرزه ثم ألقاه وهرب، لم يكن له أي صاحب المال أن يتبعه فيضربه"³.

ونلاحظ أن هذا الشرط يتفق في مضمونه مع ما ذهب إليه القوانين الوضعية.

ثانيها أن يكون الفعل اعتداءً محرماً، أي لا بد من أن يكون من الأفعال التي ترفع عنها المسؤولية بأن كان الاعتداء ناشئاً مثلاً عن ضرب الأب لابنه أو الزوج لزوجته أو مستوفي القصاص حين تقطع يده قصاصاً، فهؤلاء أفعالهم لا تشكل عدواناً يستوجب الدفاع باعتبارها استعمال الحق أو أداء لواجب⁴.

وهذا ما يتفق مع ما جاءت به القوانين الوضعية من عدم جواز الدفاع ضد كل فعل أمر أو أذن به القانون، وكذلك الحال بالنسبة لمن هو في حالة دفاع شرعي، فلا يمكن للمصائل المعتدي أن يرد الدفاع بالاعتداء معتبر أنه في حالة دفاع، إلا إذا تجاوز الموصول عليه الحدود المقررة له⁵، وهو ما لأقره الفقه الجنائي الوضعي من عدم جواز الدفاع ضد الدفاع.

¹ الصديق أبو الحسن محمد، المرجع السابق، ص 176.

² عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، ص 135.

³ أنظر النووي، روضة الطالبين، ج 10، ص 190.

⁴ الصديق أبو الحسن محمد، المرجع السابق، ص 156.

⁵ عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، ص 1333.

هذا وليس ضروريا عند مالك والشافعي أن يشكل الفعل جريمة إذ يكفي أن يكون الفعل غير مشروع، أما الحنفية فيرون أنه يشترط أن يشكل الفعل جريمة معاقب عليها¹ وهو ما ذهب عليه القانون الوضعي من أن عدم مشروعية الفعل لوحدها غير كافية لإباحة الدفاع ما لم يكن هذا الفعل مجرما بنصوص قانون العقوبات.

وأشير إلى أن الفقهاء قد اختلفوا حول مدى إمكانية رد الاعتداء الصادر من الصائل الذي هو ليس أهلا لتحمل المسؤولية الجنائية بأن كان مجنونا أو صغيرا، حيث يرى المالكية والشافعية عدم ضرورة أن يكون الصائل بالغا أو صغيرا²، في حين يرى أبو حنيفة وأصحابه بضرورة أن يكون الصائل بالغا وعاقلا، وإلا أسس الدفاع على حالة الضرورة، ويخالف في ذلك أبو يوسف وهو رأي يتفق ما جاء به الفقه الجنائي الوضعي من أنت حق الدفاع الشرعي يبقى قائما حتى إن وقع العدوان من صبي أو مجنون باعتبار أن الصفة غ ير المشروعة للفعل لم تنزل عنه.

ثالثها أن يتوافر لدى الصائل نية العدوان، أي نية الصائل بارتكاب اعتداء ماس بالنفس أو العرض أو المال، ذلك أن الدفاع لا وجود له إلا بوجود هذه النية لدى الصائل، وهو ما ذهب إليه القانون الوضعي، ومثال ذلك أخذ الشخص لشيء وهو ملك لغيره مع اعتقاده أنه له نظرا لوجود تشابه بينهما³، غير أن فقهاء القانون الوضعي يفرقون بين مسألتين: مسألة انتفاء الركن المعنوي من عمد أو خطأ فهنا تزول الصفة الإجرامية عن الفعل ويعد مباحا، أما المسألة الثانية وهي تتعلق بالعدوان الصادر نتيجة خطأ أو إهمال فهنا أجاز بعض الفقه الدفاع باعتبار أن الفعل يشكل جريمة بصرف النظر عن عدم توافر القصد فيها.

ب- أن يكون الاعتداء حالا: ذلك أن الموصول عليه لا يعتبر في حالة الدفاع الشرعي ما لم يكن فعل الاعتداء حالا، إذ لا دفاع إلا بحلول العدوان⁴ وإن كان يكفي أن يكون وشيك الوقوع إذ ليس معقولا أن ينتظر الموصول عله أن يبدأ الصائل باعتدائه حتى نقول بوجود

¹ نفس المرجع السابق ، ص133.

² الصديق أبو الحسن محمد، المرجع السابق، ص 158.

³ عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية في القانون الجنائي الإسلامي ، ص 135.

⁴ الصديق أبو حسن محمد، المرجع السابق، ص 172.

الدفاع¹، ذلك أن غلبة الظن بوقوع العدوان تعد كافية². وهو ذات ما ذهب إليه القانون الوضعي وبالتحديد المادة 39 من قانون العقوبات الجزائري، كما سبق بيانه.

كما تثار مسألة ما يسمى بالدفاع الآلي لرد أي اعتداء على النفس أو العرض أو المال، كمن ينصب الفخاخ والأشراك وراء الأبواب وخلف الأسوار أو الممرات.

إن استخدام هذه الوسائل الآلية للدفاع جائز عند الحنفية والشافعية والحنابلة، في حين يفرق المالكية بين ما إذا كان المصول عليه لا يفكر من وراء هذه الوسائل سوى الدفاع عن نفسه أو ماله أو عرضه أم أنه يقصد من ذلك الإضرار والعدوان بالغير ففي الحالة الأولى لا ضمان عليه، أما في الحالة الثانية فيجب عليه الضمان³.

وإذا ما رجعنا إلى الفقه الجنائي الوضعي نجد أن الرأي الراجح يبيح الدفاع الشرعي بالوسائل الآلية مع ضرورة توافر شرطان وهما التناسب بين الوسيلة المستعملة والعدوان وألا تعمل هذه الوسائل إلا عند حلول الاعتداء⁴.

2- شروط المدافع والدفاع:

إلى جانب الشروط التي لا بد من توافرها في فعل الدفاع، هناك شرطان لا بد منهما في المدافع- المصول عليه.

أ- شروط المدافع:

يشترط فيه أن يكون معصوما، وإن يكون ماله مقوما.

فمن العصمة فهي عصمة دماء الأشخاص والأموال، ولا تكون إلا بالإيمان والأمان، فالمسلم يتمتع بالحماية في نفسه وعرضه وماله، وعليه فمن أهم واجبات المجتمع الإسلامي نحو غير المسلمين المستأمنين أو المعاهدين هو الاعتراف لهم بحقوقهم في عصمة دمائهم

¹ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 6، ص 357.

² هذا وقد جاء في الفتاوى البزارية من مذهب الحنفية: " فإذا دخل عليه شاهر سيفه ماذا رمحه، يشد نحوه، يحكم في ذلك قلبه، فإن كثر نزع منعه وخوفه فإن علم أنه يريد قتله، حل له أن يبدأ بقتله، وإن وقع في قلبه خلاف ذلك لا يحل له قتله، والمعتبر فيه غلبة الظن " انظر: .

³ عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، ص 140.

⁴ سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 426.

وأموالهم عن طريق حمايتها والدفاع عنها¹، وباعتبار أن أساس العصمة هو الإيمان والأمان فإنها تزول بزوال أساسها أي بالردة والخروج عن الإسلام².

أما أن يكون المال المعتدى عليه متقوماً، فهذا في حالة الصيال على المال لا بد أن يكون هذا الأخير متقوماً، ذلك أن المال في نظر الفقهاء لا يعد مالا إلا بأمران: أولهما إمكان حيازته وإحرازه فما لا يمكن إحرازه لا يعد مالا... إمكان الانتفاع به على وجه شرعي فإن كان غير ذا قيمة أو غير مباح شرعاً كالخمر فهو غير متقوم بالنسبة للمسلم أما بالنسبة لغير المسلم فيعد مالا مما يستحق الدفاع عنه إن اعتبر من الأموال حسب ديانته³.

ب- شروط الدفاع:

وتتمثل أساساً في شرطين، الأول يتعلق بلزوم الدفاع لرد الاعتداء إذ للقول بوجود الدفاع لا بد أن يكون هو الطريق الوحيد أمام الدفاع لرد الصيال، فإن كان بإمكانه رده بالصراخ فلا يمكنه اللجوء إلى الضرب وهكذا...⁴.

هذا وقد تباينت آراء الفقهاء حول الهرب كأداة لدفع الاعتداء حيث يرى المالكية والشافعية والحنابلة، بلزوم الهرب إن كان بإمكان المعتدى عليه لكن ولم يصبه من ذلك ضرر أو مشقة أما إن مسه ضرر أو مشقة فلا يلزمه الهرب ويجوز له درء العدوان بالدفاع، في حين يرى بعض الشافعية بالتفريق بين ما إذا كان الهرب مشيناً ومهيناً أم لا، فإن كان مهيناً حاطاً بالكرامة فلا يلزمه الهرب، أما إن لم يكن كذلك فللمصول عليه الهرب⁵، وإذا ما رجعنا إلى الفقه الجنائي الوضعي نجد أنه وكما سبق بيانه يجيز الهرب إن لم يكن مشيناً أو حاطاً بالكرامة وهو ما يتفق مع رأي الجمهور من الفقهاء.

أما الثاني فيتعلق بالتناسب، حيث لا بد أن يكون رد الاعتداء بالقدر اللازم له، فإن تجاوزه عد فعله اعتداء لا دفاعاً فمن دخل منزل آخر بغير إذنه وكان التهديد معه كافاً لانصرافه لا يجوز معه الضرب، وإن لم يخرج إلا بالضرب كان دفعه بالقليل لا بالكثير، وإن

¹ المغني لابن قدامة، الجزء 10، ص 606 وعبد القادر عودة التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج2، ص 15.

² أنظر: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج2، ص 16.

³ الصديق أبو الحسن محمد، المرجع السابق، ص174..

⁴ أنظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص 357 والمغني ج10، ص 351.

⁵ عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، ص 136.

علم أن خروجه بالعصا لا يمكنه أن يستعمل الحديد وهكذا...¹، وإن نظر رجل لبيت آخر بدون إذنه من ثقب باب أو نحوه، فينهاه فإن لم ينته له دفعه بما هو أخف ضرر فإن لم يندفع إلا بفقاء العين مثلاً ففقاءها ولا إثم ولا مسؤولية عليه، وهذا رأي الشافعية والحنابلة² في حين يرى غالبية فقهاء المالكية والحنفية أن مجرد النظر لا يبيح فقاء العين، ذلك أنه وحسب ما يرى المالكية الرمي إنما أبيض للتبويه، فإن قصد به فقاء العين، فهنا يسأل الفاعل عن إصابة خطأ³.

هذا وإذا لم يراعى المدافع حدود الدفاع عدّ مسؤولاً عن تجاوزه، ذلك أنه إن كان فعل الصائل مثلاً يندفع بالتهديد فأقدم المدافع على الضرب فهو مسؤول عن فعله، وإن كان يندفع بالضرب فأقدم على القتل كان مسؤولاً عن القتل وهكذا⁴. وعليه فعل المدافع في هذه الحالة يشكل جنائية تقتضي الضمان باتفاق الفقهاء، الضمان يكون بحسب نوع الجنائية فإن كانت جنائية على النفس أو الأطراف فهي توجب القصاص أو الدية والأرش في الجراح⁵. كما أنه إذا انتهى فعل الاعتداء انتهت معه حالة الدفاع فإذا انصرف الصائل وتبعه المصول عليه واعتدى ففله لا يعد مباحاً⁶. ومن أمثلة التي يضرب بها الفقهاء في هذا اعتدائه فولى عنه، فلحق به فقطع يده الأخرى و... فلا ضمان عليه في قطع اليد الأولى لأنه قطعها في حق، ويضمن الثانية لأنه قطعها بغير حق فإن مات المعتدي متأثراً بجراحه لا يجب القصاص في النفس ويخير وليه بين أن يقتص في اليد الثانية أو يأخذ نصف دية النفس لأن المعتدي مات من فعلين أحدهما مباح والآخر محظور⁷.

¹ الصديق أبو الحسن محمد، المرجع السابق، ص 194.

² ودليلهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "لو أن امرأة اطّلع عليك بغير إذن فخذفته بحصاة ففقت عينه لم يكن عليك جناح".

³ عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، ص 138

⁴ نفس المرجع السابق، ص 139.

⁵ الصديق أبو الحسن محمد، المرجع السابق، ص 201.

⁶ عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، ص 140

⁷ الصديق أبو الحسن محمد، المرجع السابق، ص 203.

وعليه حكم دفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية من أنه فعل مباح لا يستوجب المسؤولية المدنية والجنائية إلا في حالة تجاوز حدود الدفاع وهو ما جاء به فقهاء القانون الجنائي الوضعي كذلك كما سبق بيانه.

ثالثاً: الدفاع الشرعي الخاص ومدى ارتباطه بحالة الضرورة

يرى بعض الفقه أن الدفاع الشرعي ما هو إلا حالة من حالات الضرورة ، إلا أنه وقبل بحث مدى الارتباط بينهما ومناقشة هذا الرأي، لا بد من إعطاء تعريف للضرورة، مع تحديد ضوابطها وشروطها.

1- تعريف الضرورة:

لقد وجدت عدة تعاريف لحالة الضرورة فقد عرفها الجرجاني: "الضرورة مشتقة من الضرر وهو النازل بما لا مدفع له"¹، كما عرفت على أنها الخشية على الحياة إن لم يتناول المحذور، أو يخشى ضياع ما له كله"².

وعليه يمكن تعريفها على أنها: "هي أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشتقة الشديدة بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو العضو أو العرض أو العقل أو المال وتوابعها ويتعين عندئذ ارتكاب الحرام ، أو ترك الواجب، أو تأخير عن وقته دفعا للضرر عنه"³.

2- ضوابطها:

للقول بتوافر حالة الضرورة لا بد من مراعاة جملة من الشروط أهمها:

- تحقق الخطر لدى المضطر، ذلك أن الضرورة لا بد أن تكون قائمة لا منتظرة.
- ألا يتاح للمضطر أية وسيلة أخرى، إلا ارتكاب المحذور والمنهي عنه شرعا.
- يجب أن تكون الضرورة ملجئة، يخشى معها من تلف النفس أو الأعضاء.⁴
- ألا يكون ارتكاب المحذور بمخالفة المبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية.
- أن تقدر الضرورة بقدرها، بحي تكون بالحد اللازم لدفع الضرر.

¹ وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة بالقانون الوضعي، الطبعة الرابعة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1985، ص66.

² محمد أبو زهرة، أصول الفقه، بدون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة، ص 45.

³ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق، ص 67-68.

⁴ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 69.

- تحقق ولي الأمر في حال الضرورة العامة من وقوع ظلم فاحش أو ضرر كبير¹.
إلا أنه ينبغي الإشارة إلى أن هناك تصرفات محرمة لا يباح فيها الفعل إطلاقاً، إذ لا اضطر فيه وهو قتل المسلم بغير حق أو قطع عضو من أعضائه² أو جرحه أو ضرب الوالدين، فهي اعتداءات محرمة لا يمكن إباحتها مطلقاً.
وعليه فالقول أن حالة الضرورة تبيح المطاعم المحرمة من أكل الميتة أو لحم خنزير، وإجراء كلمة الكفر على اللسان لكنها لا تبيح الجرائم الماسة بالنفس أو سلامة الجسم من الضرب أو الجرح وغيرها³.
- وفي الأخير، أقول أن الجامع بين كل من الدفاع الشرعي الخاص وحالة الضرورة إنما هو حالة الاضطرارية في الفعل، والتهديد بخطر حالة إذ الدفاع الشرعي ضرورة دائمة، فهي شرط من شروط فعل الدفاع، وإن كانت أوسع في مداها من الدفاع الشرعي باعتبار وجود حالات للضرورة لا صلة لها بفعل الدفاع⁴.
- وأهم الوسائل التي يختلف فيها الدفاع الشرعي الخاص عن حالة الضرورة ما يلي:
- الدفاع الشرعي يفترض وجود جريمة أي اعتداء غير مشروع، في حين أن حالة الضرورة يمكن أن ينشأ الخطر فيه عن مجرد قوة طبيعية أو فعل لم يجرمه القانون.
- الدفاع الشرعي لا يشترط لقيامه جسامة الخطر في حين أن حالة الضرورة تفترض أن يكون الخطر جسيماً.
- الدفاع الشرعي يسقط المسؤولية الجنائية والمدنية في حين أن حالة الضرورة تبقى المسؤولية المدنية قائمة.
- الدفاع الشرعي يعد سبباً لإباحة الجريمة، ومن ثمة إضفاء الصفة المشروعة عليها، في حين أن حالة الضرورة المضطر فيه يوجد في حالة ارتكاب فعل غير مشروع، حتى لو امتنعت عنه المسؤولية الجنائية⁵، على اعتبار أنها مانع من موانع العقاب¹.

¹ نفس المرجع السابق، ص 71-72.

² الحسيني سليمان جاد، المرجع السابق، ص 45.

³ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 94.

⁴ عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، ص 132.

⁵ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 155.

المبحث الثاني: رضاء المجني عليه وأثره على الاعتداءات الماسة بسلامة الجسم

الأصل أن المشرع عند ما يجرم الفعل، إنما يضع في ذلك اعتبارات المصلحة العامة وما تقتضيها، فإذا ما كان أساس تجريم فعل معين يستند إلى مصلحة المجتمع فإن رضاء المجني عليه بالفعل لا أثر له على الإباحة، وباعتبار أن الحق في سلامة الجسم هو حق مزدوج يجمع بين كل من مصلحة الفرد والمجتمع². فهو يثير عديد من التساؤلات والإشكالات القانونية والتطبيقية على مستوى القضاء. وعليه ما مدى تأثير رضاء المجني عليه في الاعتداءات الماسة بسلامة الجسم خاصة في ظل التطورات الطبية الحديثة.

¹ هذا مع اختلاف في مواقف التشريعات الوضعية التي تأخذ بحالة الضرورة إذ البعض يكتفيها على أساس أنها سبب من أسباب الإباحة، مؤسسة على مصلحة المجتمع، في حين اعتبرت بعض التشريعات مانعا من موانع المسؤولية مؤسسة على الإكراه المعنوي أو انتفاء القصد الجنائي، في حين أن التشريع الجزائري لم يأخذ بحالة الضرورة إلا استثناء ما جاء في المادة 308 ق ع المتعلقة بإجهاض الأم الحامل إذا كانت في حالة خطر.

² سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 465.

وللإجابة على هذه الإشكالية سأخصص مطلبين الأول أتطرق فيه إلى دور رضاء المجني عليه في إطار الجرائم الماسة بسلامة الجسم، والتي سبق بيانها في الفصل الأول في كل من الفقه الجنائي الوضعي والشريعة الإسلامية والثاني سأتناول فيه تأثير رضاء المجني عليه في المجال الطبي خاصة في ظل التطورات الطبية الحديثة

المطلب الأول: تأثير رضاء المجني عليه على الاعتداءات الماسة بالحق في سلامة الجسم

إن حق الإنسان في الحياة وسلامته الجسمية هي من الحقوق غير القابلة للتصرف فيها، فكما للفرد مصلحة شخصية في المحافظة على كيانه المادي للقيام بالمهام الملقاة على عاتقه فللمجتمع أيضا مصلحة في الحفاظ على سلامة جسمه، وذلك لدور الفرد في تسيير عجلة التنمية وأداء الواجب الوطني والقومي¹. وعليه الأصل أن رضاء المجني عليه لا أثر له لا على إباحة الفعل ولا على امتناع المسؤولية، لكن نجد بعض التشريعات المقارنة تعتد برضاء المجني عليه لكن في نطاق ضيق. وبالمقابل نجد فقهاء الشريعة الإسلامية يعتقدون برضاء المجني عليه كمانع من موانع المسؤولية.

وعليه سأخصص هذا المطلب للحديث عن كل من مفهوم رضاء المجني عليه، وبيان مدى تأثيره على الجرائم الماسة بسلامة الجسم.

الفرع الأول: مفهوم رضاء المجني عليه

سأعالجه من خلال الحديث عن كل من تعريف الرضا مع تمييزه عن المصطلحات المشابهة له، مع بيان أشكاله وتوضيح طبيعته القانونية.

أولا: تعريف رضاء المجني عليه

¹ رمسيس بنهام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ص 468.

وجدت عدة تعاريف فقهية لرضاء المجني عليه فعرف على أنه: " موافقة يعطيها سلفا شخص ما على جرم يعتدي على حقوقه ولا يلغي الجرم قانونا إلا أن يكون هذا الجرم يتطلب لتكوينه غشا أو عنفا"¹.

كما عرفه الفقيه "جرسبيني" على أنه: "الإذن المعطى بواسطة شخص من أشخاص القانون الخاص إلى فرد أو أفراد لتنفيذ عمل معاقب عليه بواسطة القانون الوضعي ويترتب على هذا العمل الإلتلاف، أو الإضرار بمال، أو بمصلحة للشخص الذي صدر منه الإذن أو تعريضها للخطر"².

وعرف أيضا على أنه: "الإذن الصادر من شخص من أشخاص القانون الخاص بإرادته الحرة الحقيقية، أو شخص من أشخاص القانون العام إذا ما عمل في نطاق القانون الخاص إلى الغير مدركا وعالما لما سيقع مع هذا الإذن من اعتداء أو إيذاء أو ضرر ضد من صدر منه هذا الرضاء"³.

ثانيا: تمييز رضاء المجني عليه عما يشابهه من مصطلحات

سنميزه عن كل من مصطلح التساهل والتسامح.

1. الرضا والتساهل:

التساهل لغة: من التسهيل: أي التيسير، ويقال سهّل: تصالح: وتساهل في الأمر: استخف به ولم يعره انتباها. وسهولة تغاض عن العقاب وإفلات من القصاص. أما التساهل في القانون، ويعني: قيام أي شخص بالتسامح في أشياء معينة يمكن منعها أو على الأقل عدم منع من يتحملها من إزالتها بممارسة حقه الخاص⁴.

2. الرضا والتسامح:

¹ فيصل بن عبده علي سعود البشر ، رضاء المجني عليه وأثره في سقوط العقوبة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، قسم الحقوق بجامعة الملك فيصل، السعودية، ص55 من الموقع: www.ahlalhdeth.com اطلع عليه بتاريخ: 2012/03/12.

² محمد صبحي نجم ، رضاء المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية، دراسة مقارنة، بدون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001، ص 23.

³ نفس المرجع السابق، ص 24.

⁴ فيصل عبده علي عقيل سعود البشر ، المرجع السابق، ص65.

التسامح مأخوذ من سمح سمحا، وسماحة ويقال سمح فلان لفلان أي رضي له¹. أما عن المفهوم القانوني فيرى جانب من الفقه أن التسامح من المجني عليه يعني رضائه بالاعتداء. إلا أن التسامح من المجني عليه يعني رضائه بالاعتداء، إلا أن هذا الرأي منتقد على اعتبار أن التسامح يعني الامتناع عن اتخاذ موقف من المجني عليه اتجاه ما وقع عليه من اعتداء. وعليه التسامح قد يكون رضاء من المجني عليه وقد لا يعد كذلك بحسب ظروف الحال وبالنظر إلى جسامة الاعتداء².

ثالثا: أشكال رضاء المجني عليه

تتعد أشكال الرضا الصادر عن المجني عليه قد يكون شفاهة أو كتابة صريحا أو ضمنيا³، ما لم يشترط القانون شكلا معيناً بشأنه كما هو الحال في مجال نقل وزراعة الأعضاء كما سيأتي بيانه لاحقا.

هذا وقد يكون رضاء المجني عليه مفترض، بأن صدرته ظروف يفهم منها توافر الرضاء فعلا. وعن مدى أثره والاعتداء به، فالرأي الراجح فقها يرى بالأخذ به واعتباره صحيح⁴. لكن يجب عموما أن يصدر هذا الرضاء في ظروف وأحوال تدل عليه، وفي مجال العمليات الجراحية يؤخذ بعين الاعتبار مدى جسامة الخطر واحتمال نجاح العملية من عدمه، كما يلزم في الجاني أن يكون على يقين من رضاء المجني عليه بالفعل إذا ما علم به وكان في استطاعته إظهار إرادته بشأنه، بالإضافة إلى وجوب إثبات الظروف والأحوال التي دفعت بالجاني إلى الأخذ بالرضاء المفترض للمجني عليه⁵، هذا ويعد التراضي دليل على الرضا إذا ما كان المجني عليه قادرا على الاعتراض على الفعل الواقع عليه. فمثلا الشخص الذي يرفع يده لأجل تلقيحه ضد داء معين، فلا يمكنه فيما بعد أن يتمسك بعدم الرضا⁶.

رابعا: التكييف القانوني لرضاء المجني عليه

¹ نفس المرجع السابق ، ص 66 .

² محمد صبحي نجم ، المرجع السابق، ص 33.

³ نفس المرجع السابق ، ص 61.

⁴ نفس المرجع السابق، ص 63.

⁵ محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 64.

⁶ نفس المرجع السابق ، ص 61.

إذا ما رجعنا إلى الفقه والقوانين المقارنة فإننا نجدها قد تناولت مسألة تمديد الطبيعة القانونية لرضاء المجني عليه، بنوع من التفصيل مع تخصيص نظريات قائمة بذاتها بالأخص الفقه والقانون الانجليزي، والإيطالي، والألماني.

ففي القانون الانجليزي لها مجال للقول بأن رضاء المجني عليه هو سبب للإباحة في جميع الحالات، إلا في أوضاع استثنائية عندما تكون الجريمة غير ماسة بالأمن والمصلحة العامة، وغير منافية للأهداف، حيث يضيف الفقيه الانجليزي كيينز أن هناك أوضاع يسمح بها المشرع ويعتبرها سببا للإباحة رغم ما تلحقه من اعتداءات وأضرار متى كان الشخص الواقعة عليه راض بها¹.

أما إذا رجعنا إلى التشريع الإيطالي فإننا نجده يعتبر رضاء المجني عليه مانعا من موانع المسؤولية حيث نصت المادة 50 منه: "لا عقاب على من يصيب بالضرر أو يعرض للخطر حقا برضاء الشخص الذي يملك شرعا التصرف في هذا الحق"².

هذا ويرى الفقيه الايطالي كسلير رضاء المجني عليه سبب للإباحة في جميع الحالات فالرضاء يمنع دائما العقاب على فعل الاعتداء، وهو رأي لقي معارضة شديدة ذلك أن التسليم به يجعل من القتل برضاء المجني عليه فعلا مباحا.

وفي الفقه الانجليزي نجد أن هناك نظرية سائدة تتحرى بأن رضاء المجني عليه لا يتعد به في إباحة الاعتداءات الماسة بحق لا يمكن التصرف فيه، كالحق في الحياة وسلامة الجسم³. وإذا ما رجعنا إلى التشريعات العربية فإننا نجد القانون السوداني يعتبر رضاء المجني عليه كسبب للإباحة، حيث تنص المادة 51 منه: "لا يعتبر الفعل جريمة بسبب الضرر الذي أحدثه للشخص، أو لمال شخص عمره أكثر من ثمانية عشرة ورضي مختارا عالما بذلك الفعل صراحة أو دلالة"⁴.

وخلاصة القول بعد استعراض هذه الآراء الفقهية والمواقف التشريعية المتفرقة أن رضاء المجني عليه إما أن يكيف على أنه سبب للإباحة كما هو الشأن بالنسبة للحقوق

¹ محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 36.

² المادة 50 من قانون العقوبات الإيطالي، نقلا عن: رمسيس بنهام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ص 41.

³ محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 42.

⁴ المادة 51 من قانون العقوبات السوداني، نقلا عن: محمد صبحي نجم: المرجع السابق، ص 40.

المالية التي تشكل اعتداء على حق الغير، أو يكون سببا معفيا من العقاب كما هو الشأن في الجرائم الواقعة بين الأصول والفروع، أو عنصرا من عناصر الإباحة كما هو الحال في الحالات التي يأذن فيها القانون بممارسة الألعاب الرياضية أو العمليات الجراحية والطبية، وإما أن ينفي الركن المادي للجريمة نظرا لتوافر عنصر الرضا الذي بوجوده لا قيام لها كما في جرائم الاغتصاب والسرقة¹.

الفرع الثاني: الموقف القانوني والشرعي من الاعتداءات الماسة بسلامة الجسم برضاء المجني عليه

سأنتقل إلى موقف التشريعات الوضعية من رضاء المجني عليه في الاعتداءات الماسة بسلامة الجسم، لأعالج بعدها موقف الشريعة الإسلامية.
أولا: في التشريعات الوضعية.

والحديث فيها سيكون عن موقف كل من قانون العقوبات الانجليزي، الألماني، الفرنسي والسوداني.

1. قانون العقوبات الانجليزي:

لقد ورد المشرع الانجليزي الجرائم الماسة بسلامة الجسد على سبيل المثال لا الحصر، واعتبر أن أفعال الاعتداء إذا ما وقعت برضاء المجني عليه لا تعد جريمة معاقب عليها، لكن في نطاق ضيق ومحدود، حيث يشترط ألا يكون الاعتداء محل الرضى جسما أو مخالفا² للمصلحة العامة والأمن العام، وكذا للنصوص القانونية.

2. قانون العقوبات الألماني:

جاء قانون العقوبات الألماني بمبدأ عام للإباحة، حيث نص على إباحة الاعتداء على الحق في سلامة الجسم متى ما تم ذلك برضاء المجني عليه، دون أي قيد أو شرط إلا قيد واحد هو ألا يكون الفعل مخالفا للنظام العام والآداب العامة³.

¹ سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 464.

² محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 155.

³ نفس المرجع السابق، ص 158.

3. القانون السوداني:

لقد جرم المشرع السوداني كل فعل إيذاء سبب ألما أو مرضا أو عاهة عن طريق إعطاء مواد ضارة، أو تسليط الغاز أو الضرب بآلة أو اليد، أو بواسطة تهيئة الظروف التي من شأنها أن تؤدي إلى وقوع الاعتداء، معتبرا أن أي أذى بسيط يقع على شخص بالغ لسن 18 سنة وبرضائه لا يعد جريمة معاقب عليها¹.

وأشير أن المشرع الجزائري لم يأخذ برضاء المجني عليه في إطار الجرائم الماسة بالحق في سلامة الجسم ولا في الجرائم الماسة بالحق في الحياة، ودليل ذلك تجريمه لفعل مساعدة الغير على الانتحار بصريح نص المادة 273 ق.ع².

ثانيا: في الشريعة الإسلامية

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن رضاء المجني عليه بالجرح أو القطع لا يبيح الفعل، باعتباره أن النفس معصومة عن الأذى لا تحل إلا إذا توفر سبب من أسباب الحل والأذى بالأذى لا يعد كذلك³. إلا أنه في جرائم الاعتداء على النفس وما دونها اتفق الفقهاء على الإثم في الأذن والمأذون. لكن لا قصاص ولا دية ولا أرش جراحة عندهم، وإن كان الرضا لا يهدم أركان الجريمة ألا أن الذي منع من تطبيق العقوبات هو الإذن ابتداء. فإذا كان المجني عليه قد أذن بارتكاب الفعل عليه فليس له الحق بالمطالبة بالتعويض عما لحقه فيما بعد⁴.

إلا أن المسألة التي لقيت خلافا بين الفقهاء هي ما إذا أدى الإذن بالجرح أو القطع إلى حدوث الوفاة. في هذا الشأن يرى أبو حنيفة ومالك أن الفعل يسري عليه حكم القتل العمد باعتبار أن الإذن كان للجرح أو القطع ولم يكن للقتل، في حين يرى أبو يوسف وأحمد والشافعي أن إفضاء الفعل إلى الوفاة لا يجعله غير مأذون فيه، وعليه لا شيء على الجاني إلا التعزير الذي يحق لولي الأمر أن يقدره باعتبار أن من واجبه دفع كل فساد⁵.

ثالثا: مقارنة بين موقف القانون الوضعي والشريعة الإسلامية

¹ محمد صبحي نجم ، المرجع السابق ، ص 165.

² أنظر: نص المادة 272 ق.ع.

³ محمد أبو زهرة ، الجريمة في الفقه الإسلامي، ص 388.

⁴ نفس المرجع السابق، ص 388.

⁵ عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، ص 80.

جل القوانين الوضعية لم تعد برضاء المجني عليه لإباحة الاعتداء الماس بسلامة الجسم إلا في نطاق ضيق كما سبق بيانه. وفي ذلك تتفق مع الشريعة الإسلامية وإن كانت القوانين الوضعية تجعل من عدم رضاء المجني عليه ركنا في بعض الجرائم كجريمة الزنا وهو ما يتعارض وأحكام الشريعة الإسلامية¹.

وفي ذات السياق أشير إلى تجريم لكل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي لأفعال المبارزة إذا ما تمت بغرض القتل أو الجرح، فالجاني يسأل فيها عن جريمة عمدية حتى لو كانت أفعال الإيذاء قد تمت برضاء من المجني عليه²، غير أنه إذا ما تمت بغرض إظهار المهارة والتفوق، وهنا نكون أمام ممارسة الألعاب الرياضية التي إذا ما تمت ضمن الشروط المحددة لها التي سبق بيانها في المبحث الأول من هذا الفصل. ولعل من بينها رضاء اللاعب بأفعال الإيذاء أو التي قد تقع عليه. فلا تجريم للفعل على أساس ترخيص القانون، ونفس الأمر فيما يتعلق بممارسة الأعمال الطبية التي يعتد فيها برضاء المجني عليه كشرط للإباحة وليس كأساس لها مع ضرورة توافر باقي الشروط الأخرى مجتمعة، حتى نقول بمشروعية ممارسة العمل الطبي - والتي سبق بيانها هي الأخرى في المبحث الأول من هذا الفصل-.

وإذا ما كانت ممارسة الأعمال الطبية بقصد تحقيق العلاج لا تثير أي إشكال، باعتبارها من الأفعال المباحة بترخيص من القانون، فإن الإشكال يثار عندما يتعلق الأمر بالممارسات الطبية التي قد تقع على جسم المريض إنما ليس لتحقيق العلاج، بل لغايات أخرى، مما يستدعي التساؤل عن دور رضاء المجني عليه في مثل هذه الحالات، ومدى تأثيره على مشروعيتها. وهذا ما سيكون نقطة بحث في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: رضاء المجني عليه في المجال الطبي خاصة في ظل التطورات الطبية الحديثة.

تقتضي ممارسة العمل الطبي المساس بالكيان المادي للجسم البشري، نظرا للتعرض له بالإصابة وإعطاء مواد ضارة أثناء العلاج، فإذا ما زال الطبيب مهنته في إطار الشروط

¹ عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، المرجع السابق، ص 84.

² نفس المرجع السابق، ص 90.

المحددة قانونا بناء على رضاء المريض وبغرض تحقيق العلاج فلا مسؤولية تقع عليه¹، لكن الإشكال يثار بشأن أثر الرضا في ظل ما يشهده العالم اليوم من تطورات في مجال الطب. وعليه سأعالج هذا المطلب من خلال تناول أثر رضاء المجني عليه في مجال التجارب الطبية لأتطرق بعدها إلى أثره في ظل العمليات الطبية المستحدثة.

الفرع الأول: رضاء المجني عليه في إطار التجارب الطبية.

قبل دراسة رضاء المجني عليه في مجال التجارب الطبية لابد أولاً من إعطاء تعريف لهذه الأخيرة، حيث يمكن تعريفها على أنها: "مجموعة الأعمال التي يقوم بها الطبيب أو المختص بالأعمال الطبية بهدف الكشف العلمي أو النجاح عملية معينة لم تعرف نتائجها من قبل"².

ومن هنا يمكن تقسيم التجارب الطبية إلى نوعين: تجارب علاجية، وأخرى علمية أو فنية، فالأولى هي تلك التي يلجأ إليها الأطباء بغرض التوصل إلى علاج جديد لأمراض معينة فشلت الأصول الفنية المعتادة في إيجاد علاج ناجح لها، وهذا النوع من التجارب متفق على مشروعيتها. أما النوع الثاني فمختلف فيه ذلك أنها تجارب تجرى على شخص سليم أو مريض ليس بغرض تحقيق العلاج وإنما لغرض البحث العلمي فقط³. وإن كان البعض يضيف تصنيفات أخرى لها تجارب وقائية ودوائية... الخ.

ولإباحة التجارب الطبية لابد أن تتقيد بشروط يأتي في مقدمتها رضاء المريض الذي يعد شرطاً أساسياً للقول بمشروعيتها.

أولاً: الشروط اللازمة لمشروعية التجارب الطبية

وهي كآتي:

1. الرضا:

¹ مبروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، ص 317.

² عفاف عطية كامل، حكم إجراء التجارب الطبية العلاجية على الإنسان والحيوان، مذكرة ماجستير، قسم الفقه وأصوله، جامعة اليرموك، الأردن، 2002، ص 03. على الموقع: www.veecos.net

³ عامر أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الاصطناعي - دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي - الطبعة الأولى، دار العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2001، ص 76.

لقد جاءت العديد من الاتفاقيات الإقليمية والدولية، تؤكد على دور الرضاء في مجال التجارب الطبية، فعلى سبيل المثال نجد القاعدة الأولى من قواعد محكمة نورمبورغ نصت على أن يكون أنه لابد من الحصول على رضاء الخاضع للتجريب، وأن يكون هذا الرضاء حرا¹. كما أكد على ذلك إعلان هلنسكري لعام 1994 من ضرورة أن يكون رضاء المريض مستتيرا وأن يكون عالما بكل ما يتعلق بالتجربة.

وإذا ما رجعنا إلى التشريع الجزائري فإننا نجد نص المادة 2/186 من ق.ع.ح.ه.ت يؤكد على هذا الشرط بقوله: "... يخضع التجريب للموافقة الحرة والمنيرة للشخص موضوع التجريب، وعند عدمه لممثله الشرعي، وأن تكون هذه الموافقة ضرورية في كل لحظة"².
أ. أشكال الرضاء:

إذا ما رجعنا إلى غالبية التشريعات المقارنة فإننا نجدها تجعل من الكتابة هي الشكلية المطلوبة في الرضاء، وإن كان المشرع الجزائري لم يورد موقفا صريحا في هذا الشأن³، حيث نصت المادة 2/168 من ق.ح.ص على أنه: " يخضع التجريب للموافقة الحرة والمنيرة للشخص موضوع التجريب أو عند عدمه لممثله الشرعي، تكون هذه الموافقة ضرورية في كل لحظة"⁴.

ب. مميزات الرضاء:

حتى يكون رضاء الخاضع للتجربة منتجا لإثارة لابد أن يكون حرا ومتبصرا.

- أن يكون الرضاء حرا:

بمعنى أن يكون سليما خاليا من عيوب الإرادة حتى يعتد به، فإن هدر الرضاء تحت تأثير الإكراه أو التدليس أو التهديد أو غيرها من الأساليب فإن هذا يعدم الإرادة وحرية الاختيار⁵. وبالرجوع إلى المادة 2/168 من ق.ح.ص نجدها تنص على أنه: "...يخضع

¹ Hélène Chappuy: **étude du consentement en recherche clinique pédiatrique**, thèse doctorat, faculté de médecine, Paris, 2007, P: 18. VOIR SUR: WWW.ETHIQUE.INSERM.FR

² ميروك نصر الدين ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، ص 320.

³ ميروك نصر الدين ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، ص 322.

⁴ المادة 2/168 من ق.خ.ص.و.ت.

⁵ Sylvie welsch، **responsabilité du médecin**, 2^{ème} édition, Paris ,P: 52.

التجريب للموافقة الحرة... للشخص موضوع التجريب". فالرضاء الحر شرط لا بد منه سواء تعلق الأمر بالتجربة العلاجية أو غير العلاجية¹.

- أن يكون الرضا متبصرا:

أكدت التشريعات المقارنة على ضرورة تبصير المريض الخاضع للتجربة بطبيعتها والوقت الذي تستغرقه والهدف منها وكذا الأساليب التي سيتم اعتمادها والمخاطر المحتملة ومدى تأثيرها على صحة الخاضع للتجربة²، وبالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد نص المادة 2/168 من ق.ح.ص يؤكد على ذلك³.

هذا ونشير إلى هناك حالات تكون فيها التجربة بطبيعتها غير قابلة لتبصير الخاضع لها مسبقا. كما في الحالات التي يكون فيها الأثر العلاجي للدواء غير معروف مسبقا، فالطبيب في هذه الحالة ملزم بتقديم تقرير موجز فقط دون تحديد النتائج المتوقعة نظرا لعدم إمكان ذلك⁴.

2- الأهلية:

يعد شرط الأهلية هو الآخر من الشروط المهمة للقول بمشروعية التجربة، وهو شرط مكمل لشرط الرضاء، لأنه بدون توافر الأهلية لا يمكن للشخص الخاضع للتجربة أن يعبر عن رضائه⁵. وبالرجوع إلى التشريع الجزائري نجده في المادة 2/168 من ق.ح.ص لم يبين لنا بوضوح الأهلية المتطلبة قانونا في الشخص الخاضع للتجريب، حيث جاء فيها: "يخضع التجريب للموافقة... الشخص موضوع التجريب، أو عند عدمه لممثله الشرعي"⁶، أمام هذا

¹ المادة 2/168 من ق.ح.ص.و.ت.

² هذا وأشير إلى أن مسألة الرضا المتبصر لم تنظمها التشريعات الوضعية إلا مؤخرا بعد أن استقر الفقه والقضاء على العمل بها منذ أكثر من نصف قرن، من ذلك القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في: 18/01/1942 والذي أقر مسؤولية الطبيب الجراح لعدم إعلام المريض بطبيعة وآثار العملية الجراحية التي أجريت عليه استنادا إلى ضرورة حصول الجراح على الرضا المسبق للمريض. نقلا عن: صاحب ليديه: فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية، رسالة ماجستير،

كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 34. على الموقع: www.ummtto.dz

³ أنظر: نص المادة 168 من ق.ح.ص.و.ت.

⁴ مبروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، ص 323.

⁵ نفس المرجع السابق، ص 325.

⁶ أنظر: نص المادة 168 من ق.ح.ص.و.ت.

الوضع سيتم الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني، إذ تنص المادة 40 من ق.م على أن سن الرشد القانوني هو 19 سنة، ومن ثمة فالشخص الخاضع للتجريب لا بد أن يتوافر على سن 19 مع ضرورة أن يكون متمتعاً بكامل قواه العقلية¹.

هذا وتثار مسألة مدى الاعتداد برضاء القاصر، إذ أنه وبالرجوع إلى نص المادة 2/168 من ق.ح.ص نجدها تنص على أنه: "يخضع التجريب لموافقة... الشخص موضوع التجريب وعند عدمه لممثله الشرعي"². إن ملاحظة نص المادة يثير العديد من الإشكالات أو لها يتعلق بالمقصود بالأخذ برضاء الممثل الشرعي في حالة عدم توافر الرضاء نظراً لنقص أهليته، أو لأن الخاضع للتجريب كان في حالة صحية لا تسمح له بالتعبير عن إرادته، وثانيها يتعلق بأثر رضاء القاصر إن وجد في إطار التجارب العلاجية، وغير العلاجية.

بالاستناد إلى ما ورد من آراء فقهية، نجد أن جانباً من الفقه يجعل من رضاء القاصر في مجال التجارب الطبية هو مسلك إرادي لا تنطبق عليه أحكام أهلية الأداء الواردة في القانون المدني. أي أن الأخذ بهذا الرأي يجعلنا نسلم بصحة الرضاء متى لو صدر من قاصر³.

ووفق ما يرى د/مبروك نصر الدين فإن رضاء القاصر يعتد به بحسب مدى إدراكه لطبيعة الفعل، والآثار المترتبة عليه بحسب ما إذا كانت التجربة لصالحه، وهذا طبعاً بالرجوع إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع مع التمييز بين ما إذا كانت التجربة طبية أم عملية. فالأولى يمكن إجرائها ما دام أنها في صالحه أما الثانية فإجرائها غير ممكن من حيث المبدأ، إلا إذا تطلب الأمر ضرورة إجرائها على قاصر أين يتوجب على المشرع في هذه الحالة وضع ضمانات كفيلة لحماية الجسم البشري⁴.

بالإضافة إلى هذين الشرطين لا بد من توافر الشروط التالية:

- يجب أن تكون الغاية من التجربة تحقيق نتائج مفيدة.

¹ تنص المادة 40 من القانون المدني: "سن الرشد تسعة عشر سنة كاملة".

² أنظر: نص المادة 168 من ق.ح.ص.و.ت.

³ مبروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، ص 326.

⁴ نفس المرجع السابق، ص 327.

- أن تستند التجربة على نجاحات مسبقة تحققت من تجارب أجريت على الحيوانات، أي أنها لا تجرى على جسم الإنسان ما لم تكن قد خضعت لفحوصات مخبرية بعد إجرائها على الحيوانات وثبتت نجاعتها لتحقيق الشفاء¹.
- أن يكون التجريب غير منطوق على خطر عقلي أو جسمي يمس بالشخص الخاضع له.
- إذا كانت الأضرار المتوقعة جسيمة ونسبة النجاح ضئيلة واحتمال الموت كبير فيجب الامتناع عن التجربة إلا للضرورة القصوى التي تبرر إنقاذ مريض ميؤوس من شفائه².
- أن يتم إجراء التجربة من طرف أطباء متخصصين وعلى درجة كبيرة من الكفاءة والمهارة³.

هذا ونجد هذه الشروط مختصرة من طرف العالم كيوفيركان جاك "أن التجارب الطبية والعلمية على المخلوقات الإنسانية تفترضها الضرورة وتطور ورقي الطب مع مرور الزمن، لذلك فإنني أقترح على كل الدول المتحضرة أن تحاول إجراء هذه التجارب، وهي أن يترك للمساجين المحكوم عليهم نهائيا بالإعدام فرصة في الاختيار الحر بين تنفيذ الحكم عليهم وبين أن يخضعوا للتجارب والأبحاث العلمية. وفي المقابل ذلك يخلى سبيلهم ويمنحون الحرية الكاملة بشرط ألا يكرهوا على هذه التجربة بل يخضعون لها برضائهم واختيارهم طبقا للأساليب والطرق العلمية المرخص بها قانونا وبواسطة أشهر وأمهـر الأطباء والعلماء المتخصصين، وأن تكون هذه التجارب قد سبق نجاحها نجاحا ساحقا على بعض الحيوانات وأنت نتائج مفيدة⁴.

غير أن ما جاء به العالم كيوفيركان جاك صحيح انه يحمل كل الشروط الضرورية للقول بمشروعية التجارب الطبية، إلا انه ما يمكن ملاحظته هو ما يتعلق بمنح المساجين فرصة الاختيار بين تنفيذ حكم الإعدام أو إخضاعهم للتجارب العلمية فهذا اختيار في ذاته يحمل نوعا من الإكراه الذي يؤثر بدوره على رضا الخاضع للتجربة.

ثانيا: مسؤولية الطبيب عن التجارب الطبية

¹ عفاف عطية كامل، المرجع السابق، ص 19.

² محمد صبحي نجم: المرجع السابق، ص 453.

³ H  l  ne Chappuy, op.cit, P: 19.

⁴ نقلا عن: محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 459.

وسنتاولها من خلال التطرق إلى كل من مسؤولية الطبيب عن التجارب الطبية العلاجية وعن التجارب الطبية غير العلاجية.

1- مسؤولية الطبيب عن التجارب العلاجية:

تنشأ المسؤولية الطبية عن التجارب العلاجية في حالتين: الأولى ناجمة عن عدم إتباع أصول ممارسة الفن التجريبي، والثانية مترتبة عن عدم التزامه بشرط رضاء المريض. فبالنسبة لخروج الطبيب عن أصول ممارسة الفن التجريبي أورد بشأنها الفقه عديد الأمثلة لعل أهمها¹: استخدام طرق حديثة لم تثبت بعد كفاءتها في التجريب العملي على الحيوان، الأخذ بأساليب حديثة رغم وجود أساليب تقليدية بنتائج أقل خطورة، عدم التزام الطبيب بمقتضيات الحيطة والحذر والتي بعدم مراعاتها يتساءل عن جريمة الإهمال وفق المواد (189-288) من ق.ع.

أما عن إجراء التجارب العلاجية دون أخذ رضاء المريض فالطبيب هنا يتساءل عن جريمة عمدية، باعتبار أن استخدام أساليب حديثة في العلاج يقتضي الحصول على الرضاء²، وهو ما أكدت عليه المادة 3/168 من ق.ح.ص³.

1- مسؤولية الطبيب عن التجارب غير العلاجية:

لقد أثارت مسألة مشروعية التجارب الطبية غير العلاجية خلافا فقهيًا وتشريعيًا، وقد أقرت بعض التشريعات بمشروعيتها في حين رفض البعض الآخر ذلك، إلا أنه وبالرجوع إلى التشريع الجزائري نجده اعتد بالتجارب الطبية غير العلاجية.

هذا وقد رتبت التشريعات المقارنة مسؤولية الطبيب عن جريمة غير عمدية نظرا لعدم توافر قصد تحقيق العلاج⁴، بغض النظر عن توافر رضاء الشخص الخاضع للتجريب وإتباع الأصول الفنية في إجراءها من عدمه¹.

¹ مبروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، ص 333.

² نفس المرجع السابق، ص 334.

³ أنظر: نص المادة 3/168 ق.ح.ص.و.ت.

⁴ مبروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، ص 335.

وأشير إلى أن موقف الشريعة الإسلامية من التجارب الطبية لم ترد بشأنه أحكام مفصلة، إذ أن أغلبها ورد بشأن التجارب الطبية التي تقام على جثث الموتى، وهو ما يعرف بالتشريح، وباعتبار أن موضوع الدراسة يشمل جسم إنسان حي فلم أتطرق إليها.

ودائماً في ذات الإطار وجدت في ضمن القرارات الصادرة عن مجمع الفقه الإسلامي مجموعة أحكام تتعلق بالأبحاث الطبية الواردة على الجسم البشري إذاً شرط ضرورة الحصول على موافقة الشخص الخاضع للتجربة، والذي لا بد أن يكون تام الأهلية وأن يصدر عنه الرضا بشكل خال من عيوب الإكراه (كالمساجين)، أو الإغراء المادي (كالفقراء). كما اشترط ضرورة ألا يترتب على هذه الأبحاث أي ضرر مهما كان حجمه، مع عدم جواز إخضاع عديمي الأهلية وناقصيها للتجارب الطبية، ولو بموافقة أوليائهم².

وهذا رأي يتفق مع ما ذهب إليه التشريعات والآراء الفقهية القانونية، فيما يتعلق بشروط الخضوع للتجارب الطبية وإن كانت تختلف معها في مسألة الأهلية، إذ أن فقهاء القانون أجازوا الأخذ برضاء ناقص الأهلية ضمن شروط معينة، في حين أن الموقف الشرعي جاء رافضاً لمسألة إخضاع ناقص الأهلية، أو عديمها للتجارب الطبية ولو برضاء وموافقة الأولياء.

الفرع الثاني: التطبيقات العملية لرضاء المجني عليه في المجال الطبي

لقد جاء التطور العلمي من الناحية الطبية بالعديد من الأساليب التي تمس بحق الإنسان في التكامل الجسدي وسلامته الجسمية، وأمام هذه التحولات أصبحت السياسة الجنائية قاصرة في بعض النواحي، مما يستدعي التدخل التشريعي لسد الفراغ القانوني الحاصل بشأنها.

لذلك ارتأيت في هذا الفرع أن أتطرق إلى أهم هذه الأساليب الطبية الحديثة مع تبيان دور رضاء الشخص الخاضع لها في إباحتها وإضفاء المشروعية عليها.

أولاً: عمليات التجميل

¹ وهو ذات ما سار عليه المشرع الجزائري في المادة 4/168 من ق.ح.ص.و.ت، التي نصت على أنه: "لا تبرئ موافقة الشخص موضوع التجريب رأي المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المبادر إلى التجريب من مسؤوليته المدنية"

² قرار رقم 67 (7/5) الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي بشأن العلاج الطبي على الرابط:

عرفت الأعمال الطبية الواقعة على الجسم البشري العديد من التطورات لعل أهمها هو ما يعرف بالجراحة التجميلية، أو ما تسمى بجراحة الترف أو الشكل، وقد عرفت على أنها " تلك التي لا يكون الغرض منها علاج مرض عن طريق التدخل الجراحي، بل إزالة تشويبه حدث في جسم المريض بفعل مكتسب أو خلقي أو وظيفي"¹. ذلك أن العيوب الجسمانية قد تكون ظاهرة أو باطنة من أمثلة الأولى عيوب بالوجه أو اليدين، ومن أمثلة الثانية جروح بالبطن، أو الظهر...².

1- الموقف الفقهي والقضائي من الجراحة التجميلية:

ظهر هذا الشأن ثلاث مواقف:

أ- الموقف الرفض:

ويتعلق الأمر بكل من القضاء والفقهاء الفرنسيين فبالنسبة للقضاء الفرنسي، فقد كان رافضا لهذا النوع من العمليات، ذلك أن إجراء الطبيب الجراح لعملية لا يقصد منها تحقيق العلاج والتخفيف من الآلام يعد خطأ في ذاته يحمل الطبيب المسؤولية عن الأضرار الناتجة عنها حتى ولو تمت برضاء الخاضع لها وبمراعاة الأصول الطبية. إلا أن هذا الموقف القضائي تغير بإخضاعه للعمليات الطبية التجميلية إلى القواعد العامة المتعلقة بالجراحة العلاجية، مع ضرورة وجود علة تبيح المساس بالتكامل الجسدي مع التناسب بين الخطر الذي يتعرض له المريض، والغرض من التدخل الجراحي التجميلي³.

وإذا ما رجعنا إلى الفقه فإننا نجد موقف الفقيه جارسون الذي لا يجيز هذا النوع من العمليات، ويعارضها بشدة ذلك أن التدخل الجراحي حسب ما يرى، إنما يكون بقصد تحقيق

¹ منذر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية - دراسة مقارنة-، بدون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ص 8.

² نفس المرجع السابق، ص 9.

³ بومدين سامية، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود

معمر، تيزي وزو، 2011، ص 44. على الموقع: www.ummo.dz

العلاج فإن غاب هذا الهدف نقول أن الطبيب الجراح قد خرج على أصول مهنته¹. إلا أن هذا الرأي منتقد ذلك أن الجراحة التجميلية قد تتم لأغراض علاجية تكمن أساسا في التحرر من الآلام النفسية، التي قد يعانيتها الشخص الخاضع للعملية نتيجة تشوه بدني.

ب. الموقف الوسطي:

هو اتجاه يؤيد فكرة الجراحة التجميلية لكن ضرورة التمييز بين حالتين:

- الأولى: هي وجود تشوهات كبيرة لدرجة تصبح معها الحياة مستحيلة، ويحرم فيها الشخص من حقه الطبيعي في الزواج والعيش دون أن يكون محلا للسخرية - العيب الجوهري-.

- الثانية: هي حالة يكون الغرض من التدخل الجراحي هو فقط استرجاع الشباب والجمال، فهذا النوع من العمليات التي تتم لهذا الغرض غير جائز -العيب البسيط-².
إلا أن هذا الاتجاه لقي معارضة من طرف الفقه خاصة في ظل عدم إمكانية التمييز بين العيب الجوهري والعيب البسيط³.

ج. الموقف المؤيد:

هو موقف يوسع من نطاق الجراحة التجميلية، ويعتبرها أكثر الأساليب نفعا في جلب السرور وتجديد الشباب ومكافحة الآلام النفسية، ذلك أن فكرة المرض لا تتعلق بما هو بدني فحسب بل تمتد إلى النفس أيضا. وإن كان هذا الرأي يميز بين العيب البسيط والجوهري، فالأول لا يستدعي التدخل الجراحي لإزالته لأن في ذلك تعريض الخاضع له للخطر حتى ولو تم برضائه ووفقا للأصول الفنية⁴.

ويعد هذا الموقف هو الراجح فقها وإن كان يؤخذ عليه تمييزه بين العيب البسيط والجوهري، ذلك أن هذه المسألة نسبية لا تخضع لضابط معني فهي تختلف من شخص لآخر.

¹ منذر الفضل، المرجع السابق، ص 30-31.

² بومدين سامية، المرجع السابق، ص 46.

³ منذر الفضل، المرجع السابق، ص 32.

⁴ بومدين سامية، المرجع السابق، ص 45.

وإذا ما بحثنا في موقف المشرع الجزائري من الجراحة التجميلية، فإنه لم يتخذ موقفا صريحا بشأنها، وإن كان في المادة 3/168 من القانون 17/90 السالفة الذكر، قد أجاز العمليات التجريبية التي لا يرجى من ورائها العلاج شرط الحصول على رأي مسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية¹.

1- موقف الشريعة الإسلامية من الجراحة التجميلية:

باعتبار أن عمليات التجميل نوعان: عمليات تجميلية علاجية، وأخرى اختيارية أو تحسينية نجد أن آراء الفقهاء اختلفت باختلاف النوعين، فالنوع الأول من العمليات أجازته الفقهاء ضمن شروط معينة معتبرينه نوع من التداوي²، مقسمينه بدوره إلى قسمين الأول وهو ما يسمى بالتداوي الضروري مثاله بناء المثانة، وهو جائز لأن هدفه الشفاء. أما الثاني فهو الحاجة إلى التداوي دون ضرورة تستدعيه كما في حالة إجراء عملية لشفة مفتوحة نظرا لعيب منذ الولادة أو لسبب عارض³.

أما النوع الثاني من العمليات التي يكون الغرض منها مجرد الزينة والتغيير في الخلقة، كمحاولة العودة إلى الشباب برفع تجاعيد الوجه، أو وصل الشعر... فقد ظهر بشأنها اتجاهان:

أ. الأول: يقول بالمنع والتحریم لما فيها من تغيير لخلقة الله عز وجل، لما ورد من نصوص تحرم الوشم والنمص والوصل، لما فيها من تدليس وخداع، وهذا المعنى موجود في العمليات التجميلية التحسينية.

ب. الثاني: يرى أن تبحث كل عملية على حدى، ذلك أن هناك عمليات مل الشرع على تحريمها والمنع منها، ومنه ما يمكن أن يقاس عليها، منها ما بحثه الفقهاء حاليا أو يمكن تخريجه على أقوالهم فلا تجعل منها مرتبة واحدة⁴.

¹ أنظر: نص المادة 168 من ق.ح.ص.و.ت.

² هذا وقد أجابت دار الإفتاء المصرية يوم: 1981/06/27 حول موضوع العمليات التجميلية: "هو أن الإسلام أجاز بالتداوي بل أمر به كما ثبت في الأحاديث الصحيحة التي رواها أبو داود وابن ماجه، وكما ثبت في صحيح مسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم أرسل إلى أبي كعب فقطع عرقا وكواه"، نقلا عن: منذر الفضل، المرجع السابق، ص 20.

³ منذر الفضل، المرجع السابق، ص 15.

⁴ محمد الحسيني، عمليات التجميل الجراحية ومشروعيتها الجزائرية بين الشريعة والقانون، على الموقع التالي:

www.motarahat.com تاريخ الإطلاع: 2012/03/20.

2. دور الرضاء في العمليات التجميلية:

باعتبار أن العمليات التجميلية في معظمها لا تهدف إلى تحقيق العلاج، فإن إجراءها دون الحصول على موافقة مسبقة من الخاضع لها يجعل منها فعلا غير مشروع ماس بالحق في السلامة الجسدية، مع ضرورة أن يكون هذا الرضا حر ومتبصرا، كما سبق بيانه عند الحديث عن التجارب الطبية، وأن يكون كتابة نظرا لما لها من أهمية في إثبات حصول الموافقة المسبقة، فهي بمثابة ضمانة لكلا طرفي العقد. بالإضافة إلى أنها تضي عليه المشروعية¹.

لكن إذا كان الرضا يكتسي أهمية كبيرة في هذا النوع من العمليات، إلا أنه لا يعفي الجراح من المسؤولية الجنائية، وإن كان يعتبر ظرفا مخففا له في الحالات التي يرضى فيها بإجراء عملية معينة رغم إدراكه لما ينطوي عليه من مخاطر².

وإذا ما رجعنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية فإننا نجدتها تشترط إذن، ورضا المريض أو وليه قبل مباشرة العمل الجراحي وتعتبره أمر ضروري، فالشافية مثلا يقولون أنه إن كان على رأس بالغ عاقل ورم، وأراد الشخص إجراء عملية تجميلية لإزالة الورم، فلا يجوز إزالته دون الحصول على رضائه، ذلك أن الطبيب إن أقدم على القطع دون حصول الرضا فمات وجب عليه القصاص، أو غير العاقل لعاهة كالمجنون أو غير المميز فلا يجوز إجراء، مثل هذه العمليات عليه لما فيها من مخاطر لا يؤمن فيها من الهلاك³.

وعليه؛ نقول أن الرضا في العمليات التجميلية هو شرط أساسي وضروري للقول بمشروعية، وإباحة هذه العمليات لكنه ليس أساسا قانونيا أو شرعيا لها، وإنما الأساس فيها

¹ بومدين سامية، المرجع السابق، ص 70.

² هذا وحتى يكون التدخل الجراحي مشروعا لا بد أن يكون الجراح متخصصا في مجال جراحة التجميل مع احترامه للتوازن بين الضرر الناشئ عن التدخل والنفع الذي ينتجيه الزبون، مع ضرورة أن يعتمد العلاج المتفق عليه وليس ما هو محل التجاري. إضافة إلى ممارسة لهذه العمليات في الأماكن المرخص بها قانونا، نقلا عن: بومدين سامية: المرجع السابق، ص: 81.

³ منذر الفضل، المرجع السابق، ص 14.

إنما يكمن في إذن كل من القانون والشرع في أوضاع معينة سبق بيانها بممارسة هذا النوع من العمليات¹.

ثانياً: عمليات التعقيم (Stérilisation)

يعد التعقيم من الأفعال الماسة بالحق في سلامة الجسم باعتباره عملية جراحية تهدف إلى إعدام القدرة على الإنجاب لدى الرجل أو المرأة وهو ما يسمى كذلك بمنع الحمل الجراحي ويتم بعدة طرق منها ربط النفيرين (Ligature trompes) عند المرأة حتى تمنع البويضة من الانتقال إلى الرحم أو بقطع الأقينية التي يخرج منها المنى القادم من الخصية².

1. الغرض من التعقيم:

تتعدد الأغراض المتوخاة من عملية التعقيم فقد تكون بهدف تحديد النسل أو لتنقية العرق أو لغرض جنائي بحت، وفي كل هذه الحالات الهدف الأساس من التعقيم هو أنه غير علاجي، وقد يكون لغرض علاجي تقتضيه صحة المريض.

أ- التعقيم غير العلاجي:

وسنتناوله من خلال الصور التالية:

- تعقيم لتنقية العرق:

هذا النوع من التعقيم إجباري ظهر في عديد الدول يطبق على المجرمين المنحرفين جنسياً ومعتادي الإجرام، والمختلين عقلياً وهو بمثابة تدبير وقائي للأجيال المقبلة لحمايتها من خطر الإصابة بعيوب وراثية، وقد طبق في ألمانيا في حالة العودة إلى ارتكاب الجرائم الأخلاقية، حيث تم تنفيذ عقوبة التعقيم على حوالي 666 شخصاً في ألمانيا بين عامين 1934-1935 وهذا النوع من التعقيم إجباري بنص القانون.

- التعقيم لتحديد النسل:

¹ هذا ومن بين ما توصلت إليه الندوة العلمية المنظمة من طرف المديرية العامة للشؤون الصحية بالرياض هو خروجها بجملة من التوصيات تتعلق بالضوابط الشرعية في ممارسة الجراحة التجميلية:

- أن يترتب على عدم إجرائها ضرر جسمي أو نفسي.
- أن لا يكون المقصود من إجرائها التشبيه المحرم بالكفار.
- أن لا تستلزم العملية كشف ما أمر الله ستره من عورات إلا للضرورة والحاجة المعترية، **نقلاً عن:** بومدين سامية، المرجع السابق، ص 36.

² سعد الدين الهلالي، منع الحمل الجراحي على الموقع: www.saadhelaly.com . تاريخ الإطلاع 2012/04/05.

هو ذو طابع اختياري، يتم اللجوء إليه لغاية اقتصادية أو دينية أو نظرا للكثافة السكانية¹.

ب- التعقيم العلاجي:

يتم اللجوء إلى هذا النوع من التعقيم عندما تتطلب صحة المريض ذلك كأن يكون الحمل خطر على صحة المرأة فيتم تعقيمها حفاظا على حياتها².

2. الموقف الفقهي والقانوني من عمليات التعقيم:

إذا ما بحثنا في معظم القوانين والاتجاهات الفقهية فإننا نجدنا تجرم عمليات التعقيم غير العلاجي وذلك لما فيه من مساس بالحق في سلامة الجسم ومخالفتها للنظام العام. وإن كانت بعض القوانين المقارنة تجيزه، كما هو الشأن بالنسبة للقانون الدانماركي الصادر في 01 جويلية 1929 الذي أجاز عمليات تعقيم الشواذ عقليا والمحتجزين لدى المؤسسات الرسمية في الدولة³، ويشترط هذا القانون لإجراء هذه العمليات رضا صاحب الشأن أو الوصي في حالة انعدام الأهلية، إضافة إلى تقرير طبي يقضي بضرورة اتخاذ هذا التدبير.

كذلك الشأن بالنسبة للقانون النرويجي الصادر في 18 جويلية 1934 الذي أجاز ممارسة التعقيم كتدبير وقائي لتنظيم النسل مع ضرورة الحصول على موافقة المعني أو ممثله القانوني ذلك أن موافقة الزوج أو الزوجة مسألة ضرورية يتم اتخاذ قرار إجراء العملية من طرف لجنة مكونة من مدير الصحة وأطباء وقاض⁴.

أ. موقف الفقه والقضاء الفرنسي:

لقد جاء موقف الفقه الفرنسي رافضا لعمليات التعقيم التي تتم بغرض تحديد النسل معللا ذلك بأنه تدبير من شأنه أن يخل بالحق في سلامة الجسم، في حين أباح عمليات

¹ مارك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، ص 77.

² سعد الدين الهلالي، المرجع السابق.

³ مارك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية ص 79.

⁴ نفس المرجع السابق، ص 80.

التعقيم العلاجية¹ والتي تقتضيها الحالة الصحية للمرأة وما قد تتعرض له من خطر حدوث الوفاة².

ب. موقف القانون الجزائري:

إذا ما رجعنا إلى التشريع الجزائري فإننا نجد أنه يمنع عمليات التعقيم إذا تمت لسبب غير مشروع حيث تنص المادة 33 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب على أنه: "لا يجوز للطبيب أن يجري عملية لقطع الحمل إلا حسب الشروط المنصوص عليها قانوناً"³.

من نص المادة يتضح أن المشرع قيد الأطباء عند إجراء عمليات التعقيم بشروط محدد لعل أهمها هو الضرورة التي تقتضيها حالة الأم الصحية⁴.

وعليه فإن الأصل هو تجريم عمليات التعقيم والاستثناء هو إباحتها ضمن أوضاع وشروط معينة، ذلك أن التعقيم غير العلاجي حتى لو تم إجراؤه بناء على رضا صريح من الشخص المعني فهو لا يعد سبباً لإباحة ولا يدخل ضمن الحالات الواردة في المادة 39 والمادة 40 من ق ع، هذا من جهة ومن جهة أخرى ما يؤدي إليه من مساس بالنظام العام والآداب العامة في الجزائر⁵.

ج. موقف الشريعة الإسلامية من عمليات التعقيم:

¹ هذا وتشير إلى ما جاءت به المادة 61 من ق ع النيوزلندي التي نصت على أنه: "... إن كل فرد بمنأى عن المسؤولية الجنائية إذا قام بعملية التعقيم باهتمام ومهارة نحو شخص آخر ذلك إذا ما تمت العملية بموافقة ذلك الشخص أو موافقة من هو مفوض عليه قانوناً بذلك بإجراء العملية لغرض شرعي..." نقلاً عن مروك نصر الدين الحماية الجنائية للجسم البشري في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، ص 82.

² مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، ص 83.

³ المادة 33 من م أ ط .

⁴ وهذا ما يستشف من نص المادة 72 من ق ح ص وت: "يعد الإجهاض لغرض علاجي إجراء ضرورياً لإنقاذ حياة الأم من الخطر أو للحفاظ على توازنها الفسيولوجي والفعلي المهدد بخطر بالغ".

⁵ مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، ص 86.

لقد جاء إجماع الفقهاء على تحريم التعقيم سواء قبل الإنجاب أو بعده إلا في الحالات التي تقتضيها الضرورة ووجود سبب طبي قوي لذلك يخشى معها على حياة المرأة كأن تكون مصابة بقصور كلوي أو مرض شديد بالقلب أو الولادات القيصرية المتكررة مما يجعل من الولادة مرة أخرى خطر على حياتها¹.

هذا وقد جاء قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة بالكويت لعام 1409 ليحرم استئصال القدرة على الإنجاب لدى الرجل أو المرأة، وهو ما يعرف بالأعقام أو التعقيم إلا للضرورة المحاطة بمعايير شرعية².

3. المسؤولية الجنائية للطبيب عن عمليات التعقيم:

إذا ما بحثنا في المسؤولية الجنائية للطبيب فإنه يجب التمييز بين عدة حالات:

- الحالة الأولى:

أين يتم فيها اللجوء إلى عمليات التعقيم بقصد العلاج وحفاظاً على صحة الزوجة أو لأغراض وقائية تقتضيها مصلحة المجتمع، فهنا لا مسؤولية على الطبيب ما دام أنه قد تم احترام شروط مشروعية العمل الطبي لعل أهمها توافر رضا الزوجين³، بحيث تنص المادة 44 من م.أ.ط على أنه: "يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة متبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون..."⁴، إضافة إلى اتباع الأصول العلمية من طرف الطبيب.

- الحالة الثانية:

أين يتم إجراء عملية التعقيم دون رضا أحد الزوجين أو نتيجة إهمال أو تقصير أثناء العملية، فهنا الطبيب يكون مسؤولاً جنائياً عن خطأ غير عمدي وفق المادة 289 من ق.ع.

- الحالة الثالثة:

¹ قضايا طبية معاصرة في ضوء الإسلام، "منع الحمل والتعقيم"، على الموقع التالي: Faculty.ksw.edu.sa.

² قرار مجمع الفقه الإسلامي على الموقع التالي: Islamtoday.net.

³ نفس المرجع السابق، ص 90.

⁴ المادة 44 من م أ ط .

وهي التي يجرى فيها عمليات التعقيم دون مصلحة علاجية وإنما الغرض البحث العلمي، فالطبيب في هذه الحالة يكون مسؤولاً عن جريمة عمدية وفقاً للمادة 264 وما يليها من ق ع حتى لو تمت برضا الزوجين، نظراً لخطورة العملية باعتبارها تعمد القدرة على الإنجاب بشكل نهائي¹.

ثالثاً: التلقيح الاصطناعي

يعد التلقيح الاصطناعي من العمليات الحديثة التي لجأ إليها الطب لحل مشكلة العقم عند الزوجين، وباعتبار أن هذا النوع من الممارسات يقتضي التصرف في الأمشاج واللقاح الآدمية والتي تعد من المشتقات والمنتجات البشرية الداخلة في خدمي مكونات الجسم البشري²، مما يثير إشكالية البحث عن مدى إباحة هذا النوع من العمليات ومدى تأثير الرضا عليه خاصة إذا علمنا أنها من أكثر الممارسات الطبية الحديثة إثارة للجدل واصطداماً بما هو مستقر عليه من مبادئ أخلاقية ودينية واجتماعية.

1- صور التلقيح الاصطناعي:

يتم التلقيح الاصطناعي بإحدى الصورتين، إما صورة تلقيح اصطناعي داخلي أو تلقيح اصطناعي خارجي.

أ- التلقيح الاصطناعي الداخلي:

ويتم هذا النوع عن طريق تلقيح الحيوان المنوي للرجل ببويضة المرأة بحيث يسمح باندماج الخليتين المذكورة والمؤنثة³، وهذه الصورة تأخذ بدورها شكلان:

- الأول يكون بأخذ نطفة من الزوج وتحقن في الجهاز التناسلي للزوجة حتى تلتقي النطفة التقاء طبيعياً بالبويضة التي يفرزها مبيض الزوجة.
- الثاني ويتم بأخذ نطفة رجل آخر غير الزوج لتحقن في الجهاز التناسلي للزوجة، وهذه الحالة يتم اللجوء إليها في حالة عقم الزوج¹.

¹ مارك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، ص 90.

² مهندس صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2000، ص 202.

³ أمير فرج، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية من الناحية الجنائية والمدنية والتأديبية، بدون طبعة، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2008، ص 94.

ب- التلقيح الاصطناعي الخارجي:

ويتم بوضع الحيوانات المنوية للرجل وبويضة المرأة في أنبوب اختبار ليتم إعادة زرع اللقيحة في رحم المرأة²، وهذه الصورة بدورها تأخذ عدة أشكال لعل أهمها:

- أن تؤخذ نطفة من الزوج وبويضة من الزوجة ويوضع في أنبوب اختبار طبي إلى حين تلقيح نطفة الزوج ببويضة الزوجة في الوعاء، وتأخذ اللقيحة بعدها في التكاثر والانقسام.
- أن يتم تلقيح خارجي في أنبوب اختبار بين نطفة مأخوذة من زوج وبويضة مأخوذة من مبيض امرأة ليست زوجته وهي ما تسمى بالمرأة المتبرعة ليتم بعدها زرع اللقيحة في رحم الزوجة وهذه الحالة يتم اللجوء إليها في حالة تعطل مبيض الزوجة أو كونه مستأصلاً³.

- أن يتم التلقيح في أنبوب اختبار بين نطفة رجل وبويضة امرأة كلاهما متبرعان لتزرع في رحم امرأة أخرى متزوجة رحمها سليم لكنها تعاني من العقم هي وزوجها. في هذه الحالة يجرى التلقيح في أنبوب اختبار بين نطفة الزوج وبويضة الزوجة لتزرع بعدها في رحم امرأة متطوعة تسمى بالأم البديلة أو إجارة الأرحام. وهذه الصورة تدخل ضمن ما يسمى ببنوك المنى وهي صورة تتخذ عدة أشكال منها أن تلقح الزوجة داخليا أو تلقح بويضتها خارجيا بماء زوجها المتوفى الذي أودعه قبل وفاته بإحدى مصارف المنى لحسابه الخاص⁴.

2- الموقف القانوني والشرعي من عمليات التلقيح الاصطناعي ودور الرضا في إباحتها:

عن الموقف القانوني فسأتناول فيه موقف كل من القانون المقارن والتشريع الجزائري، أما عن الموقف الشرعي فسأبحث فيه مدى مشروعية هذه العمليات من الوجهة الشرعية. أ.الموقف القانوني:

¹ عامر أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 20 - 21.

² محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999، ص 34.

³ عامر أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 21.

⁴ عامر أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 22-23.

إذا بحثنا عن موقف التشريعات المقارنة من عمليات التلقيح الاصطناعي فإننا نجد أنها تتيح هذه العمليات إذا ما كان هدفها علاج العقم والوصول إلى الإنجاب إذ بها يجوز لأهداف أخرى¹.

وكما هو معلوم أن للرضا دور مهم في إباحة العمل الطبي بدونه يجد الطبيب نفسه تحت طائلة المساءلة الجنائية لكن في مجال التلقيح الاصطناعي فللرضا معنى خاص ومهم في نفس الوقت، إذ لا بد أن تتم الموافقة من طرف الزوجين معا وفق الأطر القانونية المعمول بها من طرف مراكز زرع الأجنة².

وإذا ما رجعنا إلى موقف التشريعات المقارنة من الرضا في مجال التلقيح الاصطناعي فإننا نجد أنها تجعل منه التزاما يقع على عاتق الطبيب حيث فرضت المادة 204 لعام 1960 و1962 من مشروع قانون العقوبات الألماني عقوبة السجن على الطبيب الذي يقوم بإجراء عملية التلقيح الاصطناعي دون الحصول على الرضا المتبصر والمنير من طرف الزوجين، هذا وقد أوصى المؤتمر الدولي الحادي عشر لقانون العقوبات المنعقد في لاهاي عام 1964 على ضرورة الحصول على رضا كل من الزوجين³.

أما عن موقف المشرع الجزائري من عمليات التلقيح الاصطناعي عموما ودور الرضا فيها خصوصا فإننا نجد أنه في نص المادة 45 مكرر من ق أ يبيح حق اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي لكن ضمن مجموعة من الشروط القانونية:

- أن يكون الزواج شرعيا: أي ثبوت قيام رابطة زوجية صحيحة بين الزوجين حتى تعطى لهذه العملية شرعيتها.
- أن يكون التلقيح برضا من كلا الزوجين وليس أحدهما فقط وأن يتم أثناء حياتهما وهذا شرط وضعه المشرع حتى لا يتم اللجوء إلى بنوك المنى والنطف المجمدة.
- أن يتم بمضي الزوج وبويضة الزوجة دون غيرها حفاظا على حرمة الأنساب من الاختلاط.

¹ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 34.

² عامر أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 95.

³ عامر أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 103.

- منع استعمال الأم البديلة حتى لا تتحول الأمومة إلى سلعة تؤجر وتستأجر.¹
من هنا نقول أن المشرع أباح عمليات التلقيح الاصطناعي التي تتم بين الزوجين فقط دون تدخل طرف ثالث، مع ضرورة استحصال رضا الطرفين.

ذلك أن الرضا في هذه العمليات يأخذ شكلا خاصا مختلف عن الرضا العام المتطلب في الأعمال الطبية الأخرى الذي يمكن الاكتفاء فيه برضا أحد الزوجين فقط كالحالة التي تسبق عملية التلقيح الاصطناعي للكشف عن حالة العقم وأسبابها.²
ب. الموقف الشرعي من عمليات التلقيح الصناعي:

أجازت الشريعة الإسلامية من حيث المبدأ اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي لعلاج شكل العقم بين الزوجين وذلك مع ضرورة التقيد بقيد أساسي هو المحافظة على الأنساب من الاختلاط، الأمر الذي جعل فقهاء الشريعة يبيحون التلقيح الاصطناعي في حالة واحدة وهي الحالة التي يتم فيها التلقيح عن طريق الإخصاب في الأنبوب.³
وهو ما أكده مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان العاصمة الأردنية، حيث جاء فيه: "إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي بعد استعراضه للبحوث المقدمة في موضوع التلقيح الاصطناعي والاستماع لشرح الخبراء والأطباء وبعد التداول الذي تبين منه للمجلس أن طرق التلقيح الاصطناعي المعروفة اليوم هي سبعة قرر ما يلي:

¹ أنظر المادة 45 مكرر من الأمر رقم 05، 02 المتضمن قانون الأسرة.

² هذا وأشار إلى أن المشرع الفرنسي قد أولى اهتماما خاصا للرضا في عمليات التلقيح الاصطناعي، ذلك أن عدم الحصول على الرضا مستتير ومتبصر سيجعل الطبيب محل مساءلة جزائية لما في ذلك من انتهاك للحق في سلامة الجسم من خلال تجريمه لأفعال الجمع لأمشاج الغير دون الحصول على موافقة كتابية وكذا تجريمه لفعل الحصول على اللقائح الأدمية دون المراعاة للضوابط القانونية وفي مقدمتها شروط الموافقة المكتوبة للزوجين في حالة عمليات الإنجاب الصناعي بمساهمة الغير : نقلا عن مهدي صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص 190، 192.

³ محمد عبد الجواد محمد، البحوث في الشريعة الإسلامية والقانون في الطب الإسلامي، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية 1991، ص 120.

أولاً: الطرق الخمسة التالية محرمة شرعا وممنوعة منعا باتا لذاتها أو لما يترتب عليها من اختلاط الأنساب وضياع الأمومة، وغير ذلك من المحاذير الشرعية.

- الأولى: أن يجرى التلقيح بين نطفة رجل غير الزوج وبويضة الزوجة ثم تزرع في رحم الزوجة.

- الثانية: أن يجري التلقيح خارجي بين بذرتي زوجين ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة متطوعة بحملها.

- الثالثة: أن يجرى تلقيح خارجي بين نطفة رجل أجنبي وبويضة امرأة أجنبية وتزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

- الرابعة: أن يجري التلقيح الخارجي بين نطفة الزوج وبويضة الزوجة ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجة أخرى.

ثانياً: الطريقتان التاليتان لا حرج من اللجوء إليهما عند الحاجة مع التأكيد على ضرورة أخذ كل الاحتياطات اللازمة وهما:

- أن تؤخذ نطفة من الزوج وبويضة من الزوجة ويتم التلقيح خارجياً ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

- أن تؤخذ نطفة الزوج وتحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها تلقياً داخلياً¹.

وعليه إذا ما وضعنا مقارنة بين ما جاءت به الشريعة الإسلامية بشأن الحالات التي يباح فيها التلقيح الاصطناعي وما جاء به قانون الأسرة، فنجد أن موقف هذا الأخير جاء مطابقاً لحكم الشريعة الإسلامية من خلال إباحتهما للتلقيح الاصطناعي على الذي يتم بين الزوجين دون تدخل طرف ثالث سواء أكان التلقيح داخلياً أو خارجياً.

هذا وإذا ما أردنا معرفة مدى الحماية الجنائية المقررة للقائح الأدمية والأمشاج ينبغي

التمييز بين ثلاث مسائل:

أ. للقائح التي لم يشرع بعد في إنضاجها والتي تظل خاضعة للضوابط القانونية التي تحكم التصرف في المنتجات والمشتقات البشرية، والتي يشكل الرضاء المقترن بعدم مخالفة هذه

¹ قرار رقم 16 (314): بشأن أخطار الأنبيب الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي من 8-13 صفر 1407هـ الموافق 11

- 16 أكتوبر 1986 على الموقع التالي: www.ssflm.org

الممارسة أساسا لإباحتها كأن تنزل منزلة العناصر أو المواد الأولية فتكون قابلة للتداول والإتجار¹.

ب. هنا نتحدث عن الحالة التي تكون فيها عملية إنضاج اللقيحة الأدمية بمثابة نقطة تحول من منتجات بشرية إلى بويضة وطائفة الأجنة البشرية، فحتى ولو لم يتم وضع اللقيحة داخل الرحم فإن المساس بها يعد جريمة معاقب عليها أين تدخل اللقيحة ضمن الأجنة ومن ثمن يشكل أي اعتداء عليها جريمة إجهاض معاقب عليها وقف نصوص قانون العقوبات².

ج. في هذه الصورة والتي تتعلق الحماية الجنائية للقائح آدمية شرع في إنضاجها لكن لم يتم حقنها بعد في الرحم هنا نجد أنفسنا أمام فجوة وفراغ قانوني لا يكفل لها الحماية اللازمة، لكن بمجرد خروجها من هذه المرحلة ودخولها في مرحلة الإنضاج التي تتم بمجرد الإخصاب خارج الرحم أين تعد في هذه المرحلة بمثابة جنين ينطبق عليه وصف الحماية الجنائية إذ يشكل كل اعتداء عليه جريمة إجهاض³.

¹ وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال تجريمه لعملية الاتجار بالمنتجات والمشتقات البشرية، أنظر نص المادة 303 مكرر من القانون 09-01 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

² مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص 250.

³ نفس، المرجع السابق، ص 252.

الخلاصة

الخاتمة

من خلال المبحث التمهيدي والفصلين الذين تضمنتهما هذه المذكرة قمت بدراسة موضوع الحماية الجنائية للجسم البشري بين نظامين مختلفين الفقه الجنائي الوضعي والشريعة الإسلامية.

وقد جاءت دراستي لهذا الموضوع بإبراز تأصيل الشريعة الإسلامية للحق في سلامة الجسم، مع عرض مختلف نقاط التلاقي وكذا المفارقات فيما يتعلق بالحماية الجنائية للجسم البشري بين كل من الفقه الجنائي الوضعي والشريعة الإسلامية، وما يمكن الخروج به كنتائج بعد هذه الدراسة المقارنة.

- إن الحق في سلامة الجسم هو من الحقوق الأساسية اللصيقة بالشخصية، إلا أنه ورغم التطور الهائل على مستوى التشريعات الداخلية والدولية في سبيل حماية هذا الحق، إلا أنها لم تصل إلى حد التنفيذ على المستوى الدولي إذ أن الحق في سلامة الجسم يعد من أكثر الحقوق انتهاكا بالرغم من أنه حق كفلته الشرعية الدولية.

- المقصود بالحماية الجنائية للجسم البشري تلك الحماية التي تنقرر لجسم إنسان حي. إذ لا يعتبر الاعتداء على جنّة جريمة اعتداء على سلامة الجسم وإنما جريمة التنكيل بالجنّة كما لا يعد الاعتداء على الجنين في بطن أمه مساسا بسلامة الجسم، وإنما جريمة إجهاض سواء في التشريع الوضعي أو الشريعة الإسلامية.

- الاعتداء على الحق في سلامة الجسم، والذي بموجبه تتدخل النصوص التشريعية للتجريم والعقاب يكون في حالة المساس بإحدى العناصر التالية: إما بالإخلال بالسير الطبيعي لوظائف الجسم، أو عن طريق المساس بالتكامل الجسدي الذي قد يتم عن طريق بتر أو استئصال أحد الأعضاء أو إحداث خلل على مستوى الأنسجة وخلايا الجسم، وإما بإحداث آلام بدنية أو نفسية ذلك أن دلالة لفظ الجسم تشمل البدن والروح معا.

- لقد حرص المشرع الجزائري في نصوص قانون العقوبات على تأمين سلامة جسم الإنسان بالنصوص العقابية. والذي يؤكد على ذلك هو سلسلة التعديلات التي تضمنها قانون العقوبات، وما حملته من جديد في مجال حماية هذا الحق كما هو الشأن بالنسبة لجريمة التعذيب، فبعدما كان المشرع يجعل من جريمة التعذيب كظرف مشدد فقط لجرائم معينة، وذلك بموجب الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، جاء لينص عليها كجريمة مستقلة قائمة بذاتها لكن حصرها في نطاق ضيق جدا ويتعلق الأمر بالتعذيب الصادر عن الموظف العام في نص المادة 110 مكرر بموجب تعديل قانون العقوبات بمقتضى القانون 04/82 المؤرخ في 13 فبراير 1982.

إلا أن الجزائر وتنفيذا لالتزاماتها الدولية المترتبة عن المصادقة على اتفاقية الأمم المتحدة لمناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية واللاإنسانية والمهينة في عام 1989. جاء التعديل بموجب القانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، ليجرم أفعال التعذيب بصفة شاملة من المادة 263 مكرر إلى المادة 263 مكرر 1، بالإضافة إلى تجريمه مؤخرا وبموجب القانون 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009 لعمليات الاتجار بالأعضاء والمنتجات البشرية. وهذه تعد خطوة هامة من شأنها تفعيل الحماية الجنائية للكيان البشري باعتبار أن ظاهرة الاتجار بالأعضاء والمنتجات البشرية بدأت تأخذ أبعادا مختلفة وطنية ودولية. إذ أن هذه الجريمة هي من الجرائم العابرة للحدود الوطنية.

- الحماية الجنائية للجسم البشري في الشريعة الإسلامية جاءت أكثر شمولا منها في التشريعات الوضعية، خاصة إذا ما تعلق الأمر بالجزاء الجنائي هذا الأخير الذي نجده في الشريعة الإسلامية أكثر ردها، وتحقيقا للهدف الذي من أجله جرمت أفعال الاعتداء على الكيان البشري. فعقوبة القصاص التي جاء بها التشريع الإسلامي جزاء للاعتداء

الواقع على مادون النفس تعد من أكثر العقوبات عدالة وإنصافا، ذلك أنه من العدالة أن يؤخذ المجرم بمثل جريمته. فليس من المعقول أن نفكر بالرحمة بالجاني ولا نفكر بألم المجني عليه وشفاء غيظه. إذن فالقصاص هو أساس تحقيق العدالة التي تطمح إليها التشريعات الوضعية وفي مقدمتها التشريع الجزائري.

- لقد جاءت الأحكام المتعلقة بالاعتداء على الحق في سلامة الجسم -الجناية على مادون النفس- في التشريع الجنائي الإسلامي مفصلة مع التدقيق في كل الجزئيات، خاصة إذا تعلق الأمر بعقوبة القصاص والدية التي جاءت أحكامها مختلفة باختلاف العضو الواقع عليه الاعتداء. بخلاف القانون الوضعي الذي جاء لينص على الجزاء الجنائي بصفة العموم مكتفيا في ذلك بالكليات دون الخوض في الجزئيات.

- تتفق الشريعة الإسلامية مع معظم التشريعات الوضعية في الحالات التي يباح فيها الاعتداء على الحق في سلامة الجسم، وكذا في عدم اعتبار رضاء المجني عليه سببا للإباحة. و إنما مجرد شرط أساسي لإضفاء المشروعية على بعض التصرفات كما هو الحال بالنسبة للممارسات الطبية. ودليل ذلك أن هناك أعمال طبية رغم توافر الرضاء فيها إلا أنها تدخل تحت طائلة التجريم والمسؤولية الجنائية للطبيب، نظرا لانتفاء قصد تحقيق العلاج كما هو الحال بالنسبة للتعميم غير العلاجي، هذا وفي مجال تنظيم بعض الممارسات الطبية التي يخضع لها الجسم البشري، نلاحظ قصورا من الناحية التشريعية والتنظيمية في وضع ضوابط خاصة بها، كعمليات التلقيح الاصطناعي التي نضمها المشرع الجزائري مؤخرا بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة. لكنه أوردتها بشكل موجز سواء من حيث شروط أو ضوابط إجراء هذه العمليات، وكذا عدم وضعه لنصوص عقابية تطبق في حالة الإخلال بأي ضابط من ضوابط ممارسة عمليات التلقيح الاصطناعي مما لا يوفر حماية كاملة للجسم البشري. وفي الأخير لا يسعني إلا أن أقول ما قاله مونتسكيو: "... لا ينبغي أن يتم المرء موضوعا إتماما كاملا بما لا يدع للقارئ شيئا يفعله، فليست الغاية أن تجعل الآخرين يقرؤون بل أن تجعلهم يفكرون...".

فأتمنى أن أكون قد وفقت بالمساهمة ولو بالقليل في معالجة إشكالات الدراسة، وأنا أقول أنه لكل عمل إذا ما تم نقصان فإن أصبت فمن الله وإن أخطأت فمن الشيطان ومن نفسي.

كما أمل أن يجد الباحثون الآخرون في هذا الموضوع أفقا لبحث جديد ومعرق.
وصل اللهم وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

الفهنا رس

الفهرس الآيات

الصفحة	رقمها	السورة	الآية
أ - 2	70	الإسراء	﴿ولقد كرمتنا بني آدم﴾
أ	04	التين	﴿لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم﴾
14	13-12	المؤمنين	﴿ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين (12) ثم جعلناه نطفة في قرار مكين (13) ثم خلقنا النطفة علقة فخلقنا العلقة مضغة فخلقنا المضغة عظاما فكسونا العظام لحما ثم أنشأناه خلقا آخر فتبارك الله أحسن الخالقين﴾.
15	02	الإنسان	﴿إنا خلقنا الإنسان من نطفة أمشاج﴾ .
19	42	الزمر	﴿الله يتوفى الأنفس حين موتها﴾ .
19	29	يس	﴿إن كانت إلا صيحة واحدة فإذا هم خامدون﴾.
19	98	مريم	﴿وكم أهلكنا قبلهم من قرن هل تحس منهم من أحد أو تسمع لهم ركزا﴾
97-96-25	179	البقرة	﴿ولكم في القصص حياة يا أولي الأبصار لعلمكم تتقون﴾
96 - 25	45	المائدة	﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص﴾

25	22	الروم	﴿ومن آياته خلق السموات والأرض واختلاف ألسنتكم وألوانكم﴾
96	87	المائدة	﴿يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم﴾
96	126	النحل	﴿وان عاقبتهم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولنن صبرتم لهو خير للصابرين﴾
-128-108 158	194	البقرة	﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾
109	178	البقرة	﴿يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى، فمن عفي له من أخيه شيء فإتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان، ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم﴾
131-128	34	النساء	﴿واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع﴾
131	44	ص	﴿ <u>وخذ بيدك ضغثًا فاضرب به ولا تحنث</u> ﴾
134	06	التحريم	﴿يا أيها الذين آمنوا قوا أنفسكم وأهليكم نارا﴾
132	228	البقرة	﴿ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف﴾
139	60	الأنفال	﴿واعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل﴾

فهرس الأحاديث

الصفحة	الحديث
16	"إن أحدكم يجمع في بطن أمه أربعين يوماً ثم علقه مثل ذلك ثم يكون مضغاً مثل ذلك ثم يبعث الله ملكاً فيؤمر بأربعة برزقه و أجله وعمله وشقي هو أم سعيد".
88	"الأعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة يتزوجها فهجرته إلى ما هاجر إليه".
94	"عن انس رضي الله عنه أن أخت الربيع أم حارثة جرحت إنساناً فاختموا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم القصاص القصاص فقالت أم الربيع يا رسول الله أيقنص من فلانة والله لا يقنص منها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم سبحان الله يا أم الربيع القصاص كتاب الله قالت لا والله لا يقنص منها أبداً قال فما زلت حتى قبلوا الدية فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن من عباد الله لو أقسم على الله لأبره".
108	"إن الله كتب الإحسان في كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته".
158-112	"لو أن رجلاً اطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة وفقأت عينه لم يكن عليك جناح "
114	"وفي اللسان الدية".
115	"وفي اليدين الدية"
115	"وفي اليد خمسون من الإبل".
116	"في الرجلين الدية "
116	"في العينين خمسون من الإبل".
116	"في الأذن خمسون من الإبل"

117	"في الشفتين الدية "
117	"في السن خمس من الإبل "
118	"في السمع الدية"
131	"لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد"
139	"ستفتح عليكم أرضون ويكفيكم الله فلا يعجز أحدكم أن يلهو بأسهمه"
143	" ما أنزل الله داءا إلا أنزل له شفاء".
156	" إجلس في بيتك فان خفت أن يبهرك شعاع السيف فكن عبد الله المقتول ولا تكن عبد الله القاتل"

فهرس المواثيق الدولية

الصفحة	رقمها	المادة
--------	-------	--------

ميثاق نورمبرغ

50	06	" تكون المحكمة المنشأة بموجب الاتفاق المشار إليه في المادة الأولى... "
----	----	--

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

52	05	" لا يجوز استرقاق أحد أو استعباد أي شخص... "
26	54	" لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب... "
73	03	" لكل فرد الحق في الحياة والحرية... "

اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية

54	1	" لأغراض هذه الاتفاقية يقصد بالتعذيب... "
----	---	---

الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان

28	5	" لكل إنسان الحق في أن تكون سلامته... "
----	---	---

إعلان الأمم المتحدة للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري

27	09	" يعتبر جريمة ضد المجتمع و يعاقب.... "
----	----	--

البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف

74	11	" يجب أن لا يمس أي عمل أو إجماع لا مبرر لهما... "
----	----	---

الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان

56	05	" لكل فرد الحق في احترام كرامته والاعتراف... "
----	----	--

النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا

50	05	" تكون المحكمة الدولية مختصة بمحاكمة الأشخاص... "
----	----	---

النظام الأساسي لمحكمة روندا

73	03	" تكون المحكمة الدولية بروندا مختصة بمحاكمة... "
----	----	--

نظام روما الأساسي

51	08	" لغرض هذا النظام الأساسي تعني جرائم الحرب... "
51	07	" لغرض هذا النظام الأساسي يشكل أي فعل... "

فهرس المواد القانونية

الصفحة	رقمها	المادة
--------	-------	--------

دستور 1996

131	34	"يحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة"
28	35	"يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة"
28	02	"الإسلام دين الدولة"

قانون العقوبات

33-31-11	264	" كل من أحدث عمدا جروحا للغير... "
38	267	" كل من أحدث عمدا جرحا أو ضربا....."
39	277	" يستفيد مرتكب جرائم القتل ... "
42	60مكرر	" يقصد بالفترة الأمنية حرمان المحكوم عليه ... "
43	442	" يعاقب بالحبس منو بغرامة... "
43	289	"إذا نتج عن الرعونة أو عدم الاحتياط ..."
59	263	" التعذيب هو كل عمل ينتج عنه"
61	41	"يعتبر فاعلا كل من ساهم.... "
82	303مكرر	"... " يعاقب على الجرائم المنصوص عليها
130-122 146	39	" لا جريمة إذا كان الفعل قد دفعت ... "

القانون المدني

18	25	" تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا "
131	01	" يسري القانون على جميع المسائل ... "

177	40	" سن الرشد تسعة عشر سنة كاملة ."
-----	----	----------------------------------

قانون الأسرة

131	222	" كل ما لم يرد النص عليه فيه القانون ... "
-----	-----	--

قانون الوظيف العمومي

63	4	" يعتبر موظفا عاما كل عون غني في وظيفة "
----	---	---

قانون حماية الصحة وترقيتها

21	164	" لا يجوز انتزاع الأنسجة و الأعضاء ممن ... "
----	-----	--

79	161	" لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء ... "
----	-----	--

138	83	" يجب على جميع قطاعات النشاط الوطني ... "
-----	----	---

138	84	" يتعين على الجماعات المحلية ... "
-----	----	------------------------------------

140	86	" يمنع استخدام مواد منشطة بغية ... "
-----	----	--------------------------------------

142	198	" لا يجوز لأحد أن يمارس مهنة ... "
-----	-----	------------------------------------

148	197	" تتوقف ممارسة مهنة الطبيب ... "
-----	-----	----------------------------------

145	154	" حيث أن الطبيب لا يباشر العلاج ... "
-----	-----	---------------------------------------

174	186	" يخضع التجريب للموافقة الحرة ... "
-----	-----	-------------------------------------

180- 177- 176	168	" لا تبرئ موافقة الشخص موضوع التجريب ... "
---------------------	-----	--

187	72	" يعد الإجهاض لغرض علاجي ... "
-----	----	--------------------------------

مدونة أخلاقيات مهنة الطب

187	33	" لا يجوز للطبيب أن يجري عملية لقطع الحمل ... "
-----	----	---

188	44	" يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر ... "
-----	----	--------------------------------------

قائمة المصادر والمراجع:

القرآن الكريم

أولاً: كتب التفسير:

1. ابن كثير، القرشي دمشقي إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، الجزء الرابع، الطبعة الخامسة، شركة الرياض للنشر والتوزيع، لبنان، 1996.

ثانياً: كتب الحديث:

2. البخاري، أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم، صحيح البخاري، بدون طبعة، دار ابن جوزي، القاهرة، 2010.

3. المنذري، الحافظ زكي الدين عبد العظيم، مختصر صحيح مسلم، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، 1464هـ - 2003م.

ثالثاً: كتب اللغة:

4. ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، الطبعة الأولى، دار الصادر، بيروت، 1990.

5. مجد الدين، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 1995.

رابعاً: كتب الفقه الإسلامي المتخصص:

6. أبو الوليد، محمد بن أحمد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت 1416 هـ.

7. أبي القاسم، محمد بن جزي الكلبى الغرناطي المالكي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تحقيق محمد بن سيدي محمد مولاي، 693هـ - 741 هـ . على الموقع: www.alwalati.net.

8. ابن حزم، أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلى بالآثار، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة.

9. ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1984.

10. ابن قدامة، **المغني**، الطبعة الأولى، دار الفكر، لبنان، 1405 هـ - 1985 م.
11. الدسوقي، شمس الدين، الشيخ محمد عرفة **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1996 .
12. الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، تحقيق على محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الثانية، بيروت، 2003
13. الخرشبي، **شرح مختصر الخليل الجزء الثاني**، بدون طبعة، دار الصادر، بيروت، بدون سنة.
- رابعاً: كتب الفقه الإسلامي العام:**
14. أبو زهرة، محمد، **الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي**، بدون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998.
15. محمد أصول الفقه، بدون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة.
16. أبو الحسن محمد، الصديق **حق الدفاع الشرعي الخاص، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي**، الطبعة الأولى، دار التوفيق للنشر والتوزيع، القاهرة، بدون سنة.
17. بهنسي، احمد فتحي، **العقوبة في الفقه الإسلامي**، الطبعة الخامسة، دار الشروق، القاهرة، 1983.
18. - ، **الجرائم في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة**، الطبعة السادسة، دار الشروق، القاهرة، 1988 .
19. - ، **الدية في الشريعة الإسلامية**، الطبعة الرابعة، دار الشروق، القاهرة 1988.
20. - ، **القصاص في الفقه الإسلامي**، الطبعة الخامسة، دار الشروق، بيروت، 1409 هـ / 1989.
21. - ، **المدخل إلى الفقه الإسلامي**، الطبعة الرابعة، دار الشروق، القاهرة، 1989.
22. جاد، الحسيني سليمان، **العقوبة البدنية في الفقه الإسلامي دستوريته**، وعلاقتها **بالدفاع الشرعي**، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 1991 .

23. حسني محمود نجيب ، التشريع الجنائي الإسلامي، على الموقع
www.rafatosman.com
24. الزحيلي، وهبة، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة بالقانون
الوضعي، الطبعة الرابعة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1985.
25. — ، أصول الفقه الإسلامي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الفكر،
مصر، 1986.
26. محمد، محمد عبد الجواد، البحوث في الشريعة الإسلامية والقانون
في الطب الإسلامي، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991.
27. عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون
الوضعي، الجزء الثاني، الطبعة الثانية مؤسسة الرسالة، لبنان، 1986.
28. — ، الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، الطبعة الأولى،
دار الشروق، القاهرة، 2001، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1986.
29. العيساوي، نجم عبد الله إبراهيم، الجناية على الأطراف في الفقه
الإسلامي، الطبعة الأولى، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث،
دبي، 2002 .
- خامسا: كتب القانون:**
30. أبو طالب، حسن صوفي، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، بدون طبعة، القاهرة،
1978.
31. أبو عامر، محمد زكي و سليمان عبد المنعم، قانون العقوبات الخاص، بدون طبعة،
منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
32. أبو العينين، عبد النبي محمود، الحماية الجنائية للجنين ، بدون طبعة، دار الجامعة
الجديدة، الإسكندرية، 2006.
33. أبو الروس، أحمد جرائم القتل والجرح وإعطاء المواد الضارة من الوجهة القانونية
والفقهية، بدون طبعة، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية، 1997 .
34. إبراهيم، أكرم نشأت ، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، بدون طبعة، الدار
الجامعية، مصر، بدون سنة.

35. بوسقيعة، أحسن، **الوجيز القانون الجنائي العام**، الطبعة الرابعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
36. - ، **الوجيز في القانون الجنائي الخاص**، الجزء الأول، الطبعة الثانية عشر، دار هومة، الجزائر، 2010.
37. بيومي، علي محمد، **أضواء على نقل وزراعة الأعضاء**، بدون طبعة، دار الكتاب الحديث، بيروت، 2009.
38. بنهام، رمسيس، **النظرية العامة للقانون الجنائي**، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
39. - ، **قانون العقوبات، جرائم القسم الخاص**، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999.
40. البسيوني، عبد الغني عبد الله، **القانون الإداري**، بدون طبعة، دار المعارف، مصر، 1991.
41. دردوس، مكي، **القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري**، الجزء الأول بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
42. هرجة، مصطفى مجدي، **المشكلات العملية في جرائم القتل والجرح والضرب**، الطبعة الثانية، دار الفكر والقانون، الإسكندرية، 1998.
43. الحبيب، محمد شلال **علم الإجرام**، الطبعة الأولى، دار الميسرة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.
44. الحلبي، محمد علي السالم عياد ، **شرح قانون العقوبات القسم العام**، مراجعة أكرم طراز الفايز ، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.
45. محمد، عصام أحمد، **النظرية العامة للحق في سلامة الجسم**، دراسة جنائية مقارنة، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، القاهرة، منشورات الحلبي، 1988.
46. محمد، عوض ، **جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال**، بدون طبعة، دار النجاح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1985.
47. منصور، محمد حسين، **المسؤولية الطبية**، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999 .

- 48.المشهداني، محمد أحمد، الوسيط في شرح قانون العقوبات، الطبعة الأولى، مؤسسة الوراق، الأردن 2003
- 49.نمور محمد سعيد، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم الواقعة على الأشخاص، الجزء الأول، بدون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع،الأردن، 2002.
- 50.سلامة، محمد عبد الله أبو بكر ، جريمة التعذيب في القانون الدولي الجنائي والقانون الداخلي، المكتب العربي الحديث،الإسكندرية،بدون سنة.
- 51.سليمان، عبد الله، شرح قانون العقوبات، القسم العام، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر بدون سنة.
- 52.السعدي، محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، ج1، الطبعة الرابعة، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007-2008.
- 53.سراش، أسامة، شريعة حمورابي واصل التشريع في الشرق القديم ،الطبعة الثانية، دار العلاء للنشر والتوزيع، دمشق 1993.
- 54.عالية، سمير، شرح قانون العقوبات، القسم العام،بدون طبعة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، لبنان،2000.
- 55.عبد المنعم، سليمان، النظرية العامة لقانون العقوبات، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000 .
- 56.العبودي، عباس ،تاريخ القانون ،الطبعة الثانية ،مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.
- 57.عزمي، ممدوح، دراسة عملية في أسباب الإباحة، وموانع العقاب، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000.
- 58.العزة،مهند صلاح أحمد فتحي، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2000.
- 59.عثمان، محمد فتحي، حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والفكر القانوني الغربي، مصر، دار الشروق، الطبعة الأولى،1982.

60. فرج، أمير، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية من الناحية الجنائية والمدنية والتأديبية، بدون طبعة، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2008.
61. الفتلاوي، صاحب عبيد، تاريخ القانون، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.
62. الفضل، منذر، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية - دراسة مقارنة-، بدون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، بدون سنة.
63. القهوجي، علي عبد القادر، القسم الخاص - جرائم الاعتداء على الإنسان والمال، بدون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2004.
64. قورة، عادل، محاضرات في قانون العقوبات - القسم العام-، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
65. القيسي، عامر أحمد، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الاصطناعي - دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي-، الطبعة الأولى، الأردن، دار العلمية للنشر والتوزيع، 2001.
66. رحمانى، منصور، الوجيز في القانون الجنائي العام، بدون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، عناية، 2006.
67. ثروت، جلال، جرائم الاعتداء على الأشخاص، الجزء الأول، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995.
- سادسا. الرسائل والمذكرات:

1-الرسائل:

68. الزعال، حسني عودة، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، الطبعة الأولى، الدار العلمية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001.
69. نجم، محمد صبحي، رضاء المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، بدون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001.

70. نصر الدين، مروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال العمومية، الجزائر، 2003.

2-المذكرات:

71. البشر، فيصل بن عبده علي سعود، رضاء المجني عليه وأثره في سقوط العقوبة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، قسم الحقوق بجامعة الملك فيصل، السعودية.

www.ahlalhdeeth.com

72. كامل عفاف عطية، حكم إجراء التجارب الطبية العلاجية على الإنسان والحيوان مذكرة ماجستير جامعة اليرموك الأردن على الموقع: www.veecos.com

73. ليدية صاحب، فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 34. على الموقع:

www.ummtto.dz

74. نصر الدين، مروك، زراعة الأعضاء البشرية في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، قسم الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 1993.

75. سامية، بومدين، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2001. على الموقع: www.ummtto.dz

سابعا: النصوص القانونية:

1-المواثيق الدولية:

76. موسوعة اتفاقيات القانون الدولي الإنساني، النصوص الرسمية للاتفاقيات والدول المصدقة والموقعة عليها إعداد شريف عليم ومحمد ماهر عبد الواحد، القاهرة، إصدار بعثة اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2002 .

2-القوانين الداخلية:

77. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية 1996 ج ر، العدد 76 المؤرخة في ديسمبر 1976.

78. الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة ج ر ج عدد 15 لعام 2005

79. الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 5 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومي ج ر ج عدد 46 لعام 2006
80. الأمر رقم 09-03 المؤرخ في 22 يوليو 2009 المعدل والمتمم للقانون رقم 01-14 المؤرخ في 19.2001 المتعلق بتنظيم المرور عبر الطرقات وسلامتها وأمنها. ج ر ج ج عدد 45 لعام 2009.
81. قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فبراير 1985 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها ج ر ج عدد 08 لعام 1985 ومعدل ومتمم بقانون رقم 90-17 مؤرخ في 31 يوليو 1990 ج ر ج عدد 35 لسنة 1990 معدل ومتمم.
82. قانون رقم 09-01 المؤرخ في 25/02/2009 المعدل والمتمم لقانون العقوبات ج ر ج ج عدد 15.
83. قانون العقوبات الجزائري في ضوء الممارسة القضائية النص الكامل وتعديلاته إلى غاية 20/02/2006 مدعم بالاجتهادات القضائية أحسن بوسقبة منشورات بيرتي 2006/2007.
84. المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 يوليو 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب ج.ر عدد 52 المؤرخة في 08 يوليو 1992.
- ثامنا المقالات الالكترونية:**
85. الزريقات، مراد علي " جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، قراءة أمنية سسيولوجية"، على الموقع التالي:
- www.murad-zuriekat.com/security_sciences07.html
86. حوحو، رمزي "الحماية الجنائية الدولية لحقوق الإنسان"، مجلة المفكر العربي، العدد الخامس، biskra.dz/fac/droit/.../R5/mf5a11
87. الحسيني، محمد، عمليات التجميل الجراحية ومشروعيتها الجزائية بين الشريعة والقانون، على الموقع التالي: www.motarahat.com
88. العربي، بلحاج، "الأحكام الشرعية الطبية للمتوفى في الفقه الإسلامي"، نقلا عن مجلة البحوث الإسلامية الفقهية المعاصرة، العدد 42، 2011.
- www.saaaid.net/book/9/2266.doc

89. الفضل، المنذر " التجربة الطبية على الجسم البشري ومدى الحماية التي يكفلها القانون المدني والقوانين العقابية والطبية"،مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية العدد السابع 2010 على الموقع law.kufauniv.com

90.الشرع وصفي هاشم عبد الكريم ،جريمة التعذيب في قانون العقوبات العراقي، ص 18، على الموقع:

gjpi.org/wp-content/uploads/torture-ara.doc

تاسعا المواقع الالكترونية:

91 Faculty.ksw.edu.sa

92 www.ikhwan.net/archive/showthread.php?t=63798

94 www.saadhelaly.com

95 www.islamset.com/arabic/aioms/ndwat/word/aboalfatoh.doc

96 Islamtody.net.

97 www.nchr.org.jo/arabic

98 www.saaaid.net/tabeeb/69htm

99 www.nchr.org.jo/arabic/

100 www2.ohchr.org

باللغة الفرنسية:

1 -Les ouvrages:

101 Graston Stefani, Géorges le vasseur et Bernard bonloc, droit pénal général, 16^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1997 .

102 Jean Larguier, Droit Pénal Général , 17 e édition, Dalloz, Paris, 1999

103 Michel véron, droit pénal spécial, 7ème édition ,dalloz paris,1999.

104 Patrice gattegro, droit pénal spécial, troisième édition, dalloz, paris 1999.

105 Sylvie Resch, responsabilité du responsabilité du médecin, 2^{ème} édition, Paris.

2 - Les thèses:

106 Ahmed abd eldayem , les organes du corps humain dans le commerce juridique, thèse pour le doctorat el halabi Strasbourg, 1999.

107 Héléne Chappuy: étude du consentement en recherche clinique pédiatrique, thèse doctorat, faculté de médecine, Paris, 2007. VOIR SUR: WWW.ETHIQUE.INSERM.FR

3- Les articles:

108 Avis supplémentaire du (CDBI) (CDPC) ,(CDPTO) sur le site [www.CDE.int/t/dghl standard sting / cdpc / pc-to / avis supplémentaire](http://www.CDE.int/t/dghl%20standard%20sting%20cdpc%20pc-to) principalement instrument juridique FDT CRE VPDF.

فهرس الموضوعات

الصفحة	فهرس الموضوعات
أ	المقدمة
02	المبحث التمهيدي: ماهية الحماية الجنائية للجسم البشري
02	المطلب الأول: مفهوم الحماية الجنائية للجسم البشري
02	الفرع الأول: تعريف الحماية الجنائية للجسم البشري
02	أولاً: تعريف الحماية الجنائية
04	ثانياً: تعريف الجسم البشري
05	الفرع الثاني: عناصر الحق في سلامة الجسم البشري
05	أولاً: الاحتفاظ بالسير الطبيعي لوظائف الأعضاء
06	ثانياً: الاحتفاظ بالتكامل الجسدي
06	ثالثاً: التحرر من الآلام النفسية والبدنية
08	المطلب الثاني: مكونات الجسم البشري وتحديد لحظة بدايته ونهاية
09	الفرع الأول: مكونات الجسم البشري
09	أولاً: الجانب المادي للجسم البشري
12	ثانياً: الجانب النفسي للجسم البشري
14	الفرع الثاني: تحديد لحظة بداية ونهاية الجسم البشري
14	أولاً: تحديد لحظة بداية الجسم البشري
18	ثانياً: تحديد لحظة نهاية الجسم البشري
21	المطلب الثالث: التطور التاريخي للحماية الجنائية للجسم البشري
21	الفرع الأول: الحماية الجنائية للجسم البشري في القوانين القديمة
21	أولاً: في القوانين الشرقية القديمة
24	ثانياً: في القوانين الغربية القديمة
25	الفرع الثاني: الحماية الجنائية للجسم البشري في الشريعة الإسلامية

26	الفرع الثالث: الحماية الجنائية للجسم البشري في العصر الحديث.....
26	أولاً: على المستوى الدولي
28	ثانياً: على المستوى الإقليمي
الفصل الأول: مضمون الحماية الجنائية للجسم البشري بين الفقه الجنائي الوضعي والشريعة الإسلامية.	
31	المبحث الأول: الجرائم الماسة بسلامة الجسم البشري في الفقه الجنائي الوضعي..
31	المطلب الأول: جرائم الضرب والجرح
31	الفرع الأول: جريمة الضرب والجرح العمد
31	أولاً: الأركان التأسيسية.....
36	ثانياً: العقوبات المقررة لها
43	الفرع الثاني: جريمة الضرب والجرح غير العمد
43	أولاً: الأركان التأسيسية
47	ثانياً: العقوبات المقررة لها
49	المطلب الثاني: جريمة التعذيب
49	الفرع الأول: جريمة التعذيب في القانون الدولي
49	أولاً: تقنين جريمة التعذيب في المواثيق الدولية
51	ثانياً: تقنين جريمة التعذيب في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية
54	ثالثاً: تقنين جريمة التعذيب في الاتفاقيات والمواثيق الإقليمية
56	رابعاً: الأركان القانونية المكونة لجريمة التعذيب الدولية
59	خامساً: العقوبات المقررة لجريمة التعذيب الدولية
59	الفرع الثاني: جريمة التعذيب في القانون الداخلي
59	أولاً: جريمة التعذيب بصفة عامة
62	ثانياً: جريمة التعذيب الصادرة عن الموظف العام
65	المطلب الثالث: صور الاعتداءات الأخرى الماسة بالحق في سلامة الجسم
65	الفرع الأول: جريمة إعطاء مواد ضارة بالصحة

66	أولاً: الأركان القانونية المكونة لهذه الجريمة
68	ثانياً: العقوبات المقررة قانوناً
70	الفرع الثاني: جناية الخصاص
70	أولاً: المقصود بالخصاص
71	ثانياً: موقف الشريعة الإسلامية من الخصاص
71	ثالثاً: أركان جريمة الخصاص
72	رابعاً: العقوبات المقررة لها
72	الفرع الثالث: جريمة الاتجار بالأعضاء
72	أولاً: نشأة ومفهوم جريمة الاتجار بالأعضاء
73	ثانياً: الموقف القانوني من عملية الاتجار بالأعضاء
76	ثالثاً: الموقف الشرعي لتجريم الاتجار بالأعضاء
77	رابعاً: الأساس القانوني لتجريم الاتجار بالأعضاء
79	خامساً: الأركان القانونية المكونة لجريمة الاتجار بالأعضاء
80	سادساً: العقوبات المقررة لجريمة الاتجار بالأعضاء
83	المبحث الثاني: الجرائم الماسة بسلامة الجسم البشري في الشريعة الإسلامية
83	المطلب الأول: مفهوم الجناية على ما دون النفس
83	الفرع الأول: تعريف الجناية على ما دون النفس
83	الفرع الثاني: تقسيمات الجناية على ما دون النفس
83	أولاً: إبانة الأطراف وما يجري مجراها
84	ثانياً: إذهاب معاني الأطراف مع بقاء أعيانها
84	ثالثاً: الشجاج
85	رابعاً: الجراح
85	خامساً: ما لا يدخل تحت الأقسام السابقة
85	المطلب الثاني: الأركان المكونة للجناية على ما دون النفس
85	الفرع الأول: الجناية على ما دون النفس عمداً

85	أولاً: الركن المادي
90	ثانياً: الركن المعنوي
91	الفرع الثاني: الجناية على ما دون النفس خطأ
91	أولاً: الخطأ
93	ثانياً: النتيجة الإجرامية
93	ثالثاً: الرابطة السببية
95	المطلب الثاني: العقوبات المقررة في الجناية على ما دون النفس
95	الفرع الأول: العقوبات المقررة في الجناية على ما دون النفس عمداً
95	أولاً: العقوبات الأصلية في الجناية على ما دون النفس عمداً
111	ثانياً: العقوبات البديلة في الجناية على ما دون النفس عمداً
120	الفرع الثاني: عقوبة الجناية ما دون النفس خطأ
الفصل الثاني مدى إباحة الاعتداءات الماسة بالجسم البشري في الفقه الجنائي الوضعي والشريعة الإسلامية	
122	المبحث الأول: الأفعال المبررة للاعتداء على الحق في سلامة الجسم بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية
122	المطلب الأول: ما يأمر أو يأذن به القانون
122	الفرع الأول: ما يأمر به القانون
125	الفرع الثاني: ما يأذن به القانون
125	أولاً: مفهوم الحق الماس بسلامة الجسم كسب للإباحة
129	ثانياً: تطبيقات استعمال الحق الماس بسلامة الجسم
146	المطلب الثاني: الدفاع الشرعي وإباحة المساس بسلامة الجسم
146	الفرع الأول: الدفاع الشرعي من الوجهة القانونية
146	أولاً: مفهوم الدفاع الشرعي
147	ثانياً: أساس الدفاع الشرعي
148	ثالثاً: الشروط المتطلبية قانوناً لقيام الدفاع الشرعي

154	الفرع الثاني: الدفاع الشرعي من منظور الشريعة الإسلامية
154	أولاً: مفهوم الدفاع الشرعي الخاص وأدلة مشروعيته
158	ثانياً: شروط الدفاع الشرعي الخاص.....
165	ثالثاً: الدفاع الشرعي الخاص ومدى ارتباطه بحالة الضرورة.....
166	المبحث الثاني : رضاء المجني عليه و أثره على الاعتداءات الماسة بسلامة الجسم
166	المطلب الأول: تأثير رضاء المجني عليه على الاعتداءات الماسة بالحق في سلامة الجسم
167	الفرع الأول: مفهوم رضاء المجني عليه
167	أولاً: تعريف رضاء المجني عليه
167	ثانياً: تمييز رضاء المجني عليه عما يشابهه من مصطلحات
168	ثالثاً: أشكال رضاء المجني عليه
169	رابعاً: التكيف القانوني لرضاء المجني عليه
170	الفرع الثاني: الموقف القانوني و الشرعي من الاعتداءات الماسة بسلامة الجسم برضاء المجني عليه
170	أولاً: في التشريعات الوضعية
171	ثانياً: في الشريعة الإسلامية
172	ثالثاً: مقارنة بين موقف القانون الوضعي والشريعة الإسلامية
173	المطلب الثاني: رضاء المجني عليه في المجال الطبي خاصة في ظل التطورات الطبية الحديثة
173	الفرع الأول: رضاء المجني عليه في إطار التجارب الطبية
174	أولاً: الشروط اللازمة لمشروعية التجارب الطبية
179	ثانياً: مسؤولية الطبيب عن التجارب الطبية
181	الفرع الثاني: التطبيقات العملية لرضاء المجني عليه في المجال الطبي
181	أولاً: عمليات التجميل

185 ثانيا: عمليات التعقيم
189 ثالثا: التلقيح الاصطناعي
196 الخاتمة
200 فهرس الآيات
202 فهرس الأحاديث
204 فهرس المواثيق الدولية
205 فهرس المواد القانونية
207 قائمة المصادر والمراجع
217 فهرس الموضوعات