الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة باتنة 1

كلية العلوم الإسلامية
قسم الشريعة
تخصص :شريعة وقانون

نيابة العمادة لما بعد التدرج
والبحث العلمي والعلاقات
الخارجية

مراعاة المصلحة العلاجية للمريض

بين

الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري في ظل الإجتهاد القضائي

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

إعداد الطالب:
بن ضيف الله رمزي

إشراف الأستاذة الدكتورة:
مخلوفي مليكة

لجـــنة المناقـــشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفـة
نجيب بوحنيك	أستاذ التعليم العالي	جامعةباتنة1	رئيساً
مخلوفي مليكة	أستاذ التعليم العالي	جامعةباتنة1	مشرفا ومقررا
طروب كامل	أستاذ محاضر –أ–	جامعةباتنة1	عضـوا
محمد ورنيقي	أستاذ محاضر –أ–	جامعة الأغواط	عضـوا
ليلى بعتاش	أستاذ محاضر –أ–	جامعة الأمير– قسنطينة	عضـوا
زهرة بن عبدالقادر	أستاذ محاضر –أ–	جامعة الأمير– قسنطينة	عضـوا

السنة الجامعية:1439/1438هـ - 2018/2017 م

بسم الله الرحمن الرحيم

قال الله تعالى

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ ***وإذا مرضت فهو يشفين*** ﴾

سورة الشعراء الآية :80

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

(مأأنزل الله من داء إلا أنزل له شفاء)

إهداء

إلى:

- والدتي أمدّ الله في عمرها التي أفنت حياتها في تربيتنا.

- والدِي – رحمه الله –

- زوجتي وأولادي الذين كانوا عونا لي بتهيئة المناخ الملائم للدراسة والبحث.

- شقيقيَّ الذين تحملا مسؤولية الأسرة بعد وفاة والدي.

- صديقي الأستاذ:عبد القادر عمامرة.

- الى كل من قرأ هذه الرسالة وأهداني نقصا أو نصحا فيها أهدي هذه الرسالة.

رمزي

شكر وتقدير

أتقدم بخالص الشكر والتقدير والعرفان لكل من أسهم في إنضاج هذا البحث، وأخص بالذكر فضيلة الأستاذة الدكتورة: مليكة مخلوفي والتي قبلت الإشراف عل هذا البحث حيث لم تبخل علي بالنصح والإرشاد، وحسن التوجيه، ودقة الترتيب والتبويب، فأشكرها على كل الملاحظات والمعلومات التي زودتني بها، كما أشكرها على طول صبرها علي، وجهدها معي، وروحها الطيبة التي تجلت في مراعاة ظروفي، فجزاها الله خير الجزاء.

كما أتوجه بجزيل الشكر والعرفان إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هذه الرسالة و قراءتها من أجل التصويب والتسديد.

ولا يفوتني أن أتقدم بالشكر الجزيل لجميع القائمين على كلية العلوم الإسلامية، بجامعة باتنة1 . الحاج لخضر. ممثلة بعميد الكلية فضيلة الأستاذ الدكتور بن حرز الله عبد القادر الذي ما فتئ يشجع طلبة العلم ويتعهد بالرعاية والنصح لهم، كما لا أنسى أساتذة الكلية الأفاضل الكرام، وفي مقدمتهم رئيس المجلس العلمي للكلية فضيلة الأستاذ الدكتور مسعود فلوسي والدكتور محمد العايب.

والشكر موصول لكل من أسهم في نصحي ولو بحرف لإعداد هذا البحث ليكون أكثر نفعا، فجزاهم الله جميعا عني خير الجزاء، وشكري لكل من ساهم معي بكلمة أو دعوة في ظهر الغيب.

مـقـدمـة

الحمد لله في البدء والختام،حمدا يوافي نعمه،ويكافئ مزيده ،وأشهد أن لا إله إلا الله وحده،لا شريك له،وأشهد أن محمدا عبده وخاتم أنبيائه ورسله،صلى الله عليه وعلى آله الشرفاء،وصحبه الأوفياء،والتابعين لهم بإحسان الى يوم الدين،وبعد:

إن حفظ النفس يعد أمرا ضروريا،يجب مراعاته من جانبي الوجود بالزواج لغرض التناسل وإعمار الأرض وتحقيق الخلافة المرجوة لإقامة الدين الذي هو مهم ورأس هرم المهمات والضرورات، ويكون مراعاته أيضا من جانب العدم وذلك بحفظ النفس مما يخرمها ويقضي على وجودها كلية أو يضعفها أو يجعلها معرضة للتلف أو التعطيل أو الإنقاص من مهمتها الأصلية أو تثبيط قوتها كليا أو جزئيا نحو الأمراض والعلل.

لذلك أرشد الشارع الحكيم إلى التداوي و الاستشفاء بل وجعله معنى مركوزا في الفطرة الإنسانية نابعا من حب البقاء،فكان التداوي وسيلة خادمة لمقصد حفظ النفس الواجب من جهة العدم فغدا التداوي ومراعاة المصلحة العلاجية للمريض من باب الواجبات بالتبع بناء على ما قعده الأصوليون في قولهم " مالا يتم الواجب إلا به فهو واجب".

ولما كان حفظ النفس لا يتحقق إلا بتجنب ما يعدمها مثل المرض ومسبباته وكانت النفس واجبة الحفظ كانت وسيلة حفظها مثلها في الوجوب،ولذا حرمت جميع الشرائع السماوية والقوانين الوضعية إتلاف البدن أو تعذيبه أو إزهاق الروح عن طريق الانتحار أو ما يؤدي إليه.

كما حرمت ومنعت تعذيب النفس بتجويعها عمدا، وأدق من ذلك ذمت الشريعة الإسلامية المتنطعين المبالغين في ترك النعم زعما منهم أنهم يقمعون أنفسهم حتى تطغى النورانية على الجسمية،وعلى رأس هذه النعم المتروكة نعمة التداوي و إتخاذ الأسباب اللازمة لحفظ الصحة.

فإذا كان التداوي من الأمراض أمر مطلوب شرعا، كما نص عليه المحققون من علماء الشريعة استنباطا من نصوص الكتاب والسنة، فإن تقرير إيقاعه والبت في اتخاذ قرار التداوي المناسب يتولاه الطاقم الطبي وعلى رأسه الأطباء المتخصصون أصحاب الخبرة والقرارات حفظا لهذا المهم الضروري ألا وهو النفس.

ولا شك أن ممارسة الأعمال العلاجية الطبية وخاصة الجراحية منها تتطلب الدقة في تحري سلامة جسم الإنسان وتحقيق مصلحته العلاجية بتوخي ما يشفيه ويزيل علله أو على الأقل عدم التسبب في مضاعفة مرضه أو التسبب في إثارة مشكلات صحية أخرى لم تكن عند المريض من قبل .

وهذا لا يتأتى إلا بشروط أخلاقية ممثلة في ضمير الأطباء وشروط قانونية تضبط أصول المهنة،زيادة على رضا المريض ووضعه في الصورة حفظا لمصلحته العلاجية والتي قد تفرض أحيانا تَفرُّد الأطباء بالقرار في الحالات الضرورية.

1 - الإشكالية

يعد ميدان الطب من أكبر الميادين حساسية، وتبدو هذه الحساسية من خلال تعلقه بالجسم الإنساني وما يُفضِي ذلك من احترام وتقدير ومن جهة أخرى تشتد هذه الحساسية بجهل الطبيب أو غفلته أحيانا عن التزاماته القانونية التي يعتقد أنها مجرد التزامات أدبية تخضع لسلطته التقديرية بناءا على رؤيا مصلحية .

ولكن المصلحة هنا لفظ عام يطاله الغموض وينقصه الضبط والتحديد،ومن هنا يمكن أن أطرح الإشكالية التالية:

إذا اتفقت الآراء والقوانين على إعتبار المصلحة العلاجية للمريض؛فما معيار هذه المصلحة ومن يملك أحقية تقديرها في الظروف الإستعجالية خاصة؟

ويتولد عن هذه الإشكالية عدة مسائل أهمها:

ـ من سيقرر المصلحة العلاجية للمريض قبل البدء في العلاج عند تنازع الخبرة العلمية والعملية للطبيب المعالج والإرادة المستقلة للمريض والسلطة التقديرية في القضاء؟

ـ متى يكون القرار العلاجي في يد المريض أو القضاء أو الطبيب؟

ـ نوعية الظروف التي تلزم تحديد واحد من الثلاثة وتجعل القرار العلاجي لازما عليه دون غيره؟

وبالتالي تناط عليه مسؤولية العلاج وما يتبعها من تبعات إيجابية أو سلبية تلحق المريض

ومنه أيضا يتعين البحث عن الحالات المرضية ونوعية التدخل العلاجي اللازم واللائق به؟

هذه جملة مشكلات أو أسئلة تبحث عن إجابة لتلك الإشكالية الكبرى التي طرحها موضوع البحث.

2- الأهمية والهدف من الموضوع

أ - الأهمية

إن هذا الموضوع على جانب كبير من الأهمية يمكن أن أشير إلى مجملها فيما يلي:

1- تزويد المنظومة الطبية بأحكام شرعية سواء من ناحية الإفتاء أو القضاء.

2- خلق الوعي بأواصر ووشائج بين الطبيب والمريض تُكسِب الأول مزيدَ فهم لحالة المريض وتكسب الثاني راحة وثقة من معالجه ،مما يسهل اتخاذ القرارات العلاجية وييسر التدخل العلاجي بالأسلوب المناسب.

3-الموضوع هام لارتباطه بالقضاء، إذ يمكن للقضاء أن يُقوِّم المسار الطبي أو يؤكده و يرشده في حالة وقوع أخطاء أو ورود شكوى ضد الطبيب المعالج أو دفع ورد شبهة المخالفة الطبية عنه .

4-تظهر ضرورة بحث هذا الموضوع من جهة عدم انفكاكه عن حياة الناس، فهم يتساءلون عن حكم الشرع فيه ويرفعون قضايا إلى المحاكم و يلجؤون إلى التحكيم في هذا الشأن.

5 - يثري الساحة العلمية بمعلومات ثلاثية الأبعاد لتعلقه بالطب وجملة من الأحكام الشرعية والقضائية والقانونية.

6 - ربط المهنة الطبية بثوابت و روادع ومرجعية أخلاقية،شرعية وقانونية من شأنها أن تقلل من الأخطاء الطبية الناشئة عن ضعف الوازع الأخلاقي ضمانا للمصلحة العلاجية للمريض.

ب - **وأما عن الأهداف:** فإن البحث يهدف الى الإجابة عن إشكالية الموضوع المبينة آنفا من خلال بناء مفهوم لـ**"رعاية المصلحة العلاجية للمريض"** الذي يندرج ضمن مفهوم أوسع وهو **"الرعاية الطبية"**.

ـ تحديد الجهة المسؤولة عن اتخاذ القرار لجلب المصلحة العلاجية للمريض ومباشرة تطبيقها في العلاج.

ـ بيان الظروف المرجحة لتعيين الجهة المسؤولة مباشرة عن اتخاذ قرار المصلحة العلاجية.

ـ بيان وتوضيح وتعيين الجهة المسؤولة عن المصلحة العلاجية للمريض عند تعارض رأي الطبيب والمريض والقضاء ،الأمر الذي يساهم في تحديد دور كل جهة .

3- أسباب اختيار الموضوع

1 - الرغبة في كشف علاقة الطبيب بالمريض في ظل الأجهزة الفنية عالية الدقة وشرح هذه العلاقة لتعزيز الثقة بين الطبيب والمريض وهو أمر يمهد لتحديد جهة إناطة المسؤولية مبدئيا.

2 - البحث عن الجوانب الإنسانية التي لا ينفك عنها الطب وهو ما يترجم أساس العلاقة بين المريض والطبيب ودور هذه العلاقة في علاج المريض والوصول إلى تحقيق مصلحته العلاجية.

3- وجود قوانين تنص على واجبات الممارسين الصحيين ومنهم الطبيب، لهذا أحببت أن أكتب في هذا الموضوع، وأبين ما ورد في هذه القوانين، وأربطه بالفقه و القضاء الإسلامي.

4- أن بعض الأطباء يرى أن ما نصت عليه القوانين المنظمة للصحة من واجبات، هي من قبيل الواجبات والالتزامات الأدبية التي تخضع لسلطتهم التقديرية، مما يترتب عليه إخلالهم بالقيام بواجباتهم، وهذا يؤدي بدوره إلى إهدار بعض حقوق المريض.

5- رغبتي في استكمال البحث في مواضيع لها صلة بالعقود والالتزامات حيث كانت مذكرة الماجستير في هذا التخصص ،وفي هذه الرسالة درست المصلحة العلاجية للمريض باعتبارها جزءا من العقود والالتزامات وأضفت لها جانب الاجتهاد القضائي.

4ـ الدراسات السابقة : حسب إطلاعي ومراجعتي لموضوع المصلحة العلاجية للمريض وما كتب فيه ، وجدت مجموعة من الباحثين قد تناولوا الموضوع واختلفوا في التفاصيل والكل قد ربطوه بقوانين أجنبية(فرنسية ،بلجيكية،مصرية...) وفق مواضيع عامة متعلقة أساسا بمسؤولية القائم على العلاج وكذا ضبط نظرية محددة للعلاقات الطبية .

لكن عند الحديث عن الضوابط اللازمة لضمان مصلحة كاملة للمريض ضمن مجموعة كاملة من القوانين المنظمة لذلك كالقانون المدني وقوانين الصحة في النظام القانوني الجزائري، ومقارنتها بالفقه الإسلامي،فقد وجدت الدراسة فيه ثانوية ارتكزت جلها على التأصيل دون التفريع وغلب على معظمها تبيان المسؤوليات المختلفة والعلاقة السببية ضمن النشاط الطبي،بل إن تدعيم البحث بأحكام الإجتهاد القضائي سيغني عن الكثير من الخلافات الفقهية المتواترة في المجال القانوني.

وأهم عنوان يدور في فلك بحثي هو:

(المحافظة على الصحة ـ دراسة فقهية تأصيلية ـ) : وهي في الأصل رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الفقه،إعداد الطالب:عبد العزيز بن سليمان

بن فهد العيسى،جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية،المملكة العربية السعودية،1409هـ/2008م.

جاءت الرسالة في مقدمة وفصل تمهيدي وثمانية فصول كاملة وخاتمة.

تطرق الباحث في الفصل الأول إلى المحافظة على الصحة في أحكام الطهارة، حيث تعرض إلى إزالة النجاسة وأثرها في المحافظة على الصحة كمبحث أول، وفي المبحث الثاني بحث رفع الحدث وأثره في المحافظة على الصحة وفي المبحث الثالث من نفس الفصل تكلم عن سنن الفطرة وأثرها في المحافظة على الصحة كالختان، ونتف الإبط، وقص الشارب، وتقليم الأظافر... الخ.

أما الفصل الثاني فبحث فيه المحافظة على الصحة في أحكام الصيام، وفي الفصل الثالث تحدث الباحث عن المحافظة على الصحة في أحكام الأطعمة من خلال آداب الأكل والشرب ومشروعية الحمية الغذائية، ويليه في الفصل الرابع عن كيفية الحفاظ على الصحة في المساكن كتنظيفها والنهي عن اتخاذ الكلاب فيها.

وفي الفصل الخامس أشار إلى ضرورة المحافظة على الصحة النفسية من خلال المحافظة على الصلاة والعمل باليقين والأخذ بالظاهر والإحسان إلى الناس ، ويليه الفصل السادس ليبحث المحافظة على صحة الأسرة قبل الزواج وبعده ؛ حيث تكون قبل الزواج بإجراء الفحص الطبي ، وجعل السلامة من العيوب من خصال الكفاءة في المحافظة على الصحة ،أما بعد الزواج فتكون بإتباع الآداب الشرعية في المعاشرة الزوجية وتحريم العلاقات غير المشروعة بين الزوجين والمحافظة على صحة النسل.

الفصل السابع :المحافظة على صحة المجتمع كتحريم العلاقات غيرالمشروعة وأخذ التحصينات الطبية الموصى بها من قبل الجهات المخولة.

الفصل الثامن :المحافظة على الصحة في البيئة كالمحافظة على الأماكن العامة من التلوث ومصادر المياه والمحافظة على الهواء والترغيب في غرس الأشجار.

وختم الباحث رسالته بخاتمة تضمنت أهم النتائج والتوصيات التي توصل إليها.

ومن مضمون الرسالة التي بينت محاورها يتجلى إختلاف ما أصبو إليه في إشكالية البحث ومضمون هذه الدراسة التي تكون مساعدة فقط ولا تشكل جوابا لما أهدف إليه رغم ما يظهر من تقارب في عنوان البحثين.

5- المنهجية المعتمدة

أولا:منهجية البحث:لتحقيق الأهداف السابقة اتبعت منهجا مركبا مما يلي:

أ- منهج الاستقراء و الوصف:وذلك بتتبع أقوال الفقهاء و رجال القانون وآرائهم الخاصة بهذا الموضوع وجمعها من مصادرها الأصلية التي اجتهد في تحديدها أغلب المجتهدين ورجال القانون حيث استفدت منها في استخراج الضوابط الخاصة بمصلحة المريض.

ب - المنهج التحليلي:استعنت به لفهم ما تم استقراؤه من نصوص ومسائل ودراستها ومحاولة ربطها بالموضوع من أجل التأصيل له والبحث عن أحكامه الشرعية والقانونية.

ج - المنهج المقارن :استعنت به في بعض المواضع لمقارنة آراء الفقهاء بعضها ببعض وبما ورد في القانون الجزائري.

د - منهج الإستنباط: وكان كنتيجة حتمية لما تم استقراؤه وتحليله من أجل ضبط القرارات الطبية العلاجية وفق الأحكام الشرعية والقانونية وإيجاد المرجعية للمخالفات أو القرارات الطبية حفظا لمصلحة المريض.

ثانيا: الطريقة المتبعة في كتابة البحث

ـ التمهيد باختصار لكل مسألة تحتاج الى توضيح.

ـ التعريفات تشمل المعنى اللغوي والاصطلاحي والمناسبة بينهما.

ـ أذكر أقوال أهل العلم منسوبة اليهم مع الأدلة،ثم أقوم بالترجيح عند الحاجة مع ذكر سببه.

ـ الاعتماد على المصادر الأصلية في كل موضوع بحسبه إن وجدت ثم التطرق إلى المراجع.

ـ أذكر إلى جانب الفقه الإسلامي موقف القانون الجزائري من كل مسألة فقهية،ثم أقارن بينهما عند الحاجة.

أ- منهج التعليق والتهميش

ـ أبين أرقام الآيات في المتن وأعزوها لسورها في الهامش.

ـ أخرج الحديث أو الأثر بلفظه الوارد في البحث في هامش الرسالة.

ـ إذا كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما اكتفيت بتخريجه منهما أو من أحدهما؛وإن كان في غيرهما أزيد تخريجه من بعض كتب السنن المعتمدة،مع مراعاة أقوال علماء الجرح والتعديل في ذلك إ ن وجدت.

ـ أبين وأشرح غريب الألفاظ.

ـ أترجم للأعلام باختصار، معتمدا على المغمورين دون المشهورين شهرة بَيِّنة.

ـ أوثق الأقوال من مصادرها الأصلية والمعتمدة، فإن تعذر ذلك عزوت إلى النقل بالواسطة وإذا نقلت المفهوم أضع رقما وأحيل عليه في الهامش، وعند النقل الحرفي للعبارات أضعها بين قوسين وأحيل بقية المعلومات في الهامش.

ب ـ مايتعلق بالناحية الشكلية والتنظيمية ولغة الكتابة

ـ اقوم بضبط الألفاظ الغامضة.

ـ مراعاة علامات الترقيم.

ـ الاهتمام بانتقاء حروف الطباعة في العناوين وصلب الموضوع والهوامش.

ـ المادة القانونية أسردها سردا برقمها كما جاءت في مصادرها.

ـ عقدت المقارنة بين الشريعة والقانون والقضاء في غير فصل ليتسنى المقارنة وتزداد وضوحا في موضعها.

6ـ صعوبات البحث

لعل ندرة الاجتهادات القضائية من أهم الصعوبات التي واجهتها في هذا البحث ،نظرا لقلة النزاعات الطبية مقارنة بنظيراتها من أنواع النزاع المعروضة أمام الجهات القضائية في المجالات الأخرى التي تطال مناحي المعاملات.

وقد واجهت صعوبات في الاستعانة بالاجتهادات القضائية لبعض الدول التي سارت قدما في تطوير مجالات الاجتهاد القضائي كالقضاء الفرنسي والقضاء المصري على سبيل المثال.

ـ عدم توفر المرجع الأصلي لبعض المعلومات الهامة التي تخدم موضوعي مما اضطرني إلى النقل بالواسطة وأذكر على سبيل المثال:

1 . عبد العزيز المراغي ،مسؤولية الأطباء ،مجلة الازهر،عدد 20 .(مشار إليه في أحمد سلمان شهيب،عقد العلاج الطبي . دراسة مقارنة . ، منشورات زين الحقوقية،مصر،ط1،2012).

2ـ عادل عدة إبراهيم ،حق الطبيب في ممارسة الاعمال الطبية ومسؤوليته الجنائية ،أطروحة دكتوراه،جامعة بغداد،كلية القانون،1977، مشار إليه في أحمد سلمان شهيب ، عقد العلاج الطبي .).

3 – AhmedCHARAFELDINEK. DROIT DE LA TRANSPLANTATION DORGANES etudecomparative these paris2.1975

مشار إليه في أحمد سلمان شهيب، عقد العلاج الطبي.

4– Dabin, droit subjectif et subjectinusme juridique, Arch philosophie du droit, 1964 .

مشار إليه في أيمن سعد سليم، نظرية الحق.

5 . الجوهري محمد فائق، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه من كلية الحقوق جامعة فؤاد الأول، 1952 مشار إليه في علي عيسى الأحمد،المسؤولية التأديبية للأطباء في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،ط1،2011.

6 . "البابا شنودة"، أسئلة الناس ،الجزء التاسع، الطبعة الأولى، القاهرة 1992، مشار إليه في منير رياض حنا، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والتخصصية.

7ـ محمود محمود مصطفى، مدى المسؤولية الجنائية للطبيب إذا أفشى سرا من أسرار مهنته، مجلة القانون والاقتصاد، 1941، نقلا بالوساطة عن رايس محمد، مسؤولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر المهني في ضوء القانون الجزائري، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد الأول، 2009.

8ـ وديع فرج،مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية مشار إليه في فواز صالح،المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي،مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية،المجلد 22،العدد الأول،2006.

ـ ترقب قانون صحة جديد قد يصدر بين اللحظة والأخرى ربما ستكون لأحكامه مايثري الموضوع، لكن التأخير في صدوره جعلني أرتكز في مجمل البحث على القوانين السارية الى غاية اللحظة.

ـ تداخل موضوع بحثي مع ارادة المريض ورأي القضاء والطب وكل جهات فاعلة في إصدار القرار وحساسية الموضوع ودقته لأجل تناوله ضرورة وكلية من الكليات الخمسة.

7- خطة البحث

مقدمة

الفصل الأول: مقصد العلاج الطبي ومصدر حق الشفاء

المبحث الاول:مقصد العلاج الطبي وتوافقه مع الأصول العلمية:وقسمته إلى مطلبين بينت في المطلب الأول مقصد العلاج الطبي وأسسه، وفي المطلب الثاني ضرورة توافق العلاج الطبي والأصول العلمية الثابتة.

المبحث الثاني:حرمة جسم الإنسان ومصدر حق الشفاء:وفيه مطلب أول بعنوان حرمة جسم الإنسان في الشريعة والقانون ،ومطلب ثان بحثت فيه مصدر حق الشفاء.

الفصل الثاني:القيود الواردة على التدخل العلاجي

المبحث الأول:إرادة الأشخاص :وبينت في المطلب الأول مفهوم الإرادة والمدلولات ذات الصلة بها،وفي المطلب الثاني درست شروط مزاولة مهنة التطبيب وخيار الطبيب في العلاج.

المبحث الثاني - الالتزام بتحقيق نتيجة:حيث بينت الحالات التي اشترط الإجتهاد القضائي فيها أن يسعى الطبيب إلى تحقيق النتيجة أثناء علاج المريض.

الفصل الثالث - تقدير المصلحة العلاجية للمريض

المبحث الأول - حماية مصلحة المريض في العلاج:وبينت مفهوم المصلحة كمطلب أول ومفهوم المرض كمطلب ثاني،لأدرس أساس حماية المريض كمطلب ثالث.

المبحث الثاني:رفض التداوي وأحكامه:ودرست فيه مشروعية التداوي في المطلب الأول لأبحث بعدها موقف المشرع الجزائري في رفض التداوي وأبرز بعدها جهود القضاء في تقدير مصلحة المريض كمطلب ثالث.

خاتمة : أوردت فيها أهم النتائج المتوصل إليها من خلال هذا البحث ثم أوردت توصيات جاد بها فكري من خلال دراستي للموضوع شَكَّلت لي آفاقا أقترح على طالب العلم البحث فيها.

الفصل الأول:

مقصد العلاج الطبي ومصدر حق الشفاء

المبحث الأول:مقصدالعلاج الطبي وتوافقه مع الأصول العلميه.

المبحث الثاني:حرمة جسم الإنسان ومصدر حق الشفاء.

المبحث الأول: مقصد العلاج الطبي وتوافقه مع الأصول العلمية.

إن المرض يورث لمن أصيب به ضعفا ماديا ومعنويا نفسيا لذا بات من اللازم على من يساعدالمريض في العلاج أن تتصف علاقته به بنوع من الخصوصية تصبغها الشفقة الإنسانية التي تنبثق منها قصد الشفاء من أجل تحقيق العلاج المنشود ، وهو أول مقصد يحدده الطبيب كهدف له لينبني عليه تدخله ومن ثم الإجتهاد في الطرق المؤدية إليه.

المطلب الأول : مقصد العلاج الطبي وأسسه:

الفرع الأول :قصد الشفاء

فإذا ما ابتلى الله عبده بالإصابة بالمرض، يبحث هذا المخلوق الضعيف بكل مالديه من قوة ومال أخذا بالأسباب وبذلا للجهد في حفظ صحته وجلب كل مصلحة من شأنها أن تحقق له الهدف المنشود وهوتحقيق الشفاء وحفظ النفس.

وقد يكون المرض معديا يطال باقي مكونات المجتمع ممن لهم احتكاك بالمريض مما يوسع دائرة المضرة الحاصلة[1] ويلحق الجميع نتيجة الإهمال والتواكل في مواجهة المرض وعدم الأخذ بأسباب التداوي .

أولا:وسائل قصد الشفاء

يجب على المريض أن يحدد الطبيب المؤهل وهو أهم طريق في اتخاذ أسباب العلاج وهذا مايؤكد قصد الشفاء من طرف المريض وبعدها ينتقل قصد الشفاء بصورة آكد إلى الطبيب حيث يجب على الأخير عند معاينة المريض وتقرير التدخل العلاجي أن يجعل مقصد الشفاء أول مقاصد تدخله ثم يتبعه مقصد الخبرة والإكتشاف من باب التبع.

[1] والواقع يثبت حالات متعددة لوفيات ناجمة عن الإحتكاك بالمرضى وهناك نزاعات قضائية عدة في هذا الخصوص من بينها ماقضى به مجلس تيزي وزوبتاريخ 10نوفمبر1997في إثبات وفاة مريض بمستشفى الأمراض العقلية إثر تلقيه ضربات من مصاب عقليا متواجد بنفس المستشفى(قرار 2027لمجلس الدولة بتاريخ15جويلية2002،مجلة مجلس الدولة،العدد02،سنة2002)

1 ـ توخي أسباب العلاج: يتحقق القصد من جهة الطبيب في شفاء المريض ببذل غاية الجهد في رعايته[1] والعناية به دون أي تقصير في البحث عن علاج واف لحالة المريض مع الإجتهاد في مسايرة البحوث المتجددة في المجال الطبي ، دون تسرع في وصف دواء قد يؤدي الى ضرر للمريض أوتفاقم للمرض وهو مايمكن إدراجه في تحريات الطبيب لأسباب العلاج الجالبة والمحققة لمقصد شفاء المريض .

2 ـ تعزيز العلاقة بين المريض والطبيب: من مؤشرات قصد الشفاء تعزيز العلاقة الناشئة بين الطبيب المعالج والمريض ؛ إذ تلزم الحالة الصحية للإنسان المريض تدخلا وتعاونا مركزا على ضرورة العناية به من قبل الكثير من ذوي الشأن ، كل في حدود إمكانياته[2].

وقد نجد في حالات كثيرة إنعدام أي علاقة شخصية بين المريض و مسعفه لا من قريب ولا من بعيد، بالرغم مما للنفس البشرية من تشريف وتعظيم في معتقد الإنسانية جمعاء ، حيث وردت الإشارة إلى ذلك مثلا في قوله تعالى:﴿وَمَنۡ أَحۡيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحۡيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعٗاۚ﴾[3] .وبقوله أيضا :﴿وَلَا تُلۡقُواْ بِأَيۡدِيكُمۡ إِلَى ٱلتَّهۡلُكَةِۛ وَأَحۡسِنُوٓاْۛ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلۡمُحۡسِنِينَ﴾[4] .

لهذا يبقى الإنسان ولا يزال مُجتهدًا في حماية بدنه خاصة ، وإسعاف مااستطاع من ذوي الحاجة دون كلل أو ملل ابتغاء مرضاة الله في فعل الخيرات وتجنب المنكرات.

ومن جهة أخرى يسعى كذلك بدوره لتحسين وضع المريض الجسدي أو النفسي من الناحية الصحية وبناء علاقة إنسانية جد خاصة بين المريض ومعالجه .

---

[1] حيث يبلغ الحد الى تجريم فعل عدم العناية اللازمة وعدم تقديم المساعدة إذا أدت الى وفاة الأشخاص وهو ماقضى به مجلس قضاء باتنةفي 15أفريل1998 حيث جاء في منطوق القرار أن سبب وفاة الضحية يرجع الى عدم العناية اللازمة وعدم تقديم الإسعافات الأولية في وقتها وأن هذه المسؤولية غير محددة في شخص معين بمعنى أن الجريمة قائمةولايمكن بأي حال من الأحوال النطق بالبراءة(قرار غرفة الجنح والمخالفات بالمحكمة العليا رقم:209917الصادر بتاريخ:2000/07/26المجلة القضائية 02لسنة2000.)

[2] وقد فصَل مجلس الدولة بمسؤولية مديرة المدرسة التي رفضت أن تسعف أحد التلاميذ حيث تركتها ساقطة على الأرض حتى جاءت والدة الضحية للمدرسةوحملتها للمستشفى بعد فوات الأوان مما أدى إلى وفاتها (قرار مجلس الدولة رقم:5321بتاريخ01أكتوبر2002،نشرة داخلية لوزارة العدل،2003)

[3] سورة المائدة ،الآية: 32.

[4] سورة البقرة ،الآية: 195.

وقد لا تكفي الترسانات المتنوعة من القوانين الوضعية لتعويض ألم الضعف الجسدي المشتكى منه ، فيكون ملء هذه العلاقة روابط من الثقة والصدق بين الطرفين .

3- التأكيد على رعاية الحقوق الجسدية والنفسية للإنسان: تصبو العلاقات الإنسانية والإجتماعية بشكل عام إلى إنشاء وتحديد الأهداف البشرية المبتغاة من تلك العلاقات عموما و إنشاء علاقات قانونية صحيحة بين طرفي التعامل.

لهذا فقد شهد التاريخ الإنساني مذاهب إجتماعية وإقتصادية قوامها التدخل في مجال العلاقات البشرية من أجل حماية هذا الهدف،وتجلى ذلك في عدة أمثلة واقعية كالأنظمة الرأسمالية التي ازدهر وفقا لمبادئها تقديس الفردية وازدهار مبدأ سلطان الارادة[1] ؛ في حين ثبت أن المذاهب الإشتراكية خصوصا في دول العالم الثالث ساهمت عكس ذلك تماما مجبرة تدخل الدولة في شتى المجالات[2] .

وفي ظل البحث في تاريخ البشرية تشهد الدراسات المتوفرة بأن الأشخاص الواقعين تحت نظام الرق (العبيد) يُأَدَّبُونَ من قبل ساداتهم في التصرف بما يعهد اليهم من تجارة أو عمل مع صيانة حقوق الرقيق الإنسانية في الحياة وسلامة الجسد.

هذا بوجه عام في الأنظمة الوضعية ؛لكن إذا تمعنت في الشريعة الإسلامية الغراء أجد أن حماية الحقوق النفسية أو الجسدية للفرد من أولى الأولويات وقد ذهب بعض أهل العلم إلى أن الحر يقتل بالعبد ولو كان سيده[3] لأن العبد آدمي فأشبه الحر في هذاوكان رأيهم مستندا إلى حجج كثيرة من القرآن والسنة كقوله تعالى:﴿ وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ ﴾[4] .

---

[1] أيمن ابراهيم العشماوي،مفهوم العقد وتطوره،دار النهضة العربية،مصر،2002،ص:107.

[2] جاك غستان،المطول في القانون المدني . تكوين العقد .،ترجمة منصور القاضي، مجد للنشر،لبنان،ط2،2008، ص:131.

[3] وهو رأي سعيد بن المسيب والنخعي وقتادة والثوري: ابن قدامة موفق الدين ،المغني،تحقيق عبد الله التركي، دار عالم الكتب ،المملكة العربية السعودية ،1986،،كتاب الجراح،مسألة قال ولاحر بعبد، ط1،ج11ص:473.

[4] سورة البقرة، الآية: 179.

ومن السنة النبوية الشريفة قول النبي صلى الله عليه وسلم: (**المؤمنون تتكافأ دماؤهم)**[1].

ولايهمني هنا التنقير على هذه المسألة وإنما هدفي أن أقف على الرأي القائل بتكافؤ الدماء لأنه رأي راعى الأمور الإنسانية ولم يلتفت إلى أمور أخرى مما يؤكد رعاية الإسلام الشاملة للأفراد.

هذا إضافة إلى ماروي عن النبي صلى الله عليه وسلم من وجوب العناية بجميع الجوانب النفسية والاجتماعية للإنسان...الخ[2].

فروي عن المعرور بن سويد[3] قال: رأيت أبا ذر[4] رضي الله تعالى عنه وعليه حلة وعلى غلامه حلة،فسألناه عن ذلك فقال : أني سابببت رجلا فشكاني إلى النبي صلى الله عليه وسلم،فقال لي النبي صلى الله عليه وسلم :**(أعيرته بأمه؟)** ثم قال: **(إن إخوانكم خولكم جعلهم الله تحت أيديكم، فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل ، وليلبسه مما يلبس ، ولا تكلفوهم ما يغلبهم،فإن كلفتموهم مايغلبهم فأعينوهم)**[5].

---

[1] أخرجه أبو داوود في سننه،كتاب الديات ،باب أيقاد المسلم بالكافر، رقم الحديث:4530،ج2 ص :379.

و أخرجه النسائي في سننه، كتاب القسامة، باب سقوط القود من المسلم للكافر عن علي رضي الله عنه ، دار الفكر ، لبنان ،2005 ،رقم الحديث:4754، ج8 ص: 25.

و أخرجه ابن ماجة ، كتاب الديات ،باب المسلمون تتكافأ دماؤهم عن حديث عمرو بن شعيب،رقم الحديث:2683،ج3ص:148.

و أخرجه أبو داوود، كتاب الجهاد، باب في السرية ترد على أهل العسكر رقم الحديث:2751،ج1 ص:637.

و علي الدارقطني،سننه،دار عالم الكتب،السعودية،1993،رقم الحديث:61،ج3 ص:98.

[2] وهو مذهب ابن تيمية من الحنابلة:(محمد العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستنقع، دار ابن جوزي ، المملكة العربية السعودية،ط1،1422هـ،ج14 ص:40).

[3] هوأبو أمية الأسدي الكوفي،حدث عن ابن مسعود وأبي ذر،وثقه يحي بن معين ،عاش أكثر من مائة وعشرين سنة توفي سنة بضع وثمانين: الذهبي شمس الدين ،سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة،لبنان،ط1،1982، ج4 ص:174.

[4] هو جندب بن جنادة بن سفيان بن عبيد بن حرام بن غفار، كان خامس خمسة في الاسلام،هاجر الى النبي صلى الله عليه وسلم بالمدينة المنورة ولازمه وجاهد معه ، كان يفتي في خلافة أبو بكر و عمر وعثمان،توفي سنة32هـ : الذهبي، المرجع السابق، ج2 ص:46.

[5] أخرجه البخاري في صحيحه،كتاب العتق،باب قول النبي صلى الله عليه وسلم :"**العبيد اخوانكم فأطعموهم مما تأكلون**" رقم الحديث:2545،ج2 ص610و كتاب الايمان، باب المعاصي من أمر الجاهلية،رقم الحديث:30،ج1 ص:27 وكتاب الأدب ، باب ما ينهى عنه من السباب واللعن، رقم الحديث6050،ج4 ص:1533، و أخرجه مسلم في صحيحه،كتاب الأيمان باب إطعام المملوك مما يأكل وإلباسه مما يلبس،ولا يكلفه ما يغلبه، رقم الحديث: 1661،ج3 ص:1282.

وفي حجة الوداع حين كان النبي يُقْرِؤُهُمْ مبادئ حقوق الانسان ومن ضمنها قال : **(يأيها الناس ان ربكم واحد وان أباكم واحد ألا لا فضل لعربي على أعجمي، ولا لأعجمي على عربي، ولا أسود على أحمر، ولا أحمر على أسود، إلا بتقوى الله)** [1].

هذا غيض من فيض يبرز أن النظام الإسلامي يراعي الجوانب النفسية للرقيق باعتبارهم كائنا إنسانيا له حق الحياة الكريمة دون انقاص[2].

وفي ظل المساواة المثبتة بين مكونات الجنس البشري في حق الحياة وصونا لسلامتها، شهد العصر الحديث إبتكارات علمية وخطوات كبيرة في شتى المجالات وارتبطت في كثير منها بمفهوم السلامة البشرية وتحسين الظروف الصحية ، حيث أصبح مبدأ المساواة بين البشر من جديد على المحك .

وقد روعي مبدأ تكافؤ العلاقة الناشئة في المجال الطبي بين الطبيب والمريض لتعزيز الثقة وتحقيق مقصد الشفاء وذلك نتيجة للثمرة الطيبة التي جناها لَمَّا تَمَّ تطبيق ومراعاة الحقوق النفسية للمريض.

ثانيا: إتاحة فرصة الشكوى للمريض: يقترن الضعف الجسمي لدى المريض وما يصحبه من تأثير على شخصيته في مقاومة المرض، ودوام القلق والخوف بتغير واضح في سلوكه ؛ إذ يصبح بهذا خائر القوى، ضعيفٌ نفسيا وربما في حالات كثيرة ، ضعيف الملكات الذهنية فاقدا لها في مرات عديدة عند الاصابة بمرض عقلي مثلا أو عند تضعضع القوى الإدراكية أو فقدان الذاكرة.

لهذا ومن أجل تحديد ما تستوجبه مصلحة المريض العلاجية تنشأ علاقة إنسانية بين المريض والطبيب لاعتبارات عدة أساسها شكوى المريض من المرض والألم ، وهو مايشكل من جهة الإعتراف بمقدرة الطبيب فنيا على وصف العلاج وتحديد وسائله .

فالإفصاح عن الألم بحرية من قبل المريض تمنح الطبيب -ولا شك- حيزا محترما من الحرية وإطلاق اليد في علاج المريض بحيث تتلاشى معه أيُّ إرادة تحول بينه وبين حقه في شفاء المريض[3] ، وهو مايكشف عن إدراك تام من الطبيب بحجم الضعف الجسدي

---

[1] أخرجه أحمد في مسنده،مسند الأنصار،رقم الحديث:23885، ص:1745.

وأخرجه عبد الله بن المبارك في مسنده،تحقيق صبحي السامرائي، مكتبة المعارف،المملكة العربية السعودية ، 1987،رقم الحديث:239، ص:146و147.

[2] عبد الله ناصح علوان، نظام الرق في الاسلام ، دار السلام ،مصر، ط5،2004. ص :29.

[3] زينة العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي دراسة مقارنة ،دار النهضة العربية،مصر،2007. ص:120.

للمريض فيقوي دافع علاجه لدى الطبيب ويعزز من جهة أخرى الثقة المتبادلة بين الطرفين في المساهمة في العلاج.

ويُؤكَّدُ مقصد العلاج من الطرفين للمريض أو الطبيب ويصل سماع الطبيب لشكوى المريض إلى درجة التشاور والتفاهم حول أسلوب العلاج ، ولاينفرد الطبيب بالقرار إلا في الحالات القصوى وهي الحال التي يقال فيها بتمتع الأطباء بالحرية الكاملة في اتخاذ أي تدخل علاجي يتوافق و حالة المريض فقط ؛ دون إنتظار أو تقاعس يسبب تفويت فرصة من فرص المريض في الشفاء والبقاء على قيد الحياة من جهة وكسبا لثقته من جهة أخرى[1].

فالطبيب المعالج قد لا يحصل على أي عون عند إلمامه بجملة المعطيات الطبية ؛ إذا بقي المريض نفسه دون مقدرة على التغلب على أعراض المرض وتخطى ضعفه فإن لم يقدر إقتضى الأمر في علاج حالات كثيرة من المرض استعمال الأطباء لقدر معين من القوة المخولة قانونا لجبر المريض على الخضوع لما تستلزمه الضرورة و العناية والمحافظة على صحته وسلامتها إستنادا إلى جهالة فادحة بأدوات الممارسة الطبية من جانب المريض[2].

وعليه يمكن أن ألحظ نشأة شعور بالثقة المتبادلة من خلال الشكوى لتمحو الفجوة الهائلة بين المريض والطبيب ؛ فالأول يشعر بنوع من الإكبار والإعجاب اتجاه الطبيب ويدفعه ذلك إلى الإستسلام وترك الأمر كلية بيد الطبيب الذي يقدِّر ما يراه في اختيار العلاج المناسب لمصلحة المريض وفقا للحالة ، والطبيب في هذا بوصفه من أهل العلم والخبرة في المجال، يكون في أغلب الأحيان مؤهلا لتشخيص العلة وتحديد طبيعتها وفي النهاية تقرير وسائل علاجية مناسبة[3] .

وعلى هذا تقتضي المصلحة العلاجية للمريض تقديره للأمور تقديرا سليما وتركه للطبيب بأن يوظِّف أصول العلم وقواعد الخبرة في وصف ما يتناسب كعلاج للمرضى ، ومن هذا المجموع تتحقق مصلحة المريض في درء العيوب التي تشوب علاقة العمل الطبي والتي تنطلق كأساس من مكتسبات الطبيب العلمية والعملية.

---

[1] لقمان فاروق حسن نانه كه لى،المسؤولية القانونية في العمل الطبي دراسة مقارنة بين القانون والشريعة ،منشورات زين الحقوقية،سوريا،ط1،2013،ص:170.

[2] شوقي السيد،التعسف في استعمال الحق طبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء ،دارالشروق،مصر ،ط01،2008،ص:256 بتصرف.

[3] نذير محمد الطيب أوهاب،أثر التدخل الطبي في ثبوت خيار التفريق بالعيوب الطبية،مجلة الصراط،كلية العلوم الإسلامية،الجزائر ،العدد:22،ص:92.

فجهل المريض في أغلب الأحيان بمستجدات الإكتشافات الطبية أو ربما وفي أحيان كثيرة جهله التام بطبيعة الأمراض وتنوعها وتأثيرها يدفعه إلى منح جزء من ثقته في طبيب ملم بوسائل علاج مرتكزة أساسًا على أدوات تقنية متطورة تؤدي به في الغالب إلى الوصول إلى تشخيص صحيح للمرض[1].

هذه الثقة تجعل هذا المهني المؤهل إلى مباشرة العلاج دون حاجة إلى شرح ما يشوب هذا العلاج من مخاطر قد تؤدي إلى زعزعة الحالة الصحية للمريض واستقرارها وربما تنتهي علاقة العمل الطبي هذه إستنادا إلى مخاطر في الغالب احتمالية وربما نادرة[2].

ويبرر مسلك بعض الجراحين في حالات تكون ضرورة الجراحة متفقا عليها بين الأخصائيين ولا تحتاج إهدار المزيد من الوقت ، فلا يعتد عندها بالنقاش المستفيض ، وقد أجريت عمليات جراحية بغير إزعاج في حالات الفتق المزدوج لأن هذه الحالة توجب جراحة فورية دون تردد ومماطلة وإلا فإن هذا ما ينجم في نهايته وفاة المريض[3].

فهذا الحجم من التعبئة في المقدور العلمي للطبيب كمؤهل مهني لا يمنعه من توجيه وإعطاء قدر من المعلومات للمريض باعتباره أولى الناس مصلحة في العلم بطبيعة المرض وسبل تشخيصه ووسائل علاجه ما لم يكن المريض في حالة لا تسمح بإعلامه أو كانت لا تتوافر لديه مقومات الإدراك اللازمة للإستيعاب .

ومصدر هذا الإلتزام منشؤه العرف المألوف في التعامل أو طبيعة المعاملات ذاتها التي تفترض قدرا كافيا من الثقة والأمانة[4] ، ولهذا يتعارض مع إحترام الكرامة الإنسانية كل تدخل طبي على جسم الإنسان يتنافى ومصلحة المريض مهما بلغت ضآلته في ظل المعطيات العلمية الحديثة[5].

---

[1] عبد العزيز المرسي حمود،الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدي دراسة مقارنة .،دون دار النشر ،رقم الايداع:2004/16802،الترقيم الدولي:977.5800.85.4،ص:11بتصرف.

[2] علي القرة داغي و علي يوسف المحمدي،فقه القضايا الطبية المعاصرة–دراسة فقهية طبية مقارنة–، دار البشائرالاسلامية، لبنان ،ط2،2006،ص:183.

و عبد العزيز المرسي حمود،نفس المرجع، ص:100بتصرف.

[3] لقمان فاروق حسن نانه كه لى، المسؤولية القانونية في العمل الطبي دراسة مقارنة بين القانون والشريعة ،ص:167.

[4] أحمد بن عبد الرحمان بن ناصر الرشيد،الحاجة وأثرها في الأحكام دراسة نظرية تطبيقية .، دار كنوز اشبيليا،المملكة العربية السعودية،2008،ج1ص:216.

[5] عبد المنعم فرج الصدة،مصادر الالتزام، دار النهضة العربية،مصر،ط01،1998،ص:134 .

و اسماعيل غانم،النظرية العامة للالتزام :مصادرالالتزام،مكتبة عبد الله وهبة،مصر،دون تاريخ،ج1ص:203.

وتفرض الثقة المتبادلة استحضار رأي المريض في قبول العلاج في مثل هذه الحالات أو رفض التدخل العلاجي، لأن التدليس على المريض أوالكذب عليه يولد في حالات كثير شعورا بالإحباط وإعتقادا وهميا بتعقد وضعيته الصحية ، وقد تُفقِده الثقة في الطبيب المعالج وتجعل المريض راغبا في تغيير الطبيب والإنتقال إلى آخر.

فحتى يكون تعاون الطبيب والمريض مثمرا مِؤديا لأهدافه في علاج المرض لا بد أن تكون العلاقة بينهما مؤسسة على قيم الصدق والمصارحة ونبذ الأنانية في إتخاذ القرارات الطبية وخاصة الهامة منها ، لأن المريض يتشارك حتما مع الطبيب في فعالية القرارات الطبية ،وينعكس ذلك في بعض المظاهر الاقتصادية والعائلية المترتبة على مضمون العمل الطبي[1] ، بل إن نجاعة العمل الطبي مرتبطة أساسا بمدى التقبل النفسي والجسماني للمريض[2].

وحتى يستطيع المريض أن يرتب حياته وفقا لأسس سليمة لا بد في جميع الأحوال أن يعرف حالته الصحية وما يتعلق بها من علل وما تحتاجه من علاج، لأن جهل المريض بهذه الأساسيات يجعله حتما شخصا ضعيفا يسيطر عليه الألم والقلق ببساطة ، وهذا لا يتماشى مع الطبع الإنساني.

فالإنسان البالغ يكون كامل القوى العقلية مميزا بين النافع والضار، لأن المرض لا يؤثر على المقدرة العقلية للإنسان إلا نادرا ، وهذا مايجعل أثره على الصحة البدنية فقط ، ومن هذا تعد علاقة الملتزمين في علاقة العمل الطبي مبنية على أسس الأمانة والثقة من أجل الحفاظ على حياة الإنسان وسلامته ، ولا يمكن معها تقبل فكرة إنتقاص أو تعالي في هذه العلاقة المجسدة لسمو العلاقات الإنسانية، مع ماتمثله من آداب الإحترام ونبذ العنف والإكراه كوسيلة للإخضاع[3].

---

[1] عبد الرحمان بن أحمد الجرعي،هدايا الشركات العاملة في المجال الطبي،السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة .،جامعة محمد بن سعود الاسلامية،ص:4166.

[2] أبركان الصالح،ادراك المرض وأساليب التدبر لدى مرضى التكلس الرئوي(مذكرة ماجستير علم النفس ،جامعة الحاج لخضر باتنة،2011) ص:21.

[3] أبركان الصالح، المرجع السابق ،ص:20.

وقد ثبت عن بعض الأطباء في فرنسا لجوؤهم إلى الإكراه البدني في ابتغاء الشفاء للمرضى، حيث تم إستعمال القوة في تخدير بعض المرضى الذين اتبعوا سبيل العناد غير مبرر في رفض العلاج، وأجريت لهم عمليات جراحية كللت بالنجاح وشفاء المرضى[1].

وكفلت الرعاية الطبية وضرورة الأخذ بيد المرضى إلى الشفاء تقنين أخلاقيات المهن الطبية سنة **1947** بفرنسا ، لتجد أن ما يربط المريض بضرورة العلاج انما هي ليست علاقة تضاد بل هي علاقة أخلاقية بامتياز.

وعليه خلصت إحدى المحاكم المصرية إلى أن القاعدة المسلم بها فقها وقضاءا هوقيام الطبيب بوظيفته المرخص له بها في سبيل المحافظة على صحة أفراد المجتمع واتخاذ ما يلزمه من وسائل التطبيب بقصد شفاء المرضى في حدود قواعد المهنة الطبية ، لأن بمخالفة هذه السنن يصبح منتهكا لمحارمها مسؤولا عن الأضرار التي نشأت عن فعله[2].

الفرع الثاني:الأسس الشرعية والقانونية لقصد الشفاء :من خلال الظروف التي تَصِفُ العلاقة الناشئة بين المريض وما يعتريه من ألم مع ما يستحقه من رعاية واجبة بقصد الشفاء ؛ كان لابد من ذكربعض النصوص القانونية الكافية في توجيه المجهودات المبذولة في حماية المصلحة العلاجية للمريض.

وهنا سأتعرض في ذلك لبعض النصوص المُنظِّمة لوجوب الرعاية الطبية بالمريض في الفقه الإسلامي ثم النصوص المشرَّعة على المستوى الوطني ، ثم أنتقل إلى جملة الإتفاقيات الدولية التي ترعى نفس الجانب .

أولا ـ الأسس الشرعية: هناك الكثير من النصوص الشرعية الداعية إلى وجوب الإعتناء بالجانب الصحي للإنسان ، أذكر منها موضعين على أن أورد باقي النصوص تبعا في لاحق الرسالة وفقا للخطة المنتهجة في هذا البحث.

---

[1] أحمد محمود سعد،مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه،دار النهضة العربية،مصر ،ط2،2007، ص:84.

لقمان فاروق حسن نانه كه لى، المسؤولية القانونية في العمل الطبي دراسة مقارنة بين القانون والشريعة ،ص:177.

[2] حكم محكمة جنايات الاسكندرية بتاريخ 1941/12/25 : خالد جمال أحمد،الالتزام بالاعلام قبل التعاقد،دار النهضة العربية،مصر،2003،ص:388.

ـ عن أسامة بن شريك[1] قال: قالت الاعراب :يا رسول الله ألا نتداوى ؟ قال :**(نعم ياعباد الله تداووا، فان الله لم يضع داء إلا وضع له شفاء إلا داء واحد)** قالوا:يارسول الله وماهو؟ قال: **(الهرم)**[2].

ـ وعن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: **(ماأنزل الله من داء إلا أنزل له شفاء)**[3].

ثانيا : الأسس القانونية لقصد الشفاء

1 ـ على مستوى التشريع الوطني

يكفل الدستور الوطني الجزائري جملة الأعمال الطبية الهادفة إلى حماية الصحة العامة للمواطنين، وفي مضمونه كذلك ما يصبو إلى وجوب الرعاية الصحية للإنسان لثبوت إنسانيته.

إضافة إلى هذا تهدف التشريعات الوطنية الأخرى إلى تطبيق هذه الأهداف الدستورية وتكريسها وفقا لأوجه عدة :

---

[1] أسامة بن شريك الثعلبي :صحابي من بني ثعلبة،روى حديثه أصحاب السنن وأحمد وابن خزيمة وابن حبان والحاكم وتفرد زياد بن علاقة بالرواية عنه :(الجزري عز الدين ،أسد الغابة في معرفةالصحابة،دارالفكر،لبنان،ط1،2005م،ج1ص:93و94)و ابن حجر العسقلاني،تهذيب التهذيب، دار الفكر ،لبنان،دون تاريخ،ج1ص:228.

[2] أخرجه الترميذي في سننه ،كتاب الطب ،باب ماجاء في الدواء والحث عليه ،رقم الحديث: 2045، دار الفكر،لبنان ،ط2005،ج4ص:04.

ونحوه في : أخرجه أبو داود في سننه،كتاب(الطب) ،باب (في الرجل يتداوى)،رقم: 3855، دار الجنان ، لبنان ،ط1،1988، ج2ص:396.

أخرجه ابن ماجةفي سننه،رقم الحديث:3436، تحقيق خليل مأمون شيحا،دار المعرفة ،لبنان،ط1،1997، ،ج4ص:87.

أخرجه أحمد في مسنده، بيت الافكار الدولية ،المملكة العربية السعودية،1998،حديث رقم:18645،ص:1345.

[3] أخرجه البخاري في صحيحه،كتاب الطب،باب ماأنزل الله داء الا أنزل له شفاء، دار الفكر ،لبنان، 2007،رقم الحديث:5678،ج4ص:1453، و أخرجه مسلم حيث ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:"**لكل داء دواء.فإذا أصيب دواء الداء برأ بإذن الله عز وجل،كتاب السلام،باب لكل داء دواء واستحباب التداوي**"، رقم الحديث:2204،ج2ص:96.

أ- تجريم الأفعال المنافية للحق في الرعاية الصحية : كفل الدستور الجزائري النافذ حق المواطن وواجباته في تأدية مهامه بإخلاص تجاه المجموعة الوطنية [1] على أن تتم هذه المهام في إطار احترام كافةٍ لحقوق الغير المعترف بها في الدستور[2] .

ومن ضمنها حق الرعاية الصحية وحق الإستشفاء[3] ، كما تضمن الدولة حرمة الإنسان بحضر شتى أنواع العنف البدني أو المعنوي وكل ما يمس الكرامة الإنسانية[4] .

ويعتبر الدستور الجزائري جميع التصرفات التي تمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية منافية لجملة الحقوق والحريات المكفولة للفرد الطبيعي[5].

بل إن الدستور لم يغفل حتى الأشخاص الخاضعين للتوقيف للنظر - كإجراء قضائي - في فحص طبي إلزامي في حالة طلب المعني لذلك[6] وكل خطأ قضائي مثبت يتعلق بهذا الجانب وجوانب أخرى يرتب مسؤولية الدولة ويحدد القانون شروط التعويض وكيفياته[7].

---

[1] مادة **76**من الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل بموجب القانون 16/01المؤرخ في 06مارس2016:"على كل مواطن أن يؤدي باخلاص واجباته اتجاه المجموعة الوطنية".

[2] مادة**77**من نفس الدستور:"يمارس كل واحد جميع حرياته ،في اطار احترام الحقوق المعترف بها للغير في الدستور ،لاسيما احترام الحق في الشرف،وستر الحياة الخاصة،وحماية الاسرة والشبيبة والطفولة"

[3] حيث نصت المادة **66**من الدستور "الرعاية الصحية حق للمواطنين ،تتكفل الدولة بالوقاية من الامراض الوبائية والمعدية وبمكافحتها":وهذا ما أشارت اليه المادة **19**من دستور الامارات العربية المتحدة والمادة **18**من الدستور المصري النافذ وكذلك المادة **12**من دستور سلطنة عمان والمادة**38**من مشروع الدستور الليبي لسنة **2014** والمادة **31**من الدستور السعودي والمادة **15**من الدستور الكويتي والمادة **08**من الدستور البحريني.

[4] مادة **41**من الدستور

[1] مادة **40**من الدستور

[6] مادة **60**من الدستور :"يخضع التوقيف للنظرفي مجال التحريات الجزائية للرقابة القضائية ،ولايمكن أن يتجاوز مدة ثمان وأربعين **(48)** ساعة...ولدى مدة التوقيف للنظر ،يجب أن يجرى فحص طبي على الشخص الموقوف إن طلب ذلك على أن يعلم بهذه الامكانية ،الفحص الطبي اجباري بالنسبة للقصر"

[7] مادة **61**من الدستور

وبناء على هذا إجتهد بعض شراح القانون في محاولات عدة لبيان مفهوم الرعاية الصحية وعلاقتها بالصحة العامة، وكان المنطلق هو تعريف الصحة الوارد في لا ئحة منظمة الصحة العالمية لسنة **1946** [1]على أن: **حماية الصحة هو** "حماية لحالة السلامة الكاملة البدنية والعقلية والإجتماعية وليست مجرد الخلو من المرض أو الضعف"[2].

ومن هذا إنتهى فريق منهم الى صياغة تعريف الصحة العامة بأنها "علم وفن الوقاية من المرض واطالة الحياة ، وتعزيز الصحة والفعالية من أجل مكافحة الأمراض المعدية وتثقيف الفرد في مجال الصحة الشخصية وتنظيم الخدمات الطبية والتمريضية بغرض التشخيص المبكر والعلاج الوقائي للمرضى "[3].

أمّا الرعاية الصحية فهي في مفهوم فريق آخرهي "مجموع الخدمات والاجراءات الوقائية التي تقدمها مديرية الرعاية الصحية الأساسية ، والمؤسسات التابعة لها لجميع أفراد المجتمع عامة ، بهدف رفع المستوى الصحي للمجتمع و الحيلولة دون حدوث الأمراض وانتشارها "[4] .

وبهذا ألاحظ أن المؤسس الدستوري الجزائري أورد عبارة الرعاية الصحية في إنسجام وتوافق مع المعايير الدولية ولم يورد عبارة الصحة العامة مثلما سرى عليه الحال في اصطلاح المؤسس المصري، اليمني، العراقي وكذا السوداني.

ولا بد أن أشير الى أنه لم ترد الإشارة إلى حق الصحة العامة أو الرعاية الصحية في دساتير عدة دول عربية كالأردن والمغرب ولبنان، وموريطانيا وجيبوتي ، إلا أن دساتير كل من لبنان والمغرب وموريطانيا قد نصت في ديباجتها على تمسكها بالإعلان العالمي لحقوق الانسان ومواثيق الأمم المتحدة في هذا الشأن.

أما دساتير كل من الأردن وتونس وجيبوتي ، فلم يرد فيها ما يشير إلى حق الرعاية الصحية للفرد ؛ بينما نجد أن دساتير بعض الدول مثل فلسطين أورد اهتماما واضحا خاصة مايتعلق منها بصحة الطفل .

---

[1] من أهداف منظمة الصحة العالمية وضع معايير دولية متعلقة بالصحة وتحديد طرق الرعاية الصحية الملائمة من أجل تمتع الافراد بأعلى مستوى من الصحة يمكن بلوغه كما تعمل على مساعدة الجهات المختصة في توفير الرعاية الصحية في البلدان النامية: بيرنارد تيرنك ،الصحة العامة ماهي وكيف تعمل ، ترجمة فهد بن عتيق العتيق، مكتبة الملك فهد الوطنية ، المملكة العربية السعودية،ط2، 2004، ص:29.

[2] فيوليت داغر ،الحق في الصحة ،المؤسسة العربية الاوروبية للنشر،سوريا،2004، ص :04.

[3] فوزي علي جاد الله،الصحة العامة والرعاية الصحية، دار المعارف،مصر،ط3،1995، ص:28.

[4] فوزي علي جاد الله، المرجع السابق،ص:27.

وقد ذهب المشرع الجزائري تطبيقا لهذه الحقوق الدستورية إلى تكريس واجب المساعدة للعاجزين والأطفال حيث أن تركهم أوتعريضهم للخطر[1] معاقب عليه بنصوص قانون العقوبات[2] وفقا للمواد **314**[3] و **316**[4] منه.

[1] ويندرج ضمن هذا الإطار متولي الرقابة الذي يكون مسؤولا عن الأضرار التي يلحقها للغير الأشخاص الموضوعون تحت رقابته (قرار الغرفة الادارية بالمحكمة العليا رقم52862بتاريخ 16جويلية 1988، المجلة القضائية،العدد01،سنة1991)،وكذلك إهمال المرضى وعدم تفقدهم إذ ينبغي في حالات كثيرة تفقد المرضى باستمرار ودون انقطاع(قرارالغرفة الإدارية للمحكمة العليارقم:75670،بتاريخ13جانفي1991،المجلة القضائية،العدد02،لسنة1996)

[2] إظافة الى عقوبات إدارية تصل حد الإيقاف عن العمل(قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا رقم53246بتاريخ 14فيفري1987،نشرة القضاترقم44،لسنة 1988)أو الحرمان من بعض الحقوق كحق الحضانة،حيث قضت المحكمة العليا بإسقاط الحضانة عن الأم التي تخلت عن ابنتها في المستشفى في وقت كانت في حاجة إليها(قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العلياقم26545بتاريخ25جانفي1982،نشرة القضاة،سنة1982)

[3] نص المادة كما يلي:" كل من ترك طفلا أو عاجزا غير قادر على حماية نفسه بسبب حالته البدنية أو العقلية أو عرضه للخطر في مكان خال من الناس أو حمل الغير على ذلك يعاقب مجرد هذا الفعل بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات، فإذا نشأ عن الترك أو التعريض للخطر مرض أو عجز كلي لمدة تجاوز عشرين يوما فيكون الحبس من سنتين إلى خمس سنوات وإذا حدث للطفل أو للعاجز بتر أو عجز في أحد الأعضاء أو أصيب بعاهة مستديمة فتكون العقوبة هي السجن من خمس إلى عشرة سنوات وإذا تسبب الترك إلى التعريض للخطر في الموت فتكون العقوبة هي السجن عشر سنوات إلى عشرين سنة".

[4] نص المادة كما يلي: كل من ترك طفلا أو عاجزا غير قادر على حماية نفسه بسبب حالته البدنية أو العقلية أو عرضه للخطر في مكان غير خال من الناس أو حمل الغير على ذلك يعاقب لمجرد هذا الفعل بالحبس من ثلاث أشهر إلى سنة وإذا انشأ عن الترك أو التعريض للخطر مرض أو عجز كلي لمدة تجاوز عشرين يوما فيكون الحبس من ستة أشهر إلى سنتين وإذا حدث للطفل أو للعاجز بتر أو عجز في أحد الأعضاء أو أصيب بعاهة مستديمة فتكون العقوبة هي الحبس من سنتين إلى خمس سنوات وإذا أدى ذلك إلى الوفاة فتكون العقوبة هي السجن من خمس إلى عشر سنوات

بل شدد القانون في حال ما اذا كان مرتكب الجريمة من أصول الضحية أو من لهم سلطة عليه أو ممن يتولون رعايته وفقا للمواد **315**[1] و **317**[2] من نفس القانون.

وللقاضي السلطة التقديرية في حرمان الجاني طبقا لهذه المواد من بعض أو كل الحقوق الوطنية الواردة في نص المادة **09** من قانون العقوبات على سبيل الحصر والمتمثلة في:

1- عزل المحكوم عليه وطرده من جميع الوظائف والمناصب السامية في الحزب أو الدولة، وكذلك جميع الخدمات التي لها علاقة بالجريمة.

2- الحرمان من حق الإنتخاب والترشح وعلى العموم كل الحقوق الوطنية والسياسية، ومن حمل أي وسام.

3- عدم الأهلية لأن يكون مساعدا محلفا أو خبيرا أو شاهدا على أي عقد أو أمام القضاء إلا على سبيل الإستدلال .

4- عدم الأهلية لأن يكون وصيا أو ناظرا مالم تكن الوصاية على أولاده[3].

5- الحرمان من الحق في حمل الأسلحة وفي التدريس، وفي إدارة مدرسة أو الإستخدام في مؤسسة للتعليم، بوصفه أستاذا أو مدرسا أو مراقبا.

---

[1] نص المادة كما يلي:إذا كان مرتكب الحادث من أصول الطفل أو العاجز أو ممن لهم سلطة عليه أو ممن يتولون رعايته فتكون العقوبة كما يلي:–الحبس من سنتين إلى خمس سنوات في الحالات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة **314**.

–السجن من خمس الى عشر سنوات في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة المذكورة.

–السجن من عشر سنوات الى عشرين سنة في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة المذكورة.

–السجن المؤبد في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من المادة المذكورة.

[2] نص المادة كما يلي:إذا كان مرتكب الحادث من أصول الطفل أوالعاجز أو ممن يتولون رعايته فتكون العقوبة كما يأتي:– الحبس من ستة أشهر إلى سنتين في الحالة المنصوص عليها في الفقرة **01** من المادة **316**.

–الحبس من سنتين إلى خمس سنوات في الحالة المنصوص عليها في الفقرة **02** من المادة المذكورة.

–السجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات في الحالة المنصوص عليها في الفقرة**03** من المادة المذكورة.

–السجن من عشر سنوات إلى عشرين سنة في الحالة المنصوص عليها في الفقرة**04** من المادة المذكورة.

[3] قرار غرفة الأحوال الشخصية رقم26545 مشار إليه في الصفحة:14.

ب ـ مجانية الرعاية الصحية : وهذا بضمان الحد الأدنى الضروري للخدمات الطبية الكافية في مستشفيات عامة خاضعة لأحكام القانون الإداري[1] لأنها مصالح حكومية[2]، وأموالها أموال عامة والهيئات التي تديرها هي هيئات إدارية، فالمستخدمون المنتمون إليها يخضعون لقانون الوظيف العمومي، وبالتالي تختلف عن المستشفى الخاص الذي يتأثر مباشرة بأحكام القانون الخاص لأنه شخص معنوي غير مندمج في الإدارة ولا يتبع التسلسل الإداري المكون للمستشفيات العمومية[3].

2 ـ على الصعيد الدولي: لقد كرس المؤسس الدستوري الجزائري سمو الإتفاقيات الدولية المصادق عليها من قبل رئيس الجمهورية على كافة التشريعات الوطنية[4]، وبالتالي كان لزاما مطابقة التشريعات الداخلية حتى لا تتعارض مع المعاهدات التي تنظم إليها الدولة الجزائرية إعمالا لمبدأ السمو.

وهذا سرد وجيز لبعض النشاطات على المستوى الدولي الرامية إلى حماية الصحة العامة والرعاية الطبية بشكل خاص وذلك تبعا لأهميتها وتواريخ نشأتها:

أ- أعدت جامعة الدول العربية في اطار نشاطاتها ميثاقا عربيا لحقوق الانسان سنة **2004**، نصت المادة الخامسة منه بحقوق الإنسان الطبيعية في الحياة وسلامة جسده، كما حرص نفس الميثاق على أن تقر الدول الأطراف بحق كل فرد في المجتمع بالتمتع بأعلى مستوى من الصحة البدنية والعقلية يمكن بلوغه و حصول المواطن مجاناً على خدمات الرعاية الصحية الأساسية و مرافق علاج الأمراض من دون تمييز[5]، وهو ما قد يُفهَم بأنها تجيز التجارب على الإنسان عند توافر ركن الرضا[6] .

ب ـ أشارت المادة **03** من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن منظمة الأمم المتحدة بتاريخ **10 ديسمبر 1948** بقرار الجمعية العامة رقم **217** الى حقوق الفرد في السلامة البدنية والحق في الحياة،ونصت المادة **05** من نفس الاعلان على ضرورة توفير الحماية الكافية لسلامة الجسد الإنساني من الإيذاء والإعتداء دون وجه حق.

---

[1] بل وتتكفل الدولة بطلبات النقل للعلاج بالخارج للحالات المستعصية بعدفحص الضحية والأمر بالعلاج في الخارج من قبل طبيب بصفته مستشار للمؤمن وليس طبيب عادي(قرار المحكمة العليارقم 247335بتاريخ03أفريل2001،المجلة القضائيةرقم01،سنة2002)و موافقة اللجنة الطبية الوطنية وهي غير ملزمة بالإستماع للمريض مثلما قضت بذلك الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا(قرار 95003بتاريخ09أكتوبر 1994،المجلة القضائية،العدد01،سنة1995

[2] وبالتالي رفضت الجهات القضائية تعويض المصاريف الطبية للمريض أثناء الإقامة بالمستشفيات الحكومية،(على سبيل المثال قرارالمحكمة العليا رقم 247470بتاريخ 13مارس2001،نشرة داخلية لوزارة العدل،سنة2001)

[3] أحمد محمد سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه ،ص:28.

[4] مادة **150**من الدستور النافذ

[5] مادة **39فقرة01**من نفس الميثاق

[6] متوفر على الموقع:http://www1.umn.edu/humanrts/arab/a003-2.html .

وورد أيضا في المادة **25** من نفس الإعلان إلى حق الإنسان في مستوى كاف من المعيشة للمحافظة على الصحة يتضمن ذلك العناية الطبية وتأمين المعيشة الكافية في حالات المرض والعجز، وقد ورد في نفس المادة رعاية خاصة لمساعدة الأمومة والطفولة[1].

ج - إعلان جنيف للقسم الطبي: وقد تبنته الجمعية العامة الطبية العالمية في جنيف سنة **1948** وله عدة نسخ منقحة آخرها تم صدوره في سنة **2006**[2]، ولهذا الإعلان أهمية بالغة نظرا لتضمن القسم لعدة بنود تكفل حقوقا للمريض بما يحقق مصلحته في إطار أخلاقي ومهني[3].

د - إتفاقية منع إبادة الجنس البشري: تشمل نصوص هذه الإتفاقية حماية لحق الحياة وأمن وسلامة الجسد لجماعة معينة من البشر، كما تجرم أي أفعال تسعى لتدمير كلي أو جزئي لمجموعة قومية أو دينية أو غيرها؛ كقتل أعضاء من الجماعة أو فرض تدابيرللحؤول دون إنجاب الأطفال لدى أعضاء من الجماعة كرها بإلحاق أذى جسدي ظاهر[4].

هـ - الإعلان الأمريكي لحقوق الإنسان وواجبات الانسان لسنة1948: تضمن حق الإنسان في الحياة والسلامة البدنية في مستهل مادته الأولى، كما ورد فيه حق الشخص الطبيعي في المحافظة على صحته عن طريق الإجراءات الصحية والاجتماعية والرعاية الطبية وفقا للموارد العامة للمجتمع من غذاء وإسكان وملبس[5].

---

[1] عمر صدوق ،دراسة في مصادر حقوق الانسان،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،1995،ص:102.

[2] عمر سعد الله،تطور تدوين القانون الدولي الانساني،دار الغرب الاسلامي،لبنان،1997،ص:163.

[3] يتضمن القسم على الالتزامات التالية:**1**أتعهد بكل احترام أن أقدم حياتي لخدمة الانسانية**2**. أقدم احترامي وتقديري لأساتذتي**3**أن أمارس مهنتي وفقا لضميري وشرفي**04**أن أولي صحة المريض الاعتبار الآول**5**أن أحافظ على أسرار مريضي حتى بعد موته**6**أن أحافظ بكل مابوسعي على شرف وأصول المهنة الطبية**7**زملائي هم إخوتي وأخواتي فلن أسمح لأي اعتبارات كالعمر أو العوق أو المعتقد أوالديانة أو الاثنية أوالجنس أوالجنسيةأوالانتماء السياسي أو العرق أو الشذوذ الجنسي أو الأسس الاجتماعية أو أية عوامل أخرى أن تدخل بين واجبي وبين مريضي**8**سأحافظ بكل مابوسعي على صحة الانسان**9**لن أستخدم معرفتي الطبية ضد القواعد الانسانية حتى تحت التهديد

[4] بتاريخ09 ديسمبر 1948 متوفرة على الموقع:

http://www.google.dz/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCQQFjAB&url=http%3A%2F%2Fap.ohchr.org%2Fdocuments%2FA%2FHRC%2Fresolutions%2FA_HRC_RES_7_25.doc&ei=5V0FVf7qF5PTaL_wghg&usg=AFQjCNHNE0TuKI6nc6oGmctTKSmaiFpjsg&bvm=bv.88198703,d.d24

[5] قرار منظمة الدول الامريكية بتاريخ:30أفريل1948:عمر صدوق ، دراسة في مصادر حقوق الانسان ،ص:124.

و- تقنين نورمبورغ للتجارب الطبية[1]: جاء في مادته الأولى ضرورة الحصول على الموافقة الحرة للشخص الخاضع للتجربة الطبية مع وجوب إعلامه بطبيعة التجربة والظروف الملازمة لها كما أن له الحق في إخطاره بكافة الأضرار المحتملة في تلك التجربة.

كما أوجبت المادة الثالثة منه على منع التجريب على الإنسان الطبيعي إلا بعد التحقق من عناصر المشكلة محل البحث والدراسة حين التجربة على الحيوان قبل ذلك، وقد أُعتمد تقنين نورمبورغ من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في **11 سبتمبر 1946** وهذا لأهمية ما يحويه من مبادئ العمل الطبي تتعلق أساسا بالتجارب الطبية وتطوير البحث العلمي في هذا المجال[2].

ز- الاتفاقية الأروبية لحماية حقوق الانسان والحريات الأساسية : وأهم ماجاء فيها إجازة حجز الأشخاص لمنع انتشار مرض معد حيث يكون هذا الإجراء استثناءا على مبدأ حرية الأشخاص في تنقلاتهم، ومن الاستثناءات كذلك ضمن هذه الاتفاقية حجز الأشخاص المصابين بخلل عقلي تقديما لحماية صحة المجتمع عندما يقيد حرية الأفراد درءا لانتشار الأمراض المعدية وهي في نفس الوقت تحمي جسد الانسان الطبيعي حين تقديم التدخل الطبي الواجب أثناء ذلك[3].

كما يتضح في هذه الاتفاقية أنها لم تكتف بحماية حق الانسان في الحياة[4] والأمن الشخصي بل استثنت حماية الصحة من الحريات العامة المكفولة للأشخاص في إعلان ديانتهم ونشاطاتهم[5].

ح - العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية[6]: كفل هذا العهد كذلك حق الانسان في أعلى مستوى ممكن من الصحة، وثمن مجهودات الدول من

---

[1] مأمون عبد الكريم،رضا المريض عن الأعمال الطبية الجراحيةدراسة مقارنة،دار المطبوعات الجامعية،مصر، 2006، ص:43.

[2] حيث نصت المادة **04**من نفس التقنين على مباشرة التجارب الطبية دون إحداث أضرار جسمانية وعقلية على الانسان كما نصت المادة **07**منه على تجنيب الانسان محل التجربة من الاصابة بجروح أوعجز أو وفاة أثناء تأدية التجربة وأضافت المادة **08**على أن تباشر هذه التجارب من قبل باحثين وأطباء أكفاء حيث يتعين على كل واحد فيهم توخي الحيطة والحذر أثناء تأديته لواجباته.

[3] عمر سعد الله،حقوق الانسان وحقوق الشعوب،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2005،ص:352.

عمر صدوق ، دراسة في مصادر حقوق الانسان ،ص:120.

[4] مادة **02**من الاتفاقية

[5] مادة**10**من نفس الاتفاقية

[6] تم اعتماده من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في **16ديسمبر1966**:أحمد مصباح عيسى، الانسان في العالم المعاصر،دار الرواد،ليبيا،2001، ص:103.

أجل تحقيق هذا الهدف من خلال الوقاية من الأمراض المعدية والخطيرة اضافة إلى خفض نسبة الوفيات من المواليد وتأمين العناية الطبية للمريض وكافة الخدمات الطبية اللازمة.

كما جاء في هذا العهد حماية لحق العامل في ظروف عمل صحية من خلال تحسين المستوى المعيشي للعمال مما له علاقة مباشرة في تأمين الرعاية الصحية كالغذاء المناسب والملبس والأكل الصحي ... إلخ.

ط ـ الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية والسياسية[1]**:**وقد أيدت ضرورة خضوع حرية الأفراد في التعبيرعن المعتقد والديانة لقيود تستوجبها حفظ الصحة العامة وحقوق الآخرين في السلامة العامة[2].

كما جرمت حرمان الفرد من حياته بشكل تعسفي وكفلت حقه الطبيعي في الحياة بغير إهانة أو تعذيب أو حتى معاملة قاسية[3] ، وعلى وجه الخصوص وهو الأهم في العمل الطبي أن الإتفاقية منعت اخضاع أي فرد دون رضاه الحر لكافة التجارب الطبية أو العلمية[4].

ي ـ الاتفاقية الأمريكية لحقوق الانسان: ألزمت الاتفاقية الصادرة عن منظمة الدول الأمريكية جميع الدول الأعضاء فيها باتخاذ الصحة كمصلحة عامة والنحو بجميع الإجراءات لأجل ذلك من بينها[5] : الوفاء بالاحتياجات الصحية للأشخاص الفقراء ، وفرض التطعيم العام عند اللزوم بمناسبة الأمراض المتنقلة والوقاية منها كما أشارت الاتفاقية الى أهمية التوعية في علاج المشاكل الصحية والوقاية منها.

كل هذا من شأنه الوفاء بحق كل شخص في مستوى مقبول من الرفاهية البدنية والاجتماعية اعمالا لنص المادة الرابعة من الإتفاقية التي تعطي الحق لكل إنسان في أن تكون حياته محمية، وبشكل عام منذ فترة الحمل.

ك ـ الاعلان الخاص بحقوق المتخلفين عقليا: (1971) [6].

ل ـ اتفاقيات جنيف لسنة 1949[7]**:** وتتكون من أربع اتفاقيات تتضمن بصور مشتركة أحكاما متعلقة بحماية حياة الانسان وأحكاما أخرى وفقا لطبيعة الاتفاقية.

---

[1] صدرت هذه الإتفاقية كذلك عن منظمة الأمم المتحدة في **16ديسمبر 1966**وأصبحت سارية المفعول في **23مارس1976**: أحمد مصباح عيسى، الإنسان في العالم المعاصر ،ص:97.

[2] مواد **22،19،21** من الإتفاقية.

[3] مادة **06**من الاتفاقية

[4] مادة **07**من نفس الاتفاقية.

[5] صدرت بتاريخ **02نوفمبر1969**والملحقة ببروتوكول إضافي دخل حيز التنفيذ في **16نوفمبر1999**: السيد أبو الخير ،نصوص المواثيق والإعلانات والإتفاقيات لحقوق الانسان ،ايتراك للنشر والتوزيع ،مصر،ط1،2005،ص:156.

[6] نواف كنعان،حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والدساتير العربية، مكتبة اثراء،الأردن،ط1 ،2008،ص:108و109.

[7] السيد أبو الخير ، المرجع السابق ،ص:233 ومابعدها.

ـ إتفاقية جنيف لتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان: وأهم ما جاء فيها حضر أفعال الاعتداء على الحياة و السلامة البدنية بشتى أنواع التعذيب والمعاملة القاسية إذ ينبغي جمع الجرحى والمرض والاعتناء بهم[1].

كما حرصت نفس الاتفاقية على وجوب التعامل مع الأشخاص المدنيين والعاجزين عن القتال بسبب المرض أو الجرح بدون تمييز وضمان الحق الإنساني لهم في العلاج والسلامة ، ولأجل هذا فقد خصصت نفس الإتفاقية فصلا كاملا لحماية المستشفيات والمنشآت الطبية المختلفة، إضافة إلى وجوب إحترام وسائل نقل الجرحى والمرض ومختلف المهمات الطبية اللازمة.

ـ إتفاقية جنيف لتحسين حال جرحى ومرض القوات المسلحة في البحار: وقد أيدت نفس الإجراءات الواردة بموجب الاتفاقية الأولى عدا اختلاف جوهري في ظرف المكان حيث عنيت الاتفاقية الأولى بمرضى وجرحى القوات المسلحة في الميدان أما الاتفاقية الثانية فعنيت بنفس الفئة لكن في البحار.

ـ إتفاقية جنيف بشأن معاملة أسرى الحرب: حرصت على بيان الشروط الملائمة للرعاية الطبية للأسرى وسبل حماية عناصر الخدمات الطبية من أجل مساعدة أسرى الحرب.

ـ إتفاقية جنيف بشأن حماية الأشخاص المدنيين زمن الحروب: وتضمنت أحكاما مختلفة متنوعة بحيث ورد فيها تقديم الحماية والاحترام للمرضى والعجزة أثناء الحرب ، كما كفلت تقديم الرعاية اللازمة للأسرى وفقا للمعاملات الإنسانية المتبعة[2].

م -إتفاقية طوكيو للتجارب الطبية :كشفت هذه الاتفاقية لسنة **1977** عن عدة مبادئ وقواعد متعلقة باجراء التجارب الطبية والعلمية على الانسان وألزمت على الطبيب أن يباشر مهامه لخدمة الانسانية والمحافظة على الصحة العامة دون تمييز طيلة حياة الانسان.

كما بينت هذه الاتفاقية من خلال المبادئ الواردة فيها جملة من الأطر التنظيمية للتجارب الطبية بهدف تحقيق التوازن الضروري بين حماية حقوق الانسان من جهة وحق الإنسانية في التطور العلمي من جهة أخرى[3].

ن- الإعلان العالمي لحقوق المعوقين:إعتمدت من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في **09 ديسمبر 1975**[4].

---

[1] مادة**03**من الاتفاقية.

[2] نواف كنعان، حقوق الانسان في الإسلام والمواثيق الدولية والدساتير العربية ،ص:108.

[3] نواف كنعان، المرجع السابق ،ص:109.

[4] نواف كنعان، المرجع السابق،ص:108و109.

س- الإعلان العالمي لمناهضة أشكال التمييز ضد المرأة:اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في **18 ديسمبر 1979**، وقد ورد فيها ضرورة الرعاية الصحية للمرأة خاصة في فترات الحمل إجراءات تكفلها الدول الأعضاء بدءا بإزالة العقبات القانونية والإجتماعية التي تعيق تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في مجال الرعاية الصحية[1]،وأضافت إلى ذلك حق المرأة في رعاية صحية إضافية طبيعية أثناء فترة الحمل.

وبالنسبة للمرأة العاملة فقد كفلت هذه الإتفاقية حق الضمان الإجتماعي للمرأة في حالات المرض وفي اجازة مدفوعة للأمومة وقبل ذلك حضر الأعمال التي تتنافى وحالة المرأة أثناء فترة الحمل وحرصت على الدول الأعضاء تطبيق الاجراءات السابقة[2].

ع- لائحة الاتحاد الدولي للأطباء: صدرت في لشبونة سنة **1981** تضمنت تبيانا لحقوق المريض في إحدى عشرة مادة منها حق المريض في الموت بشكل مُشرِّف وحقه في التبصير أثناء العلاج وحقه في إختيار الطبيب المعالج... الخ.

ف- إتفاقية مناهضة التعذيب لسنة **1987**،وبدأسريانها في 26جويلية من نفس السنة.

ص- الإتفاقية الأروبية لتعزيز وتطوير حقوق المريض[3] : أشارت الى مجموعة من المبادئ من أجل تعزيز وتنفيذ آليات حماية حقوق المرضى في أوروبة وخاصة الدول الأوربية المنتمية لمنظمة الصحة العالمية.

وقد أكدت بداية على حقوق المريض والانسان ككل في الرعاية الصحية حماية للكرامة الإنسانية وإحتراما لها، ولذلك فقد أوردت عدة حقوق للمرضى منها:

- الموافقة المستنيرة للمريض أو من ينوب عنه بمناسبة أي تدخل طبي

- المحافظة على الخصوصية فيما يتعلق بحالة المريض والإلتزام بالسرية في مرحلة التشخيص والعلاج.

هذا وإضافة الى حقوق أخرى كثيرة وردت ببنود الإتفاقية، كما أقرت مجموعة من الأهداف تحدد حقوق ومسؤوليات العاملين في المهن الصحية ومؤسسات الرعاية الصحية الأوروبية دون إستثناء كماأشادت هذه الإتفاقية بأهمية وسائل الإعلام في التوعية والتحسين للأفراد حول الحقوق والواجبات أثناء المرض،حيث أعطت دورا كبيرا للدول المعنية في تعزيز وتنفيذ حقوق المرضى من خلال تعزيز البحوث في هذا الميدان، إضافة إلى إجراء

---

[1] عبلة عبد العزيز عامر،العنف ضد المرأة والحماية المقررة لمواجهته في الشريعة الاسلامية،دار النهضة العربية،مصر،2010،ص:304.

[2] نواف كنعان، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والدساتير العربية ،ص:106.

[3] نشأت هذه الإتفاقية بعد إجتماع منظمة الصحة العالمية لمجلس أوروبة بتاريخ **28مارس1994**.

ملتقيات علمية ومؤتمرات وطنية بفضل الدعم الحكومي بالتعاون مع منظمة الصحة العالمية[1].

ق- الميثاق العربي لحقوق الإنسان لسنة 1997: وتم إعتماده تنفيذا لقرار مجلس جامعة الدول العربية رقم **5427** بتاريخ **15 سبتمبر 1997** ولم يختلف عن سابقه المؤرخ في سنة **1945** عن نفس الهيئة إذ أشار كذلك مثل سابقيه من العهود والإتفاقيات إلى حق الإنسان في السلامة البدنية والحرية إضافة إلى حقوق تهدف بصفة عامة إلى حماية وكفالة الجوانب الإنسانية[2].

ر-الاتفاقية الأوربية لحقوق الانسان والطب الحيوي: انعقدت من قبل المجلس الأوروبي في **04 أفريل 1997** وتدعو إلى حماية هوية جميع البشر بدون تمييز فيما يتعلق بتطبيق البيولوجيا والطب من خلال إحترام كرامة الإنسان وإحترام جميع الحقوق والحريات الأساسية الأخرى.

وتكونت هذه الاتفاقية من **ثماني** فصول وديباجة ، تعرضت للجين البشري والبحث العلمي كما جرمت التربح من خلال زراعة الأعضاء البشرية وتحديد عقوبات مناسبة لذلك وفقا للفصل الثامن من هذه الاتفاقية.

ش- الاعلان العالمي بشأن الجينات البشرية وحقوق الانسان[3]: صدر هذا الإعلان في نوفمبر **1997** عن المؤتمر العام لليونسكو ، أهم ما جاء في أهدافه ضرورة إحترام الكرامة الانسانية للانسان مهما كانت سماته الوراثية.

ت- ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي: صدر سنة **2000**، وتضمن حق الإنسان في سلامة الجسد مثل سابقيه من الإتفاقيات الدولية والإقليمية، كما أوضحت هذه الإتفاقية بأن رضا المريض في مجال الأعمال الطبية من الحقوق اللصيقة بحماية الجسد الآدمي ، إضافة لتجريم التكسب المالي من جسم الإنسان وبيع أجزائه إذا كان التبرع بأعضاء جسم الانسان لأغراض انسانية وعلاجية[4].

وعليه فإن مقصد العلاج الطبي يرتكز على قصد الشفاء الذي يملك زمام المبادرة إليه المريض ويعززه قرار الطبيب المؤهل صاحب الخبرة العلمية.

---

[1] غادة فؤاد مجيد المختار،حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المقارن ، منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان، ط1، 2011،ص:58.

[2] مادة **02**من الميثاق.

[3] وائل أنور بندق ،التنظيم الدولي لحقوق الانسان ،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،ط1 ،2004،ص:230.

[4] مادة**38**من الميثاق

كما أن قصد الشفاء أكدته الشريعة الإسلامية وألحت عليه القوانين الوضعية سواء على الصعيد الوطني ممثلا في المواد القانونية المسطرة من طرف المشرع الجزائري أو القرارات القضائية.

أما على المستوى الدولي فيتجسد هذا المقصد من خلال الاتفاقيات الدولية وجهود المنظمات العالمية التي حرصت على وجوب رعاية قصد الشفاء للمريض.

المطلب الثاني: توافق العلاج الطبي والأصول العلمية الثابتة :

الفرع الأول: مفهوم العلاج الطبي:

أولا :العلاج الطبي لغة

العلاج الطبي في اللغة مركب من لفظين:

1- العلاج: يقال: عالج الشيئ مُعالَجة وعِلاجًا: زاوله، وعالَج المريض معالجة وعِلاجا: عاناه والمُعالِج: المُداوي سواء عالج جريحا أو عليلا[1] ، وفي حديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت عائشة: **"ما آسى على شيئ من أمرعبد الرحمان بن أبي بكر إلا خصلتين، أنه لم يُعالج، ولم يدفن حيث مات "** [2]قال الأزهري[3] ويكون معناه أن علته لم تمتَدْ به فيعالج.

من هذا المنظور أجد أن لفظ العلاج يراد به مداواة العليل ومزاولة أسباب العناية به[4].

2- الطبي: من الطب وهي المداواة إذ يقال" ما كنت طبيبا ولقد طببت" أي صرت طبيبا، وأستطبه فلان: أي وصف له الدواء والطب أيضا علاج الجسم، والطبابة حرفة الطبيب، وهو صاحب علم الطب وكل ماهو حاذق بعمله[5].

وقد يتداخل العلاج الطبي والعمل الطبي لما بينهما من علاقة احتواء، ويكتمل المعنى عند بحث المعنى اللغوي للفظ (عمل) إذ يقال: الاعتمال:افتعال من العمل أي أنهم يقومون بما يحتاج إليه من عمارة وزراعة وتلقيح وحراسة ونحو ذلك وأعمل فلان ذهنه في كذا إذا دبره بفهمه[6] .

فالعمل الطبي أوسع نطاقا من العلاج الطبي، لأن العمل الطبي قد يكون تجربة طبية بحتة وغيرها، فكل علاج طبي هو عمل طبي، لكن ليس بالضرورة أن يكون كل عمل طبي هو علاج طبي.

---

[1] ابن منظور جمال الدين ،لسان العرب، دار الحديث ، مصر،2003 ،ج6ص :394.

[2] ابن الأثير،النهاية في غريب الحديث والأثر،دار ابن الجوزي،المملكة العربية السعودي،1421ه،ص:636.

[3] هو:أبو منصور محمد بن أحمد بن أزهر بن طلحة بن نوح الأزهري الهروي،ولد سنة282ه بمدينة هراة،تتلمذ عن ابن السراج النحوي وغيره اشتهره بتحصيله في علمي الفقه واللغة من أهم مؤلفاته تهذيب اللغة الذي ألفه بعد السبعين من العمر توفي سنة370ه بمدينة هراة:الأنباري أبو البركات،نزهة الألباء في طبقات الأدباء،تحقيق ابراهيم السامرائي، مكتبة المنار،الأردن،ط3،1985،ص:238.و ابن خلكان شمس الدين ،وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق احسان عباس،دار صادر،لبنان،دون تاريخ،ج2ص:334.

[4] ابن منظور ، المرجع السابق ، ج6ص:395.

[6] ابن منظور، المرجع السابق ، ج5ص:556.

[7]ابن منظور، المرجع السابق ، ج6ص:445.

ثانيا- العلاج الطبي إصطلاحا:

عرفت المادة **01** من قانون مزاولة مهنة الطب المصري رقم **415** المؤرخ في سنة **1954** بأن العلاج الطبي هو" ابداء مشورة طبية أو عيادة مريض أو اجراء عملية جراحية أو مباشرة ولادة أو وصف أدوية أو أخذ عينة من العينات التي تحدد بقرار من وزارة الصحة العمومية من جسم المرضى الآدميين للتشخيص الطبي العملي بأية طريقة كانت أو وصف نظارات طبية وبوجه عام مزاولة مهنة الطب بأي صفة كانت".

ومن هذا النص يتضح أن المشرع المصري قد حدد مفهوم العلاج الطبي بمزاولة مهنة بأي صفة كانت يكون قد أعطى مفهوما واسعا جدا لمعنى العلاج الطبي يجعله بذلك يتداخل مع مفهوم العمل الطبي في سمات عدة.

ذلك أن المشرع المصري قد أقرن تعريف العلاج الطبي بمزاولة مهنة الطب بشكل عام، وهذا مايعكس الاختلاف الواضح في الوصول إلى تعريف أنسب للعلاج الطبي.

ولهذا حصل اختلاف في مفهوم العلاج الطبي و في كل مرة يكون له تعريف يختلف في جوهره عن غيره.

1- تعلق مفهـــوم العلاج الطبي بالغاية المرجوة: ويستند هذا الرأي على اعتبار المرض خطر يهدد الحياة الانسانية وينبغي ازالته للعودة بالجسم البشري إلى الحالة الطبيعية[1].

وقد عرف العلاج الطبي أيضا بأنه" ذلك الجانب من المعرفة الذي يتعلق بموضوع الشفاء وتخفيف المرض ووقاية الناس من الأمراض"[2].

وقد قصر هذا الجانب من النسق في تعريف العلاج الطبي على طمس الدور الجوهري للطبيب كحلقة رئيسية في تشخيص المرض ووصف العلاج اللازم حين اقترن مفهوم العلاج الطبي وفقا لهذا الرأي بجوانب المعرفة المكتسبة المتعلقة بموضوع الشفاء والوقاية من الأمراض.

ولم يتم تبيان طبيعة الشخص المتلقي لهذا الكم المعتبر لهذه المعارف وهنا يكمن الإختلاف الموضوعي بين الطبيب وغيره،وبعبارة أخرى أنه من هذا الجانب لم يكن مانعا من دخول فئات أخرى في التطبيب لاتحمل مواصفات الطبيب نحو المشعوذين والسحرة والكهنة وغيرهم[3].

---

[1] عبد العزيز المراغي ،مسؤولية الأطباء ،مجلة الأزهر،عدد 20 ،ص:95مشار اليه في (أحمد سلمان شهيب،عقد العلاج الطبي . دراسة مقارنة ، منشورات زين الحقوقية،مصر،ط1،2012.،ص:25).

[2] شريف الطباخ ،جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها،دار الفكر الجامعي،مصر،2005،ص:87.

[3] ولكن يبدو لي أن التطبيب لفظ عام واسع يشمل المعالجة والاستشفاء وإعطاءالاستشارات وإجراء التشخيصات والقيام بالتدخلات الجراحية وغيرها.

إضافة الى أن الطب لا يقوم فقط على موضوع الشفاء بل تنتهي دونه الأعمال الأخرى التي تكون غايتها المحافظة على صحة الإنسان وسلامته كإعطاء الإستشارات العلاجية وبعض الأفعال المتعلقة بالكشف عن المرض وتشخيصه وإجراء التدخلات الجراحية ووصف الدواء.

كما أن تبيان طبيعة الشخص الممارس لتصرف معين كحالة الطبيب مثلا يؤدي بالضرورة إلى فهم طبيعة المسؤولية الناجمة عن أعماله حال الإهمال أو التقصير وحتى في حالة الخطأ.

2- باعتبار تعلقه بطبيعة السلوك:

لكي لا يكون علم الطب عرضة لكل من رغب في ممارسته من غير المختصين وهو الأمر الذي قد يهدد سلامة المريض وربما يزعزع الثقة التي تربطه بالطبيب[1]؛ فقد تعلق مفهـــوم العلاج الطبي وفقا لهذا الرأي بوجود الطبيب الحاذق الحاصل على شهادة علمية في مجال الطب حيث تكون تصرفاته في منحى القواعد المسلم بها في علم الطب.

وفي نحو هذا فقد عُرِّفَ العلاج الطبي مرة بأنه" كل ما يصدر من طبيب من شأنه التعامل مع علة نفسية أو جسدية يعاني منها الفرد بقصد إيصاله إلى أفضل حالة صحية ممكنة"[2].

ومن هذا يتضح أن إعتبار جميع التصرفات الصادرة من الطبيب الرامية إلى أفضل رعاية صحية للشخص الطبيعي تدخل ضمن مفهـــوم العلاج الطبي يجعل هذا التعريف يشترك مع سابقه في عدة أوجه منها:

أ- العلاج الطبي هو نشاط الطبيب عند محاولته إزالة علة نفسية أو جسدية للإنسان على إختلاف مسبباتها من جروح أو حروق أو كدمات أو حالة شلل... الخ.

ب - كما أن التعريفين يشتركان في القصد فكلاهما يشيد بضرورة تحقيق الغاية المرجوة من التدخل العلاجي وهو الشفاء الكامل أو مايقاربه للإنسان أو على الأقل بذل الجهد اللازم في تحسين حالة المريض بقصد التخفيف من معاناته الصحية قدر الإمكان حتى وإن كانت حالته ميؤوس منها.

---

[1] ممدوح المسلمى،النظام القانوني لممارسة الطب البديل والمسؤولية المدنية،دار النهضة العربية،مصر،2005،ص:23.

[2] هذا التعريف منقول عن أحمد سلمان شهيب ،عقد العلاج الطبي . دراسة مقارنة ،منشورات زين الحقوقية،مصر، ط1،2012،ص:21.

3 - أوجه الاختلاف بين التعريفين: يكون وجه الاختلاف بين التعريفين أن في المفهوم الأول لم يتم تبيان طبيعة الشخص القائم بالنشاط الطبي ؛ بينما الرأي المخالف يَشترِط صدور الأفعال عن شخص محدد وهو الطبيب لأن إصباغ العمل المبذول بصفته الطبية مقرون أساسا بدور هذا الأخير لما يكتسبه من مؤهلات علمية وفنية تفرقه عن باقي المهنيين[1].

كما أن إشتراط صدور الفعل من الطبيب يجعل هذا الفعل علاجا طبيا حتى وإن نُفِّذَ بشتى الوسائل التي يستخدمها مع الحفاظ على الضابط الوحيد وهو بذل الجهد من أجل تحقيق غاية الشفاء للمرضى أو تحسين حالتهم الصحية ضمن حدود المنطق العلمي.

وعلى هذا سبقت تعريفات على هذا النحو تُثَمِّنُ أهمية اتباع منهج القواعد المتعارفة في علم الطب حيث يكون العلاج الطبي"هو كل فعل يخضع للقواعد المسلم بها في علم الطب، والقواعد المستمدة من الخبرة الطبية ، ويتعين خضوعه لهذه القواعد من ناحيتين: من حيث تحديد الحُلَّة التي تستدعي القيام به ثم من حيث كيفية تنفيذه"[2].

ويرتكز هذا التعريف على عنصر الخبرة الطبية في اشارة واضحة لطبيعة الشخص المباشر للعلاج الطبي ، مع اختلاف لفظي في اعتبار العلاج الطبي " كل فعل" يخضع للقواعد الطبية.

وعلى هذا فقد وردت تعاريف كثيرة أخرى تنم عن الاعتبار نفسه[3]، غير أن ما يثار في شأن العلاج الطبي هو مدى اتساع مفهومه إلى احتواء الأفعال التي تهدف الى درء

---

[1] حيث تكون المهن والنشاطات الاخرى السائدة تتطلب في مرات كثيرة مجهودا أقل ووعاءا معرفيا ضيقا ومختلفا عن المجال الطبي،والأهم أن هذه النشاطات تكون في الغالب بهدف الربحية لا لغرض آخر وهو مايتنافى مع قواعد مهنة الطب: (سيد قرني أمين نصر،أصول مهنة الطب،دار النهضة العربية ،مصر،ط1،2000،ص:03.

[2] محمود نجيب حسني،الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قنون العقوبات،مجلة القانون والاقتصاد،السنة29،العدد 03،مطبعة القاهرة،1959،ص:563مشار إليه في أحمد سلمان شهيب ، عقد العلاج الطبي ،ص:23.

[3] فقد جاء تعريف العلاج الطبي عند البعض بأنه"ذلك النشاط الذي يقوم به الطبيب وفقا للقواعد والاصول الطبية ويتوخى فيه شفاء المريض من المرض الذي ألم به أو التحوط من الاصابة بالمرض (عادل عدة ابراهيم ،حق الطبيب في ممارسة الاعمال الطبية ومسؤوليته الجنائية (أطروحة دكتوراه،جامعة بغداد،كلية القانون،1977)ص:37مشار إليه في أحمد سلمان شهيب ، المرجع السابق ،ص:21).

الأمراض والوقاية منها علاجا طبيا،حيث وردت تعريفات تشير إلى ذلك في تحديد مفهوم العلاج الطبي[1].

ومع رفض واضح للبعض في إعتبار الوقاية من المرض علاجاطبيا بحجة أن الوقاية من المرض سابقة للمرض نفسه في حين أن العلاج الطبي لاحق لوقوع المرض وعليه لاتتسع دلالة مصطلح" **العلاج الطبي**" لجميع الأنشطة الوقائية للطبيب من الأمراض[2].

و يتضح أن هذه الحجة واهية في تفسير بعض الأعمال الطبية ومدى تصنيفها إلى علاج طبي أو وقائي كالعزل الصحي مثلا، لأنه نشاط طبي بامتياز لكن الهدف منه غير واضح في مرات كثيرة، حيث يكون تارة علاجي للانسان البائن مرضه ويكون وقائيا بالنسبة للكثير حين يساهم في عدم انتشار الأمراض المتنقلة حتى وإن كان يظهر بأن الشخص غير مصاب.

الفرع الثاني: احترام الأصول العلمية في العلاج الطبي.

أصبح ما يتعرض له الكثير من المرضى من مخاطر جسيمة نتيجة لتطور بعض الأمراض من السيئ إلى الأسوء في فترات زمنية متقاربة ينمي ويثري البحوث المتلاحقة والحديثة في مجال العلوم الطبية ابتغاءا لبلوغ قدر من العلم اللازم لبذل مجهود صادق يتفق مع العناية الواجبة على الطبيب تجاه المريض[3] ، فلهذا يتطلب من الطبيب بذل أقصى الجهد في العديد من الأعمال بما يكفل اتباع بعض العادات الطبية الشائعة والمستحدثة ببعض البدائل الحديثة الجاري عليها العمل بين الأطباء[4].

---

[1] "الأصل في العلاج الطبي أن...يستهدف التخلص من مرض أو تخفيف حدته أو مجرد تخفيف آلامه،ويعد كذلك من قبيل الأعمال الطبية مايستهدف الكشف عن أسباب سوء الصحة ابتغاء علاجها فيما بعد ومايستهدف الوقاية من مرض تخشى الإصابة به"(AhmedCHARAFELDINEK. DROIT DE LA TRANSPLANTATION DORGANES etudecomparative these paris2;p 75;76.1975)مشار إليه في أحمد سلمان شهيب، عقد العلاج الطبي ،ص:24.

[2] أحمد سلمان شهيب، المرجع السابق ،ص:22.

[3] محسن البيه، نظرة حديثة إلى خطا الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية.مكتبة الجلاء الجديدة،مصر،1990،ص:274.

[4] قرار الغرفة الادارية بالمحكمة العليارقم **83564** الصادر في الجزائر بتاريخ: **1994/12/04**.

قرار غرفة الجنح والمخالفات بالمحكمة العليا رقم:**128892** الصادر في الجزائر بتاريخ: **1995/12/26**.

قرار مجلس الدولة رقم: **6186** الصادر في الجزائر بتاريخ: **2003/01/21**.

أولا ـ فحص المريض قبل مباشرة العلاج

إن الهيئات الاستشفائية ملزمة قانونا بتقديم العناية الكافية للمريض بدءا بفحص المريض فحصا دقيقاً متحسسا مواطن الداء، حيث يستمع إلى شكوى المريض ويحصل منه أو من مرافقيه على كافة المعلومات المساعدة في تَدبُّر واختيار العلاج الأمثل.

وعلى الطبيب في هذا استخدام الفطنة اللازمة المكتسبة من خبراته العلمية في المجال الطبي[1]، لأن مرحلة التشخيص هذه تؤسس لمراحل أخرى في علاج المريض، قد تؤدي بالطبيب عند غياب فطنته إلى تشخيص خاطئ وبالتالي الانحراف عن اجراءات الفحص الصحيح، ويمكن للطبيب الإستعانة بالتجهيزات والوسائل الطبية الضرورية التي وصلت إليها الأبحاث الطبية المستجدة[2].

وعند البدء في مباشرة الفحوص اللازمة لا يمكن للطبيب التخلي عن المريض ولا تنتهي مسؤوليته إلا إذا حال بينه وبين المريض أمر غير عادي يمنعه من مباشرة العلاج كالقوة القاهرة[3].

وعلى هذا فقد سرى القضاء الفرنسي منذ سنة **1835**[4] بمساءلة الطبيب لأنه ترك مريضه وتخلى عن علاجه وان يزوره عندما طلب إليه ذلك حيث كان في حاجة إليه وكانت أحكام القضاء في ذلك مؤسسة بناءا على الاهمال والخطأ الجسيم.

وهذا ماحكم به مجلس الدولة الجزائري في القرار رقم **7683** الصادر بتاريخ **2003/03/11**، جاء فيه "حيث أنه وبعد الفحص الطبي[5] الذي أجرى للمريضة بعيادة خاصة يوم **1998/10/8** اتضح أن المريضة كانت على وشك الوضع المسبق حيث إن أعراض الولادة بدأت على الساعة **8** مساءا عن طريق انقطاعات الأعراض وأن أطباء العيادة السابقة الذكر لم يحركوا ساكنا، وعلى الساعة **9** ليلا وجهت المريضة الى المستشفى الجامعي وهران مصلحة الولادات التي هي بدورها رفضت استقبالها بسبب أن قاعات

---

[1] وعلى هذا تعد مرحلة التشخيص مرحلة مفصلية أثناء العلاج وهذا مايؤكده القضاء بضرورة تشخيص المريض من قبل طبيب عقلي نفسي بسيكياتري وليس من قبل مختص في أمراض الأعصاب رغم تقارب الاختصاصين وتداخلهما في بعض الأحيان(قرارالمحكمة العليا 265727بتاريخ13فيفري2002،المجلة القضائية02،سنة2002).

[2] قرار مجلس الدولة رقم: **7733** الصادر في **11 مارس 2003**.

[3] سيد قرني أمين نصر، أصول مهنة الطب ، ص: 84-85.

[4] لقمان فاروق حسن نانه كه لى،المسؤولية القانونية في العمل الطبي،ص:17.

[5] الفحص الطبي هو بداية العمل الذي يباشره الطبيب،ويتمثل في ملاحظة العلامات أو الدلائل الاكلينيكية لمظهر المريض وجسمه(محمد الشنقيطي،أحكام الجراحة الطبية والأثار المترتبة عنها، مكتبة الصحابة ،المملكة العربية السعودية،ط2،1994، ص:210 ومابعدها).

العمليات كانت مملوءة... وأن موقف الأطباء في المستشفى هو الذي سبب ذلك للمريضة لأنه كان عليهم أن يدخلوها في قاعة الجراحة لكي يقوموا بتوليدها... ونتيجة هذا الإهمال وقعت في حالة غيبوبة ولم تستيقظ الا بعد **16** يوما في مصلحة الانعاش وبعد ذلك تعرضت لعدة عمليات جراحية في الجهاز البولي كما أنها فقدت رحمها وقدرتها على الانجاب وعدم قدرتها على القيام بواجباتها الزوجية الشرعية وهي مجبرة على اتباع الأدوية والتردد على الأطباء باستمرار وعليه في شأن مسؤولية المستشفى قد أصبحت ثابتة"[1].

بل إن القضاء الفرنسي حمل في حكم له صادر بتاريخ **1909**[2] قضى بأن الطبيب الذي يشرع في معالجة مريض ثم يترك مسكنه دون أن يترك عنوانه أو يترك طبيبا آخر بدلا منه يكون قد ارتكب اهمالا واضحا يعرضه الى تحمل ذلك من فقد أتعابه أو ما ينشأ عن ذلك من أضرار، وقد جرى العمل الطبي في مرات كثيرة إلى إجراء فحوص شاملة على المريض بغرض تشخيص الحالات المرضية تشخيصا سليما كإجراء تحاليل مختلفة للدم، والبول، وعمل الأشعة ورسم القلب ...الخ.

ثانيا ـ إختيار أسلوب العلاج المناسب

إثر البحوث المستجدة؛ فإن طريقة ما من طرق التشخيص والعلاج، قد تكون متبعة ومتعارفة بحيث تدرس حتى لطلاب الطب نتيجة لفاعليتها في شفاء المريض أو تخفيف الآلام، لكن بمرور السنين والشهور تظهر أدوية جديدة وطرق فنية متطورة مقبولة كذلك فيبدو عندها بأن احدى الطرق العلاجية سيلغي الطرق الأخرى خاصة في ظل التطور التركيبي للأدوية والآلات الطبية والفنية.

وعليه فإن هذا كله لا يلغي مشروعية الأطباء عند اللجوء إلى الأساليب القديمة للعلاج الا إذا نصح بعدم اللجوء الى اتباعها عند التأكد من عدم جدوى ذلك[3].

ومن ثم يتم التأكيد في كل مرة على ضرورة تحيين المعلومات والمكتسبات بما يكفل مواكبة كل جديد في مجال العلوم الطبية سواء على صعيد التشخيص الطبي وفنونه المختلفة أو على مستوى الفحص وأساليبه المتعددة أو غير ذلك، ومن ثم فإن بذل العناية اللازمة في علاج المرضى يعتمد على طبيب حاذق ملم بأحدث المعلومات العلمية حتى لا يرتكز عمله

[1] نشرة داخلية لوزارة العدل بتاريخ 2003/03/11.

[2] حكم محكمة مرسيليا سنة **1909**:سيد قرني أمين نصر، أصول مهنة الطب ، ص: 85.

[3] محسن البيه، نظرة حديثة الى خطا الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية ، ص: 139.

على ما جرى عليه العمل بين الأطباء في حِقبات زمنية غابرة قد توقعه تحت طائلة المسؤولية إذا ما نشأت عن ذلك أضرار للمرضى[1].

ولكن هذا لا يلغي حرية الطبيب في اتباع وسائل قديمة تقديرا منه بفائدتها للمريض فيقوم بتطبيقها عليه، ولهذا تنتفي مسؤولية الجراح عن النتائج المترتبة عن العملية غير الحديثة المعروفة لدى جمهرة الأطباء، بعد موافقة المريض باجرائها قصد التخفيف من آلامه حتى لو لم يُعلِمه الجراح بالمضاعفات التي يعد وقوعها حالة شاذة جدا ونادرة[2].

وبالنسبة لاستعمال الأجهزة الشائعة في المجال الطبي، فإن القضاء الجزائري[3] يجيز مساءلة الطبيب عند عدم مسايرته للمخترعات الحديثة، لكن هذه المسؤولية لا تقوم على أساس الخطأ وانما مسائلته مبدئيا على مخالفة عقد العلاج.

فلهذا تفرض قواعد مهنة الطب أن يولى للأجهزة المستخدمة والمعدات الطبية على شتى أنواعها عناية فائقة لأن من شأن استخدامها أو اهمالها بشتى الطرق أن يتسبب في حدوث ضرر لكثير من المرضى وترتب عن ذلك قيام مسؤولية الطبيب عند استخدامه لأداة غير صالحة في علاج المريض وهو ما قضت به محكمة السين في فرنسا بتاريخ **1901/03/08**[4].

ولهذا لزم على الطبيب عند كل إستعمال فحص الأجهزة المتوفرة والموضوعة تحت تصرفه فحصا جديدا في كل مرة، ويتعدى دوره كذلك الى معاينة الأدوات الطبية المستعملة كذلك كالمنضدة التي يرقد عليها المريض عند الفحص أو إجراء الجراحة اللازمة، فعلى الطبيب التأكد من أن هذه الأدوات غير متصلة بمختلف العوامل المضرة كالكهرباء مثلا وإلا إنعقدت مسؤوليته عما ينشأ عن ذلك من أضرار[5].

ولأن الحالات المرضية لا تتطابق تمام المطابقة يرى فقهاء القانون ضرورة ترك جانب من الحرية للطبيب في التصرف بحسب مهاراته الشخصية وخبرته كأن يطبق علاجا

---

[1] ولقد أيد القضاء الجزائري قرار عزل ممرضة كانت محل تقرير من الطبيب المعالج يزعم من خلاله أن المدعية أصبحت خطرا على المرضى لكونها خالفت تعليمات الطبيب بالنسبة لأحد المرضى وذلك لماأقعدته على الكرسي المتحرك وهو في حالة صحية لا تسمح له بذلك(قرار مجلس الدولة رقم 12096 بتاريخ 20ماي2003،نشرة داخلية لوزارة العدل،2003.)

[2] محكمة استئناف جرونوبل في **1949/01/05** : منير رياض حنا، المسؤولية المدينة للأطباء والجراحين، ص: 151.

[3] وعليه قد حمل القضاء الجزائري المسؤولية لطبيب من باتنة بمجرد قيامه بعملية نزع الخانة على مستوى نهاية الأنف عند إثبات الخبرة القضائية أن مثل هذه التدخلات الجراحية لاتتم في الجزائر حتى وإن ثبت أن الطبيب بذل عناية الرجل العادي(قرار مجلس الدولة 8090 بتاريخ 03جوان2003،نشرة داخلية لوزارة العدل،2003.)

[4] شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها ، ص:157.

[5] شريف الطباخ، المرجع السابق،ص:66.

شخصيا خاصا به لأن قواعد مهنة الطب لم تفرض على الطبيب مجانبة الإبداع والركن إلى الجمود على أن يكون أسلوب العلاج مؤسسا علميا وفقا لنظريات طبية شائعة[1].

وقد تبنى المشرع الجزائري هذا الرأي منذ زمن حيث نص في المادة **11** من قانون مدونة أخلاقيات الطب الصادرة في **08 جويلية 1992** على أن للطبيب الحرية الكاملة في وصف العلاج المناسب الذي يراه أكثر ملائمة للحالة المرضية، وأضافت المادة **09** من نفس القانون بان الإستقلال المهني للطبيب لا يمكن التنازل عنه بأي شكل من الأشكال.

ثالثا- تغليب المصلحة العلاجية للمريض

يتعين على الطبيب أن يختار العلاج الذي يداوي العلة التي يعاني منها المريض مؤسسا تصرفاته الطبية تلك على أسانيد دينية وعلمية أو جزها في ما يلي:

1 - في القرآن الكريم: وردت في كتاب الله آيات عديدة تحث على الخير وأهله، وتبشر الداني منه والساعي إليه فقال سبحانه وتعالى في محكم التنزيل: ﴿ وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلاَ تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُواْ ٱللَّهَ إِنَّ ٱللَّهَ شَدِيدُ ٱلْعِقَابِ﴾[2]،وقال أيضا في موضع آخر:﴿ وَأَحْسِنُوٓاْ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُحْسِنِينَ﴾[3].

إضافة إلى آيات أخرى تشيع الأخلاق الحميدة بين البشر، أخلاق الأخوة في الدين والتراحم بينهم حيث يقول سبحانه وتعالى: ﴿ إِنَّمَا ٱلْمُومِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُواْ بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُواْ ٱللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ ﴾[4] ،وقال أيضا في آية أخرى: ﴿ مُّحَمَّدٌ رَّسُولُ ٱللَّهِ وَالذِينَ مَعَهُۥ أَشِدَّآءُ عَلَى ٱلْكُفَّارِ رُحَمَآءُ بَيْنَهُمْ﴾[5].

كما وردت آيات أخرى تستفيض في حقيقة تشريف النفس البشرية ووجوب إحترامها والنهي عن التعدي عليها بالقتل منها قوله تعالى: ﴿ وَلاَ تَقْتُلُواْ ٱلنَّفْسَ ٱلتِى حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ

---

[1] ابراهيم الحلبوسي،الخطأالمهني والخطأالعادي في إطار المسؤولية الطبية دراسة مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،2007، ص: 70.

[2] سورة المائدة ،الآية: 02.

[3] سورة البقرة ،الآية:195.

[4] سورة الحجرات ،الآية: 10.

[5] سورة الفتح،الآية:29.

وَمَن قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰناً فَلاَ يُسْرِف فِّي ٱلْقَتْلِۖ إِنَّهُۥ كَانَ مَنصُوراً ﴾[1]، وقال أيضا ﴿ وَالذِينَ لاَ يَدْعُونَ مَعَ ٱللَّهِ إِلَٰهاً ءَاخَرَ وَلاَ يَقْتُلُونَ ٱلنَّفْسَ ٱلتِى حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ وَلاَ يَزْنُونَۚ وَمَنْ يَّفْعَلْ ذَٰلِكَ يَلْقَ أَثَاماً يُضَٰعَفْ لَهُ ٱلْعَذَابُ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ وَيَخْلُدْ فِيهِۦ مُهَاناً﴾[2].

وحرم القرآن الكريم بعض العادات المنكرة التي كانت سائدة زمن الجاهلية من قتل الذرية على أشكالها إناثا أوذكورا لقوله تعالى: ﴿ وَكَذَٰلِكَ زَيَّنَ لِكَثِيرٍ مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ قَتْلَ أَوْلَٰدِهِمْ شُرَكَآؤُهُمْ لِيُرْدُوهُمْ وَلِيَلْبِسُواْ عَلَيْهِمْ دِينَهُمْۖ وَلَوْ شَآءَ ٱللَّهُ مَا فَعَلُوهُۖ فَذَرْهُمْ وَمَا يَفْتَرُونَ ﴾[3]، وجاء في نفس السورة أيضا وصف لحالهم: ﴿ قَدْ خَسِرَ ٱلذِينَ قَتَلُوٓاْ أَوْلَٰدَهُمْ سَفَهاً بِغَيْرِ عِلْمٍ وَحَرَّمُواْ مَارَزَقَهُمُ ٱللَّهُ ٱفْتِرَآءً عَلَى ٱللَّهِۚ قَد ضَلُّواْ وَمَا كَانُواْ مُهْتَدِينَ ﴾[4].

كما نجد في القرآن الكريم آيات صريحة كثيرة تنهى على القتل ويقرنها بفواحش الفعل فقال سبحانه وتعالى ﴿ قُلْ تَعَالَوْاْ أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبُّكُمْ عَلَيْكُمْۖ أَلاَّ تُشْرِكُواْ بِهِۦ شَيْئاًۖ وَبِالْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰناًۖ وَلاَ تَقْتُلُوٓاْ أَوْلَٰدَكُم مِّنْ إِمْلَٰقٍۖ نَّحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْۖ وَلاَ تَقْرَبُواْ ٱلْفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَۖ وَلاَ تَقْتُلُواْ ٱلنَّفْسَ ٱلتِى حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلاَّ بِالْحَقِّۚ ذَٰلِكُمْ وَصَّىٰكُم بِهِۦ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ ﴾[5].

[1] سورة الإسراء، آية: 33.

[2] سورة الفرقان، الآية: 68.

[3] سورة الأنعام، الآية: 137.

[4] سورة الأنعام، الآية: 140.

[5] سورة الأنعام، الآية: 151.

2 ـ من السنة النبوية الشريفة: فقد وردت عدة أحاديث تحث على مجابهة المرض ومداواته حيث قال صلى الله عليه وسلم: (**نعم ياعباد الله تداووا، فإن الله لم يضع داء إلا وضع له شفاء الا داء واحد، قالوا: يارسول الله وماهو؟ قال: الهرم)**[1]، كما ورد عن نبينا محمد صلى الله عليه وسلم أحاديث عدة في مسألة الوقاية من الأوبئة والأمراض الأخرى المختلفة حيث قال: **(الطاعون رجز أرسل على طائفة من بني إسرائيل، أو على من كان قبلكم،فإذا سمعتم به بأرض ،فلا تدخلوا عليه،وإذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا فرارا منه)**[2].

وفي ذلك أيضا يروى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه حين خرج الى الشام، فلما وصل الى منطقة قريبة منها يقال لها (سرغ)، بالقرب من اليرموك حاليا، فلقيه أمراء الأجناد أبو عبيدة بن الجراح[3] وأصحابه، فاخبروه أن الوباء قد وقع بأرض الشام فقال عمر رضي الله عنه أدع لي المهاجرين الأولين، فدعاهم فاستشارهم واخبرهم أن الوباء قد وقع بالشام، فاختلفوا، فقال بعضهم: قد خرجت لأمر ولا نرى أن ترجع عنه، وقال بعضهم: معك بقية الناس وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نرى أن تقدمهم على هذا الوباء، فقال: ارتفعوا عني، ثم قال: أدعوا لي الأنصار، فدعاهم فاستشارهم، فسلكوا سبيل المهاجرين، واختلفوا كاختلافهم، فقال: ارتفعوا عني، ثم قال: أدع لي من كان هاهنا من مشيخة قريش من مهاجرة الفتح، فدعاهم فلم يختلف منهم عليه رجلان، فقالوا: نرى أن ترجع بالناس ولا تقدمهم على هذا الوباء، فنادى عمر في الناس إني مصبح على ظهر فأصبحوا عليه، فقال أبو عبيدة بن الجراح: أفرار من قدر الله؟ فقال عمر لو غيرك قال يا أبا عبيدة، نعم، نفر من قدر الله إلى قدر الله، أرأيت لوكان لك إبل هبطت واديا له عدوتان احداهما خصبة والأخرى جدبة، أليس إن رعيت الخصبة رعيتها بقدر الله وإن رعيت الجدبة رعيتها بقدر الله؟ قال: فجاء عبد الرحمن بن عوف[4] وكان متغيبا في بعض حاجته، فقال: إن

---

[1] سبق تخريجه،ص:04.

[2] أخرجه البخاري،كتاب أحاديث الأنبياء،باب: 54،رقم الحديث:3473،ج2ص:374 و أخرجه مسلم،كتاب السلام،باب الطاعون والطيرة والكهانة ونحوها، رقم الحديث:2218،ج4ص:1737.

[3] أبو عبيدة بن الجراح القرشي الفهري هو عامر بن عبد الله بن أهيب بن ضبة بن الحارث،صحابي جليل،شهد بدرا وأحد العشرة المبشرين بالجنة، ولد سنة 40قبل الهجرة،وتوفي في طاعون عمواس سنة 18هـ(الذهبي،سير أعلام النبلاء، ج1ص:256.)

[4] عبد الرحمن بن عوف بن عبد عوف بن الحارث بن زهرة بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤي ،شهد بدرا وواحد العشرة المبشرين بالجنة ،ولد عبد الرحمن بن عوف بعد الفيل بعشر سنين ،ومات سنة اثنتين وثلاثين ،وهو يومئذ ابن خمس وسبعين ، وكانت كنيته أبا محمد ودفن بالبقيع وصلي عليه (الأصبهاني أبو نعيم ،معرفة الصحابة ،تحقيق عادل بن يوسف العزازي،دار الوطن للنشر،المملكة العربية السعودية،1998، ص:116-119)

عندي في هذا علما، سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: (**إذا سمعتم به بأرض فلا تقدموا عليه، وإذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا فرارا منه**)قال فحمد الله عمر ثم انصرف[1].

3 ـ القواعد الفقهية: سلكت الشريعة الاسلامية في سبيل تحصيل مقاصدها طريق الرفق والتيسير والابتعاد عن أوجه الحرج والعسر فيقول سبحانه وتعالى: ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾[2] وقال أيضا: ﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ ﴾[3].

ومن هذا اختصت شريعة الله بكونها صالحة لكل الأزمنة ولكل البشر على اختلاف مضاربهم، وأرست في ذلك قواعدها مبنية على الأحكام والعلل مشتملة على التوسعة على العباد، ودفع ضرر الأسقام عنهم بالوجه المطلوب وهي في ذلك لا تختلف باختلاف الأمم والأجناس.

ومما لا شك فيه أن التداوي من شتى الأمراض لا يرجى منه مصلحة في حد ذاته ولكن يقصد من التداوي التوصل الى شفاء المرضى وهذا مضمون المصلحة ومبتغاها والتي هي حفظ النفس وإقامتها من جانب العدم ، وفي الشفاء من المرض وسلامة الجسد يقوى العبد على حفظ الكليات الواجبة على آحاد الأمة وعمومها وهي حفظ الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال، وذلك بما يقيم أصل وجودها وما يدفع عنها الاختلال الواقع أو المتوقع الذي يعرض لها[4].

وتنقسم المصالح وفقا لعدة أوجه: فهي تنقسم باعتبار تعلقها بعموم الأمة أو أفرادها وجماعاتها الكلية والجزئية ، وتنقسم باعتبار تحقق الاحتياج إليها في قوام أمر الأمة أو الأفراد إلى قطعية أو ظنية أو وهمية وهذا لاعتبار فإن المصلحة العلاجية التي يقصد بها

---

[1] أخرجه البخاري،كتاب الطب ،باب مايذكر في الطاعون:رقم الحديث:5729،ج4ص1463و أخرجه مسلم،كتاب السلام،باب الطاعون والطيرة والكهانة ونحوها:رقم الحديث:2219ج4ص:1740.

[2] سورة الحج، الآية: 78.

[3] سورة البقرة، الآية: 185.

[4] محمد الطاهر ابن عاشور ، مقاصد الشريعة الاسلامية،دار النفائس، الأردن،2001، ص: 80.

حفظ النفس تخدم المصلحة العلاجية للأمة والجماعة وتخدم المصلحة العامة لأن صحة الفرد هي صحة المجتمع[1].

بينما تنقسم المصالح المقصودة من التشريع باعتبار الأثر المترتب في قوام الأمر إلى ثلاث أقسام: مصالح ضرورية ومصالح حاجية وأخرى تحسينية ، وبذل الجهد في علاج المرضى قد لا يطرح إشكالا بطبيعة المصلحة وتقسيماتها بقدر ما يكون من المفيد هو الكشف عن مشروعية التدخل الطبي على الجسم البشري.

وألاحظ أن التدخل الطبي وتقرير المصلحة العلاجية للمريض يدخل ضمن الضرورات إذا شكل المرض خطرا محدقا يهدد كلية النفس أو العقل أو النسل وإن لم يمسسها إنحط التدخل العلاجي إلى رتبة الحاجي لرفع الحرج الصحي والضيق الذي يعاني منه المريض ، وإن لم يكن حرجا صحيا إنحط إلى رتبة التحسيني إن كانت المصلحة العلاجية عائدة إلى عنصر جمالي أو كمالي صحي كالجراحات التجميلية قصد تحسين الجمال لا لتعويض عضو مفقود من الجسم شكلا أو وظيفة لأن الأخير يعد ضرورة ولا يصنف في التحسينات.

[1] محمد الطاهر ابن عاشور ، مقاصد الشريعة الاسلامية ، ص: 78.

المبحث الثاني: حرمة جسم الانسان ومصدر حق الشفاء.

لقد خلق الله الانسان وجعله في أحسن هيئة وصورة ووهبه فوق كل هذا عقلا يميزه عن سائر الكائنات ويجعله تجسيدا حقيقيا لابداع الخالق عز وجل حيث قال﴿ لَقَدْ خَلَقْنَا ٱلْإِنسَٰنَ فِيٓ أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ ﴾[1]،وفيها خلق الانسان على هذه الهيئة في أحسن صورة.

وقد كرم الله عز وجل الانسان على جميع الكائنات حيث قال تعالى: ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ وَحَمَلْنَٰهُمْ فِي ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ وَرَزَقْنَٰهُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَفَضَّلْنَٰهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا ﴾[2].

المطلب الأول: حرمة جسم الانسان وسلامته في الشريعة والقانون

الفرع الأول: حرمة جسم الانسان وسلامته في الشريعة الاسلامية.

لقد اقتضت حكمة الله عز وجل تسوية الإنسان على أحسن وجه من تمام اعتدال القامة وتناسق الأعضاء وسلامتها، وفي هذا تكريم له على سائر المخلوقات من أجل تيسير أمور العبادة والسعي في الأرض فقال تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلْإِنسَٰنُ مَا غَرَّكَ بِرَبِّكَ ٱلْكَرِيمِ ٱلَّذِي خَلَقَكَ فَسَوَّىٰكَ فَعَدَلَكَ فِيٓ أَيِّ صُورَةٍ مَّا شَآءَ رَكَّبَكَ ﴾[3]، ولهذا سوف أتعرض بشيء من الدراسة للسبل الشرعية المنوطة بحماية الجسد الآدمي كتركيب عضوي سليم من خلال مايلي:

أولا ـ مبدأ كرامة الجسد الآدمي في الفقه الإسلامي[4]:

1- بالنسبة للأحياء: لا شك أن كثيرا من الأدلة الشرعية تؤكد خلق الله للانسان وتكريمه أيما تكريم وتفضيله على سائر الخلق وتسوية خلقه في أحسن صورة

---

[1] سورة التين، الآية:04.

[2] سورة الإسراء، الآية: 70.

[3] سورة الانفطار، الآية:07،06و08.

[4] محمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي،مؤسسة الرسالة ،لبنان،2006،ج13ص: 125: حيث يقول القرطبي كرمنا تضعيف كرم والمراد كرم نفي نقصان لا كرم المال.

ليكون خليفة الله في الأرض وعمارتها بواسطة الإنتفاع بما ذُلِّلَ له فيما في السماوات والأرض فيقول عز وجل: ﴿ أَلَمْ تَرَوْاْ أَنَّ ٱللَّهَ سَخَّرَ لَكُم مَّا فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَمَا فِي ٱلأَرْضِ وَأَسْبَغَ عَلَيْكُمْ نِعَمَهُۥ ظَٰهِرَةً وَبَاطِنَةً وَمِنَ ٱلنَّاسِ مَن يُجَٰدِلُ فِي ٱللَّهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ وَلاَ هُدىً وَلاَ كِتَٰبٍ مُّنِيرٍ ﴾[1].

فإسباغ النعم على الانسان مثلما تذكره الآية الكريمة سواء النعم الظاهرة أو الباطنة من إرسال الرسل وإنزال الكتب على الأنبياء والمرسلين وإزاحة الشبه وبيان العلل لئلا يَعْقبه من بعد ذلك من الناس من يجادل في الله بغير حجة ولا علم[2].

ولهذا وردت آية أخرى من سورة **"الجاثية"** يبين فيها سبحانه وتعالى أن فضله واحسانه وامتنانه على الانسان هو مصدر جميع ما ينتفع به الانسان في السماء والأرض حيث يقول تعالى: ﴿ وَسَخَّرَ لَكُم مَّا فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَمَا فِي ٱلأَرْضِ جَمِيعاً مِّنْهُ ﴾[3] وتحدث القرآن الكريم عن آدم[4] كأول مخلوق بشري خصه الله بفضله ويتجلى ذلك من عدة أوجه:

أ- خلقه في أحسن صورة: خلق الانسان بخلقه على وجه معجز في أحسن صورة على امتداد القامة وشق الله له السمع والبصروالفؤاد وكامل بين هذه الحواس وأعضائها بما يدل على حسن الصنعة وإعجاز الإبداع الإلهي في خلق الإنسان على هذه الهيئة[5].

ويعاتب الله سبحانه وتعالى الانسان في مواضع كثيرة على تقصيره وإهماله في عبادة الله فيناديه الله في سورة الانفطار بقوله تعالى: ﴿ يَٰأَيُّهَا ٱلإِنسَٰنُ مَا غَرَّكَ بِرَبِّكَ ٱلْكَرِيمِ ٱلذِي خَلَقَكَ فَسَوَّيٰكَ فَعَدَّلَكَ فِيۤ أَيِّ صُورَةٍ مَّا شَآءَ رَكَّبَكَ ﴾[6]، فاستهل الآيات بتذكير الانسان بما يميزه عن سائر الأحياء وهي الانسانية فيحثه على الارتفاع بها إلى أكرم مكان

---

[1] سورة لقمان، الآية: 20.

[2] اسماعيل ابن كثير،تفسير القرآن العظيم،تحقيق سامي بن محمد سلامة، دار طيبة ،المملكة العربية السعودية ،ط2،1999،ج6ص:347بتصرف.

[3] سورة الجاثية، الآية: 13.

[4] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ، ج1ص: 239،

وصديق القنوجي البخاري(1307هـ)،فتح البيان في مقاصد القرآن، المكتبة العصرية،لبنان،1992،ج1ص: 128.

[5] حسن سعد سند، الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية، دار النهضة العربية،مصر،2004،ص: 64.

[6] سورة الانفطار، الآيات: 6-7-8.

بتجنب الغرور وما يرفقه من تكبر ويوقظ ادراكه ويهزه بذكر فضله ونعمه قائلا:﴿ٱلَّذِي خَلَقَكَ فَسَوَّىٰكَ فَعَدَلَكَ فِيٓ أَيِّ صُورَةٖ مَّا شَآءَ رَكَّبَكَ﴾[1]،وفي هذا تمييز عن سائر الأحياء بالخطاب والعتاب[2].

ومن الإعجاز الرباني في خلق الانسان يقول عز وجل أيضا: ﴿ وَٱلتِّينِ وَٱلزَّيْتُونِ وَطُورِ سِينِينَ وَهَٰذَا ٱلْبَلَدِ ٱلْأَمِينِ لَقَدْ خَلَقْنَا ٱلْإِنسَٰنَ فِيٓ أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ ﴾[3] .

فيقال قوَّمت الشيء تقويمًا بمعنى ادخال التعديل والتركيب على الشيء وتصييره على أحسن صورة وجعله على الوجه المبتغى أن يكون عليه.

ب - التكريم بنعمة العقل: وأنعم الله كذلك على الانسان بنعمٍ أخرى تعطي أفضلية للجنس البشري على باقي الخلق، فنعمة العقل وما يقرنها من نطق وإدراك تفضي إلى أن الإنسان يقوم على نفسه فيكون رقيبا عليها متحملا لتبعات أعماله.

وقد ورد في كتاب الله عديد الآيات التي تذكِّر المكلَّف بنعمة العقل وما يترتب على سلامته من نعمتي الإدراك والنطق وكذا السمع والبصر، وفيها خطاب من المولى عز وجل لبني آدم لفهم مدركات الأمور فيقول سبحانه وتعالى: ﴿ وَهَدَيْنَٰهُ ٱلنَّجْدَيْنِ﴾[4].

وفي خلق الإنسان أيضا يقول سبحانه وتعالى: ﴿ لَقَدْ خَلَقْنَا ٱلْإِنسَٰنَ فِي كَبَدٍ أَيَحْسِبُ أَن لَّن يَقْدِرَ عَلَيْهِ أَحَدٞ يَقُولُ أَهْلَكْتُ مَالٗا لُّبَدًا أَيَحْسِبُ أَن لَّمْ يَرَهُۥٓ أَحَدٌ أَلَمْ نَجْعَل لَّهُۥ عَيْنَيْنِ وَلِسَانٗا وَشَفَتَيْنِ ﴾[5].

---

[1] سورة الانفطار :الآية:07.

[2] عبد السلام عبد الرحمن السكري، نقل وزراعة الأعضاء البشرية من منظور إسلامي – دراسة مقارنة– دار المنار للنشر والتوزيع،مصر، 1988،ص: 20.

[3] سورة التين، الآيات: 1-2-3-4.

[4] سورة البلد، الآية: 10.

[5] سورة البلد، الآية: من04الى09.

فكرم الله على الإنسان بهذه النعم يجعله يتواصل مع غيره من بني البشر ويدرك فيها الصالح من الطالح، والطيب من الخبيث ،ولهذا كانت فطرة الإنسان توجب الصلاح لا الفساد مثلما قال الملائكة لله عندما أخبرهم بخلقه خليفة له في الأرض من حمأ مسنون فقالوا أتجعل فيها من يفسد فيها ويسفك الدماء؟ مصداقا لقوله تعالى: ﴿ وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَٰٓئِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي ٱلْأَرْضِ خَلِيفَةً قَالُوٓاْ أَتَجْعَلُ فِيهَا مَن يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ ٱلدِّمَآءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ قَالَ إِنِّيٓ أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾[1].

ج ـ **التشريف بسجود الملائكة:**وزاد الخالق آدم على هذا تشريفا هو وذريته فأمر الملائكة بالسجود له سجود إعظام فقال سبحانه وتعالى في هذا الوصف: ﴿ وَإِذْ قُلْنَا لِلْمَلَٰٓئِكَةِ ٱسْجُدُواْ لِأَدَمَ فَسَجَدُوٓاْ إِلَّآ إِبْلِيسَ أَبَىٰ وَٱسْتَكْبَرَ وَكَانَ مِنَ ٱلْكَٰفِرِينَ ﴾[2].

وفي سورة الأعراف قال﴿ وَلَقَدْ خَلَقْنَٰكُمْ ثُمَّ صَوَّرْنَٰكُمْ ثُمَّ قُلْنَا لِلْمَلَٰٓئِكَةِ ٱسْجُدُواْ لِأَدَمَ فَسَجَدُوٓاْ إِلَّآ إِبْلِيسَ لَمْ يَكُن مِّنَ ٱلسَّٰجِدِينَ قَالَ مَا مَنَعَكَ أَلَّا تَسْجُدَ إِذْ أَمَرْتُكَ قَالَ أَنَا۠ خَيْرٌ مِّنْهُ خَلَقْتَنِي مِن نَّارٍ وَخَلَقْتَهُۥ مِن طِينٍ ﴾[3]، وقال:﴿ وَإِذْ قُلْنَا لِلْمَلَٰٓئِكَةِ ٱسْجُدُواْ لِأَدَمَ فَسَجَدُوٓاْ إِلَّآ إِبْلِيسَ كَانَ مِنَ ٱلْجِنِّ فَفَسَقَ عَنْ أَمْرِ رَبِّهِۦٓ أَفَتَتَّخِذُونَهُۥ وَذُرِّيَّتَهُۥٓ أَوْلِيَآءَ مِن دُونِي وَهُمْ لَكُمْ عَدُوٌّ بِئْسَ لِلظَّٰلِمِينَ بَدَلًا ﴾[4]، وقال أيضا: ﴿إِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَٰٓئِكَةِ إِنِّي خَٰلِقٌۢ بَشَرًا مِّن طِينٍ فَإِذَا سَوَّيْتُهُۥ وَنَفَخْتُ فِيهِ مِن رُّوحِي فَقَعُواْ لَهُۥ سَٰجِدِينَ فَسَجَدَ ٱلْمَلَٰٓئِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ إِلَّآ إِبْلِيسَ ٱسْتَكْبَرَ وَكَانَ مِنَ ٱلْكَٰفِرِينَ قَالَ يَٰٓإِبْلِيسُ مَا مَنَعَكَ أَن تَسْجُدَ لِمَا

[1] سورة البقرة، الآية: 30.

[2] سورة البقرة، الآية: 100.

[3] سورة الأعراف، الآيات: 11-12.

[4] سورة الكهف، الآية: 50.

خَلَقْتُ بِيَدَيَّ أَسْتَكْبَرْتَ أَمْ كُنتَ مِنَ ٱلْعَالِينَ قَالَ أَنَا خَيْرٌ مِّنْهُ خَلَقْتَنِي مِن نَّارٍ وَخَلَقْتَهُۥ مِن طِينٍ ﴾[1].

ولأن دلالات السجود ومعانيه مختلفة في اللغة فالسجود على اطلاقات عدة:

أولها: السجود لله سجود تعبد واذلال وخضوع، ويكون بوضع الجبهة على الأرض ومنه يقال سَجَدَ يَسْجُدُ سُجُودًا إذا وضع جبهته على الأرض، ولا يكون مثل هذا السجود لغير الله تعالى.

ثانيها: السجود بالانحناء نحو الأرض دون وضع الجبهة عليها، ويسمى سجود التحية فيقال سجد الرجل إذا طأطأ رأسه وانحنى، ومنه الميل، يُقَالُ سجدت النخلة إذا مالت.

ثالثها: سجود الإعظام الوارد في قصة سيدنا يوسف عليه السلام مع إخوته ومنه قوله تعالى: ﴿ وَخَرُّواْ لَهُۥ سُجَّداً ﴾[2]؛ وهو المقصود حسب ذلك من تكريمه لآدم وذريته فكان سجود الملائكة إجلال وتعظيم له لا سجود عبادة ؛لأن الله سبحانه وتعالى ما خلق جميع الخلق إلا ليعبدوه وحده لا شريك له دون مخلوق غيره مصداقا لقوله سبحانه وتعالى: ﴿ وَمَا خَلَقْتُ ٱلْجِنَّ وَالإِنسَ إِلاَّ لِيَعْبُدُونِ ﴾[3].

وقد بين الله سبحانه وتعالى بعدها أصل هذا التكريم في قوله تعالى: ﴿ وَعَلَّمَ ءَادَمَ ٱلأَسْمَآءَ كُلَّهَا ثُمَّ عَرَضَهُمْ عَلَى ٱلْمَلَٰٓئِكَةِ فَقَالَ أَنۢبِـُٔونِي بِأَسْمَآءِ هَٰٓؤُلآءِ ان كُنتُمْ صَٰدِقِينَ قَالُواْ سُبْحَٰنَكَ لاَ عِلْمَ لَنَآ إِلاَّ مَا عَلَّمْتَنَآ إِنَّكَ أَنتَ ٱلْعَلِيمُ ٱلْحَكِيمُ قَالَ يَٰٓـَٔادَمُ أَنۢبِئْهُم بِأَسْمَآئِهِمْ فَلَمَّآ أَنۢبَأَهُم بِأَسْمَآئِهِمْ قَالَ أَلَمْ أَقُل لَّكُمْ إِنِّيَ أَعْلَمُ غَيْبَ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَالأَرْضِ وَأَعْلَمُ مَا تُبْدُونَ وَمَا كُنتُمْ تَكْتُمُونَ﴾[4].

---

[1] سورة ص، الآيات: 71-72-73-74-75-76.

[2] سورة يوسف، الآية: 100.

[3] سورةالذاريات ، الآية:56.

[4] سورة البقرة، الآيات: 31-32-33.

من هذا أشار البعض إلى أن شرف العلم هو سبب في إظهار فضل آدم على الملائكة وإجبارهم على السجود له[1].

كل هذه المؤهلات الخُلُقِيَّة جعلت آدم ومن صلح من ذريته يخضعون لسنة الله في هذه الأرض بتنفيذ أوامره وإقامة حدوده، والذود في حمده وشكره على هذا التشريف الرباني أن مكن سلالة بني آدم من استخلافه في الأرض حيث قال تعالى: ﴿ وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَٰٓئِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي ٱلْأَرْضِ خَلِيفَةً قَالُوٓاْ أَتَجْعَلُ فِيهَا مَن يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ ٱلدِّمَآءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ قَالَ إِنِّيٓ أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾[2].

وذهب القرطبي[3]في هذا المعنى إلى أن الخليفة يكون بمعنى فاعل حيث تقتضي شِرعَة الله أن يخلف بنو آدم من كان قبلهم من الملائكة أو من غير الملائكة من مخلوقات الجن الذين أفسدوا في الأرض فسادا عظيما وهو ما يبرر اتجاه الملائكة إلى دحض أسس اسختلاف الإنسان في الأرض[4] .

بينما فسر ابن كثير[5] قوله تعالى: ﴿ إِنِّي جَاعِلٌ فِي ٱلْأَرْضِ خَلِيفَةً ﴾[6] إلى أن الخليفة بمعنى الخالف لمن كان قبله، وكل من له خلافة في الأرض[7] ،ومن رحمة الله سبحانه وتعالى بعباده أن رزقهم من الطيبات وحرم عليهم الخبائث ولنا في هذا نور نتبعه ابتغاء الفلاح في الدارين الدنيا والآخرة هذا النور سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم مصداقا لقوله

---

[1] عمر أبو الفتوح الحمامي، الاتجار بالأعضاء البشرية بين الواقع والقانون، دارالنهضة العربية، القاهرة، مصر،ط1، 2010، ص: 20.

[2] سورة البقرة، الآية: 30.

[3] القرطبي هوأبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر الأندلسي القرطبي المالكي من كبار المفسرين ،صالح متعبد ،استقر بمصر وبها توفي بمنية بني خصيب من الصعيد الأدنى سنة 671ه الموافق 1273م ،من تصانيفه الجامع لأحكام القرآن(ترجمته في مقدمة كتابه الجامع لأحكام القرآن)

[4] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج1 ص : 394.

[5] ابن كثير هواسماعيل بن عمر بن كثير ولد سنة 701ه الموافق لـ 1301م في قرية مجيدل بالشام،كان أبوه خطيبا للمسجد،استقر في دمشق الى أن توفي بها ،من مؤلفاته:تفسير القرآن العظيم،البداية والنهاية،الهدي والسنن في أحاديث المسانيدوالسنن،توفي في شهر شعبان سنة 774ه الموافق1373م(الزركلي خير الدين ،الأعلام ، دار العلم للملايين،لبنان،ط16 ، 2005،ج1ص:320)

[6] سورة البقرة، الآية: 30.

[7] صديق خان القنوجي البخاري،فتح البيان في مقاصد القرآن،ج1 ص: 103.

تعالى: ﴿ ٱلذِينَ يَتَّبِعُونَ ٱلرَّسُولَ ٱلنَّبِيَّ ٱلأُمِّيَّ ٱلذِي يَجِدُونَهُۥ مَكْتُوباً عِندَهُمْ فِي ٱلتَّوْرِيةِ وَالإِنجِيلِ يَامُرُهُم بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهِيهُمْ عَنِ ٱلْمُنكَرِ وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ والأَغْلَٰلَ ٱلتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ فَالذِينَ ءَامَنُواْ بِهِۦ وَعَزَّرُوهُ وَنَصَرُوهُ وَاتَّبَعُواْ ٱلنُّورَ ٱلذِيٓ أُنزِلَ مَعَهُۥٓ أُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُفْلِحُونَ ﴾[1].

فالآية الكريمة تؤكد أن تكريم الانسان في خلقه وفضله وعلمه ومنزلته لا يختلف عن اختصاصه بتكريم الله له في المطعم والمشرب وجميع الناس أسوة في هذه من اجل الارتقاء بهذا المخلوق الى الفلاح المنشود.

وقد وردت آيات قرآنية عدة تبين هذا وترشده الى اتباع الفطرة والبعد عن تتبع خطوات الزيغ والهوى قال تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ كُلُواْ مِمَّا فِي ٱلأَرْضِ حَلَٰلاً طَيِّباً وَلاَ تَتَّبِعُواْ خُطُوَٰتِ ٱلشَّيْطَٰنِ إِنَّهُۥ لَكُمْ عَدُوٌّ مُّبِينٌ ﴾[2].

وتجلت نعمة الله على الانسان أن كان خطابه لكافة البشر دون أن يقتصر على المؤمنين من عباده لأن الخسران يكون مآل المفترين من بني آدم مصداقا لقوله سبحانه وتعالى: ﴿ وَجَعَلُواْ لِلهِ مِمَّا ذَرَأَ مِنَ ٱلْحَرْثِ وَالأَنْعَٰمِ نَصِيباً فَقَالُواْ هَٰذَا لِلهِ بِزَعْمِهِمْ وَهَٰذَا لِشُرَكَآئِنَا فَمَا كَانَ لِشُرَكَآئِهِمْ فَلاَ يَصِلُ إِلَى ٱللَّهِ وَمَا كَانَ لِلهِ فَهُوَ يَصِلُ إِلَىٰ شُرَكَآئِهِمْ سَآءَ مَا يَحْكُمُونَ وَكَذَٰلِكَ زَيَّنَ لِكَثِيرٍ مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ قَتْلَ أَوْلَٰدِهِمْ شُرَكَآؤُهُمْ لِيُرْدُوهُمْ وَلِيَلْبِسُواْ عَلَيْهِمْ دِينَهُمْ وَلَوْ شَآءَ ٱللَّهُ مَا فَعَلُوهُ فَذَرْهُمْ وَمَا يَفْتَرُونَ وَقَالُواْ هَٰذِهِۦٓ أَنْعَٰمٌ وَحَرْثٌ حِجْرٌ لاَّ يَطْعَمُهَآ إِلاَّ مَن نَّشَآءُ بِزَعْمِهِمْ وَأَنْعَٰمٌ حُرِّمَت ظُهُورُهَا وَأَنْعَٰمٌ لاَّ يَذْكُرُونَ ٱسْمَ ٱللَّهِ عَلَيْهَا ٱفْتِرَآءً عَلَيْهِ سَيَجْزِيهِم بِمَا كَانُواْ يَفْتَرُونَ وَقَالُواْ مَا فِي بُطُونِ هَٰذِهِ ٱلأَنْعَٰمِ خَالِصَةٌ

[1] سورة الأعراف، الآية: 157.

[2] سورة البقرة، الآية: 168.

لِّذُكُورِنَا وَمُحَرَّمٌ عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِنَا وَإِنْ يَّكُن مَّيْتَةً فَهُمْ فِيهِ شُرَكَآءُ سَيَجْزِيهِمْ وَصْفَهُمْ إِنَّهُۥ حَكِيمٌ عَلِيمٌ ﴾[1].

ويضيف القرآن الكريم ويقرن جزاء إتباع الهوى والإفتراء فيقول سبحانه وتعالى: ﴿ قَدْ خَسِرَ ٱلذِينَ قَتَلُوٓاْ أَوْلَٰدَهُمْ سَفَهَاۢ بِغَيْرِ عِلْمٍ وَحَرَّمُواْ مَارَزَقَهُمُ ٱللَّهُ ٱفْتِرَآءً عَلَى ٱللَّهِ قَد ضَلُّواْ وَمَا كَانُواْ مُهْتَدِينَ ﴾[2]، فدلالات توسيع الرزق على خلق الله من الإنسان وغيره متعددة والأدلة القائمة المثبتة لذلك كثيرة مصداقا لقوله تعالى: ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلاَّ مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ وَإِنَّ كَثِيراً لَّيَضِلُّونَ بِأَهْوَآئِهِم ﴾[3] .

فأمرنا سبحانه وتعالى من أجل ذلك بالإنفاق من الطيبات قال تعالى: ﴿ يَسْـَٔلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ لَهُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ ﴾[4] ويقوا أيضا: ﴿ وَٱللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجاً وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَٰجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ ﴾[5]

ولهذا وردت الآيات القرآنية في أغلبها تأمر بالكسب من الطيبات لأنها أصل الرزق قال تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَنفِقُواْ مِن طَيِّبَٰتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّآ أَخْرَجْنَا لَكُم مِّنَ ٱلأَرْضِ وَلاَ تَيَمَّمُواْ ٱلْخَبِيثَ مِنْهُ تُنفِقُونَ وَلَسْتُم بِـَٔاخِذِيهِ إِلاَّ أَن تُغْمِضُواْ فِيهِ وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ غَنِيٌّ حَمِيدٌ ﴾[6] ،وقال أيضا في نفس السورة: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلذِينَ ءَامَنُواْ كُلُواْ مِن طَيِّبَٰتِ مَا

[1] سورة الأنعام، الآيات: 136- 137- 138- 139.

[2] سورة الأنعام، الآية: 140.

[3] سورة الأنعام،الآية:119.

[4] سورة المائدة، الآية: 04.

[5] سورة النحل، الآية: 72.

[6] سورة البقرة، الآية: 267.

رَزَقْنَـٰكُمْ وَٱشْكُرُواْ لِلَّهِ إِن كُنتُمْ إِيَّاهُ تَعْبُدُونَ ﴾[1] بل إن في القرآن ما يفصل في المحرمات من الرزق ويبين في ذلك الأصل والإستثناء قال تعالى: ﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيْرِ ٱللَّهِ فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾[2].

2 - إكرام الأموات من المسلمين وغير المسلمين: فلم يكن النبي محمدا صلى الله عليه وسلم يفرق بين جنازة المسلمين وغيرهم فقد ثبت أنه قام عند مرور جنازة يهودي، فقيل له: إنها جنازة يهودي! فقال: **(أليست نفسا)**[3]، كما ثبت عنه وهو سيد الخلق بأنه ما ترك جيفة ميت من غير المسلمين إلا أمر بدفنها تكريما منه للنفس الانسانية رغم الاختلاف في الدين والمعتقد.

ثانيا- منع الاعتداء على الانسان مطلقا :بالعقل السليم تتقوم إنسانية الانسان، وأهليته لما خُلِقَ له من مكانة في ملكوت الله قال تعالى: ﴿ إِنَّا عَرَضْنَا ٱلأَمَانَةَ عَلَى ٱلسَّمَـٰوَٰتِ وَالأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا ٱلإِنسَـٰنُ ﴾[4].

1- تحريم الانتحار: وللنفس البشرية قدسية وحرمة وقد أوردها الكثير من الفقهاء على أنها تكون ثانية بعد حرمة الدين والمعتقد كما يكون دونها حرمة العقل والعرض والمال،ومن هذا قال سبحانه وتعالى:﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلذِينَ ءَامَنُواْ قُوٓاْ أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَاراً ﴾[5] ﴾[5] ،فالوقاية من النار تلزم اجتناب الدخول في عمل محرم يأوي صاحبه الى النار .

كما يأخذ مفهوم الوقاية في اجتهاد العلماء تحريم إتلاف جسم الانسان والأعضاء المرَكِّبة له، ويكون اعتداء الانسان على النفس بالقتل من جهة؛ وهذه كبيرة من الكبائر أو

---

[1] سورة البقرة، الآية: 172.

[2] سورة البقرة،الآية:173.

[3] أخرجه البخاري ،كتاب الجنائز ،باب من قام لجنازة يهودي:حديث رقم:1312ج1ص:355وصحيح مسلم،كتاب الجنائز ،باب القيام للجنازة،رقم الحديث:961،ج1ص:121.

[4] سورة الأحزاب، الآية: 72.

[5] سورة التحريم، الآية: 06.

الاعتداء على مكوناتها من شتى الأعضاء وقد روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: **"الذي يخنق نفسه يخنقها في النار، والذي يطعنها يطعنها في النار"**[1]، فالنار مثوى من خالف ما أمر الله به من عمارة الأرض وسكنها قال تعالى: ﴿ هُوَ أَنشَأَكُم مِّنَ ٱلۡأَرۡضِ وَٱسۡتَعۡمَرَكُمۡ فِيهَا فَٱسۡتَغۡفِرُوهُ ثُمَّ تُوبُوٓاْ إِلَيۡهِۚ إِنَّ رَبِّي قَرِيبٞ مُّجِيبٞ ﴾[2].

فسنة الله واضحة وبينة تدل على أنه جعل الإنسان ساكنا في الأرض ومُعمِّرا لها جيلا بعد جيل وقرنا بعد قرن وخلفا بعد سلف[3]، وفي هذا قيل أن معنى **"استعمركم"** أعمركم من قوله أعمر فلان داره فهي له عمرى وقال قتادة[4]: أسكنكم فيها[5].

وقد روي عن ثابت بن الضحاك[6] أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: **(من حلف بملة بملة غير الاسلام كذبا متعمدا فهو كما قال ومن قتل نفسه بحديدة عذب بها في نار جهنم)**[7]، وعن جندب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: **(كان برجل جراح فقتل نفسه، فقال فقال الله: بدرني عبدي بنفسه فحرمت عليه الجنة)**[8]،و روي عن أبي هريرة قال: قال رسول الله: **(من قتل نفسه بحديدة فحديدته في يده يتوكأ بها في بطنه في نار جهنم خالدا فيها أبدا ومن شرب سما فقتل نفسه فهو يتحساه في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا، ومن تردى من جبل فقتل نفسه فهو يتردى في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا)**[9]

ولم ينص على عقوبة جريمة الانتحار في الدنيا استنادا الى شخصية العقوبة؛ فالعقاب المفروض على الشخص يكون بدون جدوى في الحياة الدنيا؛ لذلك اقترن النهي عن قتل

---

[1] أخرجه البخاري،كتاب الجنائز ،باب ماجاء في قاتل النفس،رقم الحديث:1365،ج1ص:245.

[2] سورة هود، الآية: 61.

[3] ابن كثير،تفسير القرآن العظيم،ج4ص: 332.

[4] هو قتادة بن النعمان بن زيد الأنصاري الأوسي ثم الظفري يكنى أبا عمرو وهو أخ أبي سعيد الخدري لأمه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم،توفي سنة ثلاث وعشرين هجري عن عمر خمس وستين: الجزري ،أسد الغابة في معرفة الصحابة،ج4ص:83.

[5] القرطبي ،الجامع لأحكام القرآن ، ج11ص:149.

[6] هوثابت بن الضحاك بن أمية بن ثعلبة بن جشم بن مالك بن سالم بن غنم بن عوف بن خزرج الأنصاري الخزرجي كان يسكن الشام ثم انتقل الى البصرة وقد بايع الرسول مرتين تحت الشجرة:الجزري،المرجع السابق،ج1ص:310.

[7] أخرجه البخاري،كتاب الجنائز ،باب ماجاء في قاتل النفس،رقم الحديث:1363،ج1ص:245.

[8] أخرجه البخاري،كتاب الجنائز ،باب ماجاء في قاتل النفس،رقم الحديث:1364 ، ج1ص:245.

[9] أخرجه مسلم ،كتاب الايمان،باب تحريم قتل الانسان نفسه،رقم الحديث:109ج1،ص:43.

النفس في القرآن الكريم بالتذكير برحمة الرحيم الرحمان فقال تعالى: ﴿ وَلاَ تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيماً ﴾[1]، وقد أشار القرطبي في تفسيرها إلى اجماع أهل التأويل على أن الآية تنهى عن قتل الانسان لغيره كما تتناول ظاهرا قتل الإنسان لنفسه للحرص على الدنيا وطلب المال بأن يَحمِل نفسه على الضرر المؤدي إلى تلف النفس[2].

وذكر البعض أن إعفاء جريمة الإنتحار من العقاب الدنيوي إيحاءًا منه تعالى بأنها من الجرائم التي ينتظر ألا يعرفها الإنسان ولا أن يفكر فيها حتى تنحط البشرية عن مرتبة التفضيل والتكريم[3].

2- تحريم القتل: أما بالنسبة لجريمة قتل الانسان لغيره فقد حرمت الشريعة الاسلامية الفعل وغلظت في العقاب قال تعالى: ﴿ وَمَنْ يَّقْتُلْ مُومِناً مُّتَعَمِّداً فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَـٰلِداً فِيهَا وَغَضِبَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُۥ وَأَعَدَّ لَهُۥ عَذَاباً عَظِيماً ﴾[4]، وقال أيضا: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَىۖ ٱلْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالأنثىٰ بِالأنثىٰۚ فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنَ آخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ اِلَيْهِ بِإِحْسَـٰنٍۗ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌۗ فَمَنِ إِعْتَدىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُۥ عَذَابٌ آلِيمٌ وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَـٰٓأُوْلِي ٱلاَلْبَـٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾[5]، وقال في عقوبة القتل العمد أيضا: ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالآنفَ بِالآنفِ وَالأذُنَ بِالأذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌۚ ﴾[6].

---

[1] سورة النساء، الآية: 29.

[2] القرطبي،الجامع لأحكام القرآن،ج5ص:341.

[3] عبد السلام عبد الرحمان السكري، نقل وزراعة الأعضاء البشرية من منظور إسلامي ، ص: 57.

[4] سورة النساء، الآية: 93.

[5] سورة البقرة، الآية: 178 – 179.

[6] سورة المائدة، الآية: 45.

وعن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: **(... ومن قُتِل له قتيل فهوبخير النظرين إما يودى واما يقاد...)**[1]، وروي عنه صلى الله عليه وسلم أن من اعتبط مؤمنا قَتْلًا عن بينةفإنه قود إلا أن يرضى أولياء المقتول وأن في النفس الدية مائة من الإبل[2].

وعن تغليظ أمر الدماء وتهويل أمر القتل العمد إضافة إلى ما سبق وردت أحاديث أخرى تصف العقوبة وتشرحها، فعن أنس بن مالك[3] قال: ذكر رسول الله الكبائر أو سُئِل عن الكبائر فقال: **(الشرك بالله وقتل النفس و عقوق الوالدين)** وقال: **(ألا أنبئكم بأكبر الكبائر)؟** قال: **(قول الزور أو قال شهادة الزور)**[4].

وقد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: **(أَوَّل ما يقضى بين الناس يوم القيامة في الدماء)**[5]، **وقال (قتل المؤمن أعظم عند الله من زوال الدنيا)**[6].

فالإعتداء العمدي على النفس بطبيعة الحال فعل شنيع وله جزاء غليظ وهذه الأدلة تثبت ذلك ولكن هل يختلف الجزاء في حال تغير النية وثبوت الخطأ؟

قال تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُومِنٍ آنْ يَّقْتُلَ مُومِناً اِلاَّ خَطَئاً وَمَن قَتَلَ مُومِناً خَطَئاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّومِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ اِلَىٓ أَهْلِهِۦٓ إِلاَّ أَنْ يَّصَّدَّقُواْ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُومِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّومِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَٰقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ اِلَىٓ أَهْلِهِۦ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّومِنَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ ٱللَّهِ وَكَانَ ٱللَّهُ عَلِيماً حَكِيماً ﴾[7].

---

[1] أخرجه البخاري،كتاب الديات،باب من قتل له قتيل،رقم الحديث:6880،ج2ص:23.

[2] أخرجه النسائي في سننه،كتاب القسامة،ذكر حديث عمرو بن حزم،رقم الحديث:4863،ج2ص:123.

[3] هوأنس بن مالك بن النضر بن ضمضم بن زيد بن حرام بن جندب بن عامربن غنم بن عدي بن النجارواسمه تيم الله،خادم رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان يتسمى به،توفي سنة 93هـ عن99سنة: الجزري،أسد الغابة ،ج1ص:177.

[4] أخرجه البخاري،كتاب الأدب،باب عقوق الوالدين من الكبائر،رقم الحديث:5977،ج1ص:267.

و أخرجه مسلم،كتاب الايمان،باب بين الكبائروأكبرها،رقم الحديث:144،ج1ص:19.

[5] أخرجه البخاري،كتاب الديات،باب قول الله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا،رقم الحديث:6864،ج2ص:15.

و أخرجه مسلم،كتاب القسامة،باب المجازاة بالدماء في الأخرة،رقم الحديث:1678،ج2ص:156.

[6] أخرجه النسائي في سننه ،كتاب تحريم الدم،باب تعظيم الدم،رقم الحديث:3994،ج2ص:10.

[7] سورة النساء، الآية: 92.

فمن هذه الآية الكريمة يتضح أن القصد في قتل النفس البشرية يضع أثره في طبيعة العقوبة، فقتل الخطأ جعل الشارع الحكيم له عقوبة غير مشددة فلم يرد أو لم أجد في كتاب الله ما يرتب عقوبة في الآخرة بينما تشديد العقوبة في القتل العمدي غليظ في الحياتين الدنيا والآخرة، ومن السنة فقد روي أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: **(ألا إن قتيل الخطأ قتيل السوط والعصا فيه مائة من الإبل مغلظة أربعون منها في بطونه أولادها)**[1].

الفرع الثاني: حرمة جسم الإنسان وسلامته في القانون الجزائري

إعترف القانون الجزائري بحرمة جسم الإنسان فجاء في ديباجة الدستور الجزائري الساري وهو دستور **96** أن الشعب الجزائري شعب حر ومصمم على البقاء حر وبينت أسباب هذه الحرية وأسسها حيث جاء فيها "أن الشعب الجزائري ناضل ويناضل دوما في سبيل الحرية" ويعتزم بهذا الدستور على تحقيق العدالة الاجتماعية والمساواة وضمان الحرية لكل فرد بل إن فخر كل انسان جزائري هو تمسكه العريق بالحرية والعدالة الاجتماعية ونقلها الى الأجيال القادمة ورثة رواد الحرية، وبناء المجتمع الحر كلها أحسن ضمان لاحترام مبادئ هذا الدستور الذي يعتز بالاسلام دينا للدولة[2]، ويضمن الحريات الأساسية وحقوق الانسان ويعتبرها من مكونات التراث المشترك للجزائريين ينبغي عدم انتهاك حرمته والمحافظة على سلامته[3] .

بل وتضمن الدولة أي مساس بالكرامة الانسانية من خلال حضر أي عنف بدني أو معنوي يتم من خلاله انتهاك حرمة الانسان[4]،واعتُبِرت جميع الأفعال التي تتعرض لحقوق الأفراد وحرياتهم أفعالا مجرمة يعاقب عليها بموجب القانون[5].

والأهم من هذا هو ما ورد بالمادة **66** من الدستور حيث ورد فيها: "الرعاية الصحية حق للمواطنين و تتكفل الدولة بالوقاية من الأمراض الوبائية والمعدية وبمكافحتها كما تسهر الدولة على توفير العلاج للأشخاص المعوزين".

---

[1] أخرجه النسائي في السنن الكبرى ،حققه حسن شلبي،مؤسسة الرسالة،لبنان،2001،كتاب القسامة،باب كم دية شبه العمد،رقم الحديث:6971.ج6 ص:353.

[2] مادة **02** من الدستور.

[3] مادة **38** من الدستور.

[4] مادة **40** من الدستور.

[5] مادة **41** من الدستور.

ولأن الإنسان صاحب حقوق الإنسان ينتمي إلى جنس يتعدى حدود القرية، المدينة، والدولة أيضا؛ فجميع البشر يتشاركون في تكوين الإنسانية فيما بينهم وتصبح صفة منتشرة بينهم، فعلى المستوى الإنساني يمكن أن يثبت بأن الجميع بشر ويستحقون هذا الإنتماء الإنساني أما من الناحية القانونية فإن الإنسان صاحب حقوق مرتبطة بانتماءه وهذا لا إختلاف فيه، لكن إضافة إلى هذا فقد اتجه رأي الفقه[1] إلى أن الإنسان صاحب هذه الحقوق يمثل قانون الفرد العالمي في حريته العالمية، ويتدعم هذا الرأي بنصوص دستورية وأخرى دولية ويظهر أثرها في القانون الوطني للدولة.

أولا- أصول تكريم الانسان في الدستور الجزائري:

1 - المساواة بين المواطنين أمام القانون: يَستَهِل الفصل الرابع من الدستور الجزائري المعنون بالحقوق والحريات بسواسية المواطنين أمام القانون فلا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يرجع سببه الى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي وأي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي[2].

وتهدف مؤسسات الدولة ضمان المساواة بين المواطنين في التمتع بهذه الحقوق العامة وذلك بازالة العقبات التي تَعُوق تَفتُّح شخصية الانسان، وتسهر من أجل مشاركة الجميع الفعلية في الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بما في ذلك الرعاية الطبية والصحية.

2 - حرمة الحياة الخاصة:ونصت المادة **47** على أن تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة السكن، فالدستور الجزائري يمنع بهذا إنتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة وحرمة شرفه فيضمن القانون سرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها[3] كما يمنع الدستور الجزائري توقيف واحتجاز الأشخاص الا في بعض الحالات المحددة قانونا وفقا للأشكال التي تنص عليها[4].

وعليه ومن أجل تبيان هذه الحريات في مجال التحقيق القضائي نصت المادة **60** من الدستورعلى مايلي: "يخضع التوقيف للنظر في مجال التحريات الجزائية للرقابة القضائية، ولا يمكن أن يتجاوز مدة ثمان وأربعين (48 ساعة)، يملك الشخص الذي يوقف للنظر حق

---

[1] رأي Bernard Edelman مشار إليه في عمر أبو الفتوح حمامي، الإتجار بالأعضاء البشرية بين الواقع والقانون ،ص:134.

[2] مادة **32** من الدستور.

[3] مادة **46** من الدستور.

[4] مادة **59** من الدستور.

الإتصال فورا بأسرته، ولا يمكن تمديد مدة التوقيف للنظر إلا استثناءا ووفقا للشروط المحددة بالقانون، ولدى انتهاء مدة التوقيف للنظر، يجب أن يجرى فحص طبي على الشخص الموقوف، إن طلب ذلك، على أن يعلم بهذه الإمكانية".

كما ضمن الدستور عدم انتهاك حرمة المساكن فلا تفتيش لها إلا بمقتضى القانون وفي إطار احترامه[1].

ومن الحريات التي تمكن الفرد من ممارسة حقه في الرعاية الصحية فقد حرم الدستور المساس بحرية المعتقد وحرية الرأي[2] كما أطلق حرية الإبتكار الفني والعلمي وضمنها في شتى المجالات[3]، وهذا من شأنه تحقيق العناية والرعاية الأفضل بالأفراد على الصعيد الطبي خاصة والاجتماعي عامة... الخ.

ثانيا- الجهود الدولية في الاعتراف بكرامة الإنسان

أما بالنسبة للجهود الدولية بشأن إعلاء الكرامة الإنسانية فهناك نتائج معتبرة يختلف أثرها على أرجاء المعمورة باختلاف الوضعية القانونية التي تربط الدولة بالاتفاقيات المبرمة وهنا لن أنفك في الإشارة الى نص المادتين **149** و **150** من الدستور الجزائري، حيث نصت المادة **149** منه على ما يلي: "يصادق رئيس الجمهورية على إتفاقيات الهدنة، ومعاهدات السلم والتحالف والاتحاد، والمعاهدات المتعلقة بحدود الدولة، والمعاهدات المتعلقة بقانون الأشخاص، والمعاهدات التي يترتب عليها نفقات غير واردة في ميزانية الدولة، بعد أن توافق عليها كل غرفة من البرلمان صراحة" .

وأضافت المادة **150** مباشرة على أن: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون".

[1] مادة **47** من الدستور.

[2] مادة **42** من الدستور.

[3] مادة **44** من الدستور.

ثالثا- حماية القانون الجزائري للنفس البشرية والجسد الآدمي:

1- حرمة الجسم الآدمي: لاشك أن حرمة جسم الإنسان وسلامة حياته من أن يمس بسوء أو يلحق به أذى هي جوهر كرامته.

ومعنى حرمة الجسم الآدمي هو عدم العبث بآدميته وامتهانه بل تعظيمه واحترامه بما يسمو به على باقي الكائنات وهذا دون النظر إلى جنسه وجنسيته أو ديانته أو مركزه الاقتصادي أو الاجتماعي[1].

ويتعدى مبدأ حرمة جسم الانسان وسلامته إلى الغير فان كانت شتى القوانين في العالم قد سمحت بالمساس بجسم الإنسان في مجال العمل الطبي العلاجي فهي تمنع المساس بحياة الانسان أو سلامة جسمه .

ويتقيد العمل الطبي وغيره في المساس بجسم الانسان بتطلب الحصول على موافقة المريض حتى ولو كان الغرض من المساس تحقيق مصلحة علاجية له[2]، بل يحتج به في مواجهة الشخص نفسه بحيث لا يكون له التصرف بأجزاء جسمه حماية لحياته وحقه في السلامة الجسدية، وبخصوص السبق التاريخي فقد جاء في المادة **16** فقرة **01** من القانون المدني الفرنسي الخاص باحترام جسم الإنسان الصادر في **1994/07/29** تكريس مبدأ هام يعترف بحرمة جسم الإنسان وكرامته.

2 - تجريم الاعتداء على النفس البشرية: لقد جرم المشرع الجزائري الإعتداء على النفس بجرائم القتل العمد أو الخطأ ، كما جرم كذلك أي إلحاق للأذى بالجسد الآدمي وأحاط بذلك النفس والجسد الآدمي باهتمام وعناية كبيرين دون تمييز في الجنس أو العرق أو الدين[3].

أ- تجريم قتل النفس: وقد بينت المادة **254** من قانون العقوبات المعدل بالقانون رقم **15/04** المؤرخ في **2004/11/10** مفهوم القتل الذي يعد إزهاقا لروح الإنسان عمدا.

---

[1] طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية،دار النهضة العربية،مصر،2001،ص:18.

[2] توجب المادة **03/16** من التقنين المدني الفرنسي: "يجب الحصول على رضا صاحب المصلحة إلا في حالة ما إذا اقتضت حالته تدخلا علاجيا حتى ولو لم يعلن رضاه".

[3] المادة **32**من الدستور

ـ في حالة العمد: وقد يقترن القتل بالنية المبيتة في ارتكاب الفعل وتوصف قانونا بسبق الاصرار[1] كما يمكن أن يقترن بأفعال أخرى توصف بالترصد[2] ؛ وأهمية الإصرار والترصد يجد أثر في تطبيق العقوبة على الجاني حيث اشترطت المادة **265** حين ثبوت الإصرار والترصد أن تكون عقوبة المعتدي السجن المؤبد إذا حدثت الوفاة، وتكون السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة اذا أدت أعمال العنف الى فقد بصر إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى.

بينما تكون العقوبة بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات في أعمال العنف الأخرى التي تفضي جروحا للغير وأشكال العنف الأخرى.

ـ التسميم: ولما كان من أسباب قتل النفس تسميمها بتأثير مواد يمكن أن تؤدي الى الوفاة فقد جرم المشرع كذلك بموجب المادة **260** من قانون العقوبات تسميم الأفراد سواء تحققت الوفاة عاجلا أو آجلا وأيا كان إستعمال أو إعطاء هذه المواد ومهما كانت النتائج التي تؤدي اليها ،ويعاقب على جريمة التسميم بالاعدام في قانون العقوبات الجزائري.

ـ قتل الأصول: وبين المشرع الجزائري أصنافا خاصة لجرائم القتل حيث أورد قتل الأصول في نص المادة **258** من قانون العقوبات وقتل الأصل وفقا لذلك هو ازهاق روح الأب أو الأم أو أي من الأصول الشرعيين ؛ أما قتل الأطفال فهو ازهاق روح طفل حديث عهد بالولادة[3] وعقوبتها واردة في نص المادة **261** من قانون العقوبات كذلك حيث يعدم كل من إرتكب جريمة قتل الأصول .

ومع ذلك لا تعاقب الأم إلا بالحبس سواء كانت فاعلة أصلية أو شريكة في قتل إبنها حديث العهد بالولادة بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة على أن لا يطبق هذا النص على من ساهموا أو اشتركوا معها في إرتكاب الجريمة ، على أن عقاب الشريك في الجنايات والجنح الأخرى يكون بالعقوبة المقررة للجناية أو الجنحة ولا تأثر الظروف الشخصية التي ينتج عنها تشديد أو تخفيف العقوبة أو الإعفاء منها الا بالنسبة للفاعل أو

---

[1] نصت المادة **256** من قانون العقوبات على أن "سبق الإصرار هو عقد العزم قبل ارتكاب الفعل على الاعتداء على شخص معين أو حتى على شخص يتصادف وجوده أو مقابلته وحتى لو كانت هذه النية متوقفة على أي ظرف أو شرط كان".

[2] الترصد حسب المادة **257** من قانون العقوبات هو انتظار شخص لفترة طالت أو قصرت في مكان أو أكثر وذلك إما لإزهاق روحه أو للاعتداء عليه.

[3] مادة **259** من قانون العقوبات.

الشريك الذي تتصل به هذه الظروف، ويترتب على الظروف الموضوعية اللصيقة بالجريمة تشديد أو تخفيف العقوبة بحسب ما إذا كان الجاني يعاني أو لا يعلم بهذه الظروف[1] .

ـ قتل الخطأ: ويتفق القتل العمدي مع القتل غير العمدي من عدة أوجه، فكلاهما يقع على انسان حي أي أن محل الإعتداء واحد كما أن الركن المادي للقتل العمدي والقتل غير العمدي واحد كذلك ؛ فهو يقوم على نشاط إرادي يصدر من الجاني ونتيجة حتمية وهي وفاة المجني عليه بسبب هذا النشاط.

أما الفرق الجوهري بين القتل العمدي والقتل غير العمدي فهو كما يظهر من تسميتهما حيث يختلفان في القصد الجنائي فالجاني في جريمة القتل العمدي يريد بالفعل الذي إرتكبه حصول النتيجة المجرمة قانونا وهو إزهاق روح الإنسان بينما في القتل غير العمدي فتتحقق النتيجة وهي إزهاق روح الإنسان نتيجة لخطأ في فعل الجاني أو برعونته أو عدم إحتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاة الأنظمة.

ب ـ تشديد العقوبة بالنسبة لجرائم القتل:

ـ بالنسبة لجريمة القتل:وفي هذا يعاقب الجاني في جريمة القتل الخطأ بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 1000 إلى 20000دج[2]، وعن الأفعال المفضية الى الموت يعاقب القانون على القتل بالاعدام كأقصى عقوبة إذا سبق أو صاحب أو تلى جناية أخرى، كما يعاقب على القتل بالإعدام إذا كان الغرض منه إما إعداد أو تسهيل أو تنفيذ جنحة أو تسهيل فرار مرتكبي هذه الجنحة أو الشركاء فيها أو ضمان تخلصهم من العقاب ، ويعاقب القاتل في غير ذلك من الحالات بالسجن المؤبد، وفي الحالات المنصوص عليها في هذه الفقرة يجب القضاء بمصادرة الأسلحة والأشياء والآلات التي إستعملت في إرتكاب الجناية مع حفظ حقوق الغير حسن النية[3].

ـ بالنسبة لجرائم الجرح والتعذيب:فبينت المادة **263 مكرر1** من قانون العقوبات مفهوم التعذيب على أنه كل عمل ينتج عنه عذابا وألما شديدا جسديا كان أو عقليا يلحق عمدا بشخص ما، مهما كان سببه.

---

[1] تنص المادة **42** من قانون العقوبات : "يعتبر شريكا في الجريمة من لم يشترك اشتراكا مباشرا، ولكنه ساعد بكل الطرق أو عاون الفاعلين على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك" و "يأخذ حكم الشريك من اعتاد أن يقدم مسكنا أو ملجأ أو مكان الاجتماع لواحد أو أكثر من الأشرار الذين يمارسون اللصوصية أو العنف ضد أمن الدولة أو الأمن العام أو ضد الأشخاص أو الأموال مع علمه بسلوكهم الاجرامي" المادة **43** من قانون العقوبات.

[2] المادة **288** من قانون العقوبات.

[3] المادة **263** من قانون العقوبات والمادة **15 مكرر 01**.

وحدد نفس القانون عقوبة من يمارس أو يحرض أو يأمر بممارسة التعذيب على الأفراد بالسجن المؤقت من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة مالية من 100.000دج إلى 500.000دج، كما يعاقب على التعذيب بالسجن المؤقت من عشر (10) سنوات إلى عشرين سنة (20) وبغرامة من 150.000دج إلى 800.000 دج إذا سبق أو صاحب أو تلى جناية غير القتل العمد[1].

ويشدد المشرع الجزائري في نص المادة **263 مكرر 2** العقوبة حيث يحكم بالسجن المؤقت من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 150.000 دج الى 800.000 دج على كل موظف يمارس أو يحرض أو يأمر بممارسة التعذيب من أجل الحصول على اعترافات أو معلومات أم لأي سبب آخر.

وتكون العقوبة السجن المؤبد إذا سبق التعذيب أو صاحب أو تلى جناية غير القتل العمد.

ويعاقب أيضا بالسجن المؤقت من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج كل موظف يوافق أو يسكت عن الأفعال المذكورة في المادة 263 مكررمن هذا القانون.

أما بالنسبة لكل من أحدث عمدا جروحا للغير أو ضربه أو ارتكب أي عمل آخر من أعمال العنف أو الاعتداء يعاقب بالحبس من شهرين إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 دج إلى 10.000 دج إذا نتج عن هذه الأنواع من العنف مرض أو عجز كلي عن العمل لمدة تزيد على خمسة عشر يوما، ويجوز علاوة على ذلك أن يحرم الفاعل من الحقوق التالية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات[2]:

ـالحجر القانوني.

ـالحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية[3].

[1] المادة **263 مكرر 01** من قانون العقوبات.

[2] مادة **09** من قانون العقوبات والمادة **14** من قانون العقوبات.

[3] –لم يرد في نصوص قانون العقوبات ما بين طبيعة هذه الحقوق التي يمكن أن يحرم منها الجاني ويبقى اللفظ يحتمل التوسيع.

- تحديد الاقامة[1].

- المنع من الاقامة[2].

- المصادرة الجزئية للأموال[3].

- المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط.

- إغلاق المؤسسة.

- الاقصاء من الصفقات العمومية.

- الحظر من استعمال الشيكات أو بطاقة الدفع.

- تعليق أو سحب رخصة السياقة أو الغاؤها مع المنع من استصدار رخصة جديدة.

- سحب جواز السفر.

- نشر أو تعليق الحكم أو الحجر القانوني أو قرار الادانة بأكمله أو مستخرج منه في جريدة أو أكثر... أو بتعليقه في الأماكن التي بينها وذلك كله على نفقة المحكوم عليه على ألا تجاوز مع ذلك مصاريف النشر المبلغ الذي يحدده الحكم لهذا الغرض ولا يتجاوز مدة التعليق شهرا واحدا، كما قضت المادة **16 مكرر** بأنه يجوز الحكم على الشخص المدان لارتكابه جناية أو جنحة بالمنع من ممارسة مهنة أو نشاط إذا ثبت للجهة القضائية أن للجريمة التي إرتكبها لها صلة مباشرة بمزاولتها، وأن ثمة خطر في استمرار ممارسته لأي منها، ويصدر الحكم بالمنع لمدة تتجاوز عشر (10) سنوات في حالة الإدانة لارتكاب جناية

[1] تنص المادة **11** من قانون العقوبات على مفهوم تحديد الإقامة وهو إلزام المحكوم عليه بأن يقيم في منطقة يعينها الحكم ولا يجوز أن تجاوز مدة خمس سنوات ويبدأ تنفيذ تحديد الإقامة من يوم انقضاء العقوبة الأصلية أو الإفراج على المحكوم عليه، ويبلغ الحكم إلى وزارة الداخلية التي يمكن لها أن تصدر أذون انتقال داخل المنطقة ويعاقب الشخص المحدد إقامته بالحبس من ثلاث أشهر إلى ثلاث سنوات إذا خالف أحد تدابير تحديد إقامته.

[2] حدد نص المادة **12** من قانون العقوبات على أنه يحظر على المحكوم عليه أن يوجد في بعض الأماكن ولا يجوز أن تجاوز مدته خمس سنوات في مواد الجنح وعشر سنوات في مواد الجنايات مالم ينص القانون على خلاف ذلك، وتضيف نفس المادة إلى أن آثار هذا المنع ومدته لا تبدأ إلا من اليوم الذي يفرج فيه عن المحكوم عليه شرط أن يكون قرار المنع في الإقامة قد بلغ إليه ويعاقب الشخص الممنوعة إقامته كذلك بالحبس من ثلاث أشهر إلى ثلاث سنوات إذا خالف أحد تدابير منع الإقامة أو تملص منه، وتضيف المادة **13** من نفس القانون إلى إمكانية المنع من الإقامة في حالة الحكم لجناية أو جنحة.

[3] وقد استوفت المواد **15**، **15 مكرر 1**، **16** من قانون العقوبات تحديد شروط وإجراءات تطبيق هذه العقوبة.

وخمس (05) سنوات في حالة الادانة لارتكاب جنحة ويجوز أن يؤمر بالنفاذ المعجل بالنسبة الى هذا الاجراء.

وتأمر المحكمة وجوبا في حالة الحكم بعقوبة الجناية بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية ويتمثل الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية في:

- العزل أو الاقصاء من جميع الوظائف والمناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة.

- الحرمان من حق الانتخاب أو الترشح ومن حمل أي وسام.

- عدم الأهلية لأن يكون مساعدا محلفا أو خبيرا أو شاهدا على أي عقد أمام القضاء إلا على سبيل الاستدلال.

- الحرمان من الحق في حمل الأسلحة وفي التدريس وفي ادارة مدرسة أو الخدمة في مؤسسة للتعليم بوصفه أستاذا أو مدرسا أو مراقبا.

- عدم الأهلية لأن يكون وصيا أو قيما.

- سقوط حق الولاية كلها أو بعضها وفي حالة الحكم بعقوبة جنائية يجب على القاضي أن يأمر بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها أعلاه لمدة أقصاها عشر (10) سنوات تسري من يوم انقضاء العقوبة الأصلية أو الافراج عن المحكوم عليه، وبالنسبة للأشياء المستعملة في التعدي على الأفراد، تأمر المحكمة في حالة الإدانة لإرتكاب جناية بمصادرة الأشياء التي استعملت أو كانت ستستعمل في تنفيذ الجريمة، وكذلك الهبات أو المنافع الأخرى التي استعملت لمكافأة مرتكب الجريمة مع مراعاة حقوق الغير حسن النية.

ويؤمر بمصادرة الأشياء المذكورة وجوبا في حالة الادانة بارتكاب الجرائم المختلفة إذا كان القانون ينص بصراحة على هذه العقوبة وذلك مع مراعاة حقوق الغير حسن النية.

أما من ارتكب جناية الخصاء يعاقب بالسجن المؤبد أما إذا أدى ذلك إلى الوفاة فيعاقب الجاني بالإعدام ويعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 2000 دج كل من سبب للغير مرضا أو عجزا عن العمل الشخصي وذلك بان أعطاه عمدا وبأية طريقة كانت وبدون قصد إحداث الوفاة مواد ضارة بالصحة.

وإذا نتج عنها مرض أو عجز عن العمل لمدة تجاوز خمسة عشر (15) يوما فتكون العقوبة الحبس من سنتين إلى خمس (5) سنوات، ويجوز علاوة على ذلك الحكم على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة **14** وبالمنع من الإقامة من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر، أما إذا أدت المواد المعطاة إلى مرض يستحيل برؤه أو إلى عجز في استعمال عضو أو إلى عاهة مستديمة فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة، وإذا أدت إلى الوفاة دون قصد إحداثها فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة.

أما إذا إرتكب الجنح والجنايات المعينة في المادة **275** من قانون العقوبات السابقة أحد الأصول أو الفروع أو احد الزوجين أو من يرث المجني عليه أو احد الأشخاص الذين لهم سلطة عليه أو ممن يتولون رعايته فتكون العقوبة:

- الحبس من سنتين إلى خمس سنوات وذلك في الحالة المنصوص عليها في المادة **275** من قانون العقوبات.

- السجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات وذلك في الحالة المنصوص عليها في المادة **275**فقرة **02**من قانون العقوبات.

- السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة وذلك في الحالة المنصوص عليها في المادة **275**فقرة **04**من قانون العقوبات.

- السجن المؤبد وذلك في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة 275.

ج ـ تنفيذ تدابير الأمن على الجناة: ومن تدابير الأمن على الجناة ضد حقوق الأفراد تنص المادة **19** على اجراءين مهمين[1]:

- الحجز القضائي في مؤسسة استشفائية للأمراض العقلية :ويكون بناءا على أمر أو حكم أو قرار قضائي في مؤسسة مهيئة لهذا الغرض بسبب خلل في قواه العقلية قائم وقت ارتكابه الجريمة أو اعتراه بعد ارتكابها.

كما يمكن أن يصدر الأمر بالحجز القضائي بموجب أي أمر أو حكم أو قرار بإدانة المتهم أو العفو عنه أو ببراءته أو بانتفاء وجه الدعوى، غير أنه في الحالتين الأخيرتين يجب أن تكون مشاركته في الوقائع المادية ثابتة مع إثبات الخلل العقلي في الحكم الصادر بالحجز القضائي بعد الفحص الطبي.

[1] مادة **21** من قانون العقوبات.

وبالنسبة للشخص الموضوع في مؤسسة استشفائية للأمراض العقلية فيخضع لنظام الاستشفاء الإجباري ويبقى للنائب العام الاختصاص في مآل الدعوى العمومية.

- **الوضع القضائي في مؤسسة علاجية**: هو وضع شخص ثبت انتهاجه سلوكا إجراميا مرتبطة باصابته لإدمان اعتيادي ناتج عن تعاطي مواد كحولية أو مخدرات أو مؤثرات عقلية، فيكون بذلك تحت الملاحظة في مؤسسة مهيئة لهذا الغرض، وذلك بناءا على أمر أو حكم أو قرار قضائي صادر من الجهة المحال إليها الشخص.

ويمكن أن يصدر الأمر بالوضع القضائي في المؤسسة العلاجية طبقا للشروط المقررة للحجز القضائي في الفقرة **2** من المادة **21**من قانون العقوبات، كما تجوز مراجعة الوضع القضائي في مؤسسة علاجية بالنظر إلى تطور الخطورة الإجرامية للمعني.

ومن الأفعال المبررة في قانون العقوبات ولا يصح الجمع بينها وبين العقاب هما حالتين[1]:

-**الحالة الأولى:** إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون.

-**الحالة الثانية**: إذا كان الفعل قد دفعت إليه ضرورة الحال للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط إثبات أن الدفاع يتناسب مع جسامة الاعتداء أو يدخل ضمن حالات الضرورة للدفاع المشروع كأفعال 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 وكذلك الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة[2].

د ـ عقاب المساعد على الجريمة: ويعاقب وفقا لقانون العقوبات كل من ساعد عمدا شخصا في الأفعال التي تساعده على الانتحار أو تسهله له ، أو زود بالأسلحة أو السم أو بالآلات المعدة للإنتحار مع علمه بأنها سوف تستعمل في هذا الغرض بالحبس من سنة إلى خمس (5) سنوات إذا نفذ الإنتحار .

هـ ـ تجريم افشاء السر المهني: وبشأن أسرار المرضى فيعاقب بموجب المادة **301** من قانون العقوبات بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة 500 إلى 5000دج، الأطباء والجراحون والصيادلة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو

[1] مادة **39** من قانون العقوبات.

[2] مادة **40** من قانون العقوبات.

الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم القانون إفشاؤها ويصرح لهم بذلك.

ومع ذلك فعلى الأشخاص المبينون أعلاه إذا دعوا للمثول أما القضاء في قضية إجهاض أن يدلوا بشهادتهم دون التقيد بالسر المهني.

و - تجريم ضرب وجرح الأشخاص:ونصت المادة **442** من قانون العقوبات على عقاب الجاني بالحبس من عشر (10) أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 8000 دج إلى 16000 دج فيما يلي:

- الأشخاص وشركاؤهم الذين يحدثون جروحا أو يعتدون بالضرب أو يرتكبون أعمال عنف أخرى أو التعدي دون أن ينشأ عن ذلك أي مرض أو عجز كلي عن العمل لمدة تتجاوز خمسة عشر (15) يوما[1] ويشترط أن لا يكون هناك سبق إصرار أو ترصد أو حمل سلاح.

- كل من تسبب بغير قصد في إحداث جروح أو إصابة أو مرض لا يترتب عليه عجز كلي عن العمل لمدة تتجاوز ثلاث أشهر وكان ذلك ناشئا عن رعونة أو عدم احتياط أو عدم انتباه أو إهمال أو عدم مراعاة النظم.

- كل من حضر ولادة طفل ولم يقدم عليها الاقرار المنصوص عليه في القانون في المواعيد المحددة، وكل من وجد طفلا حديث العهد بالولادة ولم يسلمه إلى ضابط الحالة المدنية كما يوجب ذلك القانون ما لم يوافق على أن يتكفل به ويقر بذلك أمام جهة البلدية التي عثر عليها الطفل بدائرتها، وكل من قدم طفلا تقل سنه عن سبع سنوات كاملة إلى ملجأ أو إلى مؤسسة خيرية متى كان قد سلم إليه لرعايته أو لأي سبب آخر ما لم يكن غير مكلف أو غير ملزم بتوفير الطعام له مجانا وبرعايته ولم يوفر له أحد ذلك[2] .

ويعاقب بغرامة من 100 إلى 1000دج كما يجوز أيضا أن يعاقب بالحبس لمدة عشرة أيام على الأكثر الأشخاص وشركاؤهم في مشاجرات أو الاعتداء أو أعمال عنف أو من يُلقُون عمدا مواد صلبة أو قاذورات على شخص[3].

---

[1] قرار مجلس قضاء وهران بإدانة طبيبين بثلاثة أشهر حبس غير نافذ بسبب إحداثهما جروحا عن طريق الخطأ أثناء تدخل جراحي بالمستشفى(قرارالمحكمة العليا157555بتاريخ20أكتوبر 1998،المجلة القضائية،العدد02،1998)

[2] المادة **442** من قانون العقوبات.

[3] المادة **442 مكرر** من قانون العقوبات.

ز- منع تعريض حياة الأشخاص للهلاك: وتنص المادة **431** من قانون العقوبات على أن يعاقب بالحبس من 2 الى 5 سنوات وبغرامة من 10000 إلى 50000 دج كل من:

- يَغُشُّ مواد صالحة لتغذية الانسان أو الحيوانات أو مواد طبية أو مشروبات أو منتوجات فلاحية أو طبية مخصصة للاستهلاك.

- يَعرِض أو يضع للبيع مواد صالحة لتغذية الإنسان أو الحيوانات أو مواد طبية أو مشروبات أو منتوجات فلاحية أو طبية يعلم أنها مغشوشة أو مسمومة.

- يُعرِّض أو يضع للبيع مواد خاصة تُسْتَعملُ لِغِشِّ مواد صالحة لتغذية الانسان أو الحيوانات أو مشروبات أو منتوجات فلاحية أو طبية أو يحث على إستعمالها بواسطة كتيبات أو منشورات أو نشرات أو معلقات أو اعلانات أو تعليمات وهو يعلم أنها محددة.

أما إذا ألحقت المادة الغذائية أو الطبية المغشوشة أو الفاسدة بالشخص الذي تناولها أو الذي قدمت له مرضا أو عجزا عن العمل، يعاقب مرتكب الغش وكذا الذي عرض أو وضع للبيع أو باع تلك المادة وهو يعلم أنها مغشوشة أو فاسدة أو سامة بالحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1000.000 دج ويعاقب الجناة بالحبس المؤقت من عشر (10) إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج إذا تسببت تلك المادة في مرض غير قابل للشفاء أو في فقد استعمال عضو أو في عاهة مستديمة ويعاقب بالسجن المؤبد إذا تسببت تلك المادة في موت انسان[1].

وتنص المادة **433** من نفس القانون على أن يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 2000 دج إلى 20000 دج كل من يحوز دون سبب شرعي:

- سواء مواد صالحة لتغذية الإنسان أو الحيوانات أو مشروبات أو منتوجات فلاحية أو طبيعية يعلم أنها مغشوشة أو فاسدة أو مسمومة.

- سواء مواد طبية مغشوشة.

- سواء مواد خاصة تستعمل في غش مواد صالحة لتغذية الإنسان أو الحيوانات أو مشروبات أو منتوجات فلاحية أو طبية.

- سواء موازين او مكاييل خاطئة أو آلات أخرى غير مطابقة تستعمل في وزن أوكيل السلع.

ويعاقب بأقصى العقوبات المنصوص عليها في المواد السابقة:

[1] مادة **433** من قانون العقوبات.

- كل متصرف أو محاسب يكون قد قام بالغش أو عمل على غش مواد أو أشياء أو مواد غذائية أو سوائل عهدت عليها قصد حراستها أو موضوعة تحت مراقبته أو يكون قد وزع عمدا أو عمل على توزيع المواد المذكورة أو الأشياء أو المواد الغذائية أو السوائل المغشوشة.

- كل متصرف أو محاسب يكون قد وزع عمدا عمل على توزيع لحوم حيوانات مصابة بأمراض معدية أو أشياء أو مواد غذائية أو سوائل فاسدة أو متلفة[1].

ويعاقب أيضا بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 2000 دج إلى 20000 دج ودون إخلال بالعقوبات المقررة في المادة **183** وما يليها من هذا القانون، كل من يضع الضابط وأعوان الشرطة القضائية وكذلك الموظفين الذين يسند إليهم القانون سلطة معاينة المخالفات المشار إليها في المواد **427** و **428** و **429** و **430**، في موقع استحالة للقيام بوظائفهم إما برفض عدم السماح لهم بالدخول الى المحال الصناعية أو محال التخزين أو محال البيع أو بأية كيفية أخرى.

ح - منع الاتجار بالبشر: اعتبر المشرع الجزائري اتجارا بالأشخاص كل تجنيد أو نقل أو تنقيل أو إيواء أو استقبال شخص أو أكثر بواسطة التهديد بالقوة أو باستعمالها أو غير ذلك من أشكال الاكراه أو الإختطاف أو الإحتيال أو الخداع أو إساءة إستعمال السلطة أو إستغلال حالة إستضعاف أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سلطة على شخص آخر بقصد الإستغلال.

ويشمل الاستغلال استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي أو استغلال الغير في التسول أو الخدمة كرها أو الإسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الإستعباد أو نزع الأعضاء.

ويعاقب على الاتجار بالأشخاص بالحبس من خمس (5) سنوات إلى خمسة عشر (15) سنة وبغرامة من 500.000 دج إلى 1500.000 دج إذا سهل ارتكابه حالة استضعاف الضحية الناتجة عن سنها أو مرضها أو عجزها البدني أو الذهني، متى كانت هذه الظروف ظاهرة أو معلومة لدى الفاعل[2]، ويعاقب على الاتجار بالأشخاص بالسجن من عشر سنوات الى عشرين سنة وبغرامة من 1000.000 دج إلى 2000.000 دج إذا إرتكبت الجريمة مع توافر ظرف من الظروف الآتية:

---

[1] المادة **434** من قانون العقوبات.

[2] المادة **303 مكرر 4** من قانون العقوبات

- إذا كان الفاعل زوجا للضحية أو أحد أصولها أو فروعها أو وليها أو كانت له سلطة عليها أو كان موظفا ممن سَهَّلت له وظيفته إرتكاب الجريمة.

- إذا ارتكبت الجريمة من طرف أكثر من شخص.

- إذا ارتكبت الجريمة مع حمل السلاح أو التهديد باستعماله.

- إذا ارتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابرة للحدود الوطنية[1].

لا يستفيد الشخص المدان لإرتكابه أحد الأفعال المرتبطة بالإتجار بالأشخاص من ظروف التخفيف المنصوص عليها في هذا القانون[2] .

وكما يجوز أن يطبق على الشخص الطبيعي المحكوم عليه في إرتكاب جريمة الإتجار بالأشخاص عقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة **03** من هذا القانون[3] .

وتقضي الجهة القضائية المختصة منعَ أَيَّ أَجنبيٍّ حُكِمَ عليه بسبب إحدى الجرائم المرتبطة بالإتجار بالأفراد الإقامة في التراب الوطني إما نهائيا أو لمدة عشر (10) سنوات على الأكثر[4]، أما من يقوم بتبليغ السلطات الإدارية أو القضائية عن جريمة الاتجار بالأشخاص قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها فيعفى نهائيا من العقوبات المقررة[5] .

ولذا يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج كل من علم بارتكاب جريمة الإتجار بالأشخاص، ولو كان ملزما بالسر المهني ولم يبلغ فورا السلطات المختصة بذلك[6].

ولا يعتد برضا الضحية متى استخدم الفاعل أَيًّا من الوسائل المذكورة في الفقرة الأولى من المادة **303 مكرر 4** من قانون العقوبات السابقة الذكر والجهة القضائية ملزمة بمصادرة الوسائل المستعملة في ارتكاب جرائم الإتجار بالبشر وكذلك الأموال المتحصل عليها بصفة غير مشروعة مع مراعاة حقوق الغير حسن النية.

---

[1] المادة **303 مكرر 5** من قانون العقوبات

[2] المادة **303 مكرر 6** ومادة **53** من قانون العقوبات

[3] المادة **303 مكرر 7** من قانون العقوبات

[4] المادة **303 مكرر 8** من قانون العقوبات

[5] المادة **303 مكرر 9** من قانون العقوبات

[6] المادة **303 مكرر 10** من قانون العقوبات.

وكل من يحصل على عضو من أعضاء شخص آخر مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها أو من يتوسط قصد تسهيل أو تشجيع الحصول على عضو من جسم شخص آخر يعاقب بالحبس من ثلاث (3) سنوات إلى عشر (10) سنوات إضافة إلى غرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000 دج، وكل من ينتزع عضوا من شخص على قيد الحياة أو شخص ميت دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول يعاقب بالحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000دج[1].

ويعاقب أيضا كل من ينتزع أنسجة أو خلايا أو يجمع مواد من جسم شخص مقابل دفع مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج وهي نفس العقوبة لكل من يتوسط لتسهيل وتشجيع الحصول على أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص[2] .

وكل من ينتزع نسيجا أو خلايا أو يجمع مادة من جسم شخص على قيد الحياة أو شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج[3].

وتشدد العقوبة على ذلك فتنص المادة **303 مكرر 20** من قانون العقوبات على أن يعاقب على الجرائم المنصوص عليها في المادتين **303 مكرر 18 و303 مكرر 19** بالحبس من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.500.000 دج إذا ارتكبت الجريمة مع توافر أحد الظروف الآتية:

- إذا كانت الضحية قاصرا أو شخصا مصابا بإعاقة ذهنية.
- إذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهنته ارتكاب الجريمة.
- إذا ارتكبت الجريمة من طرف أكثر من شخص.
- إذا ارتكبت الجريمة مع حمل السلاح أو التهديد باستعماله.
- إذا ارتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية.

[1] مادة **303 مكرر 17** من قانون العقوبات.

[2] مادة **303 مكرر 18** من قانون العقوبات.

[3] مادة **303 مكرر 19** من قانون العقوبات.

ويعاقب على الشروع في ارتكاب الجنح المتعلقة بالإتجار بالأعضاء البشرية بنفس العقوبة المقررة للجريمة[1] .

ولا يستفيد الشخص المدان لارتكابه أحد الأفعال المتعلقة بالاتجار بأعضاء بشرية من الظروف المخففة المنصوص عليها في المادة **53** من قانون العقوبات الجزائري وتمنع الجهة القضائية المختصة كذلك أي أجنبي حُكِمَ عليه بسبب الإتجار بالأعضاء البشرية من الإقامة في التراب الوطني إما نهائيا أو لمدة عشرة (10) سنوات على الأكثر.

غير أنه يعفى من العقوبة المقررة كل من يبلغ السلطات الإدارية أو القضائية عن جريمة الإتجار بالأعضاء قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها، وتخفض العقوبة إلى النصف إذا تم الإبلاغ بعد إنتهاء تنفيذ الجريمة أو الشروع فيها وقبل تحريك الدعوى العمومية من إيقاف الفاعل الأصلي أو الشركاء في نفس الجريمة[2].

أما من علم بارتكاب جريمة الاتجار بالأعضاء، ولو كان ملزما بالسر المهني، ولم يبلغ فورا السلطات المختصة بذلك يعاقب بالحبس من سنة الى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج كما تصادر الجهة القضائية المختصة كذلك الوسائل المستعملة في ارتكابها والأموال المتحصل عليها بصفة غير مشروعة، مع مراعاة حقوق الغير حسن النية[3].

ويعاقب المشرع الجزائري كل من يدبر للخروج غير المشروع من التراب الوطني لشخص أو عدة أشخاص من أجل الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة على منفعة مالية أو أي منفعة أخرى وتكون العقوبة بالحبس من ثلاث سنوات الى خمس سنوات وبغرامة من 300.000 دج إلى 500.000 دج، وتشدد العقوبة أكثر فيحكم بالحبس من خمس سنوات إلى 10 سنوات وبغرامة من 500.00 دج إلى 1.000.000 دج على نفس الجريمة إذا توفرت احدى الظروف الآتية:

- اذا كان من بين الأشخاص المهربين قاصر.
- تعريض حياة أو سلامة المهاجرين المهربين للخطر أو ترجيح تعرضهم له.

[1] مادة **303 مكرر 27** من قانون العقوبات.

[2] مادة **303 مكرر23** و **303مكرر24**من قانون العقوبات

[3] مادة **303 مكرر 28** من قانون العقوبات.

وتشدد العقوبة إلى أكثر من ذلك فالسجن من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج إذا ارتكبت الجناية في أحد الظروف التالية[1]:

- إذا سهلت وظيفة الفاعل ارتكاب الجريمة.
- اذا ارتكبت الجريمة من طرف أكثر من شخص.
- اذا ارتكبت الجريمة بحمل السلاح أو التهديد باستعماله.
- اذا ارتكبت الجريمة من طرف جماعة اجرامية منظمة، وتصادر الأجهزة والوسائل المستعملة في ارتكابها والأموال المتحصل عليها بصفة غير مشروعة مع مراعاة حقوق الغير حسن النية.

إضافة إلى أحكام أخرى لهذه الجرائم منصوص عليها في المادة**303 مكرر 3** والمادة**303 مكرر 33** من قانون العقوبات.

[1] مادة **303 مكرر 32** من قانون العقوبات.

3- تقديم المساعدة الواجبة للأطفال والعاجزين: نصت المادة **314** من قانون العقوبات: "كل من ترك طفلا أو عاجزا غير قادر على حماية نفسه بسبب حالته البدنية[1] أو العقلية أو عرضه للخطر في مكان خال من الناس أو حمل الغير على ذلك يعاقب مجرد هذا الفعل[2] بالحبس من سنة الى ثلاث سنوات، فاذا نشأ عن الترك أو التعريض للخطر مرض أو عجز كلي لمدة تجاوز عشرين يوما فيكون الحبس من سنتين إلى خمس سنوات وإذا حدث للطفل أو للعاجز بتر أو عجز في أحد الأعضاء أو أصيب بعاهة مستديمة فتكون العقوبة هي السجن من خمس إلى عشرة سنوات وإذا تسبب الترك إلى التعريض للخطر أو الموت فتكون العقوبة هي السجن عشر سنوات إلى عشرين سنة[3].

أما بالنسبة لكل من ترك طفلا أو عاجزا غير قادر على حماية نفسه بسبب حالته البدنية أو العقلية[4] أو عرضه للخطر في مكان غير خال من الناس أو حمل الغير على ذلك يعاقب لمجرد هذا الفعل بالحبس من ثلاث أشهر إلى سنة وإذا نشأ عن الترك أو التعريض للخطر مرض أو عجز كلي لمدة تجاوز عشرين يوما فيكون الحبس من ستة أشهر إلى سنتين واذا حدث للطفل أو للعاجز بتر أو عجز في أحد الأعضاء أو أصيب بعاهة مستديمة فتكون العقوبة هي الحبس من سنتين إلى خمس سنوات.

---

[1] ولهذا ألغي تنازل الأم عن حضانة ابنتها اختياريا نظرا للشهادات الطبية التي تثبت أن البنت مريضة مرضا يحتاج إلى رعاية الأم أكثر من رعاية الأب(قرارالمحكمة العليارقم54353بتاريخ03جويلية1989،المجلة القضائية رقم1،سنة1992)

[2] لهذا أدين شخص إمتنع عمدا عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر كان بإمكانه تقديمها إليه مباشرة منه أو بطلب الإغاثة له وذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أوعلى الغير(قرار المحكمة العليا رقم 128892بتاريخ26ديسمبر1995،المجلة القضائية،العدد2،سنة1996)

[3] مادة **315** : "إذا كان مرتكب الحادث من أصول الطفل أو العجز أو ممن لهم سلطة عليه أو ممن يتولون رعايته فتكون العقوبة كما يلي:

- الحبس سنتين إلى خمس سنوات في الحالات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة **314**.
- الحبس من خمس إلى عشر سنوات في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة المذكورة.
- السجن من عشر سنوات إلى عشرين سنة في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة المذكورة.
- السجن المؤبد في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من المادة المذكورة.

[4] حيث أن تشريع المستشفيات ينص على حراسة مكثفة في بعض المصالح مثل مصلحة الإنعاش ومصالح الأمراض الخطيرة مثل الأمراض العقلية(قرارمجلس الدولةرقم890149بتاريخ17جانفي2000،نشرة القضاة،العدد89،سنة2004).

وإذا أدى ذلك إلى الوفاة فتكون العقوبة هي السجن من خمس إلى عشر سنوات[1].

واذا تسبب الفعل في الوفاة مع ثبوت نية احداثها فتنص المادة **318** من قانون العقوبات على عقاب الجاني وفقا للمواد **261**، **262** و **263** من قانون العقوبات حيث تصل العقوبة حد الاعدام.

وقد ألزم القضاء الجزائري الزوجة العاجز زوجها عن مباشرتها بوجوب سكونها الى جانبه لمدة محددة من أجل العلاج احتراما للقواعد الشرعية فصدرالإجتهاد القضائي الآتي نصه:"متى كان من المقرر في الفقه الاسلامي وعلى ماجرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج ،وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلها وبعد إنتهائه فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الاسلامية"[2].

من خلال هذا المطلب خلصت إلى النتائج الآتية:

1- إن الشريعة الاسلامية منحت الجسم البشري حرمة خاصة وذلك إنطلاقا من:

أ- إثبات كرامة الإنسان جسدا وروحا وعقلا.

ب - تشريفه بأمر الله الملائكة للسجود لآدم.

ج - تكريم الإنسان عموما حيا بتحريم الإعتداء عليه بالقتل أو الضرب أو التهديد،وفي حال موته بإكرامه ودفنه.

د- تحريم تعذيب النفس أو إهانتها أو الإنتحار لأن فيه مساسا بحرمة الجسد البشري.

2 - سعى القانون الجزائري إلى رعاية حرمة الجسد البشري وحفظ كرامته من خلال:

أ - النص على كرامته.

---

[1] مادة **316** من قانون العقوبات، وتختلف العقوبة حسب المادة **317** من نفس القانون إذا كان مرتكب الحادث من أصول الطفل أو العاجز أو ممن يتولون رعايته فتكون العقوبة أشد كما يلي:

- الحبس من ستة أشهر إلى سنتين في الحالات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة **316**.
- الحبس من سنتين إلى خمس سنوات في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة المذكورة.
- السجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة المذكورة.
- السجن عشر سنوات إلى عشرين سنة في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من المادة المذكورة.

[2] قرا رغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا رقم :34784بتاريخ 1984/11/19المجلة القضائية رقم:03لسنة1989.

ب ـ المساواة بين جميع المواطنين بغض النظر عن أصولهم وألوانهم بل تعدى ذلك الى تكريس بعض المزايا كحقوق ذوي الحاجات الخاصة.

ج ـ تجريم الاعتداء على الانسان وتطبيق العقوبات المقررة لمختلف الجرائم المتعلقة بالأشخاص.

د ـ تخويل القضاء الجزائري سلطة واسعة في حماية الأشخاص من خلال تنفيذ القوانين السارية.

المطلب الثاني: مصدر حق الشفاء

لفهم العلاقة التي تنشأ بين المريض والطبيب لابد أن يتم البحث عن مصدر الحقوق المباشرة التي تُخَوَّلُ للانسان في الشفاء من المرض.

فقد اقتحم الإنسان بعقله وعلمه ميادين كان من المستحيل تصور اقتحامها في فترات سابقة مثل التعامل الجيني وشتى الاكتشافات الطبية حيث حاول الإنسان في مرات كثيرة السيطرة على الطبيعة وإخضاعها له، وارتقى عقل الإنسان إلى مستويات طموحة.

ورغم ذلك واكب التقدم الحضاري صورا متعددة وأشكالا جديدة للتلوث، بحيث كثرت الأمراض وتعقدت تشخيصاتها ووسائل مواجهتها وبالتالي إنتقل العلاج الطبي من الحالة البسيطة التي تعتمد على العلاج الكيميائي أو الجراحي إلى العلاج المرتكز على التعامل بأعضاء جسم الإنسان قطعا وزراعة من أجل حفظ الحياة وسلامة البدن وفق ما تقتضيه الرعاية الطبية اللازمة.

والأمراض كذلك تعددت واختلفت في أسبابها وآثارها، فمنها ما يكون تشخيصه بسيطا وزواله سريعا، ومنها ما يكون ألمه شديدا و تشخيصه صعبا إذ لا يفارق صاحبه حتى يخلف تلفا في بعض أعضائه أو فسادا لها، فتكون الحياة بذلك متعذرة ومتعسرة، وفي حالات كثيرة يكون ألم المرض أشد دون أن يفارق صاحبه إلى أن يوصله إلى القبر، ومن هنا تكون الآثار بسيطة في الحالتين الأولى والأخيرة لكن في الحالات التي يكون فيها على المريض إبتغاء حقه في الشفاء قد يجد صعوبة في إدراك مدى التوافق بين الحفاظ على الحق في العلاج والاجتهاد في أسبابه وهنا ينبغي التمييز بين مصدر الحق في الشفاء وبين تكييف الأسباب وفق الوسائل المشروعة من منظور الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

الفرع الأول: صلة الإنسان بجسده في الفقه الاسلامي

لمعرفة طبيعة المصلحة العلاجية للمريض ومصدرها في الفقهين الإسلامي والقانوني ينبغي دراسة طبيعة العلاقة الناشئة بين الإنسان وجسده ويتحدد ذلك عند معرفة إِنْ كان للإنسان حق على جسده، وأبين ذلك من خلال معرفة الحق وأنواعه.

أولا ـ مفهوم الحق في الفقه الإسلامي:

1 ـ تعريف الحق لغة:

ورد في لسان العرب أن الحق:هو اليقين بعد الشك[1].

وإلى هنا أشار الكفوي[2] في معناه: حق الشيء: وجب وثبت وحق الله امتثال أمره ابتغاء مرضاته... يقابله الباطل... وهو أحق بماله أي لا حق لغيره فيه بل هو مختص به بغير شريك[3].

وجاء في تاج العروس: "معنى حق الشيء أوجبه وأثبته، وصار عنده حقا لا يشك فيه، ويقال يحق عليك أن تفعل كذا، أي يجب"[4]، وفي مختار الصحاح: "حقِّ الشيء يَحِقُّ بالكسر حَقٌّ أي وجب، وأحقه غير أوجبه"[5].

وفي كتاب الصحاح: "الحق خلاف الباطل، والحق واحد الحقوق"[6].

وفي أساس البلاغة: "حق الله الأمر حقًّا: أثبته وأوجبه... وأحقَّ الله الحق أظهره وأثبته... وأَحْقَقْتُ عليه القضاء أوجبته"[7].

وأورد القاموس المحيط أن "الحق يطلق في اللغة على المال والمُلْك والموجود الثابت"[8].

---

[1] ابن منظور، لسان العرب،ج2ص:528.

[2] الكفوي: هو أبو البقاء بن السيد موسى الحسيني، القريمي، الكفوي، فقيه حنفي، له مؤلفات عربية أخرى تركية أذكر منها الكليات في اللغة، تحفة الشاهان في فروع الحنيفية، تولى منصب القضاء في بلاد عدة من بلاد المسلمين كتركيا وبغداد والقدس الى أن توفي سنة 1683م(إسماعيل باشا البغدادي، هدية العارفين، دار الكتب العالمية، لبنان، 1992 ،ص :229و الزركلي،الأعلام، ج2ص: 38)

[3] أيوب الكفوي، الكلمات (معجم في المصطلحات والفروق اللغوية)، مؤسسة الرسالة، لبنان،ط2، 1998، ص: 390 – 391.

[4] محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس شرح القاموس، دار صادر، لبنان، دون تاريخ، ج6ص: 316.

[5] أبو بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الهدى، الجزائر،ط4، 1990، ص: 102.

[6] إسماعيل الجوهري، الصحاح: تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم، لبنان،ط3، 1984، ج4ص: 1460.

[7] محمود الزمخشري، أساس البلاغة: تحقيق عبد الرحيم محمود، دار المعرفة، لبنان، دون تاريخ، ص: 90.

[8] الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة ،لبنان،،ط8، 1998 ،ص: 874.

وفي المحكم والمحيط الأعظم في اللغة: "الحق: نقيض الباطل وجمعه حقوق وحِقاق، وحقَّ الأمر يحِق ويَحُق حقا وحقوقا: صار حقا وثبت... واستحقَّه: طلب منه حقه"[1].

2 ـ تعريف الحق اصطلاحا: لقي تعريف الحق في كتب الفقه الإسلامي العناية الكافية منها ما عرفه صاحب الفروق عند الفرق الثاني والعشرين وهو الفرق بين قاعدة حقوق الله وقاعدة حقوق الآدميين[2].

وذكر الزيلعي[3]: "أن الحق ما استحقه الإنسان"[4]، وفي هذا التعريف غموض في لفظ لفظ "ما" الذي قد يتسع إلى عناصر عدة تدخل في تكوينه؛ بينما الألفاظ الأخرى فهي تكرار مثبت[5].

من هنا يتضح بأن ندرة التعاريف التي تبين حدود الحق وتُعرِّفه كان دافعا لعلي الخفيف[6] إلى الإشارة إلى كثرة إستعمال فقهاء الشريعة الإسلامية لفظ "الحق" رغم أنهم لم يعنوا بيان حدوده في مواضع إستعمالاته المختلفة و اكتفوا بوضوح معناه اللغوي ودلالته عليه ووفائه بجميع إستعمالاته في اللغة والعلوم ومخاطبات الناس[7].

---

[1] بن عبيده علي بن إسماعيل ، المحكم والمحيط الأعظم في اللغة، تحقيق عبد الحكيم هنداوي، دار الكتب العلمية لبنان،ط1،2000، ج2ص:472.

[2] فقال "حق الله تعالى أمره ونهيه، وحق العبد مصالحه": انظر شهاب الدين القرافي، الفروق– الفرق22– ، مؤسسة الرسالة ناشرون،لبنان،ط1،2003، ج1ص:324–326.

[3] هو أبو عمر عثمان علي الزيلعي، فخر الدين، فقيه، نحوي، فرضي، قدم القاهرة، وتوفي بها سنة 743 هـ، من مؤلفاته تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، كما شرح الجامع الكبير للشيباني، والمختار للموصلي وهي في فروع الفقه الحنفي، انظر: البغدادي،هدية العارفين، ج5 ص: 655وعمر رضا كحالة،معجم المؤلفين، مؤسسة الرسالة،لبنان،ط1،1993، ج2ص: 365.

[4] الزيلعي، تبيين الحقائق، دار الكتاب الاسلامي،مصر ،ط2 دون تاريخ، ج4ص: 97.

[5] صليحة بن عاشور،توريث الحقوق والايصاء بها،اطروحة دكتوراه،كلية العلوم الاسلامية،جامعة الجزائر،2007، ص: 32.

[6] علي الخفيف:ولد سنة1309هـ الموافق ل1891م في قرية الشهداء بالمنوفية بمصر،حفظ كتاب الله في كتاب القرية،ثم التحق بالأزهر سنة 1904م ثم انتقل نهاية سنة 1906م الى معهد الاسكندرية الديني،ثم انتقل الى مدرسة القضاء الشرعي في 1907م الى أن تحصل سنة 1915على الشهادة العالية منها له مؤلفات عديدة أهمها:أحكام المعاملات الشرعية والملكية في الشريعة الإسلاميةوقد توفي سنة1398هـ(محمد عثمان بشير،الشيخ علي الخفيف الفقيه المجدد،دار القلم،دمشق،سوريا،2002.)

[7] علي الخفيف، الملكية في الشريعة الاسلامية، دار النهضة العربية،مصر، 1990، ج1ص:9– 10.

وانتهى إلى أن الحق(معناه في اللغة الأمر الثابت الموجود، وعلى أساسه إستعمله الفقهاء فأطلقوه على كل ما هو ثابت ثبوتا شرعيا، أي بحكم الشارع واقراره، وكان له بسبب ذلك حمايته...)[1].

وفي ذلك قال الشاطبي[2] أيضا: "... فإذًا كون المصلحة مصلحة هو من قبل الشارع بحيث يصدقه العقل وتطمئن اليه النفس، فالمصالح من حيث هي مصالح قد آل النظر فيها الى أنها تعبديات، وما أنبنى على التعبدي لا يكون الا تعبديا، ومن هنا يقول العلماء ان من التكاليف (ما هو حق لله خاصة) وهو راجع الى التعبد، ويقولون في هذا الثاني: ان فيه حقا لله؛ كما في قاتل العمد اذا عفي عنه ضرب مئة وسجن عاما، وفي القاتل غيلة انه لا عفو فيه... وما أشبه ذلك من المسائل الدالة على اعتبار التعبد وأن عقل المعنى الذي لأجله شرع الحكم فقد صار اذا كل تكليف حقا لله، فان ما هو لله فهو لله، وما كان للعبد فراجع إلى الله، من جهة حق الله فيه، ومن جهة كون حق العبد من حقوق الله؛ إذا كان لله أن لا يجعل للعبد حقا أصلا... أن كل حكم شرعي ليس بخال عن حق الله تعالى، وهو جهة التعبد، فإن حق الله على العباد أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئا، وعبادته امتثال أوامره واجتناب نواهيه باطلاق، فان جاء ما ظاهره أنه حق للعبد مجردا، فليس كذلك باطلاق بل جاء على تغليب حق العبد في الأحكام الدنيوية، كما أن كل حكم شرعي ففيه حق للعباد اما عاجلا واما آجلا، بناء على أن الشريعة انما وضعت لمصالح العباد ولذلك قال في الحديث: (**حق العباد على الله اذا عبدوه ولم يشركوا به شيئا ألا يعذبهم**)"[3][4] .

ويعقب بعد ذلك فيقول: "وعادتهم في تفسير(حق الله) أنه ما فهم من الشرع أنه لا خيرة فيه للمكلف كان له معنى معقول أو غير معقول، (وحق العبد) ما كان راجعا إلى مصالحه في الدنيا، فإن كان من المصالح الأخروية فهو من جملة ما يطلق عليه أنه حق لله، ومعنى (التعبد) عندهم أنه ما لا يعقل معناه على الخصوص، وأصل العبادات راجع إلى حق الله، وأصل العادات راجعة إلى حقوق العباد... والأفعال بالنسبة إلى حق الله أو حق الآدمي ثلاثة أقسام: **أحدهما** ما هو حق لله خالصا؛ كالعبادات ... **والثاني**: ما هو مشتمل على حق الله وحق العبد، والمغلب فيه حق الله... **والثالث:** ما اشترك فيها الحقان وحق العبد هو المغلب،

---

[1] علي الخفيف، الملكية في الشريعة الاسلامية ، ج1 ص:09.

[2] هو:ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي وشهرته الشاطبي،أصولي حافظ من أئمة المالكية،له مؤلفات عدة أهمها كتاب الموافقات،المجالس،توفي سنة 790هـ:الزركلي،الأعلام،ج1ص:75.

[3] أخرجه البخاري،كتاب الرقاق،باب من جاهد نفسه في طاعة الله،رقم الحديث:6500ج2ص:111و أخرجه مسلم كتاب الإيمان، باب حق الله على العباد رقم الحديث:30ج1ص:07.

[4] الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة،دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية،ط1،1997،ج1ص:535-538.

وأصله معقولية المعنى، فإذا طابق مقتضى الأمر والنهي فلا إشكال في الصحة؛ لحصول مصلحة العبد بذلك عاجلا أو آجلا حسبما يتهيأ له..."[1].

أما محمد الطاهر بن عاشور[2] فعرف حقوق الأشخاص بأنها كيفيات إنتفاعهم بما خلق الله في الأرض التي أوجدهم عليها لقوله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي ٱلۡأَرۡضِ جَمِيعٗا ثُمَّ ٱسۡتَوَىٰٓ إِلَى ٱلسَّمَآءِ فَسَوَّىٰهُنَّ سَبۡعَ سَمَٰوَٰتٖۚ وَهُوَ بِكُلِّ شَيۡءٍ عَلِيمٞ﴾[3].

ويقول: "...فلو أن ما في الأرض يفي برغبات كل الناس في كل الأحوال، وكل الأزمان، لما كان الناس بحاجة الى تعيين حقوق انتفاعهم بما في عالمهم الأرضي ...فلا جرم يتوقع من ذلك تزاحم كثير على متاع قليل لعله يفضي الى التواثب والتغالب، فيدحض القوي حقوق الضعيف، وفناء المستضعفين الذين لا يستطيعون جبلة ولا يهتدون سبيلا"[4].

أما تعريف الحق عند الفقهاء المعاصرين فيقول مصطفى أحمد الزرقا[5]: إن الحقوق لها معنيان[6]:

أولا: تكون بمعنى مجموعة القواعد والنصوص التشريعية التي تنظم على سبيل الإلزام علائق الناس من حيث الأشخاص والأموال.

ثانيا: تكون بمعنى السلطة والمكنة المشروعة أو بمعنى المطلب الذي يجب لأحد على غيره.

وانتهى في أن الحق عنده: "اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا، وذلك كحق الولي في التصرف على من تحت ولايته، فانه سلطة على شخص، وكحق البائع في طلب

---

[1] الشاطبي،الموافقات في أصول الشريعة، ج1ص:538-541.

[2] هو محمد بن محمد الشاذلي بن عبد القادر بن محمد بن عاشور عالم وفقيه تونسي ولدسنة1868م من أسرة منحدرة من الأندلس،درس في الزيتونة وأصبح معلما فيها،ارتقى إلى رتبة الافتاء وأختير لمنصب شيخ الاسلام المالكي سنة 1932من مؤلفاته التحرير والتنوير وكتاب مقاصد الشريعة الاسلامية:الزركلي،الأعلام،ج6ص:173.

[3] سورة البقرة،الآية:29.

[4] محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الاسلامية ، ص: 150.

[5] الزرقا مصطفى أحمد :ولد بمدينة حلب بسوريا سنة1904م،والده أخمد الزرقا وجده محمد الزرق من علماء الأحناف،تتلمذ عنهما وحاز الى جانب ذلك شهادة في الحقوق والأدب سنة 1933م ودبلوم الدراسات العليا من جامعة القاهرة،له مؤلفات عدة منها:السلسلة الفقهية والسلسلة القانونية توفي سنة1999:موقع الويكيبيديا

[6] الزرقا مصطفى أحمد ، المدخل إلى نظرية الالتزام العام في الفقه الاسلامي، دار العلم، دمشق، سوريا ،ط1، 1999، ص: 18-19.

الثمن من المشتري، فانه تكليف على الثاني لمصلحة الأول، وكحق الوارث في ملكية أعيان التركة الموروثة، وحق الانسان في منفعة العقار الموصى له بمنفعته، فإنهما سلطة لشخص على شيء ويحلل تعريفه على النحو التالي:

أ ـ **الإختصاص:** هو علاقة تشمل الحق الذي موضوعه مالي كاستحقاق الدين في الذمة بأي سبب كان، والذي موضوعه ممارسة سلطة شخصية كممارسة الولي ولايته والوكيل وكالته، وكلاهما حق لشخص فيجب أن يتناوله بالتعريف.

ب ـ هذه العلاقة لكي تكون حقا ينبغي أن تختص بشخص معين أو بفئة، اذ لا معنى للحق الا عندما يتصور فيه ميزة محتومة لصاحبه وممنوعة عن غيره، فالثمن يختص به البائع، وممارسة الولاية أو الوكالة يختص بها الولي أو الوكيل، فلا وجود لفكرة الحق الا بوجود الاختصاص الذي هو قوامها وحقيقتها وبذلك تخرج العلاقة التي لا اختصاص فيها، وانما هي من قبيل المباحات العامة: كالاصطياد، والاحتطاب من البراري والغابات، والتنقل في أجزاء الوطن، فلا تعتبر حقا بالمعنى المراد هنا وإنما هي رخصة، ولكن إذا منح إنسان إمتيازا باستثمار شيء من هذه المباحات فانحصرت به يصبح ذلك حقا له.

ج- إنما إشترط اقرار الشارع لهذا الإختصاص، وما ينشأ عنه من سلطة أو تكليف، لأن نظرة الشرع هي أساس الإعتبار، فما اعتبره الشرع حقا فهو كذلك، وإلا فلا.

د- وإنما قلنا "سلطة وتكليفا" لأن الحق تارة يتضمن سلطة وتارة تكليفا، والسلطة نوعان: سلطة على شخص، وسلطة على شيء معين، فالسلطة على الشخص كحق الولاية على النفس، اذ يخوَّل الولي أن يمارس سلطة على القاصر تأديبا وتطبيقا وتعليما، وإيجارا وتزويجا، وغير ذلك، وكذلك حق حضانة الصغير وتربيته، والسلطة على شيء معين كحق الملكية، فإنها سلطة للإنسان على ذات الشيء، كحق التملك بالشفعة، وحق الإنتفاع بالأعيان، وحق الولاية على المال، أما التكليف فهو دائما عهد على إنسان، وهو إما عهدة شخصية كقيام الأجير بعمله، وإما عهدة مالية كوفاء الدين، فالقول بحرف أو في "سلطة أو تكليفا" يفسح مجالا لتوزيع موضوعي الحق وهما "السلطة والتكليف" على موضعهما وهما الشخص والشيء بحسب ما يناسب كلا منهما، فالحق في الشيء سلطة لصاحبه عليه أبدا، والحق على الشخص إما تكليف عملي أو مالي عليه، وإما سلطة لغيره كما رأينا في الأمثلة السابقة.

هـ- وهذا التعريف يشمل بعمومه جميع أنواع الحقوق المدنية فيشمل الحق الديني لله تعالى كفروضه على عباده في صلاة وصيام ونحوهما ويشمل الحقوق الأدبية كحق الطاعة في معروف للوالد على ولده وللرجل على زوجته وكذا يتناول حقوق الولاية

العامة في إقرار النظام، وقمع الإجرام والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر... لأن كل ذلك وأشباهه إما سلطة يختص بها من أثبتها له الشرع، وإما تكليف بأمر على مكلف به شرعا"[1] .

أما فتحي الدريني فإن الحق في مفهومه هو: "إختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء أو إقتضاء أداء من آخر تحقيقا لمصلحة معينة"[2].

ويشمل التعريف حقوق الأسرة وحقوق المجتمع، وغيرها من الحقوق الوظيفية التي لا ترجع فيها المصلحة إلى صاحب الحق ولا إلى مباشرته بل إلى الغير، غير أن الشريعة أسمتها حقوقا[3].

ويضيف عبد السلام داود أن "الحق إختصاص ثابت في الشرع يقتضي سلطة أو تكليفا لله على عباده أو لشخص على غيره"[4].

3 ـ خصائص الحق في الشريعة الإسلامية:

أ ـ الصفة الدينية لأحكام الحق في الشريعة الاسلامية: فالحقوق في الشريعة الإسلامية هي منحة إلهية تستند إلى عقيدة الاسلام ومنها تستمد أحكامها وعلى الكتاب والسنة تشيد بنياتها[5].

ب ـ الحق إنابة ووكالة عن الله: قال تعالى: ﴿ يَـٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَـٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ ٱلْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌۢ بِمَا نَسُوا۟ يَوْمَ ٱلْحِسَابِ ﴾[6].

وعليه ينبغي على المكلف رعاية الحقوق لمصالح العباد، فمصالح الخلق تقوم على حفظ الضروريات الخمس وهي الدين والنفس والعقل والنسل والمال ، وإذا كان حفظ هذه الأصول الخمسة مصلحة ؛ فإن وسائل حفظها والأخذ بهذه الوسائل تعتبر مصلحة أيضا،

---

[1] الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم سوريا،2004، ج3ص: 10-12.

[2] فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، لبنان ،ط1، 1997،ص:260.

[3] فتحي الدريني، المرجع السابق، ص: 263.

[4] عبد السلام داود، الملكية في الشريعة الاسلامية-طبيعتها ووظيفتها وقيودها، دار البشير، الأردن ،ط1، 2000، ج1ص: 103.

[5] منير حميد البياتي، النظم الإسلامية، دار وائل للنشر، الأردن ،ط1 ،2006، ص: 11.

[6] سورة ص، الآية: 26.

وضوابط المصلحة المعتبرة شرعا ترجع إلى أدلة الشرع فما شهد له الشرع بالإعتبار فهو مصلحة معتبرة.

كما إن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة ومن هذا لا يجوز لمن أُستخلف في شيء أن يتصرف فيه إلا بما يرسمه الإسلام له حتى لا يكون تصرفه مضرا بمصالح المجتمع عامة.

ثانيا ـ طبيعة الجسد الآدمي في الفقه الإسلامي:

1 ـ تقسيمات الحق في الفقه الاسلامي:لتوضيح وتحديد طبيعة صلة الانسان بجسده ينبغي بيان أقسام الحق بالنظر إلى مستحقيه.

وقد قسم الفقهاء القدامى الحق إلى أقسام عديدة لاعتبارات مختلفة ومن أشهر تقسيماتهم للحق:

أ- بالنظر الى صاحبه: هناك ثلاثة أقسام هي:

- حق الله تعالى: وهو ما تعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد[1]، وتتمثل في العبادات كالصلاة والزكاة والصيام وعقوبات اما مقدرة أو مفوضة، وكفارات[2]، وكذلك العادات على النظر الكلي كالضروريات العادية من عقل ونسل ومال ونفس[3] ،وسميت بذلك لأنها ليست لقوم معينين بل ان منفعتها تكون لمطلق المسلمين أو نوع منهم لحاجتهم اليها[4].

---

[1] ابن نجيم الحنفي، فتح الغفار بشرح المنار المعروف بمشكاة الانوار في أصول المنار، دار الكتب العلمية ،لبنان،ط1،2001، ص: 423.

[2] ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق عصام فارس الحرستاني، دار الجيل،لبنان،ط1،1998،ص:138.

[3] القرافي، الفروق–الفرق 62–ج1ص:77–80.

[4] ابن تيمية، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، مطبعة الزهراء،الجزائر،ط1،1990،ص:71.

ـ حق العبد خالصا: وهو ما يتعلق به نفع خاص للعبد من جلب للمصالح ودرء للمفاسد، وهي ضربان :

ـ ما تكون حقوقا في حياة العباد كالديون والأثمان[1].

ـ وأخرى تلحقهم بعد الممات من أنواع اكرامهم وغسلهم[2].

ـ ما إشترك فيه حق الله وحق العبد: فما من حق للعبد إلا وفيه حق الله تعالى، حتى إن ما ظهر أنه حق للعبد مجردا فليس كذلك بإطلاقه بل جاء بناءا على تغليب حق العبد في الأحكام الدنيوية؛ حيث جاء في كتاب الموافقات للشاطبي ما يلي: "الحقوق الواجبة على المكلف على ضربين، ما كان من حقوق الله كالصلاة، والصيام والحج، أو من حقوق الآدميين كالديون والنفقات ... وما أشبه ذلك، أحدهما: حقوق محدودة شرعا، والآخر: حقوق غير محدودة، فأما المحدودة المقدرة، فاللازمة لذمة المكلف مترتبة عليه دينا، حتى يخرج عنها؛ كأثمان المشتريات، وقيم المتلفات، ومقادير الزكاة... وأما غير المحدودة: فاللازمة له وهو مطلوب بها غير أنها لا تترتب في ذمته... وهنا ضرب ثالث آخر بشبه من الطرفين الأولين فلم يتمخض لأحدهما، وهو محل إجتهاد كالنفقة على الأقارب والزوجات ولأجل ما فيه من الشبه بالضربين إختلف الناس فيه؛ هل له ترتيب في الذمة أم لا؟

فإذا ترتب فلا يسقط بالاعسار، فالضرب الأول: لاحق بضروريات الدين؛ ولذلك محض بالتقدير والتعيين، والثاني: لا حق بقاعدة التحسين والتزيين، ولذلك وكل الى اجتهاد المكلفين، والثالث: آخذ من الطرفين بسبب متين، فلابد فيه من النظر في كل واقعة على التعيين"[3].

---

[1] القرافي،الفروق–الفرق65– ج2، ص: 97–106،

و ابن قيم الجوزية، اعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الفكر ،لبنان،2003، ج1ص: 180.

[2] العز بن عبد السلام،القواعد الكبرى(قواعد الأحكام في إصلاح الأنام)،تحقيق نزيه كمال حماد،دار القلم،دمشق،2000، ج1 ص: 131–141.

[3] الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة،ج1 ص: 246–249 .

ب ـ عند تغليب الحقوق: يتبين أنها على نوعين:

ـ ما اشترك فيه حق الله وحق العبد، وكان حق الله هو الغالب فيه: كحد القذف[1]، فهو من حيث أنه شرع لصيانة عرض العبد فهو حق ومن حيث أنه شُرِّع لإخلاء المجتمع من الفساد فهو حق لله تعالى[2].

ـ ما اشترك فيه حق الله وحق العبد وكان حق العبد فيه هو الغالب: فيغلب على استيفاء القصاص حق العبد في الإستيفاء به شفاءا لغليل المجني عليه إن كان حيا أو ورثته إن كان ميتا[3]، ويكون الجواب صعبا عند التساؤل بأي نوع من هذه الأنواع يتعلق جسد الانسان؟

وقد ذهب البعض[4] رغم هذا إلى القول بأن جسد الإنسان من الحقوق المشتركة بين حق الله تعالى وحق العبد وحق الله سبحانه وتعالى هو الغالب ،ويقول القرافي[5]: "وقد يوجد حق الله تعالى وهو ما ليس للعبد إسقاطه ويكون معه حق العبد كتجريمه تعالى لعقود الربا... وكذلك تجريمه تعالى للمسكرات صونا لمصلحة عقل العبد، وحرمة السرقة صونا لماله والزنا صونا لنفسه والقذف صونا لنسبه والقذف صونا لعرضه والقتل والجراح صونا لأعضائه ومنافعها عليه، ولو رضي العبد باسقاط حقه من ذلك لم يعتبر رضاؤه"[6].

---

[1] يذهب الشافعية إلى أن حد القذف حق العبد فيه غالب، انظر:العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام،ج1ص:154.

[2] ابن نجيم الحنفي ، فتح الغفار بشرح المنار المعروف بمشكاة الانوار في أصول المنار ، ص: 423.

[3] العز بن عبد السلام، القواعد الكبرى، ج1 ص: 130.

[4] هو مذهب يوسف قاسم، مبادئ الفقه الاسلامي، دار النهضة العربية،مصر،1998، ص: 241.

[5] القرافي: (684هـ) أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان أبو العباس شهاب الدين الصنهاجي القرافي من علماء المالكية، صاحب الفروق والقواعد.... وغيرها، توفي سنة 684 هـ:الزركلي، الأعلام ،ج1ص:94.

[6] القرافي،الفروق، ج1ص:141.

ويضيف العز بن عبد السلام[1] بقوله: "... وكذلك جناية الإنسان على أعضاء نفسه يتفاوت إثمها بتفاوت ما جني عليه، وليس لأحد أن يتلف ذلك من نفسه لأن الحق في ذلك كله مشترك بينه وبين ربه[2]".

ج ـ باعتبار محل الحق: قسم المحدثين من الفقهاء الحقوق باعتبار محلها[3] الى أقسام ثلاث:

ـ **الحق الشخصي**: وهو ما يثبت للانسان بالنظر لذاته، ولِمالَه من مزايا صفات لا توجد في غيره كحق الولاية على النفس، وحق الحضانة، وحق الوظيفة وولاية الحاكم وغيرها.

ـ **الحق المالي**: هو ما يتقوم في النهاية بالمال، كالدين في ذمة المدين والدية الواجبة، أو تابعا للمال كحقوق الارتفاق[4]،ومنها حق المرور والشرب وحق حبس العين المرهونة المرهونة بعد موت المرتهن، وعرف مصطفى أحمد الزرقا بأنه "اختصاص له قيمة مالية بين الناس "[5].

ـ **حق شبيه بين الحقين:** وهذا الحق فيه ناحيتان:

ـ **الناحية الأولى:** ناحية شخصية لما لصاحبه من صفات لا توجد في غيره وبها أشبه الحق الشخصي .

ـ **وأما الناحية الثانية** فهي مالية لتعلقها بالمال وبها أشبه الحق المالي، وهو بذلك ثلاث أقسام:

---

[1] أبو محمد عبد العزيز عبد السلام بن أبي القسم بن الحسن السلمي الدمشقي ثم المصري الشافعي، ولد سنة 578 هـ، وحيد عصره، برع في الفقه والأصول العربية فاق أقرانه وجمع بين فنون العلم من التفسير والحديث والفقه، بلغ رتبته الاجتهاد، رحل إليه الطلبة من كل مكان وخرج له أربعون حديثا، رحل إلى بغداد وأقام بها، ولي الخطابة في دمشق ولم يكن يدعو في الصلاة للملك إسماعيل فعزله وسجنه ثم أطلقه، فتوجه إلى مصر فتلقاه صاحب مصر وأكرمه وفوض إليه قضاء مصر ثم عزل نفسه من القضاء وتوفي بمصر في جمادى الأول سنة 660 هـ وحضر جنازته الخاص والعام: بن عماد شهاب الدين، شذرات الذهب في أخبار من ذهب،تحقيق عبد القادر الأرناؤوط،ط1،دار ابن كثير،لبنان،1993،ج5ص: 302.

[2] العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام ، ج1 ص: 181.

[3] ابراهيم فاضل الدبو، ضمان المنافع، دار عمار، عمان، الأردن،ط1، 1997، ص: 290-296.

[4] الارتفاق هو ما كان تبعا للمبيع ولا بد منه، ولا يقصد إلا لأجله كالطريق والشرب والأرض، انظر: سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي، دار الفكر، سوريا،ط2، 1988، ص: 151، وقد تقرر حق الارتفاق لخدمة عقار يسمى العقار المخدوم على عقار آخر غير مملوك لمالك العقار الأول يسمى العقار الخادم كما يسمى العقار المخدوم بالعقار المرتفق ويسمى العقار الخادم بالعقار المرتفق به، (محمد أبو زهرة الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، دار الفكر العربي ، دون تاريخ،ص:78).

[5] عبد الكريم زيدان، نظريات في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة ،لبنان، ط1،2000، ص: 312.

القسم الأول:ما اتفق الفقهاء على إلحاقه بالحق الشخصي كحق الولاية على المال.
القسم الثاني:ماتفق الفقهاء على إلحاقه بالحق المالي كحق حبس الرهن بعد وفاة المرتهن.
أما **القسم الثالث**: فما كان فيه اختلاف الفقهاء حوله، فمنهم من رأى أن الناحية المالية غالبة فألحقه بالحق المالي، ومنهم من رأى أن الناحية الشخصية غالبة فألحقه بالحق الشخصي، كحق الشفعة[1].
ومن ناحية قابلية الحقوق للاسقاط فلا شك أن ما كان حقا خالصا لله تعالى لا يقبل الاسقاط والنقل والارث والصلح وغير ذلك من التصرفات .
ويقول الشاطبي[2] فيه مايلي: "حق الله ما فهم من الشرع أنه لا خيرة فيه للمكلف، كان له معنى معقول أو غير معقول"[3]،ويضيف: "وكل ما كان حقا لله فلا خيرة فيه للمكلف على حال"[4].

ويقول ابن القيم[5]: "والحقوق نوعان حق الله وحق الآدمي، فحق الله لا مدخل للصلح فيه... وأما حقوق الآدميين فهي التي تقبل الصلح والإسقاط "[6].

وأما ما كان حقا للعبد فتحل قابلية الإسقاط والصلح فيها وكذا العفو والتملك لها وفي هذا يقول الشاطبي: "وأما ما كان من حق العبد في نفسه فله فيه الخيرة"[7].

---

[1] صليحة بن عاشور، توريث الحقوق والايصاء بها ،ص:65.

[2] الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي المتوفى 790 هـ، أصولي حافظ من أهل غرناطة وكان من أئمة المالكية من كتبه الموافقات في أصول الفقه والمجالس، والاعتصام في أصول الفقه:الزركلي، الأعلام ،ج1ص:75.

[3] الشاطبي،الموافقات في أصول الشريعة، ج2ص:270.

[4] الشاطبي، المرجع السابق،ج2ص :318.

[5] أبو عبد الله شمس الدين أبي بكر بن أيوب الزرعي ثم الدمشقي الفقيه الحنبلي بل المجتهد المطلق المفسر النحوي الأصولي المتكلم الشهير بابن القيم الجوزية نسبه الى المدرسة الجوزية التي كان والده قيما عليها، له تصانيف كثيرة جدا في أنواع العلوم والتي منها زادالمعاد في هدي خير العباد وإعلام الموقعين عن رب العالمين توفي 751 هـ : الصفدي صلاح الدين ،الوافي بالوفيات،تحقيق أحمد الأرناؤوط، دار احياء التراث العربي،لبنان،ط1،2000،،ج2ص:270.

[6] ابن القيم،اعلام الموقعين، ج1 ص:108.

[7] الشاطبي، المرجع السابق ، ج2ص:318.

وأما ما كان مشتركا بين حق العبد وحق الله تعالى وكان الثاني هو الغالب فيأخذ حكم الحقوق الخاصة بالله تعالى فلا يسقط بإسقاط العبد ولا يملك ولا يورث ولا يقبل أي نوع من أنواع التصرف؛قال الشاطبي: "فإذا أكمل الله تعالى على عبده حياته وجسمه وعقله الذي به يحصل ما طلب به من القيام بما كلف به فلا يصح للعبد إسقاطه"[1]، لأن ما غلب فيه حق الله على حق الآدمي لا يملك ولا يؤخذ منه كفيل الى أن يثبت ولا يورث ولا يصح العفو ولا يجوز الإعتياض عنه[2].

غير أن حقوق الآدمي لا تسقط بعد مماته إذ يبقى له حق الاكرام بالغسل والتكفين والدفن والتوجيه الى القبلة،إذ أن هذه الحقوق لا تقبل الاسقاط لما فيها من حق الله عز وجل[3].

من هنا يتضح أن تحديد حق الإنسان على جسده هو الأمر الذي يخول له حق الإستشفاء وعدم إهمال لصحته ؛لأن جسده وديعة عنده يجب عليه رعايتها وليس له إهمالها أو التصرف فيها بما يلحق بها أذى يسبب لها تعطيل أو إعدام ،وعليه فحق الإستشفاء أو الشفاء نابع من نظرية حق المرء في جسده شرعا.

الفرع الثاني:علاقة الإنسان بجسده في الفقه القانوني:

أولا ـ تعريف الحق عند فقهاء القانون:

لقد ثار خلاف في الفقه القانوني حول تعريف الحق منذ أمد بعيد إلى مذاهب عدة بناءا على نظريات مختلفة في عناصرها الجوهرية لمفهوم الحق.

فذهب فريق منهم إلى إعتبار صاحب الحق العنصر الجوهري للحق ،وفريق آخر إعتبر موضوع الحق هو العنصر الجوهري له؛ بينما أنكر آخرون فكرة الحق من أصلها .

وأهم هذه المذاهب هي:

1 ـ المذهب الشخصي[4]: ويسمى بذلك لأنه إعتبر أن العنصر الجوهري في الحق هو صاحبه، وأشهر أتباعه هم الألماني فيندشايد **(Windcheid)** ومواطنه سافيني **(Savigny)** .

---

[1] الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة ، ج2ص:320.

[2] ابن نجيم الحنفي ، فتح الغفار بشرح المنار المعروف بمشكاة الأنوار في أصول المنار ،ج3 ص:60 .

[3] العز بن عبد السلام،قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، ج1 ص: 112.

[4] أيمن سعد سليم، نظرية الحق، مطابع الدار الهندسية، مصر، 2003، ص: 07.

و نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون – نظرية الحق – دار النهضة العربية، مصر، 1995، ص: 21.

ومفاد هذا المذهب أن القانون يرسم لكل شخص النطاق الذي تعمل فيه ارادته، وفي هذا النطاق يوجد الحق مثل حق الدائنية فهو قدرة مخولة قانونا للدائن لأن يقتص من المدين مالا أو شيئا ما كمبلغ من النقود مثلا.

2 ـ المذهب الموضوعي: ويسمى كذلك لأنه يعتبر أهم عناصر الحق هو موضوعه.

لذلك عرف أصحاب هذا المذهب الحق بأنه مصلحة يحميها القانون؛ فعنصر الحق حسبه هما:

- المصلحة (المادية أو الأدبية) المحققة لصاحبها
- الحماية القانونية.

ومؤسس هذا المذهب الألماني **"اهرنج"** لاحظ أن الحق يثبت لعديم الأهلية والمجنون، وذلك على الرغم من أن الوصي أو الولي أو القيم هو من يباشر الحق بالنيابة عنهما.

فصاحب الحق إذن هو من تتحقق مصلحته عند مباشرته وبالتالي تكون المصلحة هي العنصر الجوهري في الحق وليس من يباشر الحق، وقد أضاف هذا المذهب الى هذا العنصر عنصرا شكليا وهو حماية القانون.

فالحق مصلحة يحميها القانون، وفي واقع الأمر أن ما ذهب إليه **"اهرنج"** هو مبني على انتقادات طالت المذهب الشخصي، وكان من بين الانتقادات الموجهة للمذهب الشخصي:

ـ أن الحق يثبت لكل الأشخاص سواء من كانت لديه قدرة أو ارادة أومن لم يملك هذه القدرة أو الارادة كعديم الأهلية والمجنون...الخ

فلم ينكر أحدهم أن لهما حقوقا؛ ورغم رد فقهاء المذهب الشخصي على هذا النقد بأن عديم الارادة والمجنون لكل منهما نائب يمارس بالنيابة عنهما ما يمنع عنهما القيام به، فيعمل النائب باسم الأصيل، بحيث تنصرف آثار عمله الى شخص صاحب الحق، لكن هذا الرد لم يكن مقنعا[1] ؛لان المذهب الشخصي لا يميز بين مباشرة الحق – وهذه تكون للنائب- وبين الحق الذي يثبت للأصيل.

[1]– نبيل إبراهيم سعد، المدخل الى القانون – نظرية الحق – ، ص: 24.

ـ كما أن هناك صورا لا تقتضي مباشرة الحق فيها توافر الإرادة كالمجنون – وهو عديم الإرادة قانونا- إنما يباشر حقه في الملكية إذا سكن المنزل المملوك له[1].

3 ـ المذهب المختلط: قام هذا المذهب في تعريف الحق على الجمع بين فكرتي القدرة الإرادية والمصلحة، ولهذا سمي بالمذهب المختلط، .

واختلف أتباع هذا المذهب ومنظروه في تغليب أحد العناصر السابقة فيغلب بعضهم عنصر الإرادة على عنصر المصلحة فيعرف الحق بأنه قدرة إرادية يعترف بها القانون للشخص ويكفل حمايتها في سبيل تحقيق مصلحة معينة.

وغلب البعض الآخر المصلحة على دور الإرادة وعرف الحق بأنه مصلحة يحميها القانون بتخويله صاحبها سلطة القيام بالأعمال اللازمة لتحقيق هذه المصلحة.

ومثلما تعرضت النظريتين السابقتين للنقد فيما يلي:

ـ الإرتكاز على تعريف الحق دون تحديد واضح لجوهره في النظرية الموضوعية حيث إشتمل تعريف الحق على المقصود منه وهو المصلحة ولم يشتمل على عناصره وهو النقد الموجه كذلك عند تغليب المصلحة في تعريف الحق بالنسبة لأنصار المذهب المختلط.

ـ نفس النقد الموجه للمذهب الشخصي عند تغليب الإرادة على المصلحة في تعريف الحق عند أنصار المذهب المختلط[2].

4 ـ عناصر الحق عند "جان دابان": ألف البلجيكي "دابان" كتابا عن الحق الذي عرض فيه النظريات السابقة له في تعريف الحق؛ واستغل النقد الموجه لها حيث عرف الحق بأنه ميزة يخولها القانون للشخص ويضمنها بوسائله، بمقتضاها يتصرف في قيمة معترف بثبوتها له، إما باعتبارها مملوكة له أو باعتبارها مستحقة له[3].

---

[1] – Dabin, droit subjectif et subjectinusme juridique, Arch philosophie du droit, 1964, p 17.

مشار اليه في أيمن سعد سليم، نظرية الحق ، ص: 08.

[2] – عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية.مصر،1998 ،ص: 313.

عبد السلام داود ، الملكية في الشريعة الاسلامية طبيعتها ووظيفتها وقيودها . ، ج1 ص: 104.

[3] – اسحاق إبراهيم منصور،نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،ط2،1990، ص: 210.بتصرف

وقد انتهى هذا الرأي إلى تحليل الحق إلى أربعة عناصر[1]:

أ ـ **الإختصاص**: ويعني به ثبوت قيمة للشخص يقررها القانون، وهذا الثبوت ليس مرتبطا بالانتفاع؛ فقد يكون الحق لشخص، ويخول الانتفاع لشخص آخر، كما في حالة إنفصال حق الانتفاع عن حق الملكية، وتخويله إلى شخص آخر غير المالك.

وعنصر الإختصاص قد ينشأ طبيعيا كما في الحياة وقد ينشأ بناءا على قوة القانون أو الإتفاق.

ب ـ التسلط: ويعني حرية الشخص في التصرف في الشيء موضوع الحق بالإستغلال والإستعمال والترك والإهلاك ويظهر حرية المالك في التصرف في ملكه واسعة إلى أبعد مدى.

فهو يستطيع إستعمال محل حقه وإستغلاله والتصرف فيه، في حين تضيق حرية الدائن في مواجهة المدين؛ فالدائن يستطيع مطالبة المدين بحقه أو لا يطالبه به، كما يستطيع تخويله إلى شخص آخر أو الإحتفاظ به لكن حق الدائنية مهما يكن لا يمنحه سلطة على شخص المدين، أما إذا كان محل الحق إنسان كالحق في الحياة فصاحب هذا الحق لا يخول سوى بالمحافظة عليه.

ج ـ إحترام الغير لصاحب الحق: أن التنافس والتزاحم حول الحقوق فطرة إنسانية، لذلك يرى **"دابان"** ضرورة إحترام الحقوق المقررة للغير بقوة القانون.

د ـ الحماية القانونية: وهو العنصر الهام ووثيق الصلة باحترام الغير لصاحب الحق، ومفاده أن لصاحب الحق بمقتضى القانون حماية حقه عن طريق دعوى تخوله الحفاظ عليه أثناء تعرضه لأي اعتداء من الآخرين[2].

وما يعاب على هذه النظرية أن التعريف الذي صاغه **"دابان"** إحتوى على كلمة "ميزة" التي لم يوضح ماذا يقصد بها ؟

فهي لا تحتمل إلا معنيين: إما أن تكون بمعنى القدرة أو بمعنى المصلحة .

[1]– القطب محمد القطب،الاسلام وحقوق الانسان، دار الفكر العربي،القاهرة،ط2،1983،،ص: 61–66.

[2]– صليحة بن عاشور، توريث الحقوق والايصاء بها ، ص: 64.

ما يعني أن "دابان" يخلط في تعريفه بين القدرة والمصلحة أي أنه يأخذ بالتعريف المختلط الذي سبق إنتقاده[1].

كما أن قوله أن الحق ميزة يخولها القانون يعارض ما يسمى بالحق الطبيعي الذي ينشأ في الأصل قبل القانون ؛وهو نفسه يقر بالحقوق الطبيعية.

لهذا يرى بعض الفقهاء أن تعريف **"دابان"** للحق غير أصيل شأنه في ذلك شأن التعاريف الملمة لبعض الأشتات من أجل سد ما يعتقد أنها ثغرات عكس ما امتازت به تعاريف المذاهب السابقة: المذهب الشخصي، الموضوعي والمختلط ؛لأن جميعها تمتاز بالبساطة والأصالة وهما ميزتان عظيمتان لأي تعريف[2].

هذه الخصائص للمذاهب الثلاث جعلت من هاجم فكرة الحق وفي مقدمتهم **"ديجي"** في كتابه "القانون الدستوري" الذي صدر سنة **1927** حيث يرى أن الحق قدرة أو سلطة ارادية بمعنى أن هناك ارادة هي ارادة صاحب الحق تعلو الإرادات الأخرى التي يملكها الغير ممن يجب عليهم إحترام هذا الحق.

لذلك ينبغي حسبه[3] تسمية الحق بالمركز القانوني **"Situation Juridique"** حيث يكون لصاحب الحق مركز قانوني إيجابي وللآخرين مركز قانوني سلبي لأن الإرادات كلها متساوية؛ فليس هناك إرادة أعلى و إرادة أخرى أدنى.

ورغم بقاء هذا الرأي نظريا فقط دون نتائج عملية[4] لأن رأي **"ديجي"** لم ينكر الأحكام القانونية المترتبة على الحق؛ وبالتالي فهو ينكر فقط إصطلاح "الحق" ويرى أن الأفضل إستخدام إصطلاح "المركز القانوني" بدلا منه، كما أنه لم يقل أحد قبله مثلما قال أن لصاحب الحق إرادة تعلو على إرادات باقي الناس لأن الإرادات الفردية كلها متساوية في جوهرها.

---

[1]– جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، دار النهضة العربية ،مصر،1984 ،ج1ص: 243.

[2]– القطب محمد القطب، الاسلام وحقوق الانسان ، ص: 64.

[3]– نبيل ابراهيم سعد، المدخل الى القانون – نظرية الحق – ، ص: 11.

[4]– عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام،ص:313.

ثانيا ـ طبيعة جسم الانسان من منظور قانوني:

الرأي الأول: حق الإنسان على جسمه رخصة

يبني هذا الإتجاه رأيه على أن صلة الإنسان بجسده ليست بحق بالمعنى القانوني والفني السابق بيانه لهذه الكلمة ؛إنما صلته في ذلك من قبيل الرخص والحريات التي يمارسها الإنسان على جسمه[1].

والرخصة في القانون هي إباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة[2].

وعليه فإن ممارسة مظاهر الأنشطة المتصلة بجسم الانسان كالعمل والرياضة ليست إستعمالا للحق، إنما هي إعمالا لحرية من الحريات الشخصية وهي الحرية البدنية، فالإنسان يتمتع بمكنات معينة تعتبر ممارستها مظهرا ثابتا من مظاهر حريته، وهذه الحرية ليست مطلقة إنما هي مقيدة بشروط السلامة الجسدية المقررة قانونا ،وحتى إن كان يسمح للإنسان في حالات محددة بالتصرف بأعضاء جسمه ومنتجاته فذلك مقيد حتما بضوابط قانونية من أجل تحقيق مصلحة الشخص نفسه أو للمصلحة العامة.

الرأي الثاني: حق الانسان على جسمه حق ملكية

ذهب **"بيرو Perreau"** الى أن كل إنسان يملك على جسمه حقا خاصا وقاصرا عليه إتجاه الآخرين كنوع من حق ملكية على كيانه[3].

والملكية في القانون هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل إستعمالا تحرمه القوانين والأنظمة[4]؛ ولهذا تعد الملكية أقوى الحقوق العينية الأصيلة وأوسعها مضمونا وسلطات، إذ يخول لصاحبه كل السلطات المتصورة على شيء مادي من استعمال واستغلال وتصرف[5].

ومن تعريفها هذا تبين أن حق الملكية يختلف في القانون الوضعي عنها في الشريعة الاسلامية فهي مقرونة في القانون الوضعي بمراعاة القوانين والأنظمة السائدة بينما في

---

[1]– محمد المرسي زهرة، الانجاب الصناعي . أحكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنة . ،جامعة الكويت، 1993، ص: 261.

[2]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ،1998،ج1ص:04.

[3]– أنظر: أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني،منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،1999،ص:41.

[4]– أنظر مادة **674** من القانون المدني الجزائري، والمادة **802** من القانون المدني المصري.

[5]– حسن كيرة، المدخل الى القانون،مؤسسة المعارف،مصر ،1990، ص: 461.

الشريعة الاسلامية فهو إختصاص الإنسان بشيء يخوله شرعا الإنتفاع والتصرف فيه وحده إبتداءا لا لمانع[1].

كما أن جسم الانسان لم يثبت في الفقه الإسلامي أن كان من الأشياء فأسباب التملك عديدة وفقا لذلك منها: المعاوضات المالية، والصداق، والخلع، والميراث والهبات والصدقات والوصايا والوقف والغنيمة والاستيلاء على المباح والأحياء، وتملك اللقطة بشرطه، ودية القتيل والغرة يملكها الجنين فتورث عنه ...الخ[2].

حيث قيل أن الملك لا يدخل في ذمة الانسان بغير اختياره إلا الإرث إشفاقا[3].

أما في الفقه القانوني فإن" **Perreau**" يرى أن الحق في ملكية الجسم يعطي صاحبه حقا في منع غيره من الإعتداء عليه؛ كما أن إعتبار جسم الإنسان داخلا ضمن الأشياء هو ميزة عملية كبيرة إذ يعني إعتبار حق الانسان على جسمه حق ملكية بأن الإنسان يملك كذلك ما انفصل عنه من أعضاء وهذا يستوجب الحماية اللازمة للجسم الآدمي ضد أشكال الإتجار بالأعضاء ومنتجاته، كما أنه يساهم في إضفاء إستقرار قانوني مهم للجسم ومكوناته دون حاجة للتمييز بين الجسم وعناصره ومكوناته[4].

ومن فقهاء القانون من لم يعترف بحق ملكية الإنسان على جسده، حيث ذهبوا إلى ملكيته للأجزاء المنفصلة عن جسم الإنسان[5].

---

[1]– عبد السلام داود ، الملكية في الشريعة الإسلامية،ج1 ص: 150.

[2]– ابن نجيم الحنفي، الأشباه والنظائر،تحقيق مطيع الحفيظ، دار الفكر ،سوريا،ط4،2005،ص: 346.

عبد الحميد محمود البعلي، الملكية وضوابطها في الإسلام دراسة مقارنة مع أحدث التطبيقات المعاصرة ،. مكتبة وهبة، مصر،1985،ص: 35–57.

عبد الكريم زيدان،المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية،دار عمر بن الخطاب،مصر،1969، ص: 17.

[3]– ابن نجيم الحنفي ، المرجع السابق ،ص: 344.

[4]– أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني ، ص: 43.

[5]– عبد الحي حجازي، نظرية الحق،مطابع دار الكتاب،مصر،دون تاريخ، ص: 40.

الرأي الثالث: حق الإنسان على جسمه من الحقوق اللصيقة بالشخصية

والحقوق اللصيقة بالشخصية هي تلك القيمة التي تتصل أشد الإتصال بذات الشخص وتلزمه للتمتع بحياته ولمزاولة مختلف أوجه نشاطه[1].

وبتعريف آخر هي تلك الحقوق التي تستمد أصلها من الشخصية وتكفل للشخص الانتفاع بنفسه وبكل ما هو مرتبط بنفسه ارتباطا لا انفصام له.

ولا تتكون حقوق الشخصية من سلطة تتقرر للشخص على نفسه يكون له بمقتضاها أن يتصرف في نفسه كيفما يشاء وإنما هي حقوق موجهة نحو غيره بقصد الاعتراف بوجود هذا الشخص وحماية وجوده[2].

ومن مميزات الحقوق اللصيقة بالشخصية في الفقه القانوني مايلي:[3]:

1 ـ حقوق عامة: حيث تثبت لجميع الناس.

2 ـ حقوق مطلقة: يحتج بها في مواجهة الكافة وعلى الجميع إحترامها على قدم المساواة.

3 ـ حقوق ملازمة لشخصية الانسان: ولهذه الميزة نتائج عدة منها أن الحقوق الشخصية غير مالية لكن الإعتداء عليها يولد لأصحابها الحق في التعويض وهو حق مالي[4].

فتعرض السلامة الجسدية للشخص للأذى ينشئ ضررا مُوجِبا للتعويض، كما أن عدم مالية جسم الإنسان لا يتعارض وإمكانية التصرف بأعضائه إذا تم ذلك وفقا للنصوص التشريعية المنصوص عليها بخصوص التبرع بالأعضاء[5].

4 ـ حقوق الشخصية تنقضي بوفاة صاحبها: فهي لا تنتقل بالوراثة كونها غير داخلة في الذمة المالية للشخص الطبيعي إلا أن هناك بعض الحقوق المكرسة لحماية عناصر الشخصية المعنوية كالحق الأدبي للمؤلف ، حيث يُورَّث للخلف العام لذكرى الميت وسمعته.

---

[1]– شليبك مصطفى،المدخل للعلوم القانونية:نظرية الحق،الجامعة المفتوحة،ليبيا،2002،ص:25.

[2]– عبد الحي حجازي، نظرية الحق ، ص: 14.

[3]– حسن كيرة، المدخل الى القانون،مؤسسة المعارف،مصر،1990 ، ص: 436.

[4]– حسن كيرة، المرجع السابق، ص: 437.

[5]– علي حسين نجيدة، المدخل لدراسة القانون:نظرية الحق،دار الفكر العربي،مصر،1985، ص: 34.

5 ـ الحقوق الشخصية لا تتقادم: فهي تلازم الإنسان وتثبت له من كونه جنينا في بطن أمه إلى وفاته فهي لا تسقط بمضي مدة معينة بل ستبقى ثابتة له إلى وفاته[1].

ويضاف إلى هذا أن هناك إتجاها آخر ينكر وصف الحق على الحقوق الشخصية[2]، ليست لأن هذه الحقوق لا يجوز التصرف فيها بكافة أنواع التصرف ،بل يضمن لصاحب الحق مطالبة المعتدي على محل الحق أن يعيد الحال إلى ما كان عليه وهذا بالطبع مستحيل عند الإعتداء على حق الحياة مثلا.

وقد لقيت هذه الحجة ردا من قبل فريق آخر[3] لأن من شروط الحق إمكانية حمايته القانونية بينما تبقى إمكانية التصرف في الحقوق هي صفات لها وليست شرطا لوجودها، إضافة الى أن الحق ليس من صفاته وجوب رد محله الى حالته الأصلية عند الإعتداء عليه إذ يكفي التنفيذ بمقابل إذا كان التنفيذ العيني مستحيلا حتى وإن كان التنفيذ العيني هو الأصل.

ومن هنا يتبين أن الإتجاه القائل بأن طبيعة صلة الإنسان بجسده كالحق في الحياة والحق في السلامة الجسدية هي من الرخص التي يمارسها الإنسان والمكفولة له نظرا لما تتمتع به الحريات كذلك من إستقلالية وذاتية تسمو بها عن بعض الحقوق، كما أنها تتمتع كذلك بالحماية القانونية الكافية لمواجهة الغير أو حتى مواجهة الشخص نفسه[4].

---

[1]– نصت المادة **25** من القانون المدني الجزائري على أن تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته، ويتمتع الجنين بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا، وأضافت المادة **47** من نفس القانون لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وفق هذا الإعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر وهي توافق المادة **55** من القانون المدني المصري والمادة **47** من القانون المدني اليميني.

[2]– أنظر محمد مرسي زهرة، الإنجاب الصناعي . أحكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنة . ، ص: 259.

[3]– علي حسن نجيدة، المدخل لدراسة القانون:نظرية الحق ، ص: 53.

[4]– تنص المادة **46** من القانون المدني الجزائري "ليس لأحد التنازل عن حريته الشخصية".

خلاصة

يتبين أن جسد الإنسان في الفقه الإسلامي من الحقوق التي لا تقبل التملك أو الإسقاط أو النقل أو غير ذلك من التصرفات لأنها ملك لله تعالى، فليس للإنسان سوى الإنتفاع به سواء كان هذا الإنتفاع دنيويا كتسخير الجسد في الكسب وطلب الرزق ، أم أخرويا باستعمال الجسد في طاعة الله وعبادته لينجو من عذاب الله .

أما الإعتداء على الجسد بالأذى والضرر فيكون من باب الإعتداء على حق الله تعالى في هذا الجسد الذي خلقه وقومه في أحسن تقويم.

ثم إن بيان طبيعة حق المرء على جسده في الفقه القانوني يوضح الأهمية البالغة والرعاية الخاصة لهذه المسألة فمنهم من يرى – كما تم بيانه- أن سلطة الإنسان على جسده مستمد من حق الملكية على الجسم ، وذهب البعض إلى إعتبارها رخصة يسمح بها القانون في التصرف كشأن باقي الحريات ، أما المذهب الثالث فيرى أن حق الإنسان على جسده من الحقوق التي تستمد أصلها من الشخصية لا إنفصام لها عن صاحب الحق.

ومهما يكن من طبيعة الحق في التصرف في جسد الإنسان في المنظور القانوني أستنتج أن حق الإستشفاء يكفله القانون للفرد سواء اعتبر جسده حق من قبيل الملكية الشخصية ، ويكون كذلك آكدا إذا نظر إلى سلطته على الجسد كرخصة.

الفصل الثاني:

القيود الواردة على التدخل العلاجي.

المبحث الأول:إرادة الأشخاص.

المبحث الثاني:الإلتزام بتحقيق نتيجة.

المبحث الأول: إرادة الأشخاص

يعتبر التصرف القانوني والواقعة القانونية من المصادر المباشرة للحق، إذ ينشئان الحق الشخصي كما يكسبان الحق العيني، بل ويقضيان كذلك كلا من الحق الشخصي والحق العيني، ويرتبان كذلك آثارا أخرى في دائرة المعاملات المالية، بل وتتعدى إلى دائرة الأحوال الشخصية.

ولأهمية التمييز بين التصرف والواقعة في المنظور القانوني مايضفي أثرا على الشخص القانوني ؛ فالواقعة القانونيةهي أعمال مادية تترتب آثارها القانونية بصرف النظر عن إرادة الأشخاص بينما التصرف القانوني لا تترتب آثاره إلا إذا عبر الشخص القانوني عن إرادته تعبيرا صحيحا خاليا من العيوب.

المطلب الأول: مفهوم الإرادة والمدلولات ذات الصلة

الفرع الأول: مفهوم الإرادة وبيان عناصرها

أولا ـ مفهوم الإرادة

1 ـ الإرادة لغة

من الجذر الثلاثي رَوَدَ بمعنى طلب ويقال راوده على كذا مراودته،وراد الكلأ أي طلبه ، والارادة المشيئة[1].

وراد الكلأ أي طلبه والرَّوْدُ بمعنى التردد في طلب الشيء برفق[2].

وتأتي الإرادة بمعنى الأمرلقوله تعالى: ﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ ﴾[3] ،فورود لفظ الإرادة بمعنى الأمر كأن يقال أريد منك كذا أي آمرك به.

كما تأتي بمعنى القصد والطلب كقوله تعالى: ﴿لاَ يُرِيدُونَ عُلُوّاً فِي ٱلأَرْضِ وَلاَ فَسَاداً ﴾[4].

---

[1] ابن منظور،لسان العرب،ج3ص:423.
الرازي ،مختار الصحاح،ص:110.
الفيروزابادي،القاموس المحيط،،ص:284.
الزبيدي،تاج العروس، ص:121.
[2] الراغب الأصفهاني ،المفردات في غريب القرآن ،مكتبة الباز،المملكة العربية السعودية،دون تاريخ، مادة:رود ،ص:272.
[3] سورة البقرة،الآية:185.
[4] سورة القصص،الآية:83.

2 ـ الإرادة في الإصطلاح اللغوي

عبرعنها جميل صلبيا بأنها في الأصل تختلف حسب مسبباتها فهناك إرادة القوة وتتسم بالذاتية والقسوة على الآخرين، وفي حالات أخرى ربما تقسو على نفسها أيضا فهي تجد في المخاطرة والألم ضرورة لها لتقلب مبادئ القيم المتعارف عليها رأسا على عقب واستحضار القوة كمبدأ لها.

أما إرادة الحياة فهي لب الموجودات ومنبع الإختلاف بينها وتصارعها، إضافة إلى الارادة الكلية التي يتنازل فيها كل مكونات المجتمع عن أنانيته من أجل اعلاء حقوق المجتمع الكلية، وتظهرالإرادة الصالحة عند الإمتثال بمقتضى الواجب ، وأخيرا تشكل الإستطاعة على الإيمان إرادة الإعتقاد[1].

وقيل أن الإرادة تأتي من الإحساس الذاتي بقدرة الإنسان على تنفيذ ما يصمم أو يخطط له دون تردد أو تراجع وضمن ما تسمح به الإمكانيات والقدرات والقوانين[2] .

وقيل القصد الى الشيء والاتجاه إليه[3].

والإرادة تعتبر قوة توجب للحي حالا فهي صفة تخصص أمرا ما لحصوله[4]؛ مصداقا لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَآ أَمْرُهُۥٓ إِذَآ أَرَادَ شَيْـًٔا أَن يَقُولَ لَهُۥ كُن فَيَكُونُ﴾[5] ، والإنسان بما ميزه الله من ملكات العقل له قوة خفية باطنة تختلف عما للحيوان من آلات ظاهرة محددة ومعروفة، لهذا تعد الإرادة آلة للحياة أكثر إحكاما وتنوعا ترتكز على ما للعقل الخفي الباطن من قدرة على استخدام ما يشاء من الآلات[6].

3- الإرادة شرعا: الإرادة هي:"مجرد إعتزام الفعل والإتجاه إليه"[7]؛ وهذا التعريف أشار إلى الإرادة الباطنة حالة إعتزام الفعل كما أشار كذلك إلى الإرادة الظاهرة بعبارة "الإتجاه اليه"،وهناك تعاريف متفرقة لم يرد بها التمييز اللازم لقسمي الإرادة لذلك إستغنيت عنها في هذا البحث.

---

[1] جميل صلبيا، المعجم الفلسفي، الشركة العالمية للكتاب،لبنان،1994،ج1ص:98.
[2] جرجيس جرجيس، معجم المصلحات الفقهية والقانونية، الشركة العالمية للكتاب،لبنان،ط1،1996،ص:87.
[3] الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ،الكويت،ط2،1983،ج3ص:01.
[4] علي الجرجاني،معجم التعريفات،تحقيق:محمد المنشاوي،دار الفضيلة ،مصر،2004مصطلح رقم:89،ص:16.
[5] سورة يس، الآية: 82.
[6] عبد الواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، عمان، الأردن،ط2، 1998، ص: 31.
[7] الزرقا، المدخل الفقهي العام،ج1 ص:451.

4 ـ الإرادة في الإصطلاح القانوني

عرفت على أنها: "عمل نفسي ينعقد به العزم على شيء معين"[1]، كما عرفت الإرادة أيضا بأنها: "أمر نفسي ينعقد به العزم على أمر معين"[2].

وانتقد هذا التعريف لأنه لم يورد مايميز قسم الإرادة وهو مايشكل جزءا هاما من تعريفها.

لذلك نجد البعض قد استدرك هذا ورأى فقهي إلى ضرورة إظهار الإرادة فعرفت بأنها: "محور التراضي واتجاه نفسي لا يحس بوجوده إلا عند وجود ما يدل عليه"[3].

وينبغي الإشارة إلى تجاهل التشريع الجزائري تحديد تعريف الإرادة[4]،وهم ماشكل ثغرة ينبغي لرجالات القانون تداركها لأن الإرادة تتعلق بالتصرفات والمعاملات وتنبني عليها آثار.

ثانيا ـ عناصرالارادة:تتكون الإرادة من عنصرين متمايزين مثلما ذهب إلى ذلك فقهاء الحنفية[5] وهما :الرضا والإختيار، وحتى إن كان إطلاق لفظ الإرادة ظاهرا فالبحث عن مقصودها سيكون له الأثر في تعريف وتحديد صحة الهدف.

فمن هنا أشار البعض أن المراد من قول النبي صلى الله عليه وسلم: **(إنما البيع عن تراض)**[6]؛ وهو موافق لعنصر الرضا كركن أساسي في تكوين التصرف بينما يختلف ذلك في قوله صلى الله عليه وسلم: **(لا يحل مال امرئ مسلم الاعن طيب نفس منه)**[7] ؛فعدم الحل

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ـ مصادر الالتزام ـ ، منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،ط3،2000، ج1ص: 186.

[2] ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، دار وائل للطباعة،مصر، 2002،ج1ص:44.

[3] حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات – نظرية العقد-.مطبعة نوري، القاهرة،1943،ص:56 مشار اليه في:فخري أبوصفية،الاكراه في الشريعة الاسلامية،الجزائر،1982 ،ص:24.

[4] وذكر المشرع الجزائري مصطلح الارادة مرتين، المرة الأولى: عند تبيان عيوب الارادة في المواد، المرة الثانية: عند اعتبار الارادة المنفردة مصدرا للالتزام الارادي.

[5] وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، دار الفكر ،دمشق،ط9،2006،ج6ص:4433.
الكاساني علاء الدين،بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية ،لبنان،ط2،2003،ج7ص:175.
الزيلعي،تبيين الحقائق،ج5 ص:181.
علاء الدين عبد العزيز بن احمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الاسلام البزدوي، دار الكتب العلمية ،لبنان،1997،ج4ص:538.
الطحطاوي أحمد،حاشية الطحطاوي على الدر المختار، دار المعرفة للطباعة والنشر،لبنان،1975،ج4صفحة :71.

[6] أخرجه ابن ماجة في سننه،كتاب التجارات،باب بيع الخيار،رقم الحديث:2185،ج2ص:301.
أخرجه محمد الألباني،ارواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الاسلامي،لبنان،ط1،1979،رقم الحديث:1283،ج5ص:125.وقال حديث صحيح

[7]أخرجه الألباني،ارواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، رقم الحديث:1459،ج5ص:279.وقال حديث صحيح

الحل في الحديث الثاني مقترن بطيبة نفس الشخص للتصرف في مال الغير، وهذا ما يحدد فرقا بين الرضا والإختيار في الفقه الحنفي[1]، ويستلزم وجود الرضا بالحكم وجود الإختيار فيه وفي سببه، بينما لا يستلزم الإختيار وجود الرضا فمجرد القصد إلى الشيء لا يستلزم منه الرغبة فيه[2].

فالرضا عند الحنفية يعود إلى الباطن ويعني الرغبة في التصرف ؛ كما أنه يعبر عن إمتلاك الإختيار وبلوغ نهايته فهو أمر قلبي يعبر عن الرغبة في الشيء والميل إليه والإرتياح له، ويختلف عن الإختيار الذي يرى فقهاء الحنفية أنه القصد إلى أمر متردد بين العدم والوجود داخل في قدرة الفاعل بترجيح إحد الجانبين على الآخر وبهذا فهو أعم وأشمل من الرضا حيث يلزم وجود الرضا وجود الإختيار في حين لا يلزم من وجود الإختيار وجود الرضا[3].

ومن هذا يمكن القول بأن الرضا والإختيار وفقا لمذهب الحنفية لا يعني شيئا واحدا؛ فالإنسان يختار في حالات كثيرة أمرا غير راض به ،كما قد يرضى بأمر معين لكنه غير مختار له، فالإختيار وهو ترجيح فعل الشيء أو تركه قد يكون صحيحا إذا كان منبعثا عن رغبة وإرتياح، وقد يكون فاسدا إذا كان ترجيحا لأهون الشرين دون إرتياح فالشعور بالخوف دون إرادة مختارة تكون الباعث الحقيقي على القيام ببعض التصرفات ولولاها ما نشأت من أصلها[4].

ويختلف هذا المعنى عند فقهاء الشافعية والحنابلة والمالكية لأن الرضا في قولهم هو قصد الفعل دون أن يشوبه إكراه أي أن مجرد القصد المتجه نحو ترتيب الأثر يسمى رضا عند الجمهور وإن لم يبلغ الإختيار غايته ولم يظهر السرور،وهو مالايسميه الحنفية كذلك ؛ إلا إذا تحقق الإستحسان والتفضيل على أقل تقدير فالرضا عند الحنفية أخص من الرضا عند الجمهور[5].

---

[1] نزيه حماد،معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء،دار القلم ،دمشق،ط1 ،2008،ص35.
محمد بحر العلوم، عيوب الإرادة في الشريعة الاسلامية، دار زيد للنشر،بغداد،ط3،2009،ص:219.

[2] علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، مصر،ط1، 1996،ص:362.

[3] أحمد فرج حسن، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية،مصر،1986،ص:67.
و وهبة الزحلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج6ص:4434.

[4] محمد سعود المعيني، الاكراه وأثره في التصرفات الشرعية، مطبعة الزهراء،العراق،ط1،1985،ص:301.
و فخري أبوصفية،الاكراه في الشريعة الاسلامية،ص:30.

[5] نزيه حماد، المرجع السابق،ص231.

الفرع الثاني: تمييز الإرادة عن ما يشبهها من ألفاظ

أولا ـ الإرادة والنية

1 ـ في الفقه الإسلامي:يقول القرافي أن الإرادة هي جنس النية،فلا يضر إستعمال بعض هذه الألفاظ في غير معناها توسعا في الإستعمال[1].

وقال البيضاوي[2]:"النية عبارة عن إنبعاث القلب نحو مايراه موافقا من جلب نفع أودفع ضر،حالا أو مآلا والشرع خصصه بالإرادة المتوجهة نحو الفعل لابتغاء رضا الله تعالى وامتثال حكمه"[3]،كما إن نوايا الإنسان لا يحاسب عليها ولا يرتب عليه أثرا "فالنية لا تصنع شيئا"[4]، وهي روح العمل ولبه وقوامه فهي لا تعمل لوحدها[5] ،والنية والإرادة والقصد حالات وصفات للقلب لا يعتد بها إلا إذا ترجمت إلى أقوال وأفعال متحركة معبر عنها.

وقد جاء في المبسوط للسرخسي[6]: "إن ما يكون بالقلب فهو نية، والنية بدون عمل لا ينعقد أصل العقد به"[7].

ويضيف أبو حامد الغزالي[8] بالقول: "إعلم أن النية والإرادة والقصد، عبارات متواردة على معنى ...وهي حالة وصفة للقلب يكتنفها أمران: علم وعمل، العلم يتقدمه، لأنه أصله وشرطه، والعمل يتبعه لأنه ثمرته وفروعه، وذلك لأن كل عمل إختياري لا يتم إلا بثلاثة أمور: علم، وإرادة، وقدرة"[9].

---

[1] القرافي،الأمنية في إدراك النية،تحقيق ودر اسة :مساعد بن قاسم الفالح،مكتبة الحرمين ،المملكة العربية السعودية،ط1، 1988،ص:116.

[2] هو ناصر الدين أبو سعيد عبد الله بن عمر بن محمد بن أبي الحسن علي البيضاوي الشيرازي الشافعي ولد بمدين البيضاء بفارس،له تصانيف عدة منها المنهاج في أصول الفقه وشرح المنتخب توفي رحمه الله سنة685هـ بتبريز ودفن بها(الصفدي،الوافي بالوفيات، ج17ص:262.)

[3] مشار اليه في السيوطي جلال الدين ،الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الفكر،لبنان،ط3،دون تاريخ،ص:45.

[4] الشافعي، الأم، كتاب الوصايا،باب الوصية للوارث، دار الفكر،لبنان،ط1،2002، ج4ص: 123.

[5] ابن قيم الجوزية،اعلام الموقعين عن رب العالمين،ج2 ص:85.

[6] هو محمد بن أحمد بن سهل السرخسي الحنفي فقيه اصولي مجتهد توفي سنة490هـ من تصانيفه شرح السير الكبير والمبسوط:عمر رضا كحالة،معجم المؤلفين،ج1ص:68.

[7] السرخسي شمس الدين ،المبسوط، دار المعرفة،لبنان،1989،ج1ص:97.

[8] هوأبو حامد محمد بن محمد بن محمد بن أحمد الطوسي الغزالي،كني بأبي حامد نسبة الى ابنه الذي توفي صغيرا،ولد سنة450أو451هـ على اختلاف بين أهل العلم باحدى قرى طوس تسمى غزالة ،كان أبوه يغزل الصوف،له عدة مؤلفات في الفقه الشافعي منها:البسيط والوسيط والوجيز وفي سائر العلوم المستصفى واحياء علوم الدين....توفي بطوس سنة505هـ:انظر السبكي تاج الدين ، طبقات الشافعية الكبرى، دار هجر، مصر، 1992،ج6 ص: 191.
و ابن عماد الحنبلي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، ج4ص: 10.
و عبد الله اليافعي، مرآة الجنان وعبرة اليقضان، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997، ج3صفحة: 136.

[9] أبو حامد الغزالي ،إحياء علوم الدين، تحقيق عصام عبد الرحيم محمد،دار بن الهيثم،القاهرة،2004،ج2ص:1751.

وأكد أن الإرادة لا تتحقق إلا بعد العلم، لأن الإنسان لا يريد مالا يعلمه، فلابد وأن يعلم، ولا يعلم مالم يرد ؛ إذا فلابد من الإرادة،لذلك يمكن أن نعرف الإرادة بتعريف أكثر دقة وهو:" إنبعاث القلب إلى ما يراه موافقا للغرض إما في الحال أو في المآل"[1].

فقد خلق الإنسان بحيث تعترضه أمور، وتتلائم وغرضه، وقد تخالفه بعض الأمور فتحتاج بالضرورة إلى معرفتها، وإدراكها وهذه المعرفة لا تكفي لوحدها بل لابد من ميل إليها ورغبة فيها وشهوة له باعثة عليها، إذ المريض يرى الغذاء ويعلم أنه موافق، لكنه لا يمكنه التناول لعدم الرغبة والميل، ولفقد الداعيةالباعثة و المحركة إليه، فخلق الله الميل والرغبة والإرادة، التي هي نزوغ في نفس الإنسان إليه، وتوجه في قلبه إليه[2].

وقد لقي هذا الرأي تأييدا ،ففي هذا يقول ابن القيم: "إن الله تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفا ودلالة على ما في نفوسهم، فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئا عرفه بمراده وما في نفسه بلفظه، ورتب على تلك الإرادات والمقاصد أحكامها ولم يرتب تلك الأحكام على ما في النفوس من غيره دلالة أو قول أو فعل، ولا على مجرد الألفاظ ، فتجاوز للأمَة عما حدثت به مخطئة أو ناسية أو لكرهه أو غير عالمة به ، إذا لم تكن مريدة لمعنى تكلمت به أو قاصدة إليه، فإذا إجتمع القصد والدلالة القولية أو الفعلية ترتب الحكم ، فإن خواطر القلوب وإرادة النفوس لا تدخل تحت الإختيار، فلو ترتب عليها الأحكام لكان في ذلك أعظم حرج ومشقة على الأمة ورحمة الله تعالى وحكمته تأبى ذلك"[3].

فالأمور النفسية تتبلورمن العلم إلى الإرادة ومن ثم القدرة وصولا إلى الثمرة الأهم المتجسدة في عمل خارجي يعتد به وتترتب عليه الآثار ،فالقصد لا يرتب عليه أثرا ما لم يعبر عنه بظاهر متحرك من قول أو فعل .

أما إذا بقيت الإرادة والقصد حبيسة النفس ولم تخرج إلى الخارج في شكل سلوك فلا يعتد بها ولاتدخل حيزالتقييم.

2 ـ في الفقه القانوني: يستعمل المشرع الجزائري في مختلف النصوص معنى النية والقصد كمصطلحين مترادفين للتعبير عن الإرادة فيذكر المشرع مصطلح "النية"تارة ،وتارة أخرى مصطلح "القصد" وكان ذلك فيما يأتي:

[1] أبو حامد الغزالي ،إحياء علوم الدين، ،ج2ص:1751.
[2] المرجع نفسه.
[3] ابن قيم الجوزية، اعلام الموقعين عن رب العالمين، ج3 ص: 93.بتصرف

أ- التعبير عن الإرادة: فيجوز التعبير عن الإرادة باللفظ أو الكتابة، كذلك بالاشارة المتداولة عرفا، كما تكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه[1].

ب - حماية حسن النية: نصت المادة **82** من القانون المدني على أن يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقد جوهرية أو يجب إعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية[2].

وتضيف المادة **85** من القانون المدني على أنه ليس إن وقع غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية، ويبقى بالأخص ملزما بالعقد قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر إستعداده لتنفيذ هذا العقد.

وفي تنفيذ العقد توجب المادة **107** من القانون المدني تطبيقه وفقا لما اشتمل عليه وبحسن نية[3].

وفي تفسير عبارات العقد تمنع المادة **111** من القانون المدني الانحراف عن الألفاظ الواضحة للعقد وتأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين، أما إذا كان هناك داع لتأويل العقد فعندها ينبغي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات.

ج - التعسف في إستعمال الحق: يشكل الإستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما إذا وقع بقصد الإضرار بالغير[4].

د - التخفيف من المسؤولية: فمن يسبب ضررا للغير بقصد تفادي ضرر أكبر محدقا به أو بغيره لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا[5].

هـ- التعويض عند الحصول على منفعة بحسن نية من عمل الغير: ويكون التعويض بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء[6].

---

[1] مادة **60 فقرة 01** من القانون المدني.
[2] مادة **82** من القانون المدني.
[3] المادة **107** من القانون المدني.
[4] مادة **124 مكرر** مضافة بالقانون **10/05**.
[5] مادة **130** من القانون المدني.
[6] مادة **141** من القانون المدني.

و- إسترداد غير المستحق: إذ لا مجال لا سترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن - وهو حسن النية - قد تجرد من سند الدين ، أو مما حصل عليه من التأمينات ، أو ترك دعواه تسقط بالتقادم قبل المدين الحقيقي ويلتزم المدين الحقيقي في هذه الحالة بتعويض الغير الذي قام بالوفاء[1].

وإذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية ، فلا يلزم أن يرد إلا ما تسلم أما إذا كان سيء النية فانه يلزم أيضا برد الأرباح التي جناها، أو التي قصر في جنيها من الشيء الذي تسلمه بغير حق وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سيء النية[2].

ز- الفضالة: تتحقق الفضالة بأن يتول شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك ، ويعتبر الفضولي نائبا لرب العمل وفق المادة **157** من القانون المدني ولو لم تتحقق النتيجة المقصودة.

ثانيا- الارادة والقصد

يأخذ لدى عموم أهل اللغة بأن النية هي القصد ؛ غير أن التحقيق في نظر البعض يشير إلى أن النية ليست القصد، فالقصد في اللغة إستقامة الطريق، قصد يقصد قصدا، فهو قاصد ،وقوله تعالى: ﴿ وَعَلَى ٱللَّهِ قَصْدُ ٱلسَّبِيلِ ﴾[3] أي على الله تبيين الطريق المستقيم والدعاء إليه بالحجج والبراهين الواضحة، والطريق القاصد سهل مستقيم وسفر قاصد وسهل قريب[4].

والقصد هو العزم والتوجه نحو أي شيء[5]، والعزم هو التوجه إلى آثار العقد وعبارته ،ويعتبر ركنا للرضا وعلى هذا لابد أن يكون العاقد على علم بالآثار التي تترتب على العقد الذي أقدم عليه[6].

---

[1] مادة **146** من القانون المدني.
[2] مادة **147** من القانون المدني.
[3] سورة النحل،الآية:09.
[4] ابن منظور،لسان العرب،ج7ص:419.
[5] محمود عبد المنعم،معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، دار الفضيلة،مصر،1999،ج3ص:365.
[6] علي القرة داغي،مبدأ الرضا في العقود دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار البشائر ،لبنان،2002، ج1ص: 259.

فجهل المتعاقد بالآثار القانونية المترتبة عن التصرف الذي يريد إبرامه يقف دون أن تتجه نيته نحو إبرامه، أما إذا اكتمل العلم بما جهله أولا حول طبيعة التصرف وأحكامه فهو يأخذ إحدى الصورتين التاليتين[1]:

ـ قاصدا لعبارة التصرف وآثاره: فيرتب أحكامه في حقه ويلزمه.

ـ الشخص الهازل إن لم يكن قاصدا: كأن يقصد خلاف التصرف أو لا يقصد لا معناها ولا غير معناها من غير التكلم بها.

ومنه جاء في أمر العبادات قول الغزالي في فتاويه: "أمر النية سهل في العبادات، وإنما يتعسر بسبب الجهل بحقيقة النية، فحقيقة النية القصد إلى الفعل وذلك مما يصير به الفعل إختياريا كالهوى إلى السجود فإنه يكون تارة بقصد، وتارة يكون بسقوط الإنسان على وجهه بصدمة، فهذا القصد يضاده الإضطرار، والقصد الثاني كالعلة لهذا القصد، وهو الإنبعاث لإجابة الداعي كالقيام عند رؤية إنسان قصدت إحترامه فقد نويت تعظيمه، وإن نويت الخروج إلى الطريق، فقد نويت الخروج، فالقصد إلى القيام لا ينبعث من النفس إلا إذا كان في القيام غرض، فذلك الغرض هو المنوى، والنية إذا أطلقت في الغالب أريد بها إنبعاث القصد موجها إلى ذلك الغرض، فالغرض علة، وقصد الفعل لا ينفك عند الخطر، إذ اللسان لا يجري عليه كلام منظوم اضطرار، والفكر قد ينفك عن النية، فهذا يفيد أن النية عبارة عن إجابة الباعث المتحرك، فهذا التحقيق نوعي القصد: فالقصد الأول يستدعي علما فإن من لا يعلم القيام، ولا التكبير لا يقصده، والقصد الثاني أيضا يستدعي العلم بأن الغرض إنما يكون باعثا في حق من علم الغرض فيرجع إلى الثاني وهو النية وهي خاطرة واحدة ليس فيها تعدد حتى يعسر جمعها"[2].

[1] علي القرة داغي، مبدأ الرضا في العقود دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني ،ج1ص: 260.

[2] نقلا عن : الزركشي(794هـ)،المنثور في القواعد،تحقيق محمد اسماعيل، دار الكتب العلمية،ط1،2000،ج2ص:355 لكن عند الرجوع الى كتاب فتاوى الامام الغزالي،تحقيق مصطفى أبو صوى،المعهد العالي العالمي للحضارة الإسلامية،كوالالمبور،1996لم أتصل بهذا القول.

ثالثا ـ الإرادة والإدراك

الإدراك هو اللحوق، يقال: مشيت حتى أدركته وعشت حتى أدركت زمانه وأدركته ببصري أي رأيته[1].

وقد علم عن الإدراك بسن التمييز[2]، فالصبي المميز يستطيع أن يدرك الفرز بين الفوارق والمتضادات، والإرادة والإدراك مرتبطان، فالشخص يكون مريدا إذا أدرك وميز ما يرى حتى يتجه عزمه نحو الفعل الذي يود إثباته[3].

رابعا ـ الإرادة والعزم:سبق وتبين أن القصد هو توجيه العزم، لهذا يظهر العزم بظهور القصد[4]،والعزم مرادف الجد يقال: يعزم عزما ومعتزما وعزما وعزيما وعزيمة وعزمه واعتزامه وإعتزم عليه فعله، فالعزم: ما عقد عليه قبلك من أمر أنك فاعله[5]... والعزام الشديد العزم، فالعزم عقد القلب على إمضاء الأمر[6].

قال تعالى: ﴿ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى ٱللَّهِ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُتَوَكِّلِينَ﴾[7] **وقال:**﴿ وَلاَ تَعْزِمُواْ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ ﴾[8]**وقال:**﴿ وَإِنْ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾[9] وقال:﴿ إِنَّ ذَٰلِكَ ذَٰلِكَ لَمِنْ عَزْمِ ٱلأُمُورِ ﴾[10] وقال أيضا:﴿ وَلَمْ نَجِدْ لَهُ عَزْماً ﴾[11] أي محافظة على ما أمر به[12].

---

[1] الجوهري اسماعيل ،الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية،تحقيق أحمد العطار،دار العلم للملايين،لبنان،1990، ج4ص:1582.

[2] التمييز من ميز: الميز: التمييز بين الأشياء، نقول: مزت بعضه من بعض، فأنا أميزه ميزا، عزلته وفرزته، وكذلك ميزته تميزا فإنماز، ماز الشيء ميزا، وميزه وميزّة، فصل بعضه من بعض وفي التنزيل العزيزمن سورة الأنفال،الآية:37: "لِيَمِيزَ ٱللَّهُ ٱلْخَبِيثَ مِنَ ٱلطَّيِّبِ " :انظر ابن منظور، لسان العرب،ج8ص:411.

[3] محمد سليمان الأحمد، النظرية العامة للقصد المدني، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان،ط1، 2009، ص: 51.

[4] انظر ص:97.من هذه الرسالة.

[5] ابن منظور، المرجع السابق،ج6ص:236.

[6] الراغب الاصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، دار القلم، دمشق،ط2، 1997،ج2ص: 563 .
و المفردات في غريب القرآن،ج2 ص:434.

[7] سورة آل عمران،الآية:159.

[8] سورة البقرة،الأية :235.

[9] سورة البقرة،الآية:227.

[10] سورة الشورى،الآية:43.

[11] سورة طه، الآية:115.

[12] الراغب الاصفهاني،المفردات في غريب القرآن،ج1ص:434.

والعزيمة هي القصد على وجه التأكيد[1]، أما في الإصطلاح الشرعي فالعزيمة إسم لما طلبه الشارع أو أباحه على وجه العموم[2].

خامسا ـ الإرادة والغرض والغاية

الغرض حزام الرحل[3] وجمعه أغراض وهو ضربان: غرض ناقص وهو الذي يشوق بعده شيء آخر، كالرئاسة ونحو ذلك مما يكون من أغراض الناس أما الغرض التام فهو الذي لا يشوق بعده شيء آخر كالجنة[4].

والغرض ليس الهدف الأخير للإرادة فهو لا يعدو أن يكون مرحلة من مراحل النشاط الإرادي في سبيل إشباعه الحاجة فهو لا يكفي منفردا لإشباع الحاجة، بينما التعبير عن هذا الإشباع للحاجات بالغاية وهي ما لأجله وجود الشيء[5].

والغاية هي الهدف البعيد للإرادة وليس عنصرا لها، وعرفت الغاية بأنها الهدف البعيد أو الأخير للإرادة، والتي تتمثل في إشباع الحاجة، لهذا كان هدفا قريبا للإرادة من أجل تحقيق هدف بعيد لها يعرف بالغاية.

سادسا ـ الإرادة والهوى

الهوى يعني السقوط من فوق إلى أسفل[6]، وقيل في الهوى أنها ميل النفس إلى الشهوة، ويقال ذلك للنفس المائلة للشهوة، وهي صفة غير طيبة، يعبر عنها معناها اللغوي في السقوط من العلو إلى السفل، كقوله تعالى: ﴿فَأُمُّهُۥ هَاوِيَةٌ﴾[7]و﴿وَأُمُّهُۥ هَاوِيَةٌ﴾[8]أي خالية، و﴿أَفَرَءَيْتَ مَنِ ٱتَّخَذَ إِلَٰهَهُۥ هَوَىٰهُ﴾[9]،﴿وَلَا تَتَّبِعِ ٱلْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾[10].

---

[1] علي الجرجاني، معجم التعريفات، رقم:1189، ص: 126.
[2] عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة قرطبة،المملكة العربية السعودية،1986،ص: 50.
[3] ابن منظور، لسان العرب،ج6ص:605.
[4] الراغب الاصفهاني، المفردات في غريب القرآن،ج1ص:466.
[5] الجرجاني، التعريفات،رقم:1285، ص: 135.
[6] ابن منظور، المرجع السابق،ج9ص:169.
[7] سورة القارعة،الآية:09.
[8] سورة ابراهيم،الآية:43.
[9] سورة الجاثية،الآية:23.
[10] سورة ص،الآية:26.

وقوله:﴿وَاتَّبَعَ هَوٰيهُ ﴾[1]،﴿وَلَىِٕنِ إِتَّبَعْتَ أَهْوَآءَهُم بَعْدَ ٱلذِى جَآءَكَ مِنَ ٱلْعِلْمِ﴾[2]، فإنما قاله قاله بلفظ الجمع تنبيها على أن لكل واحد هوى غير هوى الآخر[3].

وكذلك قوله تعالى: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَٰكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ ٱلْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَ ٱلذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾[4]، و﴿ كَٱلذِى إِسْتَهْوَتْهُ ٱلشَّيَٰطِينُ فِى ٱلْأَرْضِ حَيْرَانَ ﴾[5] أي حملته على إتباع الهوى[6]، وقال سبحانه وتعالى أيضا: ﴿ وَلَا تَتَّبِعُوٓاْ أَهْوَآءَ قَوْمٍ قَد ضَلُّواْ مِن قَبْلُ ﴾[7] وقال:﴿لَّا وقال:﴿لَّآ أَتَّبِعُ أَهْوَآءَ ۟هُمْ ﴾[8]،وكذلك: ﴿وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَهُمْ ۖ وَقُلْ ءَامَنتُ بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ مِن كِتَٰبٍ ﴾[9]، ويستعمل لفظ الهوى غالبا للدلالة على الميل إلى خلاف الحق غير أنه قد يطلق على الميل والمحبة لتشمل الميل للحق وغيره.

فالهوى مصدر هواه إذا أحبه واشتهاه، وجمعه الأهواء، ثم سمي به الهوى المشتهى محمودا كان أو مذموما... يقال فلان اتبع الهوى، إذا أريد ذمه، وفلان من أهل الأهواء أي يراد ذمه بصفة قبيحة، فالهوى هو الميل إلى الشهوات والمستلذات من غير داعية الشرع[10].

أما الشهوة فهي توقان النفس إلى المستلذات[11] .

وفي ذلك يقول عز وجل: ﴿زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ ٱلشَّهَوَٰتِ ﴾[12] .

---

[1] سورة الكهف،الآية:الآية:28.
[2] سورة البقرة،الآية:120.
[3] الراغب الاصفهاني،المفردات في غريب القرآن،ج2 ص: 712.
[4] سورة الجاثية:الآية: 18.
[5] سورة الأنعام،الآية:71.
[6] الراغب الاصفهاني،المرجع السابق،ج2 ص: 713.
[7] سورة المائدة،الآية:77.
[8] سورة الأنعام،الآية:56.
[9] سورة الشورى ،الآية:15.
[10] محمد التهانوي،كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، الطبعة الأولى،مكتبة لبنان،لبنان،1996، ج2 ص: 1745،(ويضيف أن الهوى لدى الصوفية هو مرتبة من مراتب المحبة، وهي أن يهوى قلبك إلى المحبوب دائما، ولهذا المقام خمس درجات: الدرجة الأولى: الخضوع، الدرجة الثانية: يذل القلب في طاعة المحبوب فوق طاقة، الدرجة الثالثة: الصبر في الشدائد والمحن، الدرجة الرابعة: التضرع، الدرجة الخامسة: الرضا والتسليم:نفس الصفحة).
[11] محمد التهانوي، المرجع السابق،ج1 ص: 1044.
[12] سورة آل عمران ،الآية:14.

وقوله﴿ وَاتَّبَعُواْ ٱلشَّهَوَٰتِ ﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِيهَا مَا تَشْتَهِيٓ أَنفُسُكُمْ ﴾[2]، ﴿ وَهُمْ فِي مَا ٱشْتَهَتْ أَنفُسُهُمْ خَٰلِدُونَ ﴾[3]، والشهوة تعني نزوع النفس الى ما يريده[4] .

يقال شهاه أي أحبه ورغب فيه، أما شهاه حمله على الشهوة، واشتهى الشيء اشتدت رغبته فيه، والشهوات الشديد الرغبة في الشيء، والشهواني هو الشديد الرغبة في الملذات المادية[5].

والهوى مكمون نفسي يقطن قبل العزم[6].

سابعا ـ الارادة والباعث

الباعث هو الذي يبعث الخلق أي يحييهم بعد الموت يوم القيامة[7].

ويقال: بعث فلانا على الشيء حمله على فعله، وبعث عليهم البلاء، أي أحله، والبعث، هب والدفع، والبعث في اليسير، أسرع، والبعث لحاجته، نهض إليها، وباعث القوم على كذا، دعا بعضهم بعضا إلى عمله، فيقال: "تواصوا بالخير وتباعثوا عليه"[8].

وأصل البعث، إثارة الشيء وتوجيهه[9]، ويتعلق الباعث كنشاط نفسي بالغاية ولا شأن له له بالغرض[10]، والباعث هو ما وراء القصد وقبل التنفيذ[11].

ثامنا ـ الارادة والعلم

العلم نقيض الجهل، وعلمت الشيء أعلمه أي عرفته، وعلمه أي فقهه، وعلم بالشيء أي شعر به[12].

---

[1] سورة مريم ،الآية:59.
[2] سورة فصلت،الآية:31.
[3] سورة الأنبياء،آية:21.
[4] الراغب الاصفهاني،المفردات في غريب القرآن،ج2 ص:355.
[5] أحمد محمد عبد الخالق، معجم ألفاظ الشخصية، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2000، ص: 350.
[6] محمد سليمان الأحمد، النظرية العامة للقصد المدني ، ص: 67.
[7] ابن منظور،لسان العرب،ج5 ص:450.
[8] أحمد محمد عبد الخالق، المرجع السابق، ص: 52.
[9] الراغب الاصفهاني، المرجع السابق ،ص:67.
[10] محمد نجيب حسني،الفقه الجنائي الإسلامي،دار النهضة العربية،مصر،1984، ص: 202.
[11] محمد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص: 55.
[12] ابن منظور، المرجع السابق ، ج6ص:416.

والعلم من صفات الله عز وجل، فهو العلم والعالم والعلام[1]، ويراد العلم (بكسر العين وسكون اللام) حصول صورة الشيء في العقل، فهو يمثل ماهيته المدرك في نفس المدرك، كما يطلق على الادراك مطلقا تصورا كان أو تصديقا يقينيا أو غير يقيني، وإليه ذهب الحكماء[2].

وللعلم وجهان علم حصولي وعلم حضوري؛ فالعلم الحصولي انطباعي يحصل بحصول صورة الشيء في الذهن أما العلم الحضوري فيكون بحضور ذلك الشيء عند العالم[3].

والعلم من وجهه ضربان: علم نظري وهو ما كملت صورته بالعلم نحو العلم بموجودات العالم أما العلم العملي فهو ما لا يتم إلا بأن يعمل كالعلم بالعبادات.

والعلم كذلك من وجه آخر ضربان سمعي وعقلي؛ وعلمته و أعلمته في الأصل واحد الا أن التعليم اختص بما يكون بتكرير وتكثير حتى يحصل منه أثر في نفس المتعلم، أما الإعلام اختص بما كان بإخبار سريع ثم قيل بأن التعليم تنبيه النفس لتصور المعاني والتعلم، تنبه النفس لتصور ذلك وربما استعمل في معنى الاعلام إذا كان فيه تكرير[4].

أما العَلَم (بفتح العين واللام) الأثر الذي يعلم به الشيء كعلم الطريق والملك، وسمي الجبل علما لذاك وجمعه أعلام[5]، وقرئ: ﴿وَإِنَّهُۥ لَعِلْمٌ لِّلسَّاعَةِ﴾[6] وقال:﴿وَمِنْ ءَايَٰتِهِ ٱلْجَوَارِ

ٱلْجَوَارِ فِى ٱلْبَحْرِ كَٱلْأَعْلَٰمِ﴾[7]، ويقال فلان علم، أي مشهور يشبه بعلم الجيش، وأعلمت كذا جعلت له علما، ومعالم الطريق والدين، الواحد معلم، وفلان معلم للخير، العلامة: الحناء وهو منه.

والعالم اسم للفلك وما يحويه من الجواهر والأعراض وهو من الأصل إسم لما يعلم به كالطابع والخاتم لما نطبع به ونختم به، وجعل بناؤه على هذه الصيغة لكونه كالآلة.

---

[1] ابن منظور، لسان العرب ،ج6ص:415.
[2] التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، ج2 ص: 1219.
[3] التهانوي، المرجع السابق ، ج2 ص: 1223.
[4] الراغب الاصفهاني، مفردات الفاظ القرآن،ج2 ص:446.
[5] ابن منظور، المرجع السابق ،ج6 ص:417.
[6] سورة الزخرف،الآية:61.
[7] سورة الشورى،الآية:32.

وقد أحالنا سبحانه وتعالى لمعرفة وجدانية فقال: ﴿أَوَلَمْ يَنظُرُواْ فِي مَلَكُوتِ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَالأَرْضِ وَمَا خَلَقَ ٱللَّهُ مِن شَيْءٍ ﴾[1]، ولهذا قد يسمى مفرد ما يحويه الفلك من الجواهر والأعراض عالما فيقال: عالم الإنسان، عالم النار، عالم الماء... الخ

لذلك سمي به الناس وجعل كل واحد منها عالما، وقيل: العالم عالمان كبير وهو الفلك بما فيه، وعالم صغير وهو الإنسان لأنه مخلوق على هيئة العلم، وقد أوجد الله تعالى فيه كل ما هو موجود في العالم الكبير، قال تعالى: ﴿ٱلْحَمْدُ لِلهِ رَبِّ ٱلْعَٰلَمِينَ ﴾[2] وقال أيضا ﴿وَأَنِّي فَضَّلْتُكُمْ عَلَى ٱلْعَٰلَمِينَ ﴾[3] قيل أراد عالمي زمانهم، وقيل: أراد فضلاء زمانهم الذين يجري كل واحد منهم مجرى كل عالم لما أعطاهم ومكنهم منه[4].

ومن التعليم قوله: ﴿ٱلرَّحْمَٰنُ عَلَّمَ ٱلْقُرْءَانَ ﴾[5]، ﴿ٱلذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ ﴾[6]، ﴿وَعُلِّمْتُم مَّا لَمْ لَمْ تَعْلَمُوٓاْ ﴾[7]، ﴿عُلِّمْنَا مَنطِقَ ٱلطَّيْرِ ﴾[8]، ﴿وَيُعَلِّمُهُ ٱلْكِتَٰبَ وَالْحِكْمَةَ وَالتَّوْرِيٰةَ وَالإِنجِيلَ وَالإِنجِيلَ ﴾[9] وقوله ﴿وَعَلَّمَ ءَادَمَ ٱلأَسْمَآءَ كُلَّهَا ﴾[10]، ﴿إِقْرَأْ وَرَبُّكَ ٱلأَكْرَمُ ٱلذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ عَلَّمَ ٱلإِنسَٰنَ مَا لَمْ يَعْلَمْ﴾[11]، فتعلم الإنسان الأسماء كلها، هو أن جعل له قوة بما نطق ووضع أسماء الأشياء، وذلك بالقائه في روعه وتعليمه الحيوانات كل واحد منها فعلا يتعاطاه وصوتا يتحراه وقوله تعالى: ﴿وَالذِينَ أُوتُواْ ٱلْعِلْمَ دَرَجَٰتٍ ﴾[12] فتنبه منه تعالى علما تفاوت منازل العلوم وعلمائها.

---

[1] سورة الأعراف،الآية:185.
[2] سورة الفاتحة،الآية:01.
[3] سورة البقرة،الآية:47.
[4] الراغب الأصفهاني،المفردات في غريب القرآن،ج2ص:447.
[5] سورة الرحمان ،الآية:01.
[6] سورة العلق،الآية:04.
[7] سورة الأنعام،الآية:92.
[8] سورة النمل،الآية:16.
[9] سورة آل عمران،الآية:48.
[10] سورة البقرة،الآية:30.
[11] سورة العلق،الآية:05،04،03.
[12] سورة المجادلة،الآية:11.

وقال تعالى: ﴿وَعَلَّمْنَٰهُ مِن لَّدُنَّا عِلْماً ﴾[1]، ﴿قَالَ لَهُۥ مُوسَىٰ هَلۡ أَتَّبِعُكَ عَلَىٰٓ أَن تُعَلِّمَنِ مِمَّا عُلِّمْتَ رُشْداً ﴾[2]، قيل: عني به العلم الخاص الخفي على البشر الذي يرونه ما لم يعرفهم يعرفهم الله منكرا، بدلالة ما رآه موسى منه مما تبعه فأنكره حتى عرفه سببه.

أما في قوله تعالى: ﴿وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ ﴾[3]، فعلم يصح أن يكون اشارة الى الإنسان الذي فوق آخر، ويكون تخصيص لفظ العلم الذي هو للمبالغة تنبيها أنه بالاضافة الى الأول علم وإن لم يكن بالإضافة الى من فوق ذلك، ويجوز أن يكون قوله **"عليم"** عبارة عن الله تعالى وإن جاء اللفظ منكرا إذا كان الموصوف في الحقيقة بالعليم هو تبارك وتعالى، فيكون قوله: ﴿وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ ﴾[4] إشارة إلى الجماعة بأسرهم لا إلى واحد بانفراده، وعلى الأول يكون إشارة إلى كل واحد بانفراده.

وقوله: ﴿عَلَّٰمُ ٱلْغُيُوبِ ﴾[5] فيه اشارة إلى أنه لا تخفى عليه خافية، وقوله: ﴿عَٰلِمُ ٱلْغَيْبِ فَلَا يُظْهِرُ عَلَىٰ غَيْبِهِۦٓ أَحَداً إِلَّا مَنِ ٱرْتَضَىٰ مِن رَّسُولٍ﴾[6] فيه إشارة إلى الله وهو الذي لا لا يخفى عليه شيء كما قال: ﴿لَا تَخْفَىٰ مِنكُمْ خَافِيَةٌ ﴾[7]، وذلك لا يصح إلا في وصفه تعالى.

تاسعا ـ الارادة والعمد

العمد ضد الخطأ في القتل وسائر الجنايات[8]، ويقال: فعلت ذلك عمدا أي قمت به بجد ويقين[9].

---

[1] سورة الكهف،الآية:65.
[2] سورة الكهف،الآية:66.
[3] سورة يوسف،الآية:76.
[4] سورة يوسف،الآية:76.
[5] سورة سبأ،الأية:48.
[6] سورة الجن ،الآية:26.
[7] سورة الحاقة،الآية:18.
[8] ابن منظور، لسان العرب،ج6ص:432.
[9] المرجع نفسه.

والعماد: ما يعتمد[1]، قال تعالى: ﴿إِرَمَ ذَاتِ ٱلْعِمَادِ ﴾[2] أي الذين كانوا يعتمدونه، يقال عمدت الشيء إذا أسندته، والعمود خشب تعتمد عليه الخيمة[3].

والعمد والتعمد خلاف السهو، قال تعالى: ﴿وَمَنْ يَّقْتُلْ مُومِناً مُّتَعَمِّداً ﴾[4]، وقال أيضا ﴿وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾[5].

فالعمد بذلك هو التأكيد في العزم واستخدام لفظ العمد أو التعمد يعني أن المسألة فيها قصد كيفما كان نوعه.

وفي آخر المطلب قد يتساءل الواحد منا عن جدوى دراسة هذا المطلب الذي تعلق ببحث الارادة ومدلولاتها من القصد والنية ،والغرض والغاية والعلم وماعلاقتها بالمطلب الثاني؟

الجواب أن تحديد معنى اصطلاحي للإرادة سواء من ناحية الشريعة أو القانون وبيان المدلولات المقاربة أو المتداخلة يجعل الطبيب على دراية ووعي بالخطوة الجريئة التي يَقْدُمُ عليها في تحقيق المصلحة العلاجية للمريض وثمة يتحمل تبعات ومآلات رأيه وقراره أخلاقيا ودينيا وقانونيا.

وكذلك يعتبر هذا المطلب قاعدة لبحث خيارات العلاج من قبل الطبيب المستفادة من إرادته وقصده.

[1] الراغب الأصفهاني،المفردات في غريب القرآن،ج2ص:450.
[2] سورة الفجر،الآية:07.
[3] الراغب الاصفهاني، المرجع السابق،ج2ص:450.
[4] سورة النساء،الآية:93.
[5] سورة الأحزاب،الآية:05.

المطلب الثاني: خيار الطبيب في العلاج

تبيح الشريعة الإسلامية للأطباء الإجتهاد في علاج الأمراض ولو خالف رأي زملائه متى كان رأيه على أساس سليم، فكان له الحرية التامة في العمل والتجريب واستنباط الأساليب المناسبة للعلاج ، ومنه كانت التجارب تدون غالبا في كتب خاصة ليقرأها الجمهور من الأطباء[1]، وهذا يعبر عن الإرادة الحرة للطبيب في اتخاذ القرارات الطبية التي يراها مناسبة.

الفرع الأول: إستيفاء الإذن بمزاولة التطبيب

يتطلب ممارسة العمل الطبي تحقيق هدف نبيل يتمثل في الحفاظ على سلامة جسم الإنسان ولذلك تطلب الأمر تقييدا نسبيا لممارسة ذلك ، فلا عبرة لقراراته مالم تكن تهدف إلى هدف سام وهو السعي إلى شفاء المريض أو التقليل من آلامه وهذا ما سأكشف عنه في البنود الآتية.

أولا- شروط مزاولة التطبيب في الفقه الاسلامي:قال العز بن عبد السلام في كتابه: "قواعد الأحكام في مصالح الأنام"أن الذي وضع الشرع هو الذي وضع الطب ؛ فالشرع كالطب وضع لجلب مصالح السلامة ودرء مفاسد الأسقام ، فكل واحد منهم موضوع لجلب مصالح العباد ودرء مفاسدهم[2].

لذا كان للطب منذ القديم ضوابط تحكم سلوكيات الأطباء ، وأجازت الشريعة الاسلامية تعلم الطب وتعليمه بل أوجبته لحاجة الناس إليه ، فيكون التطبيب بالنسبة للطبيب الحاذق واجبا لامفر له من أدائه[3].

ومثلما كان للأطباء اليونانيين في القديم طبيبا واحدا منهم معتمدا لمراقبة أعمال الممارسين والنظر في شكاوى الناس منهم ، فكانت الطريقة ذاتها متبعة في العهد العباسي حيث نُصِّب واحدا من الأطباء لوظيفة علمية خالصة(رئيسا للأطباء) بشرط أن تتوفر فيه النزاهة والاستقامة والممارسة الطويلة ، ومهامه مراقبة سلوك زملائه في ممارسة المهنة والتزامهم بقواعدها وآدابها[4].

---

[1] الجوهري محمد فائق، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه من كلية الحقوق جامعة فؤاد الأول، 1952، ص: 34(علي عيسى الأحمد،المسؤولية التأديبية للأطباء في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،ط1، 2011،ص:780).

[2] العز بن عبد السلام ،قواعد الأحكام في مصالح الأنام،مكتبة الكليات الزهرية،مصر،1991،ج1 ص:06.

[3] عبد القادر عودة،التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي،دار الكاتب العربي،لبنان،دون تاريخ،ج1 ص:520.

[4] كمال السامرائي،مختصر تاريخ العرب،دار النضال ،القاهرة،دون تاريخ،ج2 ص421.

وعين في نفس العصر (العهدالعباسي) محتسب ذو مهام إدارية حيث يسهر على مراقبة أعمال الناس والنظر في شكاواهم ومعاقبة من تثبت إدانته على مخالفة العرف والشريعة والقانون،أين تطورت مهام المحتسب لدوافع إجتماعية حتى صارت تهتم بمراقبة أصحاب الصنائع وكان رئيس الأطباء يتعهد أمام المحتسب بعدم التساهل في شؤون مراقبة أعمال الأطباء[1].

كما أصبح لرئيس الأطباء صلاحية إمتحان زملائه عند الإقتضاء ، وفي فترة زمنية لاحقة منع جميع الأطباء من ممارسة الطب إلا بعد أن يثبتوا كفاءتهم بالإمتحان في علوم المهنة[2].

ثانيا - في التشريع الجزائري:لمزاولة مهنة الطبيب وفقا للتشريع المعمول به ينبغي توافر الشروط التالية:

1 - ترخيص الوزير المكلف بالصحة:تهدف الجهود المسطرة في مجال الصحة إلى حماية الإنسان من الأمراض والأخطار وتحسين ظروف المعيشة[3] ، فلا عبرة لهذه المسطرات مالم تكن غايتها العظمى مكافحة المرض أو التقليل منه لتحسين صحة المريض.

وكما تضمن ترقية الصحة وحمايتها في رفاهية الانسانية الجسمية والمعنوية وتفتحها على المجتمع[4]، كل هذا ضمن إحترام الأحكام الأساسية في مجال الصحة المجسدة للحقوق والواجبات المتعلقة بحماية صحة السكان وترقيتها المنصوص عليها في التشريع الجزائري بموجب القانون رقم **85-05** المؤرخ في **16 فيفري 1985** المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون **98-09** المؤرخ في **19 أوت 1998**.

وأرى أن هذه المسطرات تأشيرة مؤكدة لإرادة الطبيب الهادفة إلى مداواة المرضى قصد التخفيف من معاناتهم وآلامهم وفي الوقت نفسه تعتبر مؤشر إنذار للطبيب في حال مخالفة الأهداف السامية في المعالجة.

ويمنح هذا الترخيص للأطباء إستئثار علمي وقانوني يتعلق بمزاولة هذه المهنة[5].

---

[1] كمال السامرائي،مختصر تاريخ العرب، ج2 ص422.

[2] كمال السامرائي،المرجع السابق، ج2 ص423.

[3] مادة **03** من قانون رقم **85-05** المؤرخ في **16 فيفري 1985** المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون **98-09** المؤرخ في **1998/08/19**.

[4] مادة **02** من نفس القانون.

[5] زينة العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي ،ص: 79.

وحصر نفس القانون ممارسة مهنة الطبيب على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة عند توافر الشروط الآتي ذكرها[1]،حتى تنحصر مهنة الطب في أصحابها المتخصصين لهذا المجال ولايسطو عليه من هب ودب[2].

ومن جهة أخرى تعطي هذه المسطورات دافع لتحريك إرادة المعالجة واتخاذ القرارات العلاجية لإنقاذ المرضى ؛ فهي في نظري تصحح إرادة الطبيب وتؤكدها وتدعمها.

أ- أن يكون طالب هذه الرخصة حائزا على إحدى الشهادات الجزائرية: دكتوراه في الطب أو شهادة معترف بمعادلتها ، وينتسب الطلبة لكلية الطب وبعد تكوين فيها لمدة 6 سنوات دراسة نظرية وسنة دراسة تطبيقية يتحصل بموجب **المرسوم التنفيذي رقم 96-149** على درجة دكتور في الطب العام[3].

ولا تمكن درجة دكتور في الطب العام المعني من مباشرة الأعمال الطبية حتى لو توافر رضا المريض أو تحقق شفاء المريض إلا بعد حصوله على الترخيص اللازم[4] رغم أنه يسمح لطلبة الطب أن يمارسوا الطب في المؤسسات الصحية العمومية تحت مسؤولية رؤساء الهياكل الممارسين[5].

كما أنه لا يسمح بممارسة مهنة طبيب اختصاصي إذا لم يكن حائزا شهادة في الإختصاص الطبي أو شهادة أجنبية معترفا بمعادلتها حتى لو كان المعني حائزا على أقدميه في القطاع العام أو الخاص[6].

ب - خلو المعني من حالات التنافي مع ممارسة المهنة: أكدت الفقرة الثانية من المادة **197** من القانون رقم **85-05** المتعلق بحماية الصحة أن لا يكون الطبيب مصابا بعلة مرضية أو أي عاهة منافية لممارسة نشاطه الطبي، وأضافت الفقرة الثالثة من نفس المادة خلو المعني من العقوبات بخصوص جرائم تمس الشرف.

---

[1] مادة **197** من نفس القانون.

[2] ولهذا منع القضاء لمحام مسجل أن يمارس بالموازاة مع فتح عيادة طبية خاصة (قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا رقم83564 بتاريخ 04ديسمبر 1995،المجلة القضائية،العدد1،سنة1995)

[3] ويمكن الطبيب بعد ذلك اكتساب صفة مقيم بعد النجاح في مسابقة تؤهله لمتابعة تكوين متخصص في العلوم الطبية لمدة 04 سنوات أو خمس حسب نوعية التخصص، وبعد النجاح في هذا التكوين يتوج المقيم بشهادة الدراسات الطبية الاختصاصية ويعين طبيبا متخصصا في الصحة العمومية.

[4] ماروك نصر الدين، زراعة الأعضاء البشرية في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 1992، ص: 34 وما بعدها.

[5] مادة **200** من نفس القانون.

[6] انظر المادة **198** و **201** من نفس القانون.

وقد وُفِّق المشرع الجزائري في هذين الشرطين حيث تقضي أصول الثقة والإحترام الناشئة بين المريض والطبيب ضرورة أن يتولى التطبيب من جعل أسبابا لمواضع التقدير والإكبار والإجلال وذلك بالحرص على حسن الخلق بالنأي عن الشبهات الماسة بالشرف والجرائم الخلقية على أنواعها ، وهذا الأمر يعزز في نظري سهولة إتخاذ القرارات العلاجية المحققة للمصلحة العلاجية للمريض ويعطي لها دفعا قويا.

أما بالنسبة لجنسية الطبيب فإنها لا تكون محل إعتبار إذ يستطيع الأجانب ممارسة النشاط الطبي في الجزائر على من يربط بلدهم الأصلي بالجزائر معاهدات أو إتفاقيات صداقة لتطوير القطاع الصحي ويتجسد هذا الشرط بواسطة مقرر عن الوزير المفوض بالصحة[1].

ج ـ التسجيل لدى المجلس الجهوي للآداب الطبية[2]: ينشأ بنص المادة **267 مكرر 2** من قانون الصحة المتمم بالقانون رقم **90-17** المؤرخ في **31 جويلية 1990** مجلس وطني للآداب الطبية يتكون من الفروع الثلاثة التالية:

- فرع الأطباء.
- فرع جراحي الأسنان.
- وفرع الصيادلة.

كما ينشأ كذلك مجالس جهوية للمجلس الوطني للآداب الطبية بنفس الفروع المشار إليها آنفا مع مراعاة تمثيل كل ولاية.

ويضطلع المجلس الوطني والمجالس الجهوية للآداب الطبية بالسلطة التأديبية والبت في شتى المخالفات المتعلقة بقواعد الآداب الطبية وقانون حماية الصحة وترقيتها التي يلتمسها كل من الوزير المكلف بالصحة العمومية وجمعيات الأطباء وجراحي الأسنان والصيادلة المؤسسة قانونا،كما يمكن ذلك لأعضاء السلك الطبي الممارسين وكل مريض أووليه أو ذوي الحقوق.

ويتكون المجلس الوطني والمجالس الجهوية للآداب الطبية من الممارسين في الفروع الثلاث السابقة (الأطباء وجراحي الأسنان والصيادلة) وينتخبون من طرف نظرائهم، كما

[1] ولم تحدد المادة **197** من نفس القانون إن كان المقرر الممنوح للأطباء الأجانب بموجب الفقرة 04 هو جزء من الملف الإداري للحصول على رخصة مزاولة المهنة أم أن المقرر نفسه هو الترخيص المنشود للمزاولة.

[2] نصت المادة **199** من القانون رقم **90-17** المؤرخ في **31 جويلية 1990**، يجب على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي مستوف للشروط المحددة في المادتين **197** و **198** أعلاه، ومن أجل الترخيص له بممارسة مهنته أن يسجل لدى المجلس الجهوي للآداب الطبية المختص اقليميا المنصوص عليها في هذا القانون.

يلزم الأطباء عند تاريخ صدور هذا القانون بتسجيل أنفسهم لدى المجالس الجهوية للآداب الطبية فور تأسيسها[1]، مع مراعاة الاعفاء الحصري للمتمرسين الأجانب الذين يمارسون في اطار العقود أو التعاون من التسجيل في قوائم المجالس الجهوية للآداب الطبية[2].

وهذا أيضا في نظري يعود على ضمانات هامة وكبرى لتحقيق المصلحة العلاجية وحفظها من التسيُّب والتلاعب ، بمزيد من الضبط وتحديد للمسؤوليات الطبية وترقية العمل العلاجي وفق مصلحة المريض.

وقد بين المرسوم التنفيذي رقم **276/92** المؤرخ في **06 جويلية 1992** المتضمن مدونة أخلاقيات الطب شروط هذا المجلس وكيفيات تسييره وطرق تنظيمه[3] ، وتختلف هذه المجالس على اختلافها وتنوعها عن المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة[4] من حيث التكوين، المهام.

وتعد هي الأخرى ضمانات وتأكيدات على حسن سير المصلحة العلاجية للمريض،وتبين أهميتها في آن واحد من طرف المشرع الجزائري.

2 ـ تأدية اليمين القانونية

يلزم على الطبيب وفق المادة **199** من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل بالقانون رقم **90-17** من أداء اليمين القانونية أمام زملائه وفقا للكيفيات المحددة ويعد هذا الإجراء ضروريا رغم أن ما يلاحظ عدم تطبيق هذا الإجراء على الأطباء فيكتفي المترشح إمضاء وثيقة وإشهاد بالإطلاع على مدونة أخلاقيات مهنة الطب الصادرة بموجب المرسوم التنفيذي رقم **92-276** المؤرخ في **6 جويلية 1992** المتضمن لمدونة أخلاقيات الطب والتأكيد في هذه الوثيقة على الإلتزام بنصوص المدونة.

وهذا يبدو أنه فهم خاطئ للقانون؛ إذ يعد إمضاء الوثيقة متوافقا ونص المادة **02** من هذه المدونة حيث تنص على: "تفرض أحكام هذه المدونة لأخلاقيات الطب على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو طالب في الطب أو في جراحة الأسنان أو في الصيدلة مرخص له بممارسة المهنة وفق الشروط المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بها" وإلى حين البدء في أداء اليمين فعليا يكون محتواه كالتالي:

---

[1] مادة **268** مكرر من القانون رقم **90-17** المؤرخ في **31 جويلية 1990**.

[2] مادة **268** من القانون رقم **90-17**.

[3] الجريدة الرسمية رقم 52 لسنة 1992.

[4] اختلفت تسمية هذا المجلس فوردت في المادة **168 مكرر 1** المعدلة بالقانون رقم 90-17 في 31 جويلية 1990 بتسمية مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية بينما وردت في المرسوم التنفيذي رقم 96-122 الصادر بتاريخ 06 أفريل 1996 بالمجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة(جريدة رسمية رقم :22 لسنة1996صفحة:18.).

"أقسم بالله العظيم أن أؤدي عملي بكل أمانة وإخلاص وأن أراعي في كل الأحوال الواجبات التي يفرضها على القانون وأحافظ على أسرار مهنتي"[1].

ويختلف كلية عن النص الحر في اليمين المشهود لأبي قيراط ونصه كالتالي: **"أقسم بالطبيب أبولو وإسكالابيوس وهيجيا وكل علاج وبأولياء الله الرجال والنساء جميعا بأن أبر بهذا القسم وهذا العهد طبقا لمقدرتي وتقديري، وأن أعتبر الذي لقنني هذا العلم في معزة الأب مني، وأن أقاسمه مالي وأمد له المساعدة إذا احتاج إلى مساعدتي، واعتبره أبناءه بمثابة إخوة لي وأعلمهم هذه الصناعة إذا رغبوا في تعلمها بغير أجر ولا شرط سواء بالقول أو بالفعل، وبكل وسيلة أخرى من وسائل التعليم، وأتعهد بأن ألقن هذه الصناعة لأبنائي وأبناء معلمي وإلى التلاميذ الذين ارتبطوا بالعهد والقسم طبقا لقانون الطب دون غير أولئك جميعا، وأتعهد بأن أتبع النظام الذي أرى بناء على مقدرتي وتقديري أنه ذو فائدة لمرضاي وأن أمتنع عن كل ما هو مضر ومؤذ، وأتعهد بأن لا أعطي قاتلا لأي إنسان يطلب مني ذلك ولا أشير على أحد يمثل هذا الدواء، كما أني لا أعطي لامرأة لبوسا يجهضها، وأتعهد بأن أقضي حياتي وأمارس فني في طهارة وأن لا أشق عمق في متانته حصاه، بل أدع ذلك لأوليك الذين تخصصوا في هذا العمل وأي منزل أدخله من أجل منفعة المرضى، وامتنع عن أي إيذاء أو إفساد مقصود، وعلى الأخص التغرير بالناس ذكرانا أو إناثا، أحرارا أو عبيدا لانتهاك عفافهم سواء كان ذلك فيما يتصل بممارستي لعملي وغير ذلك وفي ممارستي لعملي فإن كل ما أراه أو أسهمه في حياة الناس مما لا تصح إذاعته في الخارج فلن أفشيه باعتبار أن كل ذلك يجب أن يضل سرا مكتوما وطالما أني مستمر على القيام بما يقضي به هذا القسم غير حانث، فأعيش وأمارس مهنتي محترما من جميع الناس في كل الأوقات، أما إذا أحنثت في هذا اليمين أو خالفت ذلك العهد فليكن العكس نصيبي"**[2].

[1] طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دار هومة، الجزائر، 2002، ص: 367.
[2] متاح على الموقع الالكتروني:قسم أبوقراط الطبي http://ar.wikipedia.org/wiki

ويمكن إجراء مقارنة بسيطة بين نصي اليمين وفقا للنقاط التالية:

1- مدى شرعية اليمين.
2- نوع اليمين المنجزة.

أ- مدى شرعية اليمين

- تعريف اليمين

- **لغة:**اليمين في اللغة يعني بها القوة لقوله تعالى:﴿**لأخذنا منه باليمين**﴾[1]، ويعني بها الجزء الأيمن وسمي العضو باليمين لوفور قوته، كما يعني به الحلف والقسم، وسمي الحلف باليمين لأن الناس كانوا إذا تحالفوا يأخذ كل واحد منهم بيمين صاحبه.

- **اصطلاحا:** اليمين له عدة تعاريف:

- تعريف الحنفية:فهوعقد قوي به عزم الحالف على الفعل أو الترك[2]،

- واليمين حسب المالكية تحقيق مالم يجب بذكر إسم الله أوصفته[3].

- أما اليمين عند الشافعية فهو تحقيق أمرغير ثابت ماضيا كان أو مستقبلا نفيا أو اثباتا ممكنا أو ممتنعا صادقة أو كاذبة على العلم بالحال أو الجهل به[4].

- واليمين عند الحنابلةهو توكيد حكم (أي محلوف عليه) بذكر معظم (أو هو المحلوف به) على وجه مخصوص[5].

---

[1] سورة الحاقة،الآية:45.

[2] ابن عابدين محمد بن عمر ،رد المحتار على الدر المختار(حاشية ابن عابدين)، دار عالم الكتاب،المملكة العربية السعودية،2003،ج5ص:470.
الكاساني ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ج3 ص:01.

[3] التواتي بن التواتي،المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، دار الوعي،الجزائر،ط2،2010،ج3ص:381.
محمد عليش،شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار الفكر ،لبنان،ط1،1984،ص:03.
عبد الوهاب البغدادي،التلقين في الفقه المالكي،تحقيق محمد الغاني، مكتبة الباز،المملكة العربية السعودية،دون تاريخ ،ج1ص:247.

[4] الشربيني شمس الدين ،مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة،لبنان،ط1،1997، ج4 ص: 430.

[5] منصور البهوتي،شرح منتهى الارادات، دار الفكر،لبنان،دون تاريخ،ج4ص:419.

وسمي هذا العقد باليمين لأن العزيمة تتقوى به[1].

ـ أدلة مشروعية اليمين

ـ من القرآن: أقسم الله عز وجل في مواضع عدة من القرآن الكريم منها قوله تعالى: ﴿وَاللَّيْلِ إِذَا يَغْشَىٰ﴾[2]، ﴿ وَالشَّمْسِ وَضُحَىٰهَا ﴾[3]، ﴿وَالنَّجْمِ إِذَا هَوَىٰ ﴾[4]، ﴿وَالتِّينِ وَالزَّيْتُونِ﴾[5].

وجاء في القرآن عدة أوامر للنبي للحلف في المواضع التالية: ﴿وَيَسْتَنْبِئُونَكَ أَحَقٌّ هُوَ ۖ قُلْ إِي وَرَبِّي إِنَّهُ لَحَقٌّ ۖ وَمَا أَنْتُمْ بِمُعْجِزِينَ﴾[6]، ﴿قُلْ بَلَىٰ وَرَبِّي لَتَأْتِيَنَّكُمْ ﴾[7]، ﴿ بَلَىٰ وَرَبِّي لَتُبْعَثُنَّ﴾[8].

ـ من السنة: اليمين مشروع بدليل السنة النبوية[9] لقول النبي صلى الله عليه وسلم: **(إني والله إن شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيرا منها إلا أتيت الذي هو خير، وتحللتها)**[10].

---

[1] عليش محمد ، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ،ج3 ص:03.
السرخسي،المبسوط ، ج8 ص: 126.
القرافي شهاب الدين ،الذخيرة،تحقيق محمد بوخبزة، دار الغرب الاسلامي،لبنان،ط1،1994،ج4ص:06.
الشربيني،مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج،ج4ص: 434.
الهمام مولانا الشيخ نظام،الفتاوى الهندية، دار الكتب العلمية،لبنان،ط1،2000،ج2ص: 48.
[2] سورة الليل، الآية: 01.
[3] سورة الشمس، الآية: 01.
[4] سورة النجم، الآية: 01.
[5] سورة التين، الآية: 01.
[6] سورة يونس، الآية: 53.
[7] سورة سبأ، الآية: 03.
[8] سورة التغابن، الآية: 07.
[9] ابن قدامة ،المغني ، ج13 ص: 435.
[10] أخرجه البخاري،كتاب كفارات الأيمان،باب الكفارة قبل الحنث وبعده،رقم الحديث:6721 ،ج3ص:143.
أخرجه مسلم ،كتاب الأيمان،باب من حلف يمينا،فرأى غيرها خيرا منها،أن يأتي الذي هو خير منها ويكفر عن يمينه، رقم الحديث:1649،ج2ص:55.

ـ حكم اليمين: اليمين في الأصل مباحة عند جمهورالفقهاء[1]؛ غير أنه تعتريها الأحكام الخمس في الفقه الحنبلي[2]:

- **اليمين الواجبة:** وهي التي ينجي بها إنسانا معصوما من الهلاك.
- **الحلف المندوب:** وهو الذي تتعلق به مصلحة من إصلاح بين متخاصمين أو إزالة حقد من قلب مسلم عن الحالف أو غيره أو دفع شر.
- **الحلف المباح:** يكون الحلف مباحا إذا وقع على حلف مباح أو تركه، والحلف على الإخبار بشيء هو صادق فيه أو يضن أنه فيه صادق.
- **اليمين المكروهة:** وهو الحلف على ترك مندوب أو فعل مكروه وأضاف المالكية إلى أن اليمين بغير الله مكروهة.
- **اليمين المحرمة:** وهو الحلف الكاذب فلأن الكذب حرام فالحلف الكاذب يكون أيضا حرام لقوله تعالى: ﴿وَيَحْلِفُونَ عَلَى ٱلْكَذِبِ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾[3]، كما أضاف المالكية بأن اليمين بنحو (اللات والعزى) فإن اعتقد تعظيمها فهو كفر، وإلا فهو حرام[4].

وكان الامام الشافعي رضي الله عنه قال:"وأكره الأيمان على كل حال إلا ماكان لله عز وجل طاعة "[5] وقال: "ما حلفت بالله تعالى صادقا ولا كاذبا"[6] وأيده نفر من الفقهاء بكراهة بكراهة الإفراط في اليمين لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُطِعْ كُلَّ حَلَّافٍ مَّهِينٍ﴾[7]، فالآية فيها ذم له يقتضي كراهة فعله إضافة إلى كراهة الحلف لما ورد في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَجْعَلُوا۟ ٱللَّهَ عُرْضَةً لِّأَيْمَـٰنِكُمْ﴾[8]، أي لا تكثروا منه، أما إن كانت للحلف بالله في فعل واجب أو مندوب مندوب وترك حرام أو مكروه فتكون اليمين عندها طاعة[9].

---

[1] الجزيري عبد الرحمان ،الفقه على المذاهب الأربعة، دار الفكر،لبنان،ط1،2004،ج2ص:54.
[2] الجزيري ، المرجع السابق،ج3ص:55.
ابن قدامة،المغني،ج13ص:445.
[3] سورة المجادلة، الآية: 14.
[4] وهبة الزحيلي،الفقه الاسلامي وأدلته،ص:2442.
عبد الوهاب البغدادي،التلقين في الفقه المالكي ، ج1 ص:247
[5] الشافعي، الأم،ج5 ص:309.
[6] نقلا عن الذهبي،سير أعلام النبلاء،ج10ص:36.
[7] سورة القلم، الآية: 10.
[8] سورة البقرة، الآية: 224.
[9] وهبة الزحيلي،الفقه الاسلامي وأدلته، ص: 2443.

وفي اتخاذ الحلف بالله سبيلا للإقناع والتأثير وقضاء المنافع المادية المختلفة، فأخرج البخاري ومسلم عن أبي هريرة قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: (**الحلف منفقة للسلعة، ممحقة للبركة**)[1].

ـ أنواع اليمين: غلب في الفقه الإسلامي تقسيم اليمين إلى أنواع ثلاث:

أ ـ يمين اللغو: هو ما لم تنعقد عليه النية مثلما أشار إليه الشافعي كأن يريد اليمين إلى شيء فينسيه لسانه إلى غيره لقوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَٰكِنْ يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الْأَيْمَانَ﴾[2] لأن ما سبق إليه اللسان من غير قصد لا يؤاخذ به[3].

كما لو سبق لسانه إلى كلمة الكفر، وروى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: "هو قول الرجل: لا والله، وبلى والله"[4].

أما يمين اللغو فهي الإخبار عن الماضي أو عن الحال على الظن أن المخبر به كما أخبر وهو بخلافه في النفي والاثبات[5].

واتفق الفقهاء على أن يمين اللغو لا كفارة فيها لأنها يمين غير منعقدة لا يقصد بها المخالفة فأشبه ذلك ما لو حنث ناسيا[6].

---

[1] صحيح البخاري ،كتاب البيوع،باب موكل الربا،رقم الحديث:2087،ج2ص:132 وورد في صحيح مسلم كتاب المساقاة،باب النهي عن الحلف في البيع،رقم الحديث:1606،ج2ص:278بلفظ(الحلف منفقة للسلعة ممحقة للربح).

[2] سورة المائدة، الآية: 89.

[3] ابن عبد البر يوسف ، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، دار الكتب العلمية،لبنان،ط3،2006،ص:193.

[4] صحيح البخاري، كتاب الأيمان والنذور، باب14،رقم الأثر:6663،ج4ص:354.
الشوكاني محمد ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، دار عالم الكتب،المملكة العربية السعودية،2003،ج9ص:132.

[5] الكاساني ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ج3ص:06.

[6] ابن قدامة،المغني، ج13 ص:546.
الكاساني ،المرجع السابق،ج3ص:06.
بن حزم علي، المحلى بالآثار،تحقيق عبد الغفار البنداري، دار الفكر،لبنان،2001،ج6ص:286.
الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ،ج2ص:56.

ولم يفرق الشافعية[1] في الأدلة المشار إليها الى زمان الفعل التي يكون عليها يمين اللغو فلم تفرق بين الماضي أو الحال أو المستقبل حيث كان الحلف حسبهم لغوا على كل حال ؛ أما الحنفية فقالوا بأن اللغو لا يكون إلا في الأمور الماضية أو الحالة إذ لا لغو في المستقبل[2]؛ لقوله تعالى: ﴿لا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ﴾[3].

فاللغو لغة إسم للشيء الذي لا حقيقة له بل على ظن من الحالف أن الأمر كما حلف عليه، والحقيقة بخلاف ذلك، وهكذا اليمين على أمر في الماضي أو الحال فهو مما لا حقيقة له إذ ليس فيه اليمين وهو المنع عن شيء أو الحث على شيء، فكان لغوا.

- **اليمين المنعقدة:** هي اليمين المنعقدة على أمر يفعله المكلف أولا يفعله في المستقبل[4]، يقول تعالى: ﴿لاَ يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلاَثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾[5].

ومن شروط إنعقاد اليمين:

- **أن يكون الحالف بالغا:** فلا تنعقد يمين الصبي لرفع المؤاخذة عنه كما روى أبو داوود عن علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: **(رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل)**[6].

- **أن يكون عاقلا:** فلا تنعقد يمين المجنون كذلك للدليل السابق أيضا.

- ألا يكون اليمين لغوا.

---

[1] الشربيني،مغني المحتاج ،ج4ص:435.
[2] الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،ج3ص:05.
[3] سورة المائدة، الآية: 89.
[4] الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ،ج3ص:59.
[5] سورة المائدة، الآية: 89.
[6] أخرجه أبو داوود في سننه،كتاب الحدود،باب المجنون يسرق أو يصيب أحدا، رقم الحديث:4398،ج3ص:66.
و أخرجه ابن ماجة في سننه،كتاب الطلاق،باب طلاق المعتوه والصغير والنائم،رقم الحديث: 2041،ج2ص:298.
و أخرجه النسائي في سننه،كتاب الطلاق،باب من لايقع طلاقه من الأزواج،رقم الحديث:3429،ج2ص:71.

- أن يكون الحلف بذات الله تعالى مثل الحلف باسم من أسمائه سبحانه سواء أكان الإسم خاصا أو مشتركا[1]، فهذه الأسماء جميعا تنصرف إلى الخالق تعالى إذا كانت بدلالة القسم، فلا يجوز معها القسم بغير الله فكان المراد بالإسم إسم الله تعالى ؛ عن عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: **(ألا إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم، فمن كان حالفا فليحلف بالله،وإلا فليصمت)**،قال عمر : فوالله ماحلفت بها منذ سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها ذاكرا ولا آثرا"[2].

ويكون الحلف كذلك بصفة من صفات الله تعالى وصفات الله سبحانه وتعالى منها مالا يستعمل في عرف الناس وعاداتهم إلا في الصفة نفسها ومنها ما يكون صفة لله ولغيره على السواء، فالحلف بها يكون يمينا[3].

وما يحلف بهذا القسم ما يقول الحالف "وأمانة الله" مثلما ذهب إلى ذلك المالكية[4] والحنابلة[5] وظاهر الرواية عند الحنفية[6].

ودليل هذا الظاهر أن الأمانة المضافة إلى الله عند القسم يراد بها صفته، بدليل أن "الأمين" من أسماء الله تعالى، وهو مشتق من الأمانة، فكان المراد بها صفة الله لاسيما في حالة القسم[7].

---

[1] وهبة الزحيلي،الفقه الاسلامي وادلته،ص:2444.

[2] أخرجه البخاري،كتاب الأدب،باب من لم ير إكفار ذلك متأولا أو جاهلا،رقم الحديث:6108،ج3ص:381.
وأخرجه مسلم،كتاب الأيمان،باب النهي عن الحلف بغير الله،رقم الحديث:1646،ج2ص:176.

[3] الكاساني،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ج3ص:08.
محمد بن عبد الرحمان الحصكفي،الدر المختار،تحقيق عبد المنعم ابراهيم، دار الكتب العلمية،لبنان،ط1،2002،ص:282.

[4] القرافي،الذخيرة ،ج4 ص:09.
البغدادي عبد الوهاب ،التلقين في الفقه المالكي،ج1ص:247.

[5] ابن قدامة ،المغني،ج13ص:470.
ابن قدامة موفق،الكافي في فقه الامام أحمد بن حنبل، دار الفكر،لبنان،2005،ج4ص:239.

[6] أشار الطحاوي أنه لا يكون يمينا قول "وأمانة الله" وإن نوى الحالف لان أمانة الله فرائضه التي تعبد بها عباده من الصلاة والصوم وغيرهما لقوله تعالى: ﴿ إِنَّا عَرَضْنَا ٱلْأَمَانَةَ عَلَى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَالأَرْضِ وَٱلْجِبَالِ ﴾ (سورة الأحزاب الآية: 72) فكان ذلك حلفا بغير اسم الله عز وجل فلا يكون يمينا (انظر الكاساني،المرجع السابق،ج3ص:09.)

[7] الكاساني،المرجع السابق،ج3ص:09.

وقال الشافعية[1] في أرجح القول عنهم أن الحلف بأمانة الله لا ينعقد .

وفي ما يمين "وعهد الله" فهذا يمين باتفاق المالكية[2] والحنفية[3] والحنابلة[4] ورأي عند الشافعية[5].

أما الرأي الثاني للشافعية وهو الأرجح في المذهب أنها لا تعتبر يمينا مالم ينو الحالف بهذا اليمين ؛ لأنها تحتمل أن المراد بالعهد هو إستحقاق الله ما تعبدنا به فهو يمين كما يأخذ عليها قصد ما عهد إلينا في العبادات فهي ليست بيمين لأنه يمين بشيء محدث[6].

ولو قال الحالف **"وأيم الله"** أو **"لعمر الله"** قال الشافعية كان ذلك يمينا على أن تكون نية الحلف[7].

---

[1] الشربيني،مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج،ج4ص:436.
الشيرازي أبي اسحاق ،المهذب في فقه الامام الشافعي،تحقيق محمد الزحيلي، دار القلم،سوريا،ط1،1996،ج4ص:487.
وهبة الزحيلي،موسوعة الفقه الاسلامي والقضايا المعاصرة، دار الفكر،سوريا،ط3،2012،ج3ص:394.
[2] البغدادي،التلقين في الفقه المالكي،ج1ص:247.
[3] الكاساني،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ج3ص:09.
برهان الدين المرغيناني،الهداية شرح بداية المبتدي، دار الفكر،لبنان،دون تاريخ،ج1ص:339.
[4] ابن قدامة ،المغني،ج13ص:463.
أبي البركات مجد الدين ،المحرر في الفقه على مذهب الامام أحمد بن حنبل، دار الكتاب العربي،لبنان،دون تاريخ،ج2ص:196.
[5] الشربيني، المرجع السابق،ج4ص:436.
وهبة الزحيلي، المرجع السابق،ج3 ص:394.
[6] الشربيني، المرجع السابق،ج4ص:436.
وهبة الزحيلي، المرجع السابق،ج3 ص:394.
[7] الشربيني، المرجع السابق،ج4ص:436.
الشيرازي، المرجع السابق، ج4ص:488.

وقال المالكية[1] والحنابلة[2] ومعهم الحنفية[3] إذا قال الحالف **"وأيم الله"** أو **"أيمن الله"** أي بركته، فهو يمين تجب كفارته، لأن الحلف بذلك متعارف، وكذا إذا حلف بقوله **"لعمر الله"**[4].

الله"[4].

واتفق العلماء من مالكية[5] وحنابلة[6] وأيضا الحنفية[7] على ما رجحه الكمال بن الهمام[8] والعيني[9] حيث كان الحنفية لا يرون القسم بالقرآن يمينا لأنه حلف بغير الله تعالى لكن ابن الهمام استطرد ورأى أن الحلف بالقرآن متعارف الآن وبه قال العيني حيث يجد أن الحالف على المصحف يمين لاسيما في زماننا[10].

---

[1] القرافي،الذخيرة ،ج4 ص:09.
[2] ابن قدامة ،المغني،ج13ص:456.
[3] ابن عابدين،رد المحتار على الدر المختار،ج5 ص:489.
[4] ابن قدامة ، المرجع السابق ،ج13ص:455.
الشيرازي،المهذب في فقه الامام الشافعي، ج4 ص:489.
القرافي، المرجع السابق ،ج4 ص:09.
[5] القرافي، المرجع السابق ،ج4 ص:11.
[6] ابن قدامة ، المرجع السابق ،ج13 ص:461.
[7] ابن عابدين، المرجع السابق ،ج5 ص:484.
[8] هو كمال الدين محمد بن الشيخ همام الدين عبد الواحد بن القاضي حميد الدين ولدسنة 790هـ بالاسكندرية له مؤلفات عدة منها فتح القدير للعاجز الفقير وشرح البديع لابن الساعاتي في أصول الفقه توفي سنة861هـ ودفن بالقِرافة: ابن عماد،شذرات الذهب في أخبار من ذهب،ج9 ص:438.
[9] هو بدر الدين العيني الحنفي محمود بن أحمد بن موسىبن أحمد الحافظ،من أعلام القرن التاسع الهجري،ولد سنة 762هـ بالقرب من حلب بسوريا له مؤلفات عدة منها :البناية في شرح الهدايةوعمدة القاري في شرح صحيح البخاري توفي سنة855هـ :بدر الدين العيني،السلطان برقوق ،تحقيق ايمان شكري، مكتبة مدبولي،مصر،ط1،2003،ص:05ومابعدها.
[10] ابن قدامة ، المرجع السابق ،ج13 ص:461.
الكاساني،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج3 ص: 12.
الشيخ نظام،الفتاوى الهندية، ج2 ص:64.

وإذا قال الحالف **"أقسم بالله"** يكون يمينا إذا نوى وأراد اليمين بالله حسب المالكية[1]؛ فإن لم يرد اليمين بالله فليست بيمين، والدليل في ذلك عرف الناس واستعمالهم؛ قال الله تعالى:

﴿ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ ﴾[2] ، ﴿ وَأَقْسَمُواْ بِاللَّهِ ﴾[3] ، وكذلك الحكم إن ذكر الفعل بلفظ الماضي، فقال (أقسمت بالله أو حلفت بالله لأفعلن كذا)،ففيه اختلاف[4]:

يكون يمينا في رواية عن أحمد لأن أبا بكر رضي الله عندما قال:أقسمت عليك يارسول الله بأبي أنت لتحدثني ما الذي أخطأت فقال له النبي صلى الله عليه وسلم:(لاتقسم) [5].

أما الحنفية والحنابلة فيكون يمينا سواء نوى اليمين أو أطلق، وفي الأصح عند الشافعية في حالة الإطلاق ؛ أما الشافعية فقالوا العبرة في اليمين بنية الحالف لأن المقصود من الأيمان هو المعنى القائم بالنفس لا ظاهر القول.

- **اليمين الغموس**: قال الزمخشري[6] في وصفها "هي اليمين الكاذبة لأنها تغمس في المآثم وتقول العرب للأمر الشديد الغامس في الشدة والبلاء، قال:

متى تأتنا أو تلقنا في ديارنا تجد أمرنا إمرا أحذ غموسا"[7].

---

[1] القرافي،الذخيرة ،ج4 ص:09.
القرطبي محمد ،بداية المجتهد ونهاية المقتصد،تحقيق عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي،ط1،2004،ص:321.
[2] سورةالمائدة، الآية: 106.
[3] سورة الأنعام، الآية: 109.
[4] الكاساني،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ج3 ص:10.
القرطبي،المرجع السابق ،ص:321.
الشربيني، مغني المحتاج، ج4 ص: 435.
المرغيناني،الهداية شرح بداية المبتدي،ج1 ص:337.
ابن جزي،القوانين الفقهية،دار الفكر ،لبنان،دون تاريخ،ص:162.
[5] أخرجه أبو داوود في سننه،كتاب الأيمان والنذور،باب في القسم هل يكون يمينا:رقم الحديث:3268،ج2 ص:231.
[6] هو أبو القاسم محمود بن عمر بن محمد بن عمر الخوارزمي الزمخشري،ولد سنة 467هـ بزمخشر برع في التفسير والحديث واللغة وعلم البيان،له مؤلفات عدة فس شتى العلوم أشهرها أساس البلاغة في اللغة توفي بجرجانيا خوارزم سنة538هـ(ابن خلكان،وفيات الأعيان وانباء ابناء الزمان، ج5 ص: 168.)
[7] الزمخشري، الفائق في غريب الحديث، تحقيق محمد أبو الفضل ابراهيم، الحلبي للمنشورات،دون مكان النشر،ط2،دون تاريخ ،ج3ص: 76.

وقال الزبيدي[1]: "وهي التي تغمس صاحبها في الإثم ثم في النار، وقيل: هي التي لا إستثناء فيها أو هي التي تقتطع بها مال غيرك وهي الكاذبة الفاجرة، وفعول للمبالغة... وقيل هي التي يتعمدها صاحبها عالما بأن الأمر بخلافه ليقتطع بها الحقوق"[2].

لذلك عدها الشوكاني[3] من اكبر الكبائر قال: "ما ورد في الغموس الا الوعيد والترهيب، والترهيب، وأنها من الكبائر، بل من اكبر الكبائر، وفيها نزل قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَـٰنِهِمْ ثَمَناً قَلِيلًا أُوْلَـٰٓئِكَ لاَ خَلَـٰقَ لَهُمْ فِي ٱلآخِرَةِ وَلاَ يُكَلِّمُهُمُ ٱللَّهُ وَلاَ يَنظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ ٱلْقِيَـٰمَةِ وَلاَ يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾[4]"[5].

وعرفها الحنفية والمالكية[6] بأنها اليمين الكاذبة قصدا في الماضي أو في الحال أي الحلف على أمر ماض أو في الحال متعمد الكذب فيه نفيا أو إثباتا[7]، وحكمهما عند الجمهور ومنهم الحنفية والمالكية والحنابلة على الراجح عندهم أنه يأثم فيها صاحبها، ويجب عليه التوبة والإستغفار فالكفارة عليه بالمال ودليلهم في ذلك مايلي:

ـ من السنة قوله صلى الله عليه وسلم: **(من حلف على يمين هو فيها فاجر، ليقتطع بها مال امرئ مسلم لقي الله وهو عليه غضبان)**[8]، وعن ابن عمر قال جاء أعرابي إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله، ما الكبائر؟ فذكر في الحديث الإشراك بالله، وعقوق الوالدين، وقتل النفس، واليمين الغموس، وفيه قال السائل: وما اليمين الغموس؟ قال: **(الذي يقتطع بها مال امرئ مسلم هو فيها كاذب)**[9].

---

[1] هو محمد بن محمد بن محمد بن عبد الرزاق اشتهر بالسيد المرتضى الحسيني الزبيديولد سنة1145هـ ببلجرام بالهند ونشأ في زبيد باليمن وأقام بمصر الى أن توفي بها له مؤلفات عدة منها أسانيد الكتب الستة و ألفية السند توفي رحمه الله سنة1200هـ(الزركلي،الأعلام،ج7ص:70.)

[2] الزبيدي، تاج العروس ، ج16 ص: 311.

[3] هو محمد بن علي بن محمد الشوكاني ولد بهجرة شوكان باليمن سنة1173هـ ونشأ بصنعاء ومات حاكما بها سنة1250هـ من مؤلفاته فتح القدير في التفسير و نيل الأوطار في الحديث(عمر رضا كحالة،معجم المؤلفين،ج3ص:541.)

[4] سورة آل عمران، الآية: 77.

[5] الشوكاني، فتح القدير،الطبعة الرابعة،دار المعرفة،لبنان،2007، صفحة: 391،وهو نفس القول مطابقا تماما مع ماورد في :صديق حسن خان القنوجي،فتح البيان في مقاصد القرآن،ج4 ص:42.

[6] عبد الوهاب المالكي،التلقين في الفقه المالكي،ص:251.

[7] الكاساني،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ج3ص:04.

[8] أخرجه الترميذي في سننه،كتاب تفسير القرآن ،باب ومن سورة آل عمران،رقم الحديث:3007.

و أبو داوود في سننه،كتاب الأيمان والنذور،باب فيمن حلف يمينا ليقتطع بها مالا لأحد،رقم الحديث:3243.

و أحمد في مسنده،مسند المكثرين من الصحابة،مسند عبد الله بن مسعود ،رقم الحديث:3597.

[9] الشوكاني،نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، أبواب الايمان وكفارتها،باب ماجاء في اليمين الغموس ولغو اليمين، ج9ص: 132.

وعن ابن مسعود[1]: "كنا نعد من اليمين التي لا كفارة لها: اليمين الغموس"[2]، وعن سعد بن المسيب[3] قال: "هي من الكبائر، وهي أعظم من أن تكفر" كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: **(الكبائر: الإشراك بالله، وعقوق الوالدين، وقتل النفس واليمين الغموس)**[4].

الغموس)[4].

أما الشافعية وجماعة فيقضون بجواز الكفارة في اليمين الغموس وإثمها بذلك يسقط بالكفارة كما تسقطه في غير الغموس لأنه وجدت من الحالف اليمين بالله تعالى والمخالفة مع القصد، فتلزمه الكفارة كما تلزمه في اليمين المنعقدة على أمر في المستقبل والله تعالى يقول: ﴿﴿لاَ يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِاللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَـٰنِكُمْ وَلَـٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلأَيْمَـٰنَ﴾[5] ،وهذا النص عام يعم الحلف في الماضي والمستقبل، فتكون الآية موجبة الكفارة في اليمين الغموس، لكونها من الايمان المنعقدة، وتعلق الاثم في هذه اليمين لا يمنع الكفارة، كما أن الظاهر منكر من القول وزور تتعلق به الكفارة[6].

---

[1] هو عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب بن شمخ بن فار بن مخزوم بن صاهلة بن كاهل بن الحارث بن تميم بن سعد بن هذيل بن مدركة بن الياس بن مضر أبو عبد الرحمان الهذيلي،الصحابي الجليل،توفي سنة 32هـ ودفن بالبقيع:(الجزري،أسد الغابة ،ج3ص:289.)

[2] - وهبة الزحيلي،موسوعة الفقه الاسلامي والقضايا المعاصرة،ج3 ص:380.

[3] - هو سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب بن عمرو بن عائذ بن عمران بن مخزوم بن يقظة من بني مخزوم من قريش من قبيلة كنانة وزوجته أم حبيبة الدوسية بنت الصحابي أبو هريرة،توفي على الأرجح سنة 94هـ :(الذهبي،سير أعلام النبلاء،ج4ص:217.)

[4] - أخرجه البخاري،كتاب الأيمان والنذور،باب اليمين الغموس،رقم الحديث:6675.

و أخرجه الترميذي في سننه،كتاب التفسير،باب ومن سورة النساء،رقم الحديث:3032.

[5] - سورة المائدة، الآية: 89.

[6] - الشربيني،مغني المحتاج، ج4 هامش ص: 61.
الشيرازي،المهذب، ج4 ص:479.

ب ـ نوع اليمين المنجزة: المحلوف عليه إما أن يكون متصور الوجود حقيقة عند الحلف ومستحيلا عادة وهنا خلاف: فيرى أبو حنيفة ومحمد[1] وزفر[2] توافر الشرط الأول فقط عند الحلف وهو شرط إنعقاد اليمين على أمر في المستقبل وهو شرط لبقاء اليمين أيضا؛ أما أبو يوسف[3] فيرى شرطا وحيدا لانعقاد اليمين في أن يكون اليمين على أمر في المستقبل فقط، واتفق أبو حنيفة وصاحباه على أن كون اليمين متصور الوجود عادة ليس بشرط لإنعقاد اليمين، وقال زفر هو شرط لا تنعقد اليمين بدونه[4].

ولتحديد طبيعة اليمين المنجزة ينبغي إعادة لفظ القسم القانونية وهي: **"أقسم بالله العظيم أن أؤدي عملي بكل أمانة وإخلاص وأن أراعي في كل الأحوال والواجبات التي يفرضها على القانون وأحافظ على أسرار مهنتي"**، والقسم وفقا لهذا يتركب من عنصرين يمكن حصرهما كالتالي:

- **"أقسم بالله العظيم":** وهي أداة القسم وقد بينت حكمها في ماسبق.
- العنصر الثاني في لفظ: **"أن أؤدي عملي بكل أمانة وإخلاص وان أراعي في كل الأحوال الواجبات التي يفرضها علي القانون وأحافظ على أسرار مهنتي"**.

الفرع الثاني :ممارسة العمل الطبي:

أولا ـ تعريف العمل الطبي

إن الأصل في العمل الطبي أن يستهدف تخليص الإنسان من مرض أو علة أو حتى مجرد تخفيف آلام المريض ؛ غير أن الفقه القانوني إنقسم إلى إتجاهين في تحديد مفهوم العمل الطبي:

الإتجاه الأول: ذهب إلى أن مفهوم العمل الطبي يشمل جميع مراحل علاج المرضى بدءا من فحص المريض إلى تشخيص المرض أو تقديم علاج بالأدوية وغيرها.

---

[1] هو محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني،صاحب الامام أبو حنيفة،ولد بواسط سنة131هـ ،نشأبالكوفة وأخذ العلم عن أبي حنيفة،ولي القضاء،وألف عدة مؤلفات منها:الجامع الكبير في الفروع،توفي بواسط سنة189هـ: الذهبي،سير أعلام النبلاء،ج9 ص:134.

[2] هو زفر بن الهذيل أبو الهذيل،بن قيس بن سلم،ولد سنة110هـ بالعراق،أخذ العلم عن أبو حنيفة وخلفه في حلقته بعد موته،رغم علمه المشهود لم يؤلف زفر ربما لعمره القصير حيث توفي سنة158هـ: الذهبي،المرجع السابق،ج8ص:38.

[3] هو يعقوب بن ابراهيم الانصاري الكوفي البغدادي،ولد سنة 113هـ،تفقه على أبي حنيفة،وأخذ الحديث،وتولى القضاء، من مؤلفاته:الخراج والآثار: الذهبي المرجع السابق ،ج8 ص:535.

[4] وهبة الزحيلي،الفقه الإسلامي وأدلته، ص:2478.

وإلى هذا ذهب البعض عند تعريف العمل الطبي من أنه فعل يهدف إلى شفاء المريض ووقايته من الأمراض[1].

وأضاف البعض إلى أن العمل الطبي كل نشاط يرد على جسم الإنسان أو نفسه ويتفق في طبيعته وكيفيته مع الأصول العلمية والقواعد المتعارف عليها نظريا وعمليا في علم الطب ؛ ويقوم طبيب مصرح له قانونا به ، بقصد الكشف عن المرض ، وتشخيصه وعلاجه لتحقيق الشفاء أو تخفيف آلام المريض ، أو الحد منها أو يهدف إلى المحافظة على صحة الأفراد أو تحقيق مصلحة اجتماعية بشرط توافر رضاء من يجري عليه هذا العمل[2].

الإتجاه الثاني: قصر أنصار هذا الإتجاه مفهوم العمل الطبي على مرحلة واحدة فقط وهي مرحلة العلاج ، وإلى هذا إتجه تعريف العمل الطبي على أنه النشاط الذي يباشره شخص متخصص بغية شفاء الغير وذلك وفقا للأصول والقواعد المقررة في علم الطب[3].

وغير بعيد عن هذا التعريف برز رأي آخر إلى أن العمل الطبي هو كل نشاط يتفق في كيفية وظروف مباشرته مع القواعد المقررة في علم الطب يتجه في ذاته، ووفق المجرى العادي للأمور الى شفاء المريض[4].

ومهما يكن فيبدومن هذين الإتجاهين أن أولاهما قد وسع من نطاق العمل الطبي بينما تم تضييق مفهوم العمل الطبي في الإتجاه الثاني محصرا مفهومه على العلاج فقط كتعريف دقيق لعدم ذكره مختلف الأعمال الطبية الأخرى التي تهدف للمحافظة على صحة وسلامة جسم الإنسان وإغفاله كذلك لمراحل العمل الطبي السابقة للعلاج(الفحص والتشخيص)أو اللاحقةله(كالرقابة الطبية...)مما يجعل من الإتجاه الموسع لمفهوم العمل الطبي يعطي مفهوما أكثر وضوحا عن طبيعة العمل الطبي.

أما بالنسبة لإستخدام الوسائل الطبية فيعد عملا طبيا مهما كانت الوسيلة المعطاة من أدوية عن طريق الفم أو تقطير في العين أو بخه في الأنف أو عن طريق الشرج أو دهانه على الجلد أو حقنه في الجسم طالما أنه يهدف الى العلاج، ويكون العمل الطبي بالعلاج

---

[1] مشار اليه في منير رياض حنا، الاخطاء الطبية في الجراحات العامة والتخصصية،ص:44.

[2] أسامة عبد الله قايد ،المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، دار النهضة العربية،مصر،ط2،1992،ص: 55.
وجيه محمد خيال،المسؤولية الجنائية للطبيب في النظام السعودي، دار النهضة العربية،مصر،ط1،1998، ص:11.
فوزية عبد الستار ،شرح قانون العقوبات ـ القسم العام ـ، دار النهضة العربية،مصر، 1992،ص:27.

[3] رمضان جمال كامل،مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية،المركز القومي للإصدارات القانونية،مصر،2005،ص:23.
منير رياض حنا،الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والتخصصية،ص:43.

[4] نظام توفيق المجالي ،شرح قانون العقوبات ـ القسم العام ـ ، دار العلم والثقافة،مصر، 2005، ص: 193 .
محمود القبلاوي ،المسؤولية الجنائية للطبيب،دار الفكر الجامعي،مصر،2004،ص:05-06.
عبد الفتاح بيومي حجازي،المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء،دار الفكر الجامعي ،مصر،دون تاريخ،ص:19.

الكيميائي أو الجراحي كشق أنسجة الجسم في تجاويفه أو عضلاته... من أجل استئصال أو زرع الأعضاء أو حتى استبدال عضو بعضو سواء أكان العضو طبيعيا أو حتى إصطناعيا، وبعد الكشف عن أسباب سوء الصحة كعمل الفحوص والتحاليل وكذا عمل الأشعة والمناظير الطبية وغير ذلك، وحتى إن الأعمال الوقائية من الأمراض عدت عملا طبيا لأن العلاج يهدف الى التحصين من المرض أو وباء يخشى من أن يلحق به[1].

ويبقى الفضل للفقه القانوني في سد الثغرة التي تركتها النصوص والقوانين المختلفة التي تصطلح لفظ العمل القانوني وتلتفت عن وضع مفهوم محدد له في حين أن الفقه الاسلامي أورد تعريفات متعددة للطب والطبيب باعتباره القائم بهذه الصنعة لكن يرد به تعريف صريح لمفهوم العمل الطبي.

وقد تصدى الفقه القانوني في محاولات عدة لوضع مفهوم للعمل الطبي وتمييزه عن أعمال كثيرة يكون محلها جسم الإنسان لكن القصد منها ليس هو علاج المريض في مرات كثيرة وهنا بان إشكال حقيقي في مدى مشروعيتها .

ثانيا ـ تمييز العمل الطبي عن مايشابهه

1- العمل الطبي والتجارب الطبية: حددت المادة **23** من الدستور المصري على أنه لا يجوز اجراء أي تجربة طبية أو علمية على الانسان الا بعد رضاه الحر بذلك.

وهو نفس المسلك الذي تبناه المشرع الفرنسي عند التمييز بين نوعين من التجارب:

أ ـ **التجارب الطبية**: وهي التجارب التي تتم لغرض علاجي فقط، حيث ينتظر منها فائدة مباشرة للشخص الخاضع لها.

ب ـ **الأبحاث البيولوجية**: وهي التجارب التي تقام لأغراض علمية بحتة، وتجرى لأشخاص من المرضى أم من غيرهم.

وقد شدد فيها المشرع الجزائري على مسؤولية القائم بها مراعيا في ذلك ضرورات الحماية للخاضع للتجربة[2]، ممادى ذلك بالبعض إلى عدم القول بعدم مشروعيتها سواء أكانت بهدف علمي أو لغرض علاجي[3].

[1] منير رياض حنا،الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والتخصصية،ص:43.
[2] م **34**من الدستور الجزائري التي تنص على حرمة الانسان وحضر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة.
[3] محمد عبد الغريب، التجارب الطبية والعمليةوحرمة الكيان الجسدي للإنسان، دراسة مقارنة،مطبعة وهبة،1989،ص:46.

رغم أن الرأي الغالب قد أيد قصر المشروعية على التجارب التي تتم لغرض علاجي فقط، أما التجربة لغير العلاج فيخضع القائم بها لنصوص القانون الخاصة بالعقاب على الجرائم العمدية حتى لو توافر رضا الخاضع للتجربة[1].

أما المشرع الفرنسي فقد أجاز إجراء التجارب الطبية ونظم ذلك بموجب القانون رقم **1138/88** الصادر في **1988/12/22** المتعلق بحماية الأشخاص المشاركين في الأبحاث البيولوجية الطبية الذي أدخلت نصوصه فيما بعد على قانون الصحة العامة الفرنسي واشترطت المادة **14-209** منه على ألا تتضمن هذه التجارب أي خطر متوقع وجائر على صحة الخاضعين لها[2].

وفي هذا التشديد يفترض المشرع الفرنسي الخطأ القائم بالتجارب عند توافر القصد العلاجي أما في الحالات الأخرى فقد خرج المشرع عن نطاق المسؤولية الطبية وجعل مسؤولية القائم بالتجربة مسؤولية غير طبية ؛ أي عدم تكليف الخاضع للتجربة باقامة الدليل على خطأ الباحث أو الطبيب في الحالة الأولى والعكس صحيح في الحالة الثانية.[3]

2 - الإجهاض: من الوسائل الكاشفة لأمراض الجنين بصفة مبكرة هو التشخيص المبكر، وتكون هذه الأمراض عبارة عن إعاقة أو تشوهات خلقية ربما لأسباب وراثية ويسمى بالطب التنبئي وعليه فالإجهاض قد يأخذ إحدى الحالات التالية:

أ - وقف إرادي للحمل بغرض علاجي: كان هذا العمل قبل قانون 1975 غير مشروع وفقا للمشرع الفرنسي لكن بصدور قانون 17 جانفي 1975 الذي ألغي قانون **Veil** وأضفى مشروعية على مثل هذه الأعمال ؛ ثم صدور قانون 31 ديسمبر 1979 معدلا لهذا القانون وفق شروط معينة:

أولاها :أن يكون استمرار الحمل يكمن خطرا جسيما على صحة الأم.

الشرط الثاني: إذا ثبت قطعا أن المولود المنتظر سيولد مصابا بعاهة غير قابلة للشفاء.

---

[1] محمد عبد الغريب، التجارب الطبية والعملية وحرمة الكيان الجسدي للإنسان ،ص:45.
محمد حسن قاسم، اثبات الخطأ في المجال الطبي،دار الجامعة الجديدة،مصر،2006، ص: 193.

[2] نص المادة: « les recherches lie médicale sous bénéfice individuel direct ne doivent comporter aucun risque prévisible revieux pour la sante des personnes que s'y prêtent »

[3] بشير سعد زغلول،الأحكام القانونية للتبرع بالأعضاء البشرية،دار النهضة العربية،مصر،2010،ص:99.

ويجوز إجراء الإجهاض في الحالتين في أي وقت دون التقيد بأية مدة معينة[1].

ب ـ وقف الحمل لمواجهة حالة الضيق: رغم إنتفاء الغاية العلاجية في هذه الحالة فقد جعل منها المشرع الفرنسي حالة مشروعة لوقف الحمل متى توافرت الشروط المنصوص عليها[2].

أما تقدير الباعث فقد ترك لتقدير الحامل وحدها، ويوجب القانون الفرنسي الحصول على موافقة أحد الوالدين إن كانت قاصرا وغير متزوجة[3].

ويمكن أن نلحظ القلق السائد في المجتمع الطبي بالنسبة لتشخيص جنس الجنين قبل الولادة ؛ فازدياد المعرفة الجينومية سيؤدي إلى زيادة ما يتم من إجهاضات لأسباب لا تتعلق بالطب وإلى أن يستخدم الاجهاض لتجنب ولادة أطفال لا يحملون إلا أمراضا هامشية أو أطفال لا يؤهلهم ذكاؤهم للقبول في كبرى الجامعات، وعلى النقيض من هؤلاء هناك من يقلقه أن تؤدي زيادة المعرفة الجينومية إلى ظهور أسباب جديدة مقنعة لانتهاك حقوق الإنسان[4].

فـ **"جيروم لوجين"** الرجل الذي اكتشف الرابطة بين متلازمة دوان (الطفل المغولي) وبين الثلاثي **21** قد أصابه الألم مما أدى إليه كشفه من اجهاضات ويقول بكل أسف إن مثل هذه المحاولة تخالف المعايير الأخلاقية والاجتماعية لمهنة **"لوجين"** التي كان الهدف منها ايجاد علاج لمتلازمة داون[5].

---

[1] منير رياض حنا،الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والتخصصية، ص: 50-51.

[2] أن يتم وقف الحمل خلال الأسابيع العشرة الأولى من بدايته وأن يتم إجراء العملية بمعرفة طبيب في مستشفى عام أو خاص مرخص باجراء تلك العملية (انظر أسامة عبد الله قايد ، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة ،ص: 87.)

[3] ويعارض "البابا شنودة" عملية اجهاض الجنين في الأشهر الأولى بسبب وجود تشوهات تجعله معوقا بعد الولادة فيقول: "لا شك أن إجهاض الجنين عملية قتل وليس من حقنا قتل جنين ولو كان عمره يوما واحدا، إنها حياة لو أعطيت فرصة لكان لها وجود وعمل في المجتمع.... وليس التشوه عذرا لنا في إنهاء حياة أحد وما أكثر المشوهين والمعوقين في العالم فهل من حقنا قتلهم وإبادتهم؟ بل وبعض المعوقين صاروا عباقرة... بتهوفن كان معوقا في سمعه وصار عبقريا في الموسيقى... آنت لا تعرف مصير المعوق أو المشوه ماذا سيكون مستقبله، وحتى لو كانت حياته ستقاسى بعض الآلام فليس من حقك أن تنهي حياته إشفاقا عليه!! إن الحياة والموت هي في يد الله وحده هو الذي يحي ويميت حسب حكمته ومشيئته الصالحة وليس من اختصاص إنسان أن يباشر هذا الحق الإلهي، إلا في نطاق وصايا الله مثل الحكم بإعدام القاتل، حسب قول الرب"سافك دم الإنسان، بيد الإنسان يسفك دمه" (تك. 6:9) ولم يصرح الرب بسفك دم المعوقين... على أن هناك نقطة أحب أن أقولها وهي: هذا الجنين المشوه ربما يكون سبب تشوهه راجعا إلى خطأ أبويه، الطب يقدم نصائح هامة للعناية بالجنين، ويضع قواعد صحية قد تؤدي مخالفتها إلى الإضرار بالجنين من نواح متعددة، وألام التي تطلب السماح بإجهاض جنينها خوفا من أن يصير مشوها أو معوقان ربما تكون هي السبب في ذلك... فهل تغطي على أخطائها بقتل الجنين؟! أي بجريمة اكبر...! من كتاب سنوات مع أسئلة الناس ،الجزء التاسع، الطبعة الأولى، القاهرة 1992، ص: 22(رياض حنا، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والتخصصية، ص: 33).

[4] دانيل كيفلس وليروى هود ،الشفرة الوراثية للانسان ـ القضايا العلمية والاجتماعية-، ترجمة أحمد مستجير، الهيئة المصرية العامة للكتاب،مصر، 1997،ص: 137.

[5] دانيل كيفلس وليروى هود، الشفرة الوراثية للانسان ، ص: 236.

3 ـ عمليات الختان: نصت على الختان لائحة الطب الصادرة في سنة **1891** بفرنسا و فيها ما يفيد أن الختان عمل طبي[1].

وفي إجازته للحلاقين الصحيين في تلك اللائحة معنى الإجازة للأطباء بل إن الشريعة الإسلامية قد أقرت عملية الختان حتى لو لم يكن في مرات كثيرة علاجا وجاراها القانون الوضعي.

وهذا ما جعل البعض يعارض على وجوب توافر قصد العلاج لاعتبار العمل طبيا ، وهذا الرأي كان محل رد لكون الختان هو علاج حقيقي في بعض الأمراض كضيق الغلفة[2].

الفرع الثالث:الالتزام بالمحافظة على سر المهنة: لقد كان الناس منذ قديم الزمان يهتمون بالمحافظة على الأسرار ويعدونها أبرز الفضائل الخاصة ،خاصة إذا آمنهم الناس عليها، وبهذا تزداد سرية الانسان بمرور الزمان بازدياد حاجاته الى الكتمان وعدم الافشاء، فالسر مصلحة شخصية محل الحماية[3].

وقد حدد المشرع الجزائري الأشخاص المكلفين بالحفاظ على هذا السر حماية لمصلحة شخص آخر في حاجة إلى هذه الحماية، ولا شك إن كان الفرد في حاجة شديدة للحفاظ على أسراره، فالدولة كذلك أحوج الى ذلك لأنه في إفشاء أسرارها خطر كبير وأضرار جمة تمس الأمة بأسرها.

[1] منير رياض حنا، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والتخصصية، ص: 30.
[2] رياض جودت، الجراحة البولية والجراحة التناسلية عند الذكور،دار طلاس،سوريا،1981، ص: 137.
[3] سيد قرني أمين نصر، أصول مهنة الطب ،ص:102.

أولا ـ تعريف السر الطبي:

1ـ لغة:

أـ معناه: السر كل ما يكتم[1]أو بمعنى آخر أمر خاص يظل مخفيا.

قال الراغب الأصفهاني[2]: "الإسرار خلاف الإعلان... ويستعمل في المعاني والأعيان"[3]، والسريرة: كالسر والجمع السرائر والسريرة عمل السر من خير أو شر أو سر الشيء كتمه وأظهره وهو من الأضداد.

ب ـ مواضعه في كتاب الله: وقد ورد لفظ السر في مواضع عدة من القرآن الكريم منها:

الموضع الأول: في قوله تعالى:﴿وَإِنَّهُۥ يَعۡلَمُ ٱلسِّرَّ وَأَخۡفَى﴾[4]، قيل السر ما حدث به الإنسان غيره في خفاء، وأخفى منه ما أضمر في نفسه مما لم يحدث به غيره، وعنه أيضا: السر حديث نفسك، وأخفى من السر ما ستحدث به نفسك مما لم يكن وهو كائن، أن تعلم ما تسر به نفسك اليوم، ولا تعلم ما تسر به غدا، والله يعلم ما أسررت اليوم وما تسره غدا، والمعنى: الله يعلم السر وأخفى من السر، وقال قتادة[5]: السر ما أضمر الإنسان في نفسه وأخفى منه مالم يكن ولا أضمره أحد[6].

---

[1] الرازي ،مختار الصحاح،ص :124.

[2] الراغب الاصفهاني، هو الامام أبو القاسم حسين بن محمد بن المفضل المعروف بالراغب الاصفهاني، غير معروف متى ولد ولا أين تلقى العلم، من آثاره الأدبية تفصيل النشأتين وتحصيل العادتين، محاضرات الأدباء، المفردات في غريب القرآن، توفي سنة 502 هـ: الزركلي،الأعلام، ج2 ص:255.

[3] الراغب الاصفهاني، المفردات في غريب القرآن،ج1 ص: 301.

[4] سورة طه، الآية: 07.

[5] هو قتادة بن دعامة السدوسي،تابعي وعالم في العربيةواللغة(61هـ ،118هـ): الذهبي،سير أعلام النبلاء،ج5 ص:269.

[6] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن،ج6 ص:155.
الجصاص أحمد،أحكام القرآن، دار الفكر،لبنان،ط1،2001،ج3 ص:225.

الموضع الثاني: في قوله تعالى: ﴿وَإِذَ أَسَرَّ ٱلنَّبِيُّ إِلَىٰ بَعۡضِ أَزۡوَٰجِهِۦ حَدِيثٗا فَلَمَّا نَبَّأَتۡ بِهِۦ وَأَظۡهَرَهُ ٱللَّهُ عَلَيۡهِ عَرَّفَ بَعۡضَهُۥ وَأَعۡرَضَ عَنۢ بَعۡضٖۖ فَلَمَّا نَبَّأَهَا بِهِۦ قَالَتۡ مَنۡ أَنۢبَأَكَ هَٰذَاۖ قَالَ نَبَّأَنِيَ ٱلۡعَلِيمُ ٱلۡخَبِيرُ ﴾[1]، قال الكلبي: أسر إليها أن أباك وأبا عائشة يكونان خليفتي على أمتي من بعدي[2].

الموضع الثالث: في قوله تعالى: ﴿يَوۡمَ تُبۡلَى ٱلسَّرَآئِرُ ﴾[3] أي تخرج مخبآتها وتظهر من كل ما استسره الإنسان من خير وشر وما أضمره من إيمان وكفر[4]، وقيل يوم القيامة تبلى السرائر فتظهر وتبدو حتى يبقى السر والمكنون مشهورا[5].

ج ـ الألفاظ ذات صلة:

ـ الكتمان: الكتمان لغة من كتم وهو ستر الشيء وتغطيته وهو نقيض الإعلان أما إصطلاحا فهو عبارة عن إخفاء المعلومات التي تعتبر سرا، وسترها عن الوصول لغيره سواء كان عدوا أو صديقا[6].

ـ الإفشاء: يقال فشا الخبر أي انتشر، وتفشى الشيء أي اتسع وفشا الشيء يفشوا فشوا إذا ظهر ومنه إفشاء السر[7]، والفواشي كل شيء منتشر من المال، مثل الغنم والإبل وغيرها[8].

[1] سورة التحريم، الآية: 03.
[2] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ،ج08 ص:471.
[3] سورة الطارق، الآية: 09.
[4] القرطبي، المرجع السابق ،ج9 ص:36.
[5] ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج8 ص: 376.
[6] محمود شيت خطاب، دروس في الكتمان من الرسول القائد، مؤسسة الرسال،لبنان،1975، ص: 11.
[7] ابن منظور،لسان العرب،ج7ص:165.
[8] الفارابي، تاج اللغة، وصحاح العربية المسمى الصحاح، ج5ص: 1953.

2 ـ إصطلاحا: حاول فقهاء القانون سد الفراغ الذي تركته التشريعات الوضعية في التطرق لمفهوم السر الوارد في القانون المدني أو حتى في قانون العقوبات .

أ- لدى الشراح العرب:ذهب البعض إلى أن السر كلمة تستعصي على التحليل وهي تثير قبل كل شيء واجب السكوت المفروض على الطبيب وهو واجب تفرضه علاوة على القواعد القانونية، قواعد الدين والأخلاق[1].

ب ـ في الفقه الغربي:عرفه الفقهاء الفرنسيون بأن السر هو كل أمر يعهد به لصاحب المهنة على سبيل السر، وأضاف الفقه الإيطالي بأن السر هو تخلع على موقف أو مركز أو خبر أو عمل مما يؤدي إلى وجود رابطة تتصل بهذا الموقف أو المركز أو الخبر بالنسبة لمن له حق العلم به ومن يقع عليه الالتزام بعدم إفشائه[2].

وقد أشارت عدة مؤلفات إلى حالة عدم الاتفاق التي تسود الفقه القانوني بشأن إيجاد تعريف جامع مانع شامل للسر الطبي،حيث عرف من قبل البعض بحسب مفهوم ووجهة نظرهم للموضوع.

وتكمن صعوبة هذا الاتفاق في كون السر الطبي من الأمور التي تختلف باختلاف الزمان والمكان والأشخاص وطبيعة الوقائع، فمثلا عندما يعلم الطبيب بأن الفتاة المريضة التي يعالجها هي حامل من زنا، فبعض البلدان تعتبر هذا الأمر سرا طبيا ينبغي فيه التستر على المريضة لأنه غير مقبول شرعا وعرفا في هذه البلاد؛ بينما في بلاد أخرى خاصة الغربية منها فإن هذا الأمر طبيعي عرفا وقانونا، وبالتالي لا يكون هذا سرا بل إن القانون ينظم هذه الحالات ويعترف بها وبآثارها ومع ذلك يبقى الأمر مختلفا من شخص الى آخر، فالأمر نسبي إذن.

[1] علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية،مصر، 1992،ص: 32 .
[2] أحمد سلامة، الحماية الجنائية لأسرار المهنة،رسالة دكتوراه منشورة،كلية الحقوق ،جامعة القاهرة،1988،ص: 37، نقلا من أسامة عسيلان،الحماية الجنائية لسر المهنة في الشريعة الاسلاميةوالقوانين الوضعية،مذكرة ماجستير ،جامعة نايف للعلوم الأمنية،2004،ص:19.

ولهذا اتجه الفقه الفرنسي إلى التشديد في ذلك وتم تعريف السر الطبي بأنه:" الإلتزام المفروض على جميع أعضاء الهيئة الطبية بأن لا يفشوا ما اطلعوا عليه وما علموه أثناء ممارستهم مهنتهم"[1].

بل إن القضاء الفرنسي عد النبأ سرا حتى لو كان شائعا بين الناس على أن يكون غير مؤكد، أما إذا تأكد النبأ للجمهور فهنا تكون قد زالت عنه صفة السر[2].

3- ماهية الإفشاء: إن جوهر الإفشاء هو الإفضاء بمعلومات كافية للغير مع تحديد صاحب المصلحة في كتمانه وليست هناك وسيلة من شأنها تحقيق الإفشاء إذ يكفي كشف بعض معالم شخصيته التي من خلالها يمكن تحديده دون ذكر اسم صاحبها.

وعليه عد إفشاء السر أيا كان الإعلان بطريق مباشر أو غير مباشر ،شفويا أو كتابيا، لهذا ذهب البعض إلى تعريف السر الطبي بأنه:" الإعلان عن كل ما يعرفه الطبيب أثناء أو بمناسبة ممارسة مهنته وكان في ذلك ضرر للشخص أو العائلة إما لطبيعة الوقائع أو الظروف التي أحاطته بالموضوع"[3].

ويبقى كتمان سر المريض له مجال وحدود ولا يعمل به مطلقا وإنما هو مبدأ له نطاق وهو الأمر الذي سأبحثه في البند التالي.

[1] عبد السلام الترمانين، "السر الطبي" مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني،1981،جامعة الكويت،ط1997،4، ص: 40.
[2] رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار الفكر العربي، ط8، 1985، مصر، ص: 292.
[3] محمود محمود مصطفى، مدى المسؤولية الجنائية للطبيب إذا أفشى سرا من أسرار مهنته، مجلة القانون والاقتصاد، 1941، صفحة: 659، نقلا بالوساطة عن رايس محمد، مسؤولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر المهني في ضوء القانون الجزائري، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد الأول، 2009، ص: 250.

ثانيا ـ نطاق السر الطبي

1- من حيث الحظر والتجريم:مما سبق يتبين أن السر الطبي أمر نسبي رغم أنه له ميزة التفوق على باقي الأسرار المهنية لأنه يفرض لفائدة المريض الذي غالبا ما يكون موهن بمرضه، معطوب ومجروح، بل إن المريض يودع لدى الطبيب بشأن سوابقه المرضية معلومات قد تتعدى حياته الخاصة لتشمل حتى العملية والاجتماعية كما يكشف عند الفحص السريري عن خصوصيات بدنه وهذا من أجل توجيه التشخيص.

أ ـ في الفقه الإسلامي

إن كتمان الأسرار من أقوى الدوافع لنجاح الانسان في جميع مجالات الحياة، وسر المريض هي واحدة من هذه الأسرار الهامة التي ينبغي حفظها وعدم كشفها من قبل الطبيب لأن في ذلك ألما شديدا قد يمس بالمريض؛ بل إن ذلك قد يسبب حزنه حزنا عميقا وربما يزداد مرضه ويتأخر برؤه هذا إن لم يحجم تماما عن الذهاب للمعالجة نتيجة الافشاء ويزداد مرضه ويذبل بدنه، بل قد يتعدى ضرر إفشاء السر الطبي الى الخصام العائلي مما يؤدي الى الطلاق[1] ،وعليه فكتمان سر المريض من طرف الطبيب المعالج أمر لابد منه ويحضر إفشاؤه لما له من صلة بالمصلحة العلاجية للمريض.

لهذا فإن العباد أحوج الى كتمان أسرارهم؛ فقد روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في حفظ اللسان: **(ثكلتك أمك وهل يكب الناس على مناخرهم في جهنم إلا حصائد ألسنتهم)**[2]، وقال في ذلك أيضا :**(من يضمن لي ما بين لحييه ومابين رجليه أضمن له الجنة)**[3] .

ويبقى الخالق عز وجل هو المطلع على سرائر عباده وعلى ما يسرون وما يعلنون فلم يفضح كثيرا منهم وقد وصف ذلك بقوله تعالى: ﴿عَـٰلِمُ ٱلْغَيْبِ فَلَا يُظْهِرُ عَلَىٰ غَيْبِهِۦٓ أَحَدًا إِلَّا مَنِ ٱرْتَضَىٰ مِن رَّسُولٍ فَإِنَّهُۥ يَسْلُكُ مِنۢ بَيْنِ يَدَيْهِ وَمِنْ خَلْفِهِۦ رَصَدًا﴾[4].

[1]- كأن تعلم المرأة أن زوجها مصاب بإنتان بولي ناجم عن علاقة مشبوهة.

[2]- أخرجه أحمد في مسنده،مسند الأنصار، رقم الحديث: 22413 ،ص:1054.

[3]- أخرجه البخاري،كتاب الرقاق،باب حفظ اللسان،رقم الحديث:6474،ج4 ص:169.

[4]- سورة الجن، الآيتين: 26-27.

فكتم السر أدوم لأحوال الصلاح وقد وردت أحاديث كثيرة تفضي عن نفس المبتغي فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: **(من غسل ميتا فكتم عليه غفر له أربعين مرة، ومن كفن ميتا كساه الله من السندس وإستبرق الجنة، ومن حفر لميت قبرا فأجنه فيه، أجر له من الأجر كأجر مسكن أسكنه الى يوم القيامة)**[1].

قال الخطيب الشربيني[2] في ذلك: "فإن رأى الغاسل من بدن الميت خيرا كاستنارة وجهه وطيب رائحته، ذكر ندبا ليكون أدعى لكثرة المصلين عليه، والدعاء له، او غير كأن رأى سوادا أو تغير رائحته أو انقلاب صوره، حرم ذكره، لان الغيبة لمن لا يأتي الاستحلال منه"[3].

وقال الماوردي[4]: "إظهار الرجل لسر غيره أقبح من اظهار سر نفسه لأنه يبوء باحدى وصمتين، الخيانة إن كان مؤتمنا، أو النميمة إن كان مستودعا، وأما الضرر فربما استويا فيه أوتفضلا وكلاهما مذموم وهو فيهما ملوم"[5].

لهذا ينبغي عدم إفشاء أسرار الغير مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُواْ بِالْعَهْدِ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا﴾[6] حيث قال المفسرون أن العهد هو كل ما يلتزمه الانسان على نفسه[7].

---

[1] أخرجه الحاكم النيسابوري، المستدرك على الصحيحين ،تحقيق مصطفى عطا،دار الكتب العلمية،لبنان،دون تاريخ،صفحة:505،كتاب الجنائز ، حديث رقم 43/1307 قال الحاكم هذا صحيح على شرط مسلم).

[2] هوشمس الدين محمد بن أحمدالخطيب الشربيني الشافعي ولد في شربين بمحافظة الدقهلية ثم انتقل الى القاهر الى أن توفي بها من مؤلفاته شرح التنبيه ومناسك الحج توفي سنة977هـ : ابن عماد شهاب الدين ،شذرات الذهب في أخبار من ذهب، ج10ص:561.

[3] الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج2 ص: 46.

[4]أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري الماوردي ولد بالبصرة عام 364هـ لأب يعمل ببيع ماء الورد لذا كني بالماوردي ومن كتبه أدب الدنيا والدين والأحكام السلطانية،توفي سنة450هـ: الصفدي،الوافي بالوفيات،جزء21ص:297.

[5] الماوردي أبو الحسن ، آداب الدنيا والدين، دار اقرأ،لبنان،ط4،1985،ص: 316.

[6] سورة الإسراء، الآية: 34.

[7] السمعاني(أبي المظفر426-489هـ)، تفسير القرآن،تحقيق غنيم بن غنيم، دارالوطن،السعودية،ط1، 1997،ج3ص: 239.

وقد ثبت عن الغلمان زمن النبي صلى الله عليه وسلم حفظهم للأسرار وكتمانها فها هو أنس[1] رضي الله عنه فيما رواه ثابت عنه قال: (أتى علي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا ألعب مع الغلمان، فسلم علينا فبعثني في حاجة، فأبطأت على أمي فلما جئت قالت: ما حسبك؟ فقلت: بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم لحاجة، قالت: ما حاجته؟ قلت: إنها سر، قالت: لا تخبرن بسر رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدا، قال أنس: والله لو حدثت به أحدا لحدثتك به يا ثابت)[2].

وهذا ما كان موضوعا كذلك في ندوة الكويت التي تعرضت للمشكلات القانونية والانسانية لعلاقة الطبيب بالمريض عام 1980، وقد أصدر مجمع الفقه الاسلامي في مؤتمره الثامن ب:"نبدر سيربا جوان بروناي دار السلام" المنعقد في الفترة من 21-27 جويلية 1993 قرارا يتعلق بالسر في المهن الطبية مفاده:

ـ السر أمانة لدى من استودع حفظه، التزاما بما جاءت به الشريعة الإسلامية وهو ما تقضي به المروءة وآداب التعامل.

ـ الأصل حضر إفشاء السر، وإفشاؤه بدون مقتضى معتبر، موجب للمؤاخذة شرعا.

ـ يتأكد واجب حفظ السر على من يعمل في المهن التي يعود الإفشاء فيها على أصل المهنة بالخلل كالمهن الطبية؛إذ يركن هؤلاء ذوو الحاجة إلى محض النصح وتقديم العون، فيفضون إليهم بكل ما يساعد على حسن أداء هذه المهام الحيوية، ومنها أسرار لا يكشفها المرء لغيره حتى الأقربين إليه[3].

ولا شك أن الشريعة دعت الى حفظ الأسرار عموما ومنها أسرار المرضى صونا لأعراضهم ولخصوصياتهم وحرصا على راحتهم النفسية حتى يتسنى لهم الاستفادة من العلاج وتحقيقا لمصالحهم ورعاية لراحتهم وسلامتهم.

ب ـ في الفقه القانوني:

تبنت كليات الطب في العصر الحديث قسم هيبو قراط واختصرته طارحة منه ما لا يلائم ثقافات الشعوب المعاصرة[4].

---

[1] هو أنس بن مالك بن النضرة بن ضمضم بن زيد ولد قبل الهجرة بعشر سنوات خدم النبي محمد صلى الله عليه وسلم ونقل عنه في ذلك أخلاقا حميدة مقتفيا أثره توفي سنة 93هـ: الجزري،أسد الغابة،ج1ص:89.

[2] صحيح مسلم،كتاب فضائل الصحابة،باب من فضائل أنس بن مالك،رقم الحديث:2482،ج2 ص:210.

[3] قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي (الدورة الثامنة)، مجلة مجامع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، 1994 ، ج3ص: 409.

[4] شريف بن أدول بن إدريس، كتمان السر وإفشاؤه في الفقه الاسلامي،دار النفائس،الأردن،1997،ص:15.

ولهذا إنعقدت عدة مؤتمرات وندوات دولية تناقش فقط موضوع الأسرار الطبية ؛ ومن ذلك بحث المؤتمر الطبي للمسؤولية الطبية في بنغازي في ليبيا سنة 1978 موضوع السر الطبي.

وقد توسع الإجتهاد الفرنسي في تفسير مفهوم السر وتحديد نطاقه فلم يعد السر يشمل ما يفضي به المريض إلى طبيبه فقط ؛ بل أصبح يشمل كل ما هو سر بطبيعته ولو لم يعهد به صاحبه إلى الطبيب أي أنه سيشمل بذلك جميع الوثائق المتعلقة بالحالة الصحية للشخص، من أي نوع كانت، وهي تشمل أيضا الوثائق الطبية التي تتضمن نتيجة سلبية أي التي لا تدل على حالة مرضية وهذا أضمن للمصالح العلاجية للمريض حتى تتحقق على أتم وأكمل الوجوه[1].

ج ـ موقف المشرع الجزائري:

لقد خصت المادة **37** من القانون الأساسي العام للعامل على أن العامل ملزم بالسر الوظيفي[2].

وتنص المادة **226** من قانون الصحة الجزائري على مايلي: "يشترط في كل طبيب وجراح أسنان أن يحتفظ بالسر المهني المفروض لصالح المريض والمجموعة، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك"

وتنص المادة **38** من قانون أخلاقيات الطب الجزائري على أن يحرص الطبيب أو جراح الأسنان على جعل الأعوان الطبيين يحترمون متطلبات السر المهني، وتضيف المادة **39** من القانون نفسه على أنه يجب أن يحرص الطبيب أو جراح الأسنان على حماية البطاقات السريرية ووثائق المرض الموجودة بحوزته من أي فضول.

كما تنص المادة**40** من القانون نفسه على مايلي: "يجب أن يحرص الطبيب أو جراح الأسنان عندما يستعمل هذه الملفات الطبية لإعداد نشرات علمية على عدم كشف هوية المريض".

وتنص المادة **41** من القانون نفسه على أن :"لا يلغى السر الطبي بوفاة المريض إلا لإحقاق حقوق".

[1] عبد السلام الترمانين، السر الطبي، ص: 41.

[2] جريدة رسمية رقم 32 لسنة 1978 المتضمن القانون الأساسي العام للعامل الجزائري

والمادة **48** من قانون الوظيف العمومي تنص على مايلي: "يجب على الموظف الإلتزام بالسر المهني".

وتنص المادة **206** من قانون الصحة الجزائري على مايلي: "يجب على الأطباء وجراحي الأسنان والصيادلة أن يلتزموا بالسر المهني إلا إذا حررتهم من ذلك صراحة الأحكام القانونية .

وتنص المادة **266** من قانون الصحة الجزائري على مايلي: "يجب على المساعدين أن يلتزموا بالسر المهني ، إلا إذا حررتهم من ذلك صراحة الأحكام القانونية".

وعليه من خلال عرض رأي الشريعة والقانون فيما يتعلق بسر المريض أجد أن الجميع اتفق على وجوب كتمان سر المريض لأنه أضمن لمصلحة المريض العلاجية إلا إذا كانت هناك مبررات للبوح بالسر في نطاق شرعي وقانوني لايمس بمصلحة المريض وهو ماسيتم بيانه فيما يلي.

2 ـ المبررات الشرعية لافشاء السر الطبي: يجوز للطبيب إفشاء سر المريض في حالات عدة منها:

أ- قيام الطبيب بالعمل بناءا على تكليف من القضاء:

ـ رأي الفقه الإسلامي: في المذاهب الأربعة يكون تحمل الشهادة فرض عين إن لم يوجد من يتحملها أما إن وجد فتكون فرض كفاية ، أما الأداء فهو فرض عين عند المالكية وظاهر كلام الإمام أحمد إن كان في غير حق الله تعالى[1]، لقوله تعالى: ﴿**وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ**﴾[2] .

لهذا فلا يوجد تنازع بين وجوب الشهادة المؤدي للإفشاء؛ لأن الإفشاء إستثناء عن الأصل بالأدلة الشرعية لهذا فإنه لا تناقض بينهما، فالشهادة مثلما تعد في اللغة خبرا قاطعا إذ أن أصلها الإخبار بما شاهده[3].

[1] ابن الهمام، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، ج7ص: 340.
ابن قدامة، المغني،ج14 ص: 124.
الشيرازي، المهذب، كتاب الشهادات، كتاب الشهادات، ج5ص: 593.
[2] سورة البقرة ،الآية :282.
[3] ابن منظور، لسان العرب، ج5 ص: 215.

وفي الإصطلاح هي إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء[1]، وعرفت على أنها إخبار عن كيان بلفظ مجلس القاضي بحق للغير على آخر[2].

فالشهادة بهذا تحوي جملة من الأسرار التي يحتاجها القاضي لمعرفتها من الشهادة فترجح مصلحة الشهادة عن مصلحة كتمان السر وتوجب الشهادة ، لأن الشريعة الاسلامية وازنت بين كل مصلحتين ورجحت بينهما، فيكون عندها الأرجح مقدم في الرعاية من المرجوح، فاذا كان افشاء السر هو الطريق الذي يتم الا به أداء الشهادة يصبح مشروعا[3]؛ كما يجوز أيضا إفشاء سر المريض بناءا على طلب الخبرة من القضاء والإدارة وشركات التأمين وغير ذلك أو من أجل البحث العلمي تحقيقا للمصلحة العامة.

أما في القانون الوضعي فتنص المادة **301** من قانون العقوبات الجزائري فقرة **02** على مايلي: "ومع ذلك فلا يعاقب الأطباء والجراحين والقابلات رغم إلتزامهم بالإبلاغ عن حالات الإجهاض التي تصل إلى علمهم، بمناسبة ممارسة مهنتهم بالعقوبات المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذا هم أبلغوا بها، فاذا دعوا للمثول أمام القضاء في قضية إجهاض يجب عليهم الإدلاء بشهادتهم دون التقيد بالسر المهني".

فعند التعارض بين واجب كتمان السر وأداء الشهادة أمام القضاء فلقد آثر المشرع الجزائري واجب الكتمان على واجب مساعدة السلطات في بيان الحقيقة[4] ؛ وهذا يؤكد أن الأصل هو الكتمان حفظا لمصلحة المريض ، ويظهر مراعاة مصلحة المريض المعالج هي العليا والبوح بسره حالة إستثنائية تستدعيها الضرورة مع وجوب الحفاظ على أصل المصلحة للمريض.

ولهذا قد قضت المادتان **01/97** و **02/232** من قانون الإجراءات الجزائية بأن الشاهد لا يكون معاقبا في حالة الإمتناع عن أداء الشهادة عند إجازة القانون لذلك.

بينما المادة **301** من قانون العقوبات الجزائري إستثنت من ذلك في الفقرة الثانية كلا من الأطباء والجراحين والقابلات؛ حيث ألزمتهم بأداء الشهادة حتى وإن كانت متعارضة مع واجب كتمان السر المهني عند دعوتهم للمثول أمام القضاء في قضية إجهاض.

---

[1] ابن الهمام ، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي ،ج7 ص: 339.
[2] الجرجاني،التعريفات ، رقم: 1029 ، ص: 111.
[3] شريف بن أدول بن إدريس، كتمان السر وافشاؤه في الفقه الاسلامي ، ص: 114.
[4] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، دار هومة ،الجزائر2005، ج1 ص: 240.

ويمكن للقاضي في القضايا الشائكة التي يكون محلها مبني على المعرفة المتخصصة الفنية والعلمية إستدعاء خبير أو أكثر حسب الحاجة لحضور الجلسات، والخبرة كما هو معمول به في المهن المهمة المعِينة لجهاز العدالة ، إذ يضع الخبير تحت تصرف القاضي معارفه وتجاربه ويهيئ له الطريق للفصل في النزاع المعروض على أساس سليم[1].

وهذا دون التعرض للمسائل القانونية فهي من واجبات المحكمة فقط[2] ؛ فيمكن للمحكمة أن تكلف أي طبيب أو صيدلي أو طبيب أسنان وغيرهم من العاملين في المجال الطبي بعمل معين من أعمال الخبرة وهنا يمكن لكل واحد منهم إعداد تقرير الخبرة دون أن ينسب إليه خطأ افشاء أسرار المريض، على أن يكون وفق شرطين مهمين هما:

الشرط الأول: أن يقدم التقرير للمحكمة وحدها: لأن الخبير يعد ممثلا قانونيا للمحكمة التي انتدبته وعمله بمناسبة التكليف هو جزء لا يتجزأ من عملها، فإذا أفضى بالسر إلى المحكمة، فهو لا يفضي به إلى الغير بل إلى نفسه[3].

الشرط الثاني: أن يكون الخبير قد عمل في الحدود التي حددتها له المحكمة: وهذا الشرط بسيط عندما يكون الكشف عن المريض للمرة الأولى من قبل الطبيب الذي تنتدبه المحكمة، بينما كل الإشكال في حالة الكشف عن المريض الذي يكون الطبيب قد سبق وأن عالجه بوصفه طبيبا معالجا فهل يقدم للمحكمة المعلومات المتحصل عليها مسبقا أثناء العلاج؟

ذهب رأي في الفقه القانوني[4] إلى وجوب رفض الطبيب لمهمة الخبرة إذا اقترنت بكونه معالجا لنفس المريض في زمن سابق لأن تقريره لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يخلو من الوقائع التي علمها أثناء علاجه المريض.

لهذا بامكانه الإعتذار لدى الجهة القضائية المخولة وتعويضه بخبير آخر إلا إن رضي صاحب السر بذلك فعندها يمكنه تقديم الخبرة.

وذهب الرأي المخالف إلى التزام الطبيب بعرض البيانات الموضوعية فقط في تقرير خبرته على أن لا يذكر أيا من المعلومات الشخصية للمريض الذي سبق وأن عالجه[5]، وانطبقت نفس الآراء الفقهية على الأطباء المنتدبين لدى شركات التأمين[6].

---

[1] موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، دار الثقافة،مصر،ط1،1998، ص: 165.
[2] مادة **98** من قانون الاثبات العراقي رقم107لسنة1979.
[3] موفق علي عبيد، المرجع السابق، ص: 167.
[4] موفق علي عبيد، المرجع السابق ، ص: 168.
[5] قايد محمد أسامة، المسؤولية الجنائية للأطباء، دار النهضة العربية ،مصر، 1987،ص: 97.
[6] عبد الحميد المنشاوي، جرائم القذف والسب وإفشاء الأسرار، دار الفكر الجامعي،مصر،1998،ص: 148.

هذا وتجدر الإشارة الى حكم القضاء الفرنسي بإلزام الطبيب الإمتناع عن أداء الشهادة إذا كانت تبيح سرا من أسرار المهنة وعقاب الجاني وفقا لذلك عن جريمة الإفشاء[1].

أستنتج من هذا أن وضع الشروط لإفشاء سر المريض دليل على أهمية كتمان سر المريض لحفظ مصلحته العلاجية لأن هذه القيود والشروط تزيد من حفظ المصلحة.

ب ـ حالة الضرورة[2]: إختلف فقهاء القانون حول حق الطبيب في إفشاء السر في حالة الضرورة.

فقد ذهب فريق إلى إباحة الإفضاء بالسر في مثل هذه الحال قولا منهم بأن القانون يرمي إلى كتمان السر حيث لا يوجد مسوغ شرعي يبيح الإفشاء ؛ أما حين يكون المسوغ قائما فلا تثريب على الطبيب في الإفضاء بالسر حتى لا يلغي أو يحجب حقه في الدفاع[3].

وقد ساير القضاء الفرنسي ذلك في حكم **1965/10/20**[4] حيث استفاد من حكم البراءة من جريمة الإفشاء طبيب الإتحاد الرياضي حين إتهمه لاعب الملاكمة بأنه تسبب في تدهور حالة عينيه،عندما أكد له قبل إحدى المباريات أن حالة عينيه كانت جيدة على خلاف الواقع؛ حيث أدى ذلك إلى إستمراره في اللعب وإلحاق الأذى بعينه.

واستند الملاكم إلى شهادة أحد الأطباء تؤكد أن عينيه مصابتان منذ فترة حيث يعتذر عليه ممارسة الرياضة لكن طبيب الإتحاد الرياضي دافع عن نفسه متمسكا بشهادة طبية أخرى من رئيس الأطباء الذي يعمل معه الطبيب الذي حرر الشهادة الأولى وجاء فيها أن الإصابة لاشك حديثة بعد المباريات الأخيرة، ولا يعد طبيب الإتحاد الرياضي مخطئا فيما سمح به من إستمرار الملاكم مع الرياضة.

غير أن اللاعب تمسك مجددا بأن ذلك يشكل إفشاء للسر وقضت محكمة الاستئناف بكفالة حق الدفاع للطبيب وتبرئته من جريمة إفشاء السر[5].

---

[1] نقض فرنسي في 1916/11/22 : محسن البيه، نظرة حديثة الى خطا الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية ،ص:116.

[2] موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني ،ص: 134.

[3] قائد محمد أسامة، المسؤولية الجنائية للأطباء ، ص: 65.

[4] قايد محمد أسامة، المرجع السابق، ص: 65.

[5] غنام محمد غنام، الحماية الجنائية لأسرار الأفراد لدى الموظف العام،دار النهضة العربية،مصر 1988، ص: 105.

وتأخذ نفس الحكم تصريحات الطبيب عند إتهامه بجرائم الإغتصاب أو الأفعال المخلة بالحياء أو الإجهاض حيث له كشف جميع العناصر التي تسمح له بكفالة حق الدفاع أمام القضاء[1].

ويذكر أن فريقا مخالفا ذهب إلى أن عموم النص المجرم لإفشاء سر المهنة ورد مطلقا، بحيث لا يسمح بأي إستثناء في هذا الشأن وبالتالي فلا يحل للطبيب أن يخالف حكمه أو يعتصم بحالة الضرورة ليدرأ عن نفسه المسؤولية الجنائية لجريمة الإفشاء[2]، وهذا في رأي يؤكد أن المصلحة العلاجية للمريض فوق أي إعتبار مما يترجم خصوصية وقدسية أسرار المريض.

ولهذا يتعين على الطبيب وهو في مقام فحص خطيبين مقبلين على الزواج إذا اكتشف أن أحدهما مصاب بمرض معد أو وراثي أن يكتم الأمر عن الطرف الآخر مع ما يترتب على ذلك الكتمان من نتائج خطيرة بالنسبة لحياة الأسرة المستقبلة، وقد قضى كذلك بإدانة طبيب أبلغ والدا بأن خطيب إبنته نقل إليها مرضا سريا كما قضي بإدانة طبيب بجريمة الإفشاء لإخبار زوجة أحد مرضاه بأن زوجها هذا مصاب بمرض معد وحذرها من نتائج مواقعته[3].

ولكن يبدو لي أن في كتمان سر المريض أمر إيجابي وجزء مهم يساعد المريض على الإستفادة من العلاج؛ إلا أن المبالغة في كتمانه في مثل هذه الحال يشكل ضرر وخطر على الشخص السليم.

ج ـ تنفيذا لأمر القانون: يلزم القانون الجزائري مهنيي الصحة التبليغ عن الإجهاض غير المشروع؛ ولم يعد من بلغ السلطات المخولة مرتكبا لجريمة إفشاء السر الطبي[4].

كما يعاقب على عدم التبليغ بالشروع في جناية أو بوقوعها بموجب المادة **181** من قانون العقوبات التي تنص على مايلي: **"**فيما عدا الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة **91** يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من **1000** إلى **10000دج** آو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يعلم بالشروع في جناية أو بوقوعها فعلا ولم يخبر السلطات فورا**"** .

[1] موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني ، ص: 134.
[2] غنام محمد غنام، ، الحماية الجنائية لأسرار الأفراد لدى الموظف العام ، ص: 105.
[3] حكم محكمة السين في 1901/07/12 وحكم محكمة سانت أتين في 1907/12/02 : في منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، ص: 376.
[4] فقرة **02** من المادة **301** من قانون العقوبات.

وعليه فإن واجب الإخبار على الإعتداءات الواقعة على الأشخاص هو من الأمور الواجبة قانونا في التشريع الجزائري مثل التصريح بالعنف وسوء المعاملة المطبقة على القصر حيث تنص المادة **206مكرر03** من قانون حماية الصحة وترقيته الجزائري على إلزام الطبيب بالتبليغ عن سوء معاملة الأطفال والأشخاص المحرومين من الحرية التي لاحظوها خلال ممارسة مهنتهم.

وتوجب المادة**07** من القانون**15/12**المؤرخ في **15جويلية2015**المتعلق بحماية الطفل بأن تكون المصلحة الفضلى للطفل هي الغاية من كل إجراء أوتدبير أو حكم أوقرار قضائي أو إداري يتخذ بشأنه ، ويؤخذ بعين العتبار في تقدير المصلحة الفضلى للطفل لاسيما صحته وجنسه وسنه واحتياجاته المعنوية والفكرية والعاطفية والبدنية ووسطه العائلي وجميع الجوانب المرتبطة بوضعه.

ولا يمكن اعتداد بالسر المهني في مواجهة المفوض الوطني لحماية الطفولة[1]حيث يعفى الأشخاص الذين قدموا معلومات حول المساس بحقوق الطفل إلى المفوض الوطني والذين تصرفوا بحسن نية من أي مسؤولية إدارية أو مدنية أوجزائية حتى لولم تؤدي التحقيقات إلى أي نتيجة[2].

أما في التشريع المصري فيختلف الحال حيث يعد إخبار السلطات من قبل موظفي الدولة من قبيل الجواز فقط لا الوجوب ؛ حيث يجوز للأمين على السر أن يبلغ السلطات عما وصل إليه من معلومات إذا كان ذكرها له مقصودا به ارتكاب جناية أو جنحة وهذا استثناءا عن النص العام الذي يجرم إفشاء أسرار المهنة[3].

وفي هذا نصت المادة **66** من قانون الإثبات المصري على حظر إفشاء الأسرار حتى لو كانت لأداء الشهادة أمام القضاء عن كافة المعلومات التي تصل المهنيين أثناء تأدية العمل إلا إذا كان ذكر المعلومات مقصودا به ارتكاب جريمة، ومرد ذلك إلى أن المباشر للجريمة لم يلجأ إلى صاحب المهنة إلا بقصد الإستعانة والإستفادة من خبراته الفنية ،لهذا ينبغي الإمتناع فورا عن تقديم المساعدة والمسارعة إلى التبليغ من أجل منع ارتكاب الجريمة دون اعتبار ذلك جريمة إفشاء السر[4].

---

[1] تحدث لدى الوزير الأول هيئة وطنية لحماية وترقية الطفولة يرأسها المفوض الوطني لحماية الطفولة(م**11**من قانون حماية الطفولة) ويعين المفوض بموجب مرسوم رئاسي من بين الشخصيات الوطنية ذات الخبرة والمعروفة بالإهتمام بالطفولة(م**12**من نفس القانون)حيث يتولى المفوض الوطني لحماية الطفولةمهمة ترقية حقوق الطفل(م**13**من القانون نفسه).

[2] م**18**من القانون المتعلق بحماية الطفولة

[3] محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات ـالقسم الخاص ـ ، مؤسسة الثقافة الجامعية ،مصر،ط1،1981، ص: 267.

[4] موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني ، ص: 154.

وهناك التبليغ من أجل الحد من إنتشار الأمراض المتنقلة ترجيحا للمصلحة العامة حيث ألزمت المادة **54** من قانون الصحة الطبيب على أن يعلم فورا المصالح الصحية المختصة عن تشخيص أي مرض معد والا سلطت عليه عقوبات إدارية وجنائية[1].

ومن أمثلة الإبلاغ من أجل الحد من إنتشار الجريمة ما يجوز للصيدلي الذي يكتشف أن زبونه المصاب بالإكتئاب قد روج حبوبه المضادة للإكتئاب لمتعاطي الحبوب المهلوسة[2].

وكان موقف المشرع المصري منتقدا من الفقه[3] حيث ذهب البعض الى القول بوجوب الاخبار سواء وقعت الجريمة أم في النية إيقاعها لأن في ذلك ترجيحا للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة للمجرم في الإفلات بحجة المحافظة على السر المهني ، أما من ناحية التشريع المعمول به فيبقى للطبيب الحق في التبليغ أو عدم التبليغ لأن القانون المصري لم يفرض عقابا على عدم التبليغ[4].

وقد أجاز المشرع المصري بدوره أيضا التبليغ عن حالات العنف الموجهة ضد الأطفال أو عند الإعتداءات الجنسية على البالغين بعد أخذ رضاهم.

وبالنسبة للمشرع الفرنسي فقد أورد في المادة **223-6** من قانون العقوبات على أن يعاقب بخمس سنوات سجن و **500000** فرنك غرامة كل من يمتنع ارادیا عن تقديم المساعدة لشخص في خطر، دون أن يعرض نفسه أو الآخرين للخطورة فيستطيع أن يساعده بشكل فردي أو بطلب الاسعاف بينما أورد في المادة **226-14** من نفس القانون على جواز التبليغ عن حالات العنف والحرمان الموجهة ضد الأطفال، وأما التبليغ عن الإعتداءات الجنسية على البالغين فقط بعد أخذ رضاهم.

مما سبق يتبين أن حفظ أسرار المرضى جزء من العلاج لمافيه من راحة نفسية للمريض ، وهو الأصل ؛ إلا أن هناك حالات يباح فيها الإفشاء وهي محددة بحالة الضرورة نحو وقوع تحريات من طرف الجهات المخولة قضائيا للحد من الجرائم أو إنقاذ أصحاء في خطر محدق.

---

[1] مادة **11** من قانون الصحة العمومية الفرنسي والمادة **12** أ من قانون الصحة الأردني والمادة **13** من القانون **137** لسنة 1958 من القانون المصري كما منح القانون الفرنسي بموجب المادة **80** من قانون الإجراءات الجزائية لقاضي التحقيق القدرة على التفتيش في الوسط الاستشفائي وفي العيادات الطبية وعلى حجز الملفات الطبية ولا تعتبر في ذلك منتهكا للسر الطبي .

[2] المادة **335-18** من قانون الصحة العمومية الفرنسي بالمدمنين والمادة **335-2** من نفس القانون بالكحوليين الخطرين.

[3] قائد محمد أسامة ، المسؤولية الجنائية للأطباء ، ص: 91.

[4] موفق على عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني ،ص: 155.

د - رضا المريض: من حق المريض أن يُحتفظ بسره من قبل طبيبه المعالج مثلما تم بيانه؛ لكن هل يكون هذا دافعا إلى إعطائه الحق في إعفاء طبيبه من الإلتزام بالسر المهني؟

الرأي الأول: اعتبار السر الطبي حقا للمريض قابلا للإستعمال:ذهب رأي في الفقه القانوني الى أن للمريض أن ينيب عنه من يتولى إستعمال هذا الحق، فإن كان واجب الكتمان قد تقرر للصالح العام فالإستثناء أن لصاحب السر أن يذيع ما يشاء بنفسه، ويمكن أن يفوض الآخرين من ذلك مادام القانون لم يمنع ذلك[1].

ومايلاحظ أن ذلك معلق برضا المريض وهذا يؤكد من جهة أخرى أن الحالة النفسية للمريض هو الأمر المرعي في مسألة كتمان سر المريض أو إفشائه.

ويتعدى التوكيل إلى كل المعلومات التي يعلمها الطبيب أثناء ممارسة مهنته وتعد سرا[2].

وحسب هذا الرأي فإن علة تجريم افشاء السر المهني هو حماية المصلحة العامة ولا يمكن لها أن تتعارض مع رضا المريض الذي أناب الطبيب عنه في كشف السر وعدم كتمه لأنه هو صاحب المصلحة الأولى في هذا السر، ولأنه يستطيع أن يذيع ما حضر على الطبيب إذاعته.

وعند هذا فقد برز إتجاه مخالف عند أصحاب هذا الرأي يدعو إلى وجوب التمييز في هذا الصدد بين نوعين من الأسرار:

الأولى - يمكن للمريض أن يأذن للطبيب بإفشائها :وهي تلك التي يعرفها المريض، وعهد بها إلى الطبيب .

أما الثانية- فلا يؤثر إذن المريض للطبيب على إلتزام الأخير بكتمانها :وهي تلك الأسرار التي إكتشفها الطبيب بنفسه، وظلت مجهولة لدى الطبيب، حيث أن هذا الأخير رغم كونه صاحب السر فانه قد لا يدرك ماهيته ومداه[3].

وفي حكم قديم لمحكمة **"رين"** الفرنسية بتاريخ **12 جوان 1903** قضت فيه أن هناك حالات كثيرة يخفي فيها الطبيب على المريض حقيقة مرضه لأسباب تتعلق بالحرص على سلامته أو لدوافع إنسانية، وفي هذه الظروف فإن المريض الذي يخل طبيبه من الإلتزام بسر المهنة، يكون جاهلا بالأشياء التي يكون في مقدور الطبيب أن يذكرها عن حالته، وبالتالي

[1] موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني ، ص: 139.
[2] موفق علي عبيد، المرجع السابق، ص: 140.
[3] محسن البيه، نظرة حديثة الى خطا الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية ، ص: 202.

فإنه عندما يصدر منه هذا التصريح بالإفشاء يكون جاهلا ما يمكن أن تترتب على مثل هذا الترخيص من نتائج[1].

وبالنسبة لشروط الرضا في إفشاء السر فقد قضت محكمة ليون بأن الذي يمكنه أن يسمح للطبيب بإفشاء السر هو المريض فقط، وليس الورثة، وعليه فلا يحق للطبيب أن يذيع سرا إعتمادا على إجازة الورثة له بذلك لأن سر المريض حق شخصي للمريض لا يورث[2].

ولقد بحثت عن بعض الأحكام للقضاء الجزائري لتشفي الغليل في الإجابة عن هذا لكن لم أعثر عليها لأستشهد بأحكام متفرقة للقضاء الأجنبي المشار إليها في بعض المراجع، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في **29 مارس 1927** بعدم جواز الإذن الصادر من الزوج للطبيب بإفشاء مرض زوجته، ولا بتصريح المخدوم بذكر مرض خادمه، في حين يجوز لوالد المريض اذا كان قاصرا أن يصرح بالإفشاء[3].

وقد أخذ القضاء المصري بهذا الرأي حيث قضت محكمة النقض أنه لا وجود لجريمة إفشاء السر عندما يتم بناءا على طلب صاحبه حيث أجاز للطبيب إعطاء شهادة لزوجة المريض عندما يطلب المريض ذلك إذ لا يعد ذلك جريمة إفشاء السر ولا يعاقب عليه[4].

وهذا ما تبناه المشرع العراقي في قانون الإثبات رقم **107** لسنة **1979** حيث أجاز إفشاء السر لأداء الشهادة وبناء على طلب من صاحب السر فنصت المادة **89** على أنه لا يجوز لمن علم من المحامين أو الأطباء أو الوكلاء أو غيرهم عن طريق مهنته بواقعة أو معلومات أن يفشيها ولو بعد إنتهاء مهنته إلا أنه يجب عليه الإدلاء بالشهادة إذا استشهد به من أفض إليه وهو ما يوافق إباحة هذا الفعل بموجب المادة **437** من قانون العقوبات حيث تنص على "... ومع ذلك فلا عقاب إذا أذن بافشاء السر صاحب الشأن فيه..." .

[1] منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، ص: 371.
[2] محسن البيه،المرجع السابق، ص:210.
[3] نقض فرنسي في 26 ماي 1914 ونقض فرنسي في 29 مارس 1927 : منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، ص: 370-371.
[4] موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني ، ص: 140.

وحتى يكون فعل الإفشاء مباحا وفقا لهذا الرأي ينبغي أن تتوافر عدة شروط أهمها:

أ- طبيعة السر من حيث الأشخاص: إن إذاعة السر هو حق شخصي للمريض فقط ، إذ يحق للمريض أن يحتفظ بسره وكتمانه كما يحق له إعفاء الطبيب من إلتزامه بحفظ هذا السر دون أن ينتقل هذا الحق إلى الورثة وعليه فلا يحق للطبيب أن يذيع سرا إعتمادا على إجازة الورثة له بذلك[1].

وإذا تعلق السر بمجموعة أشخاص فينبغي توفر رضاهم جميعا فيعد عندها جريمة إفشاء السر تسليم أحدهم شهادة تبين نوع المرض دون رضا الآخرين فلا يجوز إفشاء سر شقيقين يعالجان من نفس المرض لدى الطبيب إلا برضاهما معا[2].

وكذلك الحال إذا أودع شخص لدى الطبيب سرا عن مريض آخر فلا يجوز له إفشاؤه بناء على إجازة هذا الشخص إلا إذا صدر الرضا من المريض نفسه لأنه صاحب السر، فإذا أودعت الزوجة لدى الطبيب سرا لزوجها فإن الرضا بافشائه ينبغي أن يصدر من الزوج إذ لا عبرة برضا الزوجة في إجازة مالا يمكنها التصرف به[3].

ومنه فإن التركيز على رضا المرضى لإفشاء سرهم دليل على اعتبار الراحة النفسية للمرضى و مصلحتهم العلاجية فوق أي اعتبار لأنها المقصد الأصلي في العلاج.

ب - حضور المريض وقت الإفشاء: أما إذا كان الإفشاء سابقا لحصول المفشي على الرضا بذلك، فتقع الجريمة هنا لثبوت أركانها[4].

أما بالنسبة لإفشاء السر بعد موت المريض فبرز رأي قوي يجيز لورثة صاحب السر إعفاء الطبيب ومن في حكمه من إلتزامهم بالكتمان وخاصة إذا كانت لهم مصلحة مشروعة وقوية تبرر هذا الإفشاء[5] .

---

[1] حكم محكمة ليون في 14 أكتوبر 1954 :محسن البيه، نظرة حديثة إلى خطا الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية ،ص:195.

[2] عبد الحميد المنشاوي، جرائم القذف والسب وإفشاء الأسرار ،ص: 146.

[3] المرجع نفسه.

[4] عبد الحميد المنشاوي، المرجع السابق، ص: 147.

[5] موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني ، ص: 144.

وهو ما تنبه له المشرع الفرنسي في قانون الصحافة لسنة **1881** حيث نص على أن جريمة القذف والسب وإفشاء الأسرار في حق الأموات لا تكون إلا إذا مرت فوق قبورهم لكي تؤذي شعور الأحياء ، فالقانون لا يحمي ظلال الأشخاص ولكن يحمي الأشخاص الحقيقيين الذين يمكن أن يلحقهم الضرر فيحق لهم المطالبة بالتعويض[1].

ج ـ يجب أن يكون الرضا صحيحا: وصادرا عن بينة فاذا صدر عن ناقص الأهلية أو عديمها كالمجنون فلا يعتد به في هذه الحالة[2].

ولا يشترط أن يكون صريحا بل يكفي أن يكون ضمنيا يستنتجه الطبيب من مجموع الظروف وقرائن الحال، ويعد من قبيل الإذن الضمني ما جرى عليه العرف في الجزائر من إصطحاب المريض لبعض ذوي قرباه، أو نفر من أصدقائه إبان زيارته للطبيب وهو ما ينم دلالة على رضائه بإطلاعهم على حقيقة مرضه فلا جناح على الطبيب في مثل هذه الظروف من الخوض فيما وقف عليه من حالته الصحية على مسمع منهم، مادام صاحب الشأن نفسه قد صحبهم في معيته أثناء الفحص[3].

ولذلك حكم القضاء الفرنسي بأن التصريح بالإفشاء يعتبر قائما دلالة إذا كانت الزوجة تتردد مع زوجها على طبيبه المعالج، وتعرف بذلك مرضه، مما لا جناح معه على هذا الطبيب إذا أعطاها شهادة بمرض زوجها[4].

وإلى هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية في دعوى ذهبت فيها إلى أنه اذا طلب المريض بواسطة زوجته شهادة عن مرضه من الطبيب المعالج فليس في إعطاء هذه الشهادة ثمة إفشاء معاقبا عليه، ويكفي لإخلاء مسؤولية الطبيب أن يعتقد من ظروف الحال، وملابساته، صحة ما أدعته هذه الزوجة من أنها تطلب هذه الشهادة بناء على طلب زوجها، لعرضها على أحد الأطباء الأجانب ، خصوصا أنها كانت تحضر معه إلى عيادته وتعلم بحقيقة مرضه[5].

---

[1] طارق سرور، الحماية الجنائية لأسرار الأفراد في مواجهة النشر، دار النهضة العربية،مصر،1991،ص: 85.

[2] موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني ،ص: 143.

[3] منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، ص: 372بتصرف.

[4] محكمة بوردو في 25 ماي 1893 : محسن البيه، نظرة حديثة إلى خطا الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية ،ص:169.

[5] محكمة النقض المصرية في 9 ديسمبر 1940 : محسن البيه، المرجع السابق،ص:188.

وبالنسبة لافتراض الرضا فهذا لا يمنع قيام المسؤولية الجزائية عن جريمة الإفشاء، فاذا فحص الطبيب رجلا يرغب في الزواج فلا يجوز افتراض رضائه بإبلاغ نتيجة الفحص إلى الفتاة التي يريد أن يتزوجها أو الى عائلتها وإنما يقتصر عمل هذا الطبيب على شرح نتيجة الفحص لمريضه فقط[1].

الرأي الثاني: يرى هذا الإتجاه أن الإلتزام بالسر المهني مرتبط بالنظام العام: فهو إلتزام مطلق وعام ،وقد تأثر القضاء الفرنسي قديما بهذا الإتجاه حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه لا يجوز لأحد أن يعفي الأمناء على تلك الأسرار من إلتزامهم حتى لو وافق صاحب السر نفسه[2].

فتجريم إفشاء السر الطبي مقرر لحماية مصلحة المجتمع في السير المنتظم لمهنة إجتماعية، ومنشأ هذا الإلتزام ليس الإتفاق حتى يكون صالحا للإجازة برضى الأفراد ؛ إنما منشؤه هو القانون[3] .

كما أن المريض بضعفه وجهله قد لا يدرك طبيعة المرض والنتائج المترتبة عن الإفشاء سواء النفسية أو الإجتماعية، فالسر المهني ركيزة أساسية في المجتمعات الحرة وتعد المحافظة عليه من لزوم الحرية الفردية لأنه يتعلق بكرامة الإنسان فهو إذًا من مكونات الكيان الأدبي للإنسان[4].

وأشار الفرنسي **"دوما"** إلى أن للأطباء والجراحين فرصة التعرف على أسرار عائلاتهم إما بالثقة التي يمنحها هؤلاء إياهم وإما بطبيعة عملهم عن هذا الطريق وفي هذا الصدد[5].

---

[1] عبد الحميد المنشاوي، جرائم القذف والسب وإفشاء الأسرار ، ص: 147.

[2] نقض فرنسي في **1966/12/22** :غنام محمد غنام، الحماية الجنائية لأسرار الأفراد لدى الموظف العام ، ص: 152.

[3] تنص المادة **36**من المرسوم التنفيذي رقم **92-276**المتضمن مدونة أخلاقيات الطب على أن كل طبيب ملزم بالمحافظة على السر المهني المفروض لصالح المريض والمجموعة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك وتضيف المادة **37** أن السر المهني هو كل مايراه الطبيب ويسمعه ويفهمه أو كل ما يؤتمن عليه خلال أدائه لمهمته.

[4] محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات(رسالة دكتوراه)، 1952 (رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين ،ص: 363).

[5] محسن البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية ، ص: 200.

وقد وضع إلتزام على عاتق الطبيب بحفظ أسرار مريضه فقط لأهمية السر عند الإنسان؛ فحتى إذا لم يوجد عقد بين المريض والطبيب فالمبادئ القانونية العامة كفيلة بذلك، ففضلا عن أن إفشاء السر يعد جريمة خلقية قبل أن يكون جريمة مدنية أو جنائية فلابد أن يفرض القانون عقابا على من يصيبون الأشخاص في سمعتهم بإفشائهم أسرارهم فهم يخونون ثقة وضعت فيهم[1] .

وهم يُؤْثِرون الثرثرة على التمسك بأهداف الإلتزام ويلعبون بموضوعات خطيرة فيُعِدُّون النذالة بالإفشاء غير حاسبين لما يترتب على ذلك من فضائح وتفريق للعائلات مثلما نهت إلى ذلك المذكرة الإيضاحية لقانون العقوبات الفرنسي[2].

ثالثا ـ نطاق السر الطبي:

1 ـ في الفقه الإسلامي: لم أجد تحديدا لنطاق السر الطبي في كتب الفقه الإسلامي القديمة التي إكتفت في معظمها بتعريف السر عامة إلا ما أشار إليه صاحب كتاب عيون الأنباء في طبقات الأطباء ، الذي حدد السر الموضوعي والشخصي بأن السر كل ما لا ينطق به خارجا، ومعنى ذلك حسبه هو أن السر كل معلومة وصلت إلى علم الطبيب بسبب مهنته حيث تقضي الأعراف بسترها في الزمان والمكان، سترا لا يجوز إفشاؤه[3].

2 ـ في الفقه القانوني: أما في الفقه القانوني فقد تشعبت الآراء والنظريات المحددة لنطاق السر الطبي حيث تم تصنيفها إلى مجموعتين بحسب السر الطبي وشروط إفشاءه:

أ- النطاق الشخصي للسر الطبي: ويقصد بالنطاق الشخصي هو تحديد الأشخاص الذين يجوز أولا يجوز البوح إليهم بهذه الأسرار.

- الزوجة: إذا كانت القاعدة العامة تقضي بعدم إفشاء سر المريض لكافة الناس فقد أجازت المادة **35** من قانون أخلاقيات الطب ولأسباب إنسانية عدم إطلاع المريض على عواقب مرضه وفي هذه الحالة يجوز للطبيب أن يفشي سر المريض إلى زوجته بقصد تقديم العلاج اليومي والضروري له في هذه الحالة يمتد الإلتزام بكتمان السر إلى الزوجة.

- الوالدين: بالنسبة للمريض القاصر فإن الطبيب يكون ملزما بإفضاء سر المريض القاصر إلى والديه، حيث أن أي سر يتعلق بالمريض هو نفس الوقت متعلق بوالديه أيضا ولابد من تبصيرهما لأنهما أقدر الناس إليه على الإنتظام في علاجه والحرص على

[1] مادة **301**من قانون العقوبات (صفحة:59 من هذا البحث ومابعدها)
[2] محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص ،دار النهضة العربية،مصر،ط5،1984، ص: 658.
[3] ابن أبي أصيبعة، عيون الأنباء في طبقات الأطباء، تحقيق نذار ضياء، دار مكتبة الحياة، بيروت، 1965، ص: 45.

مصلحته وهو نفس الحكم إذا كان المريض بالغا سن الرشد ويحيا في كنف والديه وتحت رعايتهما، أما إذا كان المريض بالغا سن الرشد ويعيش حياة مستقلة عن والديه فإن سره يصبح ملكا له وحده ولا يجوز عندها للطبيب أن يفضي بهذا السر إلى والديه[1].

- زملاء الطبيب ومساعديه: في حالات كثيرة يعرض الطبيب سر مريضه إلى طبيب آخر أو عدة أطباء بقصد التداول والمشاورة من أجل الوصول إلى تشخيص صحيح وعلاج أمثل للمريض ولكون هؤلاء الأطباء هم من الأخيار بالنسبة للمريض فإنه ينبغي على الطبيب المعالج عدم ذكر البيانات الشخصية للمريض التي تمكن من خلالها التعرف على شخصه وإلا عد مرتكبا لجريمة الإفشاء[2].

أما إذا كان بقصد حلول الطبيب الثاني محل الطبيب المعالج فهنا يطلب جميع ما تعلق بالمريض من معلومات وحتى بياناته الشخصية ولا يعد مرتكبا لجريمة الإفشاء[3].

ب ـ النطاق الموضوعي للسر الطبي: هي الوقائع والمعلومات التي تعتبر محلا لإعتبار السر الطبي، وهناك أربع نظريات لتحديد النطاق الموضوعي للسر الطبي:

النظرية الأولى(نظرية الإرادة): وتقوم هذه النظرية على إرادة صاحب السر ذاته إن شاء أن يعلنه أو لا يعلنه للآخرين.

فإذا اتجهت إرادة المريض إلى إذاعة هذا السر فإن إفشاء الطبيب لهذا السر يخرج عن نطاق التجريم ؛ أما إذا أودع المريض واقعة معينة على أنها سر من أسراره فلا يجوز للطبيب إفشاؤها، سواء أكانت ضارة بصاحبها أو لم تكن كذلك حتى وإن كانت معروفة للغير.

وانتقدت هذه النظرية رغم أنها تبدو واضحة فهي لا تكون صالحة للتطبيق العملي؛ فالإرادة المعتبرة قانونا هي الإرادة الحرة والواعية والمميزة وهذا ما يعني أنه لا سر لمجنون أو لمن أصيب بآفة عقلية حيث لا يستطيعان التعبير عن الإرادة.

إضافة إلى أن حرص الطبيب في مرات كثيرة على عدم ابلاغ المريض بحقيقة مرضه مراعاة لحالته يجعل الطبيب قادرا على إذاعة طبيعة المرض الذي يعاني منه المريض للغير حسب هذه النظرية ؛ فلا يمكن القول في هذه الحالة أن المريض قد أودع لدى الطبيب سرا من أسراره لأنه في الواقع لا يعرف حتى سر مريضه.

---

[1] منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين ،ص: 368 – 369.
[2] منير رياض حنا، المرجع السابق، ص: 370.
[3] المرجع نفسه.

النظرية الثانية(نظرية التفرقة بين الوقائع): وأساس هذه النظرية هو تقسيم الوقائع إلى وقائع سرية وأخرى معروفة.

فالوقائع المعروفة هي التي يعرفها جميع الناس ولا يشكل إذاعتها أي جديد بالنسبة للغير ويتم التفريق بين الوقائع المعروفة في حد ذاتها:

- فهناك وقائع معروفة بين الناس على سبيل القطع واليقين وهي ظاهرة للعيان كصمم المريض وعرجه وحتى شلل الأطفال وفقد البصر فكلها أمور تعرف عند كل من يقابل المريض وإذاعتها لا يعد إفشاءا للأسرار.

- أما الوقائع التي كانت محل شك وإن كانت معروفة لدى الناس لكنها تحتاج تأكيد علمي كإصابة المريض بأعراض مرض الإيدز وانتشار الإشاعة بين الناس حول ذلك ؛ فإن أعلن الطبيب إصابة المريض بهذا المرض فيحول الواقعة المشكوك فيها إلى واقعة ثابتة علميا ؛ فيعد الطبيب مفشيا للسر برغم أن الواقعة معروفة بين الناس.

- لكن الوقائع السرية فهي تلك التي يعرفها أحد أو يعرفها عدد محدود من الأشخاص المقربين إلى صاحب السر وهذه لا ينبغي كتمانها ولا يجوز إفشاؤها، وقد تعرضت هذه النظرية إلى النقد لأنها في الواقع كذلك غير دقيقة حيث يؤدي إلى مشاكل عديدة.

النظرية الثالثة(نظرية الضرر): يستند أنصار هذه النظرية[1] إلى أن مادة العقاب الخاصة بإفشاء أسرار المرضى قد وردت في الباب الخاص بالقذف والسب حيث أنها جرائم تلحق المجني عليه بالضرر في سمعته واعتباره لهذا – حسبهم – يرتبط نطاق السر الطبي إرتباطا وثيقا بفكرة الضرر؛ فإذا كانت الواقعة التي تعرف عليها الطبيب ترتب الضرر للمريض إذا علم بها الغير فإنها تعتبر سرا لا يجوز إفشاؤه .

أما إذا كان علم الناس لها لا يرتب ضررا للمريض فلا يعد هذا إفشاء للسر، ومن هنا فلا يجوز للطبيب إفشاء سر المرضى المصابين بالإيدز والبرص والجذام والزهري؛ فإفشاء سر هذه الأمراض يصيب المرضى بأضرار معنوية واجتماعية بالغة بسبب نفور الناس وتحاشي مخالطتهم مما يؤدي إلى إحتقار الناس لهم بما تجلبه من العار والفضيحة.

[1] طارق سرور، الحماية الجنائية لأسرار الأفراد في مواجهة النشر ،ص: 68.

ولم تلق كذلك هذه النظرية تأييدا ، لأنها تاهت في تأسيس نطاق السر الطبي على أساس الضرر بيد أن أساس تجريم إفشاء سر المريض هو إفشاء لسر مهنته حيث ينظر إلى الإفشاء على أنه مخالفة مهنية مستقلة تماما عن الباعث أو الضرر الناتج عنها لهذا لم يأخذ بها القضاء[1].

كما أن المشرع في الجزائر أو مصر لم يشترط توافر عنصر الضرر في جريمة إفشاء أسرار المهنة حين اشترط ذلك صراحة في جرائم القذف والسب؛ ولو كان في نيته المساواة بين هذه الجرائم لأشترط توافر عنصر الضرر صراحة في هذه الجريمة.

النظرية الرابعة(نظرية المصلحة): إتجهت هذه النظرية إلى أن الضابط الوحيد في تحديد النطاق الموضوعي للسر الطبي هو أن يكون للمريض مصلحة مشروعة في أن يبق نطاق العلم بالسر محصورا في نطاق أشخاص محدودين.

ولعلها بذلك أكثر النظريات التي لاقت قبولا في الفقه القانوني لأن المصلحة تكون مشروعة إذا لم تتعارض مع القانون ؛ فالمريض الذي بمناسبة مرضه الميؤوس من شفائه يدلي للطبيب بأنه سيرتكب جريمة قتل ؛ فإخفاء هذا السر يخفي معه كذلك مصلحة غير مشروعة تتعارض كلية مع أحكام القانون لهذا جاز للطبيب عندئذ أن يفشي هذا السر لئلا تقع هذه الجريمة،.

ومن مزايا هذه النظرية بذلك أنها أوجدت مصلحة أعلى مرتبة من مصلحة المريض في الإحتفاظ بالسر إستنادا الى قاعدة الترجيح بين المصالح المتعارضة.

[1] طارق سرور، الحماية الجنائية لأسرار الأفراد في مواجهة النشر ،ص: 65.

المبحث الثاني ـ الإلتزام بتحقيق نتيجة

يتضح من دراسة موضوع الأعمال الطبية أن ثمة إلتزامات عديدة للطبيب يكون مطالبا فيها بتحقيق النتيجة لإنتفاء فكرة الإحتمال فيها، هذه الإلتزامات بطبيعتها تختلف مع بذل الجهد المفترض حيث تقتضي تحقيق النتيجة، وهذا لما تنطوي عليه بعض الأعمال الطبية من غلبة عنصر اليقين على عنصر الاحتمال الأمر الذي يبرر الخروج على فكرة العناية[1].

ولذلك اتفق الفقه والقضاء في فرنسا على أن التزام الطبيب اتجاه المريض هو التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة[2].

فقررت محكمة النقض الفرنسية من خلال حكم لها في **20 ماي1936** أن إلتزام الطبيب هو إلتزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة ولكن ليس أي عناية إنما بذل جهود صادقة يقظة تتفق والظروف التي يتواجد بها المريض، ونفس الإتجاه للمشرع الجزائري من خلال مضمون المادة **45** من مدونة أخلاقيات الطب[3].

وأول سابقة في القضاء الفرنسي بشأن إلتزام الطبيب بتحقيق النتيجة كان في قضية نقل الدم الملوث بفيروس الإيدز، لتليه بعد ذلك قرارات عدة تؤكد الإلتزام وتدعمه[4].

المطلب الأول ـ بالنسبة لإستعمال الأجهزة والأدوات الطبية:ويتفق القضاء والفقه الحديث في أغلبه على إعتبار الإلتزام الناشئ عن إستعمال الأدوات والأجهزة وما يعطيه من أدوية وتلقيحات فهو ملزم بسلامة المريض من كل عدوى قد تنقل إليه مرضا آخر[5].

فمضمون الإلتزام بتحقيق نتيجة يقتضي سلامة المريض من الأضرار المستقلة عن المرض الذي لجأ إليه من أجله وعلى غير صلة به، وينطبق بوجه خاص على الأضرار التي تلحق المريض من الأدوات أو الأجهزة الطبية .

وعلى هذا إنقسم الفقه الحديث حول هذه الأضرار.

---

[1] اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام ـ مصادر الالتزام ـ ، ص: 36-38.

[2] محمد حسين منصور،المسؤولية الطبية،دار الفكر الجامعي،مصر،2000، ص: 209.

[3] مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 5 محرم 1413 الموافق لـ 6 جويلية 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب الجزائري جريدة رسمية عدد 52 الصادرة في 8 جويلية 1992.

[4] بن صغير مراد، المسؤولية الطبية وآثارها على قواعد المسؤولية مجلة العلوم القانونية والإدارية ، العدد 03، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2007، ص: 50.

[5] عز الدين الديناصوري و عبد الحميد الشواربي،المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء،دار الفكر الجامعي،مصر،1998، ص: 437 .

الفرع الأول ـ خضوع الإصابة إلى قواعد المسؤولية الطبية العادية: دعا جانب من الفقهاء إلى إخضاع جميع الإصابات التي تحدثها الأجهزة والأدوات الطبية بالمريض إلى القواعد العادية التي تخضع لها مسؤولية الطبيب عن مختلف الأعمال الطبية بمعناها الفني الدقيق،وذلك مراعاة لمصلحة المريض.

واستندوا في ذلك على مايلي:

أولا ـ الحرية الواسعة للطبيب أثناء العمل الطبي: و ينبغي الاعتراف بها له من أجل تمكينه من أداء أحسن لمهنته في طمأنينة وثقة دونما خشية من مغبة مسؤولية تلاحقه حتى وإن لم يقع منه ثمة خطأ.

ثانيا ـ التعارض الجوهري بين الالتزامات المحددة وفكرة الاحتمال: كما أسسوا رأيهم كذلك على التعارض الجوهري بين الأوضاع الناشئة عن الإلتزامات المحددة عند تحقيق النتيجة، وتلك الإلتزامات المترتبة عند الإحتياط باليقظة والإنتباه ؛لأن فكرة الإحتمال تبقى لصيقة دوما بجميع الأعمال الطبية، وهذا ما يتعارض وإلزام الطبيب بتحقيق النتيجة حتى ولو كان يستعمل أجهزة وأدوات في مهنته ؛ إذ ينبغي بقاء إلتزام الطبيب عاما وهو إلتزام باليقظة والإنتباه[1].

الفرع الثاني- ضمان الأضرار المستقلة

أولا ـ تمييز فعل الانسان عن فعل الأشياء: يجد فريق آخر من الفقهاء أن الطبيب يتعهد فضلا عن بذل العناية وفقا للأصول العلمية فهو ملزم كذلك بالتزام محدد محله تحقيق النتيجة.

وهذا الالتزام هو سلامة المريض من الأضرار المستقلة عن المرض الذي لجأ إليه من أجله وعلى غير صلة به، وهو ما استقر عليه أغلب القضاء والفقه الحديث.

ثانيا ـ صعوبات تمييز فعل الانسان عن غيره:وانتقد الرأي الثاني للفقهاء لاستحالة الفصل في الأعمال الطبية بين فعل الانسان وفعل الشيء نظرا لاستغراق عمل الطبيب فعل جهازه، ويقصد في هذا الشأن جميع الأضرار الناتجة عن وجود عيب أو عطل بالأجهزة والأدوات المذكورة ؛حيث ينبغي على الطبيب استخدام الآلات السليمة التي لا ينتج عنها الضرر للمريض حتى لو كان العيب الموجود بالآلة يرجع الى صنعها ويصعب كشفه،

[1] وفاء حلمي،الخطأ الطبي دراسة تحليلية فقهية وقضائية ـ،دار النهضة العربية،مصر،1991، ص: 78 .

ويمكن فقط اعفاؤه من هذا الالتزام حينما يقيم الدليل على أن الأضرار التي وقعت ترجع الى سبب أجنبي لا يد له فيه[1].

ثالثا ـ موقف القضاء:لقد حمّلت بعض الأحكام القضائية المسؤولية للطبيب في الحالات التالية[2]:

- اصابة المريض بالتهاب لزيادة تعريض جلده للأشعة نتيجة خلل في منظم جهاز الأشعة.

- اصابة المريض بحروق نتيجة لهب خرج من المشرط الكهربائي أثناء علاج المريض، رغم عدم ثبوت تقصير المريض.

- وفاة المريض أثناء الجراحة نتيجة انفجار حدث نشأ عن تسرب الغاز من جهاز التخدير واشتعاله بشرارة خرجت منه.

وقامت مسؤولية الطبيب أيضا لتشمل الأضرار التي تصيب المريض نتيجة سقوطه من فوق منضدة الفحص بسبب هبوطها المفاجئ أو عند صعوده أو نزوله من عليها.

ويلاحظ أنه إذا نشأت الأضرار عن الأعمال الطبية البحتة بما تتميز به من خصائص فنية وعلمية يكون محل التزام الطبيب عندها بذل الجهد ولا تقوم مسؤوليته إلا إذا أثبت تقصيره ؛ أما إذا كانت الأضرار ناجمة عن أفعال مستقلة عن العمل الطبي في معناه الدقيق وما يختص به من طبيعة فنية ومنقطعة الصلة بالمريض نفسه كما في الأمثلة السابقة فان محل الالتزام عندها يكون تحقيق نتيجة[3].

و أيد جانب كبير من الفقه ما قضت به محاكم الموضوع الفرنسية التي خرجت عن المبدأ العام الذي يؤكد أن الالتزام بسلامة المريض يتعلق أساسا بالأضرار المنفصلة عن العمل الطبي في ذاته وما ينطوي عليه من طبيعة فنية.

حيث مدت نطاق الالتزام بالسلامة إلى الاصابات التي تحدث أثناء استعمال الأجهزة والأدوات تنفيذا للعمل الطبي في ذاته رغم أنها أكدت في تسبيب أحكامها أن محل الالتزام أثناء العمل الطبي هو مجرد بذل عناية متى كانت هذه الإصابات مستقلة عن العلاج وذات جسامة استثنائية لم يتوقعها المريض منه.

[1] وفاء حلمي، الخطأ الطبي ـدراسة تحليلية فقهية وقضائية ـ ، ص: 79 .
[2] وفاء حلمي، المرجع السابق، ص: 80.
[3] وفاء حلمي، المرجع السابق ، ص: 81.

وحكمت بأن يلتزم الطبيب بإعادة المريض بعد انتهاء فترة وجوده عنده معافى من كل ضرر غير ذلك الذي يحتمل حدوثه نتيجة تدخله أو فشل العلاج أو تطور العلة إلا إذا أثبت أن الإصابة اللاحقة كانت نتيجة خطأ المريض أو القوة القاهرة أو الحدث الفجائي[1].

وكان في منطوق أحكامها ما يلي:

- أن عدم إكتشاف الكسر في الصورة التي اتخذت بالأشعة لا يمكن أن يحمل إلا على أحد الأمرين كلاهما خطأ:

1- افتقاد الخبرة الفنية في الأخصائي.

2- إهمال أوجه الدقة في قراءة الصور حيث تفترض المحاكم فيهما خطئا طبيا[2].

أما بالنسبة للتأسيس الفقهي لدى هذا الجانب المؤيد؛ فقد وجدوا أن ما سرى عليه القضاء يتفق والقواعد العامة في المسؤولية العقدية عن الأشياء التي يستخدمها المدين في تنفيذ التزامه، أين يسأل المدين في الالتزام التعاقدي عن الأشياء التي يستخدمها في تنفيذه سواء أكان التزامه محددا أو التزاما عاما باليقظة والانتباه فقط.

كما جاء حسبهم إلى أن الاعتبارات الانسانية والعلمية قائمة أساسا على توفير الحماية للمريض واعفائه من إقامة الدليل على هذا الخطأ أمام التعقيدات الفنية للأجهزة المستعملة، فمن غير العدل أن يسمح للمريض بأن يعهد بنفسه إلى الطبيب ولا يلزم هذا الأخير باثبات إستعماله الحسن للأجهزة والأدوات الطبية أثناء العلاج[3].

من هنا أستنتج أن الفقه والقانون قد وضعا شروطا واحتياطات دقيقة لحفظ سلامة المريض ورعاية صحته إنطلاقا من السمو بأخلاقيات الطبيب إلى ضمان جودة الأدوات المستعملة.

---

[1] وفاء حلمي، الخطأ الطبي ـدراسة تحليلية فقهية وقضائية ـ ،ص: 81 .
محمود جمال الدين زكي،الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري،مطبعة جامعة القاهرة،مصر،1987، ص: 389.

[2] محسن البيه، نظرة حديثة الى خطا الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية ،ص: 211.

[3] وفاء حلمي، المرجع السابق ،ص: 83.

المطلب الثاني ـ نقل الدم والتحليل الطبي: أدى التقدم العلمي الذي حظيت به تلك العمليات والخاصة بتحليل الدم ونقله في توجيه نظر القضاء إلى إعتبار إلتزام الطبيب المتخصص في تلك العمليات إلتزاما محددا؛ حيث يفرض على مراكز الدم إلتزاما بنتيجة أي أن يضمن الطبيب المتخصص عدم ترتيب أية آثار ضارة على عملية نقل الدم بالنسبة للمتبرعين بدمائهم.

ففي الجزائر حُمِّل الطبيب المسؤولية عن نقل الدم[1]باعتبارها نشاطا طبيا[2].

ويبقى إلتزام الطبيب في هذه الحالة هو إلتزام ثابت بسلامة المتبرع والمتلقي على حد سواء وهو التزام بتحقيق نتيجة وهي سلامة المريض من جراء عملية النقل وليس شفاؤه.

مع الملاحظة أن المشرع الجزائري لم يفرق بينما إذا كان الطبيب المسؤول عن عملية النقل مستخدم بالمستشفيات العمومية أو تابعا للقطاع الخاص.

الفرع الأول ـ عملية نقل الدم بدون اثبات خطأ : يتم تأكيد ذلك عندما توجه الدعوة للمتبرعين مع اعلامهم أن نقل الدم لن يسبب لهم أية أضرار صحية[3].

ويتوافق ذلك مع ما نصت عليه المادة **677 فقرة 04** من قانون الصحة العامة الفرنسي على مسؤولية مركز نقل الدم بدون اثبات خطأ لمصلحة المتبرع الذي يتحمل الضرر بسبب التعديل الذي طرأ على خصائص دمه السابق على النقل[4].

ولعل الدافع إلى ذلك هو ما وصلت إليه الإختراعات الحديثة في مجال العلوم الطبية من أجهزة تستخدم في عمليات فحص وتحليل الدم ؛حيث أخذت النظرة تتغير إلى طبيعة الإلتزام الطبي في عمليات نقل الدم والسوائل الأخرى لاعتبارات تتصل وضمان سلامة المريض الذي يتم نقل الدم إليه مع ما ينتج عن إستخدام هذه الأجهزة من الحصول على نتائج سليمة ودقيقة بدرجة لا يمكن الشك فيها متى تم إتباع الضوابط والقيود المشددة التي أصبحت تحاط بها تلك العمليات[5].

---

[1] مادة **158**من قانون حماية الصحة وترقيتها:"تتم في الوجدات الصحية المتخصصة عمليات التبرع بالدم لأغراض علاجية ...يتولى الأطباء أو المستخدمون الموضوعون تحت مسؤوليتهم جمع الدم وتحصين المتبرعين الفعال وتحليل مصل الدم..." (زهدور كوثر،المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم في التشريع الجزائري مقارنا،أطروحة دكتوراه ،جامعة وهران ،2013،صفحة:269).

[2] بموجب المادة **02** من القرار الوزاري المؤرخ في **1998/05/24**المتعلق بقواعد الحيطة الواجب اتخاذها في حالة وقوع حادث أثناء عملية نقل الدم

[3] محسن البيه، نظرة حديثة الى خطا الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية ،ص:213.

[4] المرجع نفسه.

[5] منير رياض حنا،المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، ص: 215.

ومن الواقع ما يثبت أن التطورات السريعة في هذا المجال ما شاع من تخصص في الأعمال الطبية ؛ فالغالب أن الطبيب المعالج لا يقوم بنفسه بتحليل الدم أو نقله، بل يعهد في ذلك إلى متخصصين مؤهلين موزعين سواء في المستشفيات العامة أو الخاصة أو حتى في معامل التحليل أو مراكز نقل الدم، وعلى ذلك استقر القضاء الفرنسي على مايلي[1]:

1- قضت محكمة باريس في **01 جويلية 1991** بأن مركز الدم يلتزم بتحقيق نتيجة مؤداها توفير دم يتوافق وفصيلة دم المريض فضلا عن كونه دما نظيفا يحقق الغاية المقصودة منه وهي علاج المريض[2].

وقد أجازت محكمة النقض الفرنسية للمريض الحق في مطالبة مركز نقل الدم – الذي قدم إليه دما ملوثا بجرثومة مرض إنتقل إليه – بالتعويض عن إخلاله بالتزامه، رغم أن هذه الإلتزامات القائمة على مركز نقل الدم أو صاحب معمل التحليل لا يحكمها عقد معين مع المريض ؛إنما تستند إلى وجود إشتراط لمصلحة المريض عند التعاقد بين الطبيب مع ذلك المركز دون حاجة إلى إثبات خطئه ، أما غير ذلك فلا يستطيع المريض إلا الرجوع بدعوى المسؤولية التقصيرية حيث يكون ملزما باثبات خطأ المركز أو المعمل[3]، وقد يتمسك بنك الدم عندها بالسبب الأجنبي عند نقل دم ملوث للاعفاء من المسؤولية المدنية[4].

2- قضت محكمة استئناف باريس في **28 نوفمبر 1991** بأن مركز نقل الدم يعد مسؤولا في عقد نقل الدم عن نقل دماء نقية غير ملوثة حيث يماثل ذلك الإلتزام الذي يقع على عاتق المنتج أو الصانع سواء كان العمل على نقل دم طبيعي أو مكوناته المعالجة صناعيا أو أحد مشتقاته[5].

3- أقيمت مسؤولية العيادة عند حقن المريض بمصل فاسد في دمه لضرورة قيام الطبيب بفحص المصل قبل إعطائه للمريض للتأكد من صلاحيته وعدم إحتوائه على مواد ضارة ؛إذ أن عليه التأكد من قابلية جسم المريض لاستيعابه، ويثبت الخطأ حتى لو ظل أصل الفساد غير معروف[6].

---

[1] محسن البيه، نظرة حديثة إلى خطا الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية ، ص: 213.

[2] أحمد السعيد الزقرد، تعويض ضحايا مرض الايدز والالتهاب الكبدي الوبائي بسبب نقل دم ملوث،المكتبة العصرية،مصر، 2007، ص: 60.

[3] وفاء حلمي، الخطأ الطبي ـدراسة تحليلية فقهية وقضائية ـ ، ص: 75-76.

محسن البيه، المرجع السابق ، ص: 213.

[4] أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق ، ص: 64.

[5] أحمد السعيد الزقرد، تعويض ضحايا مرض الايدز والالتهاب الكبدي الوبائي بسبب نقل دم ملوث ، ص: 64.

[6] محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية ، ص: 170.

4- قضت محكمة تولوز بفرنسا على تعويض المريض الذي تم تحليل دمه من أجل تحديد فصيلته وتم الغلط في تحديد فصيلة الدم، مسببة حكمها على أن تحليل الدم يجرى فنيا وفقا لقواعد ثابتة دقيقة تؤدي حتما الى نتيجة صحيحة وترى أنه لا حاجة الى اثبات الخطأ في التحليل[1].

5- قضت محكمة النقض بفرنسا بتاريخ **17 ديسمبر 1954** بتعويض المريض الذي أصيب بمرض الزهري عند عملية نقل الدم له حيث كان الدم محملا بجراثيم هذا المرض مسببة ذلك بأن نقل الدم التزام محله تحقيق نتيجة مفادها تقديم دم سليم يتوافق في فصيلته مع دم المريض[2].

رغم ذلك فقد ثبت علميا أنه توجد مرحلة من مراحل المرض المسمى **"سيفيليه"** تسمى بالمرحلة الصامتة يكون فحص دم المتبرع – إبان تلك الفترة – سلبيا للتحاليل الكاشفة ويمكن فيها التبرع بالدم على أن دم المتبرع سينقل العدوى معه إلى المريض المتبرع له حيث أشار البعض إلى إعفاء مركز الدم من المساءلة[3].

ولقد تدخل المشرع المصري بإصدار القانون رقم **178** لسنة **1960** المنظم لعملية التبرع بالدم حيث أصبحت هذه عملية تستند على نصوص تشريعية في إباحتها، والدافع إلى ذلك هو ما ساد قديما من إعتبار عمليات التبرع بالدم من قبيل الأمور المحظورة حيث كان ينظر إليها أنها إنتقاص من قدرات جسم الإنسان وذلك بسبب الفشل الذي منيت به عمليات نقل الدم التي أجريت آنذاك في فرنسا وفي حالات متعددة، وما يمكن أن يؤديه ذلك من إنعكاسات نفسية وإجتماعية،ولقد صدر في فرنسا قانون من أجل ذلك في سنة **1698** يمنع تماما عملية نقل الدم.

[1] محمد السعيد رشدي،عقد العلاج الطبي ـ دراسة تحليلية وتأصيلية لطبيعة العلاقة بي المريض والطبيب ـ ،دار الفكر الجامعي،مصر،2015، ص: 145.
[2] المرجع نفسه.
[3] أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه ، ص: 450.

لكن الإكتشافات الطبية الحديثة وما أدت إليه من معرفة لخبايا الدم وطرق نقله وثبوت كفاءة العدد الكبير من الأخصائيين في هذا المجال أدى إلى نجاح عملية نقل الدم وبذلك صدر أول قانون في عام **1818** يجيز عملية نقل الدم أين أعقبه صدور القانون الحالي الذي ينظم عملية نقل الدم في **1952/07/21** مما أدى إلى شيوع تلك العملية وأصبحت من مفاخر الطب الحديث[1].

وقد أسس فقهاء القانون لعملية نقل الدم إستنادا إلى نظرية حالة الضرورة حيث يجوز للشخص الطبيعي التصرف في دمه حيثما كان سحب الدم من الشخص لا يمس الوظيفة الاجتماعية؛ أما إذا كانت عملية نقل الدم تؤدي إلى الإنتقاص من قدرة الإنسان البدنية، فلا يجوز له أن يتصرف في أية كمية من دمه[2].

بل إن البعض يرى أنه "إذا كانت حالة الشخص تسمح بذلك، وكانت هناك حالة من حالات الضرورة، فإنه يجوز أخذ الدم منه دون توقف على رضاه، فإذا تم على هذا النحو فانه يكون عملا مشروعا، ويقع على المريض عبء إثبات أن الدم ملوث"[3].

وفي القضاء المصري تم إعتبار إلتزام الطبيب في عمليات نقل الدم التزاما محددا بتحقيق نتيجة وهو نفس اتجاه القضاء الفرنسي ،فقضت محكمة "المنصورة الابتدائية" بعد دراسة المستندات المقدمة من المدعي عن نفسه وبصفته، وهي صورة التذكرة الخاصة بالمريضة المتوفاة "مورثة المدعي"، والتي أثبت بها تقرير الطبيب أن مورثة المدعي احتاجت الى نقل دم ولم توجد طبيبة بنك الدم بالمستشفى، فتوجه أحد الأطباء وهو المدعي عليه الرابع لعمل الفصيلة، وأحضر كيس دم، وتم تركيبه للمريضة، وهذا الدم من فصيلة (B)، فحدث انخفاض مفاجئ في ضغط الدم، فطلبت طبيبة التخدير كيسا آخر، وأخذ لها المدعي عليه الرابع كيسا آخر ولم تتحسن حالة المريضة فتوجهت الطبيبة "المدعى عليها الثالثة" لبنك الدم لاحضار كيس آخر، وقامت بعمل الفصيلة ووجدها (AB)، وقد توفيت المريضة نتيجة صدمة عصبية شديدة، وهبوط حاد غير مرتجع بالضغط، وأيضا قامت ببلاغ الوفاة الخاص بمورثة المدعي، أنه نتيجة أخذ كيسين دم من فصيلة غير فصيلة المريضة، ومن ثم فان المدعي عليه الرابع يكون قد أخطأ خطأ يرتب مسؤوليته؛ إذ كان يتعين عليه أن ينقل الدم إلى مورثة المدعى من فصيلة تتفق مع فصيلة دمها وهو التزام

---

[1] حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية ـدراسة مقارنة ـ،مطبعة جامعة عين شمس،مصر،دون تاريخ، ص: 11 .

أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه ، ص: 449.

[2] محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية،مصر،ط10،1984، ص: 180.

[3] منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، ص: 214.

محدد محله تقديم دم مناسب وسليم، أيضا فقط أخطأ في تحديد فصيلة دم المذكورة على نحو دقيق ومن ثم فإنه يكون مخلا بالتزامه[1].

ويضاف إلى ذلك أن عمليات التحصين الدورية التي تقوم بها الدولة عن طريق موظفيها هي منشأ علاقة التزام بتحقيق نتيجة محلها ضمان سلامة الشخص الذي يقوم بتحصينه ؛أي أن لا تؤدي عملية التحصين إلى الاضرار بالمنتفع، ويتأدى ذلك بأن يكون المصل الذي يتناوله الشخص أو يحقن به سليما لا ينقل عدوى مرض ما من الأمراض واعطائه بطريقة صحيحة وهو الأمر الذي دأب عليه العمل باعتبار أن الدولة تعتبر متبوعا وتسأل عن أفعال تابعيها[2].

ففي الجزائر لم تقم مسؤولية الطبيب عند إجرائه تلقيح اجباري مضاد للكساح أصيب بعدها المتلقي بشلل أكد حينها الخبرة القضائية أن مادة التلقيح المستعملة وهي مادة "سابى" في حد ذاتها قد تعطي حالات من الإعاقة حيث ذكر الكثير من الحالات التي وقعت في الجزائر وفي العالم وأن هذه الفرضية لاتقع المسؤولية على الطبيب لأن هذا من ضمن الأخطار التي يحدثها هذا النوع من التلقيح[3].

بينما قضى بتعويض قاصر عند اجرائها عملية تلقيح أدت الى تعفن ناجمة عن مادة التلقيح الفاسدة جراء عملية تخزينها أو تلفها ، أو إلى كل مراحل تداولها قبل التلقيح لأنه لم يأخذ الحيطة اللازمة[4].

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي فقد حكم بإدانة الطبيب الذي يحصن طفلا ضد مرض معين بحقنه بحقنتين متتاليتين، ويعطيه الحقنة الثانية بالرغم من أن الطفل بعد إعطائه الحقنة الأولى ظهرت عليه أعراض مميزة خاصة بالمرض[5].

[1] منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين ،ص: 212.
[2] محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية ، ص: 169.
[3] قرار مجلس الدولة رقم **27582**بتاريخ **2007/01/24** منشور.
[4] قرار مجلس الدولة رقم **30176**بتاريخ **2007/03/28** منشور.
[5] نقض فرنسي في 31 جانفي 1956 :في أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه ، ص: 324.

الفرع الثاني ـ تقدير النتيجة عند إجراء التحاليل الطبية: يعتبر بعض فقهاء القانون أن التحاليل الطبية من العمليات العادية التي تقع على محل محدد تحديدا دقيقا حيث لا تحتمل أي صعوبة خاصة بالنسبة للطبيب لأنها لا تنطوي على قدر يسير من المخاطر أو الاحتمال[1].

لذلك يتجه القضاء بصددها الى اعتبار الطبيب مكلفا بنتيجة تتمثل في دقة التحليل وسلامته، ومن ذلك قضت محكمة **"تولوز"** الفرنسية أن إلتزام الطبيب بالنسبة لجميع التحاليل الطبية الأخرى - غير تحليل الدم – محله تحقيق نتيجة فيقع الاخلال به بمجرد ثبوت غلط فيه، إلا إذا قام الدليل على أن اخلاله بالتزامه راجع الى سبب أجنبي لا يد له فيه، ففي كل مرة بصدد اجراء التحاليل الطبية ينحصر نشاط الطبيب في أعمال معملية لا تتضمن بحسب الأصول العلمية السليمة أي احتمال يتحدى هذا النشاط ويكون تقديره وفقا لنتيجته[2].

ولأن الواقع العلمي في المجال الطبي قد أثبت أن هناك أنواعا شتى من التحليلات التي تتسم بالدقة وهي في أغلبها تخرج عن المألوف من التحليلات التي تجريها المعامل يوميا فيصعب فيها الكشف عن الحقيقة بالطرق المعملية القائمة مما يؤدي إلى أن يقع فيها اختلاف في التفسير[3].

لذا قُضي بأن الطبيب الذي انتهى في تحليله إلى وجود أورام سرطانية تستدعي علاج المريض بأشعة الكوبالت، فيتبين بعد ذلك أن نتائج التحليل كانت خاطئة ومع ذلك لا يتحمل طبيب التحاليل أي خطأ لاسيما إذا كانت نتيجة تلك التحاليل محل اختلاف من قبل رجال الفن ،وذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن التزام الطبيب بالنسبة لهذه الأنواع الدقيقة تقتصر على مجرد بذل العناية واليقظة لا بتحقيق نتيجة[4].

[1] محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية ، ص: 170.
[2] محمد السعيد رشدي ، عقد العلاج الطبي ـ دراسة تحليلية وتأصيلية لطبيعة العلاقة بين المريض والطبيب ـ ،ص: 146.
[3] أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه ، ص: 451.
[4] نقض مدني فرنسي في 04 جانفي 1974 : وفاء حلمي، الخطأ الطبي ـدراسة تحليلية فقهية وقضائية ،ص: 77.

المطلب الثالث ـ إعطاء الدواء بمعرفة الطبيب: إذا لم يكتف الطبيب في عيادته أو مكان عمله كيفما كان في وصف الدواء الذي ينبغي للمريض ،وقام بتقديم الدواء له مباشرة، فقد قضي في فرنسا إلى أن الطبيب رغم التزامه العام ببذل جهد في علاج المريض فهو ملزم كذلك بتحقيق نتيجة محلها سلامة المريض وذلك بعدم اعطائه أدوية ضارة وفاسدة أولا تؤدي بطبيعتها وخصائصها إلى تحقيق الغاية المرجوة فيها مالم يقم الدليل بوجود السبب الأجنبي المؤدي إلى ذلك؛ وعليه فقد قضي في فرنسا إلى إثبات خطأ الطبيب عن حقنة أعطاها للمريض تسببت بمرض جلدي ترتب عليها صعوبة في حركة عضلاته ولا يؤدي الدفع بكون الإصابة راجعة إلى خطأ الممرض في نوع الحقنة المطلوبة أو الى خطأ من الصانع أو فساد المصل نتيجة عدم كفاية التعقيم أو دخول الهواء العفن من شرخ في الأنبوبة التي تحتويه الى اعفاء الطبيب من خطئه[1].

وفي مصر قضت محكمة النقض المصرية إلى أن إستيثاق الطبيب من كنة الدواء الذي يتناوله المريض أو في ما يطلب منه في مقال بذل العناية في شفائه؛ فإذا قام الطبيب بمزج الدواء بمحلول الطرطير بدلا من الماء المقطر الذي كان يتعين مزجه به فانه يكون مخطئا سواء كان قد وقع في هذا الخطأ وحده أو اشترك معه الممرض فيه ،وبالتالي فإن تقاعسه عن تحريه والتحرز فيه والإحتياط له يعد إهمالا يخالف كل قواعد المهنة وتعاليمها ينبغي إثبات خطئه[2].

ولقد التمس البعض العذر للمحكمة المصرية باعتبارها دائرة جنائية فيما ذهبت إليه من نتيجة سابقة لأنها تهتم بالبحث عن مسؤولية الطبيب الجنائية دون الدخول في تكييف إلتزامه من الناحية المدنية ؛ حيث لم توفق في اعتبارها التزام الطبيب في هذه الحالة التزاما ببذل عناية، ويضيف أن هذا الالتزام وإن قام بصدد العلاج الذي يقوم به بقصد الشفاء الا أننا نكون إزاء التزام الطبيب بنتيجة محلها سلامة المريض وذلك بعد إعطائه الأدوية الضارة أو الغير صالحة[3].

فنستنتج مما سبق أن مراعاة المصلحة العلاجية للمريض باتت هاجسا لفقهاء القانون ،فحددوا لأجلها إحتياطات وسنوا لها قوانين تتعلق بنقل الدم وباستعمال الأشعة والأدوات الطبية.

[1] محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية ، ص: 164-165.
[2] محمد حسين منصور، المرجع السابق ، ص: 165.
[3] المرجع نفسه.

المطلب الرابع ـ عمليات تركيب الأطراف الصناعية: تستعمل الأطراف الصناعية كوسيلة لتعويض الانسان عما يفقده من أعضائه الطبيعية أو ما يصاب منها بعجز أو ضعف رغم ما يعتري تكييف طبيعة هذا الالتزام على صعيد الفقه والقضاء معا.

فتزايد الإلتجاء إلى الأعضاء الصناعية يثير عدة إشكالات علمية مفادها مايلي:

ما هو طبيعة التصرف وكيفية تحديد مضمونه؟

لهذا قضت محكمة **"متز"** في **13 ديسمبر 1951**[1] بأن الإتفاق على صنع أسنان صناعية هو بيع بشرط التجربة وهي شرط واقف ،وليس هذا معناه أن الاتفاق على صنع أسنان صناعية هو عقد موضوع علاج المريض، وشرط التجربة يقف على إرتضاء التركيبة الصناعية بعد تجربتها ويتخلف الشرط بعدم إرتضائه لها فيكون البيع كأن لم يكن[2].

ولقد انتقد هذا الحكم برغم أنه قد أخطأ في تكييف العقد ومجافاته لواقع العمل الطبي الذي يقوم به طبيب الأسنان حيث تكون العبرة في تكييف العقد بالغرض الاقتصادي وطبيعة الإلتزامات المترتبة في ذمة طرفيه أما تجزئة العقد بهذا الشكل والإعتماد في تكييفه على بعض عناصره فهو غير جائز[3].

لذلك إختلف الفقه والقضاء في طبيعة الالتزام المتضمن تركيب الأطراف الصناعية وخاصة تركيب طاقم الأسنان فيما يتعلق بطبيب الأسنان، ولقد مر هذا الخلاف بعدة مراحل بينت اضطرابا حقيقيا لوجهات المحاكم الفرنسية.

الفرع الأول ـ فكرة الاستناد على الخطأ المفترض:في المرحلة الأولى اعتبرت بعض أحكام المحاكم الفرنسية التزام طبيب الأسنان هو التزام بتحقيق نتيجة[4]، واستندت في ذلك على الخطأ المفترض بمجرد وقوع ضرر للمريض نتيجة عمل الطبيب.

بينما قضت محكمة **"ديجون"** في حكم لها بتاريخ **24 جانفي 1952** أن الالتزام بتحقيق نتيجة يقتصر فقط على حالة تركيب أسنان صناعية للمريض فقط وذلك أن العقد المبرم بين طبيب الأسنان والعميل لتركيب طاقم الأسنان، يفرض على الأول التزاما بعناية محله بذل الجهود اللازمة واليقظة في وضع وصيانة الأسنان الصناعية، ويفرض عليه كذلك التزاما بتحقيق نتيجة محله تقديم الأسنان الصناعية بالشكل والأوصاف والحالة التي يمكن معها أن تؤدي وظيفة الأسنان الطبيعية.

---

[1] محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية ،ص: 165.
[2] محمد السعيد رشدي،عقد العلاج الطبي ـ دراسة تحليلية وتأصيلية لطبيعة العلاقة بي المريض والطبيب ـ ص: 149.
[3] المرجع نفسه.
[4] محسن البيه، نظرة حديثة الى خطا الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية ،ص: 223.

فإذا أخل الطبيب من غير قصد بهذا الالتزام، ثارت مسؤوليته العقدية، ويلتزم بتعويض المريض، إذا ما ترتب على التركيب المعيب للأسنان الصناعية التهابات حادة باللثة، وتبدو تلك المسؤولية أكثر وضوحا إذا ما تبين أن المريض يتمتع بفم طبيعي، وأنه قام بتنبيه الطبيب عدة مرات إلى سوء حالة الأسنان[1].

وبرَّر القضاء الفرنسي هذا التكييف اعتبارا الى أن طبيب الأسنان في حكم بائع الأسنان الصناعية وبالتالي وجب ضمان العيوب الخفية في الشيء المبيع ولا يكون المريض ملزما باثبات خطأ الطبيب لأننا لسنا بصدد التزام طبي ببذل عناية بل هو بيع بشرط التجربة مثلما ذهبت اليه محكمة **"متز"** في **13 سبتمبر 1951** السابق الذكر .

غير أن هذا الاتجاه قد تعرض لانتقادات الفقه وكان لمحكمة النقض الفرنسية العدول عن الأحكام السابقة مقررة أن التزامات طبيب الأسنان هو التزام بتحقيق نتيجة مهما كان الخطر الذي ينشأ من طبيعة الأدوات المستعملة أو المركبة[2].

الفرع الثاني ـ مرحلة التمييز بين العمل الطبي العادي والعمل الطبي الفني: في هذه المرحلة تغير موقف محكمة النقض الفرنسية في هذا الاتجاه أين أصبحت تميز في أحكامها بين العمل الطبي العادي وبين العمل الطبي الفني أو التقني، وأصدرت حكما لم تبين فيه حقيقة وطبيعة هذا الالتزام، إنما يحمل تفسيره على التزام طبيب الأسنان التزاما بنتيجة، وقررت بأن المريض يكون محقا في امتناعه عن دفع أتعاب أخصائي ومطالبته بتخفيضها أين تقتضي القواعد المطبقة في هذا الشأن التزام الطبيب الأخصائي بتركيب "الطاقم" الملائم لفم المريض ما لم يثبت قيام عوامل خارجية غير متوقعة منعته رغما عن إرادته من الوفاء بالتزامه متى تبين لقاضي الموضوع أن طقم الأسنان لم يكن مناسبا بسبب أن العناية المبذولة لا تتفق مع الأصول المهنية المتعارف عليها ،وأيدت المحكمة حق المريض في الشك في مدى نجاح وفاعلية "الطاقم" عقب المعاناة التي لاقاها أين التجأ إلى طبيب آخر للحصول بسرعة على الأسنان الصناعية الضرورية الملائمة لفمه[3].

[1] محسن البيه، نظرة حديثة الى خطا الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية ، ص: 224.

[2] محسن البيه، المرجع السابق ، ص: 225.

[3] منير رياض حنا،الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والتخصصية، ص: 228.

ويتضح موقف محكمة النقض الفرنسية في هذه المرحلة أكثر في حكمها بتاريخ **15 نوفمبر 1972** الذي بينت فيه بوضوح أنه بناءا على الالتزام القائم على عاتق الطبيب بأن يركب للمريض الأسنان الصناعية المناسبة له فإنه لا يمكن توجيه اللوم لقاضي الموضوع الذي حكم بفسخ العقد بسبب خطأ الطبيب المتمثل في عدم الوفاء بالتزامه بتحقيق النتيجة المرجوة حتى لو كان المريض قد رفض العودة إليه لاجراء محاولة رابعة ورفض كذلك أن يتحمل طاقم الأسنان الصناعية لمدة كافية كي يتعود عليه[1].

الفرع الثالث ـ مرحلة الشك والتردد : بدأت عندما رفع أحد المرضى دعوى ضد طبيب متخصص في أمراض الفم، قام بتركيب طاقم أسنان له، ولكن هذا الطاقم لم يستقر في مكانه، وحكمت له المحكمتين الأولى والثاني درجة بخطأ الطبيب دون تحديد لهذا الخطأ، لهذا رفع الطبيب المتخصص طعنا أمام محكمة النقض التي اكتفت في حكمها بأن اظهار قضاة الموضوع قد تحققوا من خطأ الطبيب، بما ثبت لديهم من تقرير الخبير أن ما قدمه الطبيب من جهاز لأسنان المريض قد سبب له أضرارا أدت إلى تفاقم حالة المريض عما كانت عليه ووجد نزيف غير عادي الأمر الذي يكفي لاعتباره مسؤولا[2].

ولم يتضمن قرار محكمة النقض أي تأكيد للمبدأ بل إكتفى بالرد على سبب الطعن، وتفنيده مفضلا إظهار مسؤولية تتأسس على خطأ واجب الإثبات، فالضرر يعود إلى غاية سابقة متصلة بالتركيب وليس إلى عيب أو عدم تناسب طاقم الأسنان؛ لهذا رجحت أن يكون الالتزام ببذل عناية[3].

أما عندما قام مريض آخر برفع دعوى ضد طبيب الأسنان الذي قام بتركيب جسر غير مناسب لأسنان المريض، فأدانت المحكمة الطبيب وعندما قام الطبيب بالطعن بالنقض مستندا إلى أن محكمة الموضوع كانت مدفوعة ببواعث افتراضية مشكوك فيها كما أنها قد أثقلت عاتقه بالتزام بنتيجة فردت محكمة النقض على أن هذا الطبيب قد أخل بالتزامه بتقديم عناية يقظة ومنتبهة ومطابقة للمعطيات المكتسبة من الفن دون أن نضع على عاتقه التزاما بنتيجة[4].

---

[1] عن محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي ـ دراسة تحليلية وتأصيلية لطبيعة العلاقة بي المريض والطبيب، ص: 150-151.

[2] محسن البيه، نظرة حديثة الى خطا الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية ، ص: 227.

[3] محسن البيه، المرجع السابق ، ص: 229.

[4] محسن البيه، المرجع السابق ، ص: 230.

ومن هنا يتبين أن في هذه المرحلة إتجهت أحكام محكمة النقض الفرنسية إلى إثارة الشك والتردد حول طبيعة التزام طبيب الأسنان فيما يتعلق بتركيب الأسنان الصناعية أين أبدت في قرارها الأول حكما لمحكمة الموضوع أثبتت خطأ الطبيب بناءا على تقرير خبرة ورد فيه أن تركيب الأسنان الصناعية قد سبب أضرارا للمريض، بينما في قرارها الثاني أعلنت بوضوح أكثر أن قيام جراح الأسنان أو الطبيب المتخصص في أمراض الفم بتركيب الأسنان الصناعية أو طاقم الأسنان فانه يخضع للقواعد العامة في المسؤولية الطبية أي أن التزامه يكون مجرد التزام ببذل عناية[1].

الفرع الرابع ـ موقف الفقه القانوني: إنقسم رأي فقهاء القانون تبعا لما وصل إليه الإجتهاد القضائي في هذا الخصوص:

الرأي الأول: يرى أن العمل الطبي القائم على تركيب الأسنان الصناعية هو التزام بتحقيق نتيجة فلا ينبغي العودة مرة ثانية إلى حالة التردد والغموض التي كانت سائدة إبان حكم محكمة النقض الفرنسية في **17 فيفري 1971** لأن ذلك لا يتناسب مع ما وصلت إليه الحالة الفنية المتطورة في هذا المجال.

الرأي الثاني: يقدر أنصار هذا الرأي عدم وجود ما يستوجب أن نخص تركيب الأسنان الصناعية بأحكام خاصة، لأن هذا العمل من الطبيب لا يلزم بالضرورة أن يكون ناجحا دائما، وينبغي حسبهم على الطبيب أن يقوم بتشخيص المرض وأن يبذل العناية المناسبة طبقا للقواعد الفنية ومهما كانت العناية كبيرة وفائقة فلا ضير أن يفشل العمل في تحقيق نتيجة لأسباب أخرى لا علاقة لها بجهد الطبيب، أين ترجع في حالات كثيرة لاعتبارات خاصة بالمريض ومدى إستعداده العضوي لتقبل الطريقة الفنية المستعملة وتناسبها مع حالته الصحية العامة.

كما أن الاعتراف بوجود التزام بنتيجة في مجال تركيب الأسنان الصناعية سوف يكون مصدرا للخلط لأن القضاء الفرنسي قد أظهر تشددا في مواجهة الأطباء أين كان ينبغي عليه أن يلزمهم بتقديم طاقم أسنان يناسب المريض وتوفير الراحة اللازمة له ،كما كان عليه أن يفرض قبولا عبر القيام الخطأ في حقه طبيب الأسنان من هذه الجهة، ويضاف الى هذا أنه لا خوف في ذلك من التضحية بمصلحة المريض واخضاع كل هذه الحالات للقواعد العامة في المسؤولية الطبية.

[1] محسن البيه، نظرة حديثة الى خطا الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية ، ص: 13.

الرأي الثالث: ذهب هذا الرأي أن على الطبيب أن يخبر المريض بأن عملية تركيب الأسنان الصناعية لا يكون دائما من شأنه أن يحقق النتيجة المرغوب فيها من المريض، وحينئذ يصبح التزام الطبيب المختص في تركيب الأسنان هو بذل العناية وليس التزاما بنتيجة أما إذا تخلف شرط إخبار المريض فإن الالتزام يبقى التزاما بنتيجة على إثر تخلف عنصر الاحتمال بسبب إستخدام التقنيات المتقدمة في هذا المجال[1].

المطلب الرابع ـ الجراحة التجميلية:

الفرع الأول ـ النشأة وعوامل الانتشار

أولا ـ النشأة: يقصد بالجراحة التجميلية هي مجموعة من الوسائل والأساليب الطبية التي تهدف الى اصلاح العيوب الخلقية أو الطارئة المؤثرة في شكل الانسان والتي تلحق ضررا بقيمته الشخصية والاجتماعية[2].

وهذا النوع من الجراحة لا يستهدف شفاء المريض من علة ما من العلل، وانما تكون لغرض اصلاح تشويه خلقي أو مكتسب لا يؤذي صحة الأجسام في شيء، أي أنها مجموعة من العمليات التي تتعلق بالشكل غرض القيام بها إخفاء عيوب خلقية أو طارئة في ظاهر الجسم البشري قد تؤثر في القيمة الشخصية والاجتماعية للفرد[3].

ولقد اتسع نطاق هذه الجراحة ليشمل حالات علاج الحروق والتشوهات الناجمة عنها في الوجه والأطراف وتجميل ما ينجم عن جراحة أورام الفم والوجه وأورام الجلد الحميدة والخبيثة والشرايين والأعصاب الممزقة، كما تهدف الى اخفاء العيوب الخلقية كالأذن الناقصة النمو والشفة الأرنبة وزيادة عدة الأصابع أو التصاقها...الخ.

ثانيا ـ عوامل الانتشار:بعد أن كان تشريح الكائن البشري وخصوصا لون بشرته وحجم أنفه وشكل عينيه سند الهوية وركنها الأساسي فقد امتدت العمليات التجميلية الى الصبغيات الملونة للبشرة رغم الاعتقاد السائد في وقت قريب الى أن ما تصنعها به الجينات من ملامح أنه ثابت ولا يتغير باعتبار أن المكونات التشريحية هي القدر؛ إلا أن تطور الأدوات والوسائل المستخدمة في هذه الجراحة من استخدام الجراحة المجهرية التي سهلت عملية التوصل الدقيق للأوتار والأعصاب والشرايين، وأيضا عمليات الحقن بالسيلكون والاستعانة بالأعضاء الصناعية المصنعة من مادة السيلكون أدى في العقدين الأخيرين

[1] محسن البيه، نظرة حديثة الى خطا الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية ، ص: 231.

[2] حسام الدين الأحمد، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،ط1،2011، ص: 16.

[3] أنظر وديع فرج،مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية، ص: 434(فواز صالح،المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي،مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية،المجلد 22،العدد الأول،2006،ص:122).

ببعض الأشخاص إلى تغيير جزء من ميراثهم الجيني وصبغ لون بشرتهم بسحنة سمراء أو سوداء أو بيضاء، وتغيير خط استدارة وشكل العينين واللجوء إلى زرع الشعر أو الأعضاء أو الأعصاب أو استبدال الأعضاء الجنسية النسائية بأعضاء ذكرية أو الأعضاء الذكرية بأخرى نسائية مما أبطل مفهوم الميراث الجنسي سند الهوية المادي أو الفيزيائي[1].

أما عن الظهور التاريخي لجراحة التجميل فقد كان محتشما في البداية فعرفت منذ القدم بأشكال بسيطة كانت تتناسب مع تقاليد ذلك الزمن ومعيار الجمال فيه، فعرفها الطب الهندي القديم حين استخدم ترقيع الجلد في القرن الثامن قبل الميلاد، كما تبين على جدران المعابد المصرية القديمة ظهور اكثر من رسم على ممارسة أشياء من هذا القبيل لأن الفراعنة كانوا حاذقين بالجراحة بمفاهيم عصرهم ومعاييره، وللرومان كذلك استخدامات بسيطة للجراحة التجميلية فكانت لهم تقنيات بسيطة في اصلاح وترميم الأضرار في الأذن.

ومن التراث العربي ما يظهر معرفتهم لبعض العمليات الجراحية التجميلية كالوشم وتفليج الأسنان وتجميل الأنف أو الأذن.

غير أن القرن الخامس عشر شهد تطورا في مثل هذه العمليات أين توصل الأطباء آنذاك الى عملية صناعة أنف جديد لشخص قضم أنفه بالكامل من قبل كلب وذلك عن طريق إزالة جلد الوجه الخلفي للذراع وخياطته في مكان الأنف المقضوم واتسع نطاق تطبيق هذا النوع من الجراحة في العصر الحديث خصوصا في فرنسا حتى أصبح للجراحة التجميلية أسباب ودوافع عدة منها ما يدعو للغرابة كقصة شاب لبناني كتبت عنه الصحف كان من المعجبين باحدى المغنيات فقرر إجراء جراحات في وجهه تجعله قريب الشبه منها.

كما لا ينكر فضل الجراحة التجميلية في الحالات التي يقوم بها أطباء لإزالة ورم أو ترميم نقص في تكوين الشفاه وتشوّهها أو علاج خلل في تكوين عظام الفك ...الخ.

[1] حسام الدين الأحمد، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية ، ص: 17.

الفرع الثاني ـ موقف الفقه الإسلامي من جراحة التجميل: إن جراحة التجميل هي: "جراحة تجرى لتحسين منظر جزء من أجزاء الجسم الظاهرة أو وظيفته إذا ما طرأ عليه، أو تلف، أو تشوه"[1].

وهي بذلك ثلاثة أنواع وفقا لدرجة أهميتها للإنسان:

1- **جراحة تجميل تحسينية:** وهي مالا تدعو إليه حاجة الانسان ويقصد بها في الغالب الغول في مقاييس الجمال وعرفها البعض على أنها: "جراحة تحسين المظهر، وتجديد الشباب"[2] وهي بذلك تنقسم الى قسمين:

أ ـ عمليات تحسين الشكل: كترقيق الأنف أو تفليج الأسنان أو الحاجب وكذا عمليات تصغير الذقن إن كان كبيرا أو تكبيره إن كان صغيرا بوضع ذقن صناعية تلحم بعضلات وأنسجة الحنك ،ورد الأذن إلى الوراء إن كانت متقدمة، أو شد البطن بازالة الشحوم الزائدة منه ،وتكبير الثديين إن كانا صغيرين بحقن مادة السيلكون مباشرة في تجويفهما ويمكن تصغير الثديين كذلك إن كانا كبيرتين ... إلخ.

ب - جراحة التجميل لتجديد الشباب: وتجري في العادة لكبار السن والشيوخ لازالة الكبر وتكون وفقا للصور التالية:

- شد تجاعيد الوجه سواء برفع جزء من الوجه والرقبة معا أو رفع الوجه وحده فقط .

- تجميل الحواجب وتجميل اليدين كذلك بشد التجاعيد الملاحظة عليهما والتي تشوه جمالها ،كما يستطيع أن يقوم بتجميل الساعد بإزالة القسم الأدنى من الجلد والشحم[3].

---

[1] تعريف مقتبس من الموسوعة الطبية الحديثة : محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، ص: 182.

[2] حسن القزويني ،فن جراحة التجميل، ص: 15(محمد الشنقيطي، المرجع السابق ، ص: 191).

[3] محمد الشنقيطي، المرجع السابق، ص: 192-193.
منير رياض حنا:
ـ المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، ص: 395
و الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والتخصصية، ص: 544.

وهذا النوع من الجراحة لا تدعو إليه الضرورة ويجدها البعض[1] تدخل في دائرة المنهي عنه في الأثر الذي روي عن عبد الله بن مسعود[2] رضي الله عنه إذ لعن الواشمات والموتشمات والمتنمصات والمتفلجات للحسن، المغيرات خلق الله[3].

بل إن البعض يصنفها على أنها جراحة محرمة[4]، طالما أن الطب كالشرع وضع لدرء المفاسد والأسقام ولدرء ما أمكن درؤه من ذلك، وجلب مصالح السلامة والعافية ولجلب ما أمكن جلبه[5] مؤسسا ذلك على ما يلي:

من القرآن الكريم: قال تعالى: ﴿وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ ٱللَّهِ﴾[6] ولقد وردت هذه الآية في سياق الذم وبيان المحرمات التي يزين الشيطان فعلها للعصاة من بني البشر دلالة على ان جراحة التجميل التحسينية والعبث فيها وفقا للرغبات مذموم شرعا، وقد إختلف المفسرون سلفا في تفسير هذه الآية فمنهم من قال إن المراد بتغيير خلق الله تغيير الدين بترك الواجبات وفعل المحرمات بما في ذلك العبث في الأجساد كما أشار الى ذلك الطبري[7] الطبري[7] وغيره[8].

وحمل بن مسعود رضي الله عنه والحسن البصري[9] هذه الآية على الوشم[10].

---

[1] حسن علي الشاذلي، حكم نقل أعضاء الانسان في الفقه الاسلامي،دار التحرير ،مصر،1989، ص: 59.

[2] هو عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب بن شمخ بن فار مخزوم ،صحابي جليل تولى قضاء الكوفة في عهد أمير المؤمنين عمر بن الخطاب،توفي سنة32هـ ودفن بالبقيع:(الزركلي،سير أعلام النبلاء،ج1ص:461.)

[3] أخرجه البخاري،كتاب تفسير القرآن(سورة الحشر)،باب ومآتاكم الرسول فخذوه،رقم الحديث:4886،ج3 ص:388.

و أخرجه مسلم،كتاب اللباس والزينة،باب تحريم فعل الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة والنامصة والمتنمصة والمتفلجات والمغيرات خلق الله،رقم الحديث:2125،ج2 ص:204.

[4] محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها ، ص: 189.

[5] العز بن عبد السلام،القواعد الكبرى(قواعد الأحكام في اصلاح الأنام)، ص: 08.

[6] سورة النساء، الآية :118.

[7] هو محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الشهير بأبو جعفر الطبري،ولد الطبري سنة224هت بطبرستان شمال ايران ،نبغ في الفقه والتفسير،من مؤلفاته تفسير الطبري وتاريخ الطبري،توفي سنة 310هـ: (علي الشبل،أبو جعفر محمد بن جرير الطبري،سيرته عقيدته ومؤلفاته،مكتبة الرشد،المملكة العربية السعودية،ط1،2004)

[8] الطبري،تفسير الطبري من كتاب جامع البيان عن تأويل آي القرآن ،تحقيق بشار معروف، مؤسسة الرسالة،لبنان،ط1،1994،ج2 ص: 560.

الجوزي جمال بن محمد ،زاد الميسرفي علم التفسير، دار ابن حزم،لبنان،ط1،2002، ص:327.

الماوردي علي ،النكت والعيون تفسير الماوردي، دار الكتب العلمية ،لبنان،دون تاريخ،ج1ص :530.

الجصاص أحمد ،أحكام القرآن، ج2ص:397.

[9] هو الحسن بن أبي الحسن يسار أبو سعيد البصري صحابي جليل،توفي بالبصرة يوم الخميس سنة 110هـ حيث عاش 88سنة من العمر : (الزركلي،سير أعلام النبلاء،ج4ص:563.)

[10] محمد الشنقيطي،المرجع السابق، هامش ص: 194.

في السنة النبوية: ما ورد في حديث ابن عباس[1] السابق الذكر من لعنة الله على الراغبين والراغبات في تغيير الخلقة وطلب الحسن، وهما معنيان يجدان دافعهما من الجراحة التجميلية التحسينية، ويقول "لأنها تغير الخلقة بقصد الزيادة في الحسن، فتعتبر داخله في هذا الوعيد الشديد ولا يجوز فعلها"[2].

ومن السنة كذلك أن جراحة التجميل التحسينية تتضمن في عدد من صورها الغش وهو محرم شرعا لأن فيها إعادة صورة الشباب للكهل والمسن في وجهه وجسده وذلك مؤدي للوقوع في المحظور من غش الأزواج من قبل النساء اللاتي يفعلن ذلك والعكس لقوله صلى الله عليه وسلم **"من غشنا فليس منا"**[3].

ويضاف الى ذلك: "... أن التخدير في الأصل محرما شرعا، وفعله في هذا النوع من الجراحة لم يأذن به الشرع لفقد الأسباب الموجبة للترخيص والإذن به، وعليه فإنه يعتبر باق على الأصل الموجب لحرمة استعماله، ومن تلك المحظورات – أيضا – قيام الرجال بمهنة الجراحة للنساء الأجنبيات والعكس، وحينئذ ترتكب محظورات عديدة كاللمس والنظر للعورة، والخلوة بالأجنبية، وإذا قام بفعلها الرجال لأمثالهم والنساء لأمثالهن، فانه يحصل كشف العورة في بعضها كما في جراحة تجميل الأرداف وهذه المحظورات لم يثبت الترخيص فيها من قبل الشرع في هذا النوع من الجراحة لانتفاء الأسباب الموجبة للترخيص فأصبحت باقية على أصلها من الحرمة، فلا يجوز فعل الجراحة التحسينية الموجبة للوقوع فيها... وبناء على ما سبق من الأدلة النقلية والعقلية، ونظرا لما يتضمنه هذا النوع من الجراحة من العبث بخلق الله من دون وجود ضرورة أو حاجة داعية الى ذلك فإنه يحرم فعله والاقدام عليه من قبل الطبيب الجراح والشخص الطالب، وتعتبر الدوافع التي يعتذر بها من يفعله من كون الشخص يتألم نفسيا بسبب عدم تلبية رغبته بفعل هذا النوع من الجراحة غير كافية في الترخيص له بفعلها"[4].

ويضيف أن زرع الرضا عن الله تعالى فينا قسمة من الجمال والصورة وغرس الايمان في قلوبهم هو علاج لأوهام هؤلاء الأشخاص ووساوسهم من أن عدم بلوغهم

---

[1] هوعبد الله بن عباس بن عبد المطلب بن هاشم،الصحابي الجليل وابن عم النبي صلى الله عليه وسلم،روي له أكثر من1660حديثا ،توفي سنة 68هـ بالطائف:(الزركلي،سير أعلام النبلاء،ج 3ص:331.)

[2] محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها ،ص: 195.

[3] أخرجه مسلم،كتاب الايمان،باب قول النبي صلى الله عليه وسلم ،من غشنا فليس منا،رقم الحديث:101،ج1 ص:33.

و فتح الباري شرح صحيح البخاري،كتاب الفتن،باب قول النبي صلى الله عليه وسلم من حمل علينا السلاح فليس منا،ج14ص:408.

[4] محمد الشنقيطي، المرجع السابق ، ص: 195-196-197.

لأهدافهم النبيلة في الحياة راجع إلى عدم إكتمال جمالهم وإدراك هذه الأهداف يكون لا محال بتوفيق الله تعالى ثم بالتزام شرعه والتخلق بالآداب ومكارم الأخلاق[1].

ومن القائلين بجواز جراحة التجميل التحسينية من استندوا في الحديث أن عرفجة[2] أصيب انفه يوم الكلاب فأنتن، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يتخذ أنفا من ذهب[3].

وذهب البعض منهم إلى أن قطع الإصبع الزائدة غير جائز فقط إذا خشي الهلاك أما إن كان غير ذلك فلا بأس به، إضافة إلى أن إزالة هذه العيوب مما أجازه الفقهاء من أن جدع الأنف وسمل إحدى العينين ونحو ذلك لايمنع من إنعقاد الامامة مما يوحي بأن إزالتها واجبة[4].

كما أن بعض الأعمال التجميلية لم تكن جائزة في وقت النبي صلى الله عليه وسلم لما فيها من معنى التدليس كاستخدام الشعر المستعار أو غيره مما يعتبر أعمالا ليست طبية بل هي أعمال عادية تحمل معنى الغش وخداع الغير.

لكن وقد تطور العمل في المجال الطبي وتنوعت مهنه وتشعبت في مجالات الحياة مع ما يكثر من حوادث قد تلحق الضرر بالجسم البشري يؤدي بالضرورة إلى جواز إجراء جراحة التجميل بإزالة القبح وإظهار خلق الله بالمظهر الحسن[5].

ولأن الإنجازات الطبية المعاصرة في دول متقدمة نجحت في التغلب على آثار الحروق أو الحوادث على الوجه الإنساني، فيما تم بنجاح إنقاذ فتاة في الثانية عشرة من عمرها أصيبت بحروق بسبب اشتعال النيران بملابسها فأجريت لها عملية جراحية تجميلية متطورة بزرع جلد الوجه من أحد المتطوعين مع شبكة نسيجية من جلد فتاة، وقال هؤلاء أنه أصبح بالإمكان زراعة جلد وجه إنسان ميت بكامله لوجه إنسان حي في حالة إحتراقه مما يؤدي إلى وجود حالات تتنافى مع ما يبنى من التمييز بين الأعمال الطبية العلاجية[6].

---

[1] محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها ، ص: 198.

[2] هو عرفجة بن أسعد بن كرب التيمي ،وهو بصري: (الجزري،أسد الغابة في معرفة الصحابة،ج3 ص:517.)

[3] أخرجه الترميذي في سننه،كتاب اللباس ،باب ماجاء في شد الأسنان بالذهب،رقم الحديث:1776،ج3 ص:15.

و أخرجه النسائي في سننه،كتاب الزينة،باب من أصيب أنفه هل يتخذ أنفا من ذهب،رقم الحديث:5171و5172،ج4 ص:146.

وأخرجه ابو داوود في سننه،كتاب الخاتم،باب ماجاء في ربط الأسنان بالذهب،رقم الحديث:4232،ج2 ص:321.

و أخرجه أحمد في مسنده،أول مسند الكوفيين،حديث عرفجة بن أسعد ،رقم الحديث:19215،ج9 ص377.

[4] الماوردي أبو الحسن،الأحكام السلطانية،دار ابن قتيبة،الكويت،1989،ص:27.

[5] منذر الفضل،المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية ـدراسة مقارنة ـ،دار الثقافة،الأردن،2000، ص: 17.

[6] المرجع نفسه.

الفرع الثالث ـ بالنسبة للفقه القانوني في هذه الفترة: فقد تماشى مع أحكام القضاء آنذاك ؛ حيث قرر الفرنسي **"جارسون"** أن الطبيب الذي يتعامل مع عضو سليم من أعضاء الجسم بحجة التجميل يخرج عن حدود المهنة التي تبيحها له شهادة الطب، ويضيف آخرون أن من قبيل الأعمال الشائكة ما يزعمه جراحو التجميل من ادعاء القدرة على التغيير في الخلقة التي صنعها الله[1].

وبقيت كذلك الجراحات التجميلية محل ريبة أمام القضاء والفقه لان من الصعب أن تتحقق الشروط التي تبرر المساس بسلامة جسم الانسان وهي ضرورة انقاذ المريض وشفائه من علة، وموازنة هذه العلة مع ما يمكن أن يتعرض له المريض من خطر بسبب هذه العمليات الجراحية وما يتوقع له من فائدة مقابل ذلك، مما أدى الى جنح بعض الفقهاء إلى اعتبار أن جراحة التجميل يلتزم فيها الجراح التزاما بنتيجة ؛ إذ يعتبر الجراح مخطئا إذا هو فشل في العملية ما لم ينف رابطة السببية بين فعله والضرر الحادث، بيد أن تطور مفاهيم الحياة كان أقوى[2].

ففي مرحلة تالية وتحت تأثيرما نجم من تطورات في العالم على اثر الحرب العالمية الثانية وما نتج عنها من آثار تتعلق بمشوهي الحرب، حتى أن بعض الدول اضطرت الى إخفائهم في أمكنة خاصة بعيدا عن أعين الجمهور من أجل أن لا تؤذي الأحياء بمنظرهم المريع، فيثبت فيهم ذلك السخط على الأنظمة القائمة، وفي المستقبل التباطؤ في الدفاع عن الأوطان، لذلك عدل الفقه القانوني عن وجهة نظره المتشددة بشأن جراحة التجميل حيث ميز بين نوعين من الجراحة التجميلية:

النوع الأول: يكون الغرض من اجرائها جماليا بحتا كعمليات شد الوجه والبطن وتصغير حجم الأنف فهنا يسمح بالتدخل الجراحي فقط إذا كان لا ينطوي عليه بحسب السير الطبيعي للأمور أي خطر بالنسبة لحياة الأشخاص أو سلامة أجسادهم.

النوع الثاني: هي حالات التدخل الجراحي من اجل علاج حالات التشويه الجسمية التي ترقى الى مقام العلة المرضية، وتبعا لهذا التمييز فإن الطبيب الذي يقوم باجراء عملية تجميل تعرض سلامة جسم الانسان لخطر محتمل بقصد ازالة قبح لا يتناسب وما قد يناله الشخص من فائدة مسؤولا عن الضرر الذي ينشأ ولو كان تصرفه مبني على رضا من أجراها له مقدما ومتوافقا وقواعد الفن الصحيحة[3].

---

[1] وفاء حلمي، الخطأ الطبي ـدراسة تحليلية فقهية وقضائية ، ص: 65.
[2] حسام الدين الأحمد، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية ، ص: 35.
[3] وفاء حلمي، الخطأ الطبي ـدراسة تحليلية فقهية وقضائية ، ص: 67.

و رغم أن الرأي الغالب في الفقه القانوني يرى أن التزام الطبيب في جراحات التجميل لا يزال التزاما ببذل العناية التي تقتضيها الظروف القائمة، والموافقة مع الأصول العلمية الثابتة في هذا المجال[1].

الفرع الرابع ـ موقف القضاء منها: بالنسبة للقضاء الفرنسي فكانت نظرته في البداية لجراحات التجميل مفعمة بالسخط والكره بل بالشك والريبة في غالب الأحيان حتى أن محكمة باريس الإبتدائية حكمت في سابقة لها أن مجرد اقدام الجراح على جراحة لا يقصد منها إلا تجميل من أجريت له يكون خطأ في ذاته يسئل بسببه الجراح عن كل الأضرار التي تنشأ عن الجراحة ولو كانت تلك العملية قد أجريت طبقا لقواعد العلم والفن الصحيحين[2].

وفي قضية أخرى أين حاول جراح تجميل اصلاح شكل ساق سيدة لكن انتهى الحال ببتر ساقها مع أنها كانت سليمة من أية علة قبل العملية فقضت المحكمة[3] بقيام خطأ الطبيب الجراح مسببة حكمها بأنه لا يجوز خلق افتراض خطأ لم ينص عليه المشرع ولذلك يجب أن يخضع هذا النوع من الجراحة للقواعد العامة بشرط الإعلام المسبق لمن يريد إجراء عملية تجميل إلى جميع المخاطر التي يتعرض لها في ذلك ويحصل منه على قبول صريح بها[4].

وهو نفس الإتجاه الذي قضت به محكمة استئناف باريس[5] بخطأ الطبيب الذي قام باجراء علاج بالأشعة لإزالة زائدة في وجهه، فنجمت عن هذا العلاج قرحة مستديمة في ذقنه، مسببة ذلك أن العملية لم يكن لها مبرر، كما قضي بخطأ الطبيب المتسبب في حدوث ندوب وجروح لامرأة عجوز في حالة إجراء عملية جراحية لشد جلدها[6].

وكانت محكمة النقض الفرنسية قررت أنه في هذا المجال يعد الطبيب مرتكبا لخطأ إذا سبب العلاج بالأشعة جرحا كبيرة في الجلد، لأن الطبيب يعلم أكثر من أي شخص آخر المخاطر أو الفشل المتوقع للعلاج، كذلك يعد الطبيب مخطئا إذا قام بعملية جراحية في عضو سليم بهدف تصحيحه وبدون أن يكون لهذه العملية فائدة على صحة من تجرى له، بل يكون هناك فارق كبير بين الخطر المحتمل التعرض اليه وبين الفائدة أو الميزة المحصل عليها[7].

---

[1] وفاء حلمي، المرجع السابق،ص: 68.
[2] منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، ص: 436.
[3] حكم محكمة باريس الابتدائية في 25 فيفري 1929(وفاء حلمي، المرجع السابق ،ص: 64).
[4] حسام الدين الأحمد، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية ، ص: 35.
[5] استئناف باريس في 22 جانفي 1913: وفاء حلمي، المرجع السابق، ص: 66.
[6] محكمة ليون في 27 جويلية 1913: وفاء حلمي، المرجع السابق ،ص: 66.
[7] نقض فرنسي في 29 نوفمبر 1920 : وفاء حلمي، الخطأ الطبي دراسة تحليلية فقهية وقضائية ، ص: 65.

وهناك عدة حالات فصل فيها القضاء الفرنسي فقضت محكمة استئناف **"ليون"** بأن الطبيب الذي يجري ازالة الشعر الغزير من جسم سيدة بواسطة العلاج الكهربائي متى لم يقع منه تقصير في العمل الطبي لا يسأل عن الضرر الحادث لتلك السيدة إذا ثبت أنه لم يكن هناك عدم تناسب بين المخاطر العادية للعلاج الكهربائي والنتيجة المرجوة[1].

غير أن الطبيعة الخاصة التي تتميز بها جراحة التجميل التي نادرا ما تمارس لأغراض علاجية ،كما أن الشخص المستفيد يكون في حالة تامة من اليقظة والتبصر ،فضلا عن أنها تجري في ظروف متأنية إذ لا يوجد ما يبرر العجلة أو التسرع أو ضعف الإمكانيات الأمر الذي أدى بالبعض إلى القول بوجوب إعتبار التزام جراح التجميل في هذا الصدد التزاما بتحقيق نتيجة وليس فقط التزاما ببذل عناية[2].

أي أنه إذا لم تتحقق النتيجة المرجوة من جراحة التجميل فهذا يعد بذاته تقصيرا من جانب الجراح وعليه لكي ينفي خطأه أن يثبت القوة القاهرة أو السبب الأجنبي[3].

ولمجلس الدولة الجزائري قرار بهذا الخصوص حيث رفض دعوى لمريضة دخلت المستشفى الجامعي بوهران من أجل تدخل بسيط يخص الجناح الأيسر للأنف،فقامت المصلحة الطبية بعملية التجمد الكهربائي دون التأكد من صحة العلاج المعني ـ حسب إدعاء المريضة ـ مما أدى الى فقدان ووقف كل علاج مناسب مثل العلاج بالأشعة الكيميائية واستدلت بوثائق تبين تطور فقدان عين الضحية وتشوهات مست الوجه نتيجة تلقيها كمية مرتفعة من الأشعة المعمول بها طبيا ،لكن هذه الوثائق لم ترق إلى مستوى الخبرة الطبية أين أثبت ممثل المستشفى الجامعي أن المدعية كانت تعالج من ورم خبيث منذ مدة معتبرة بناءا على شهادات طبية لِأطباء مقيمين داخل وخارج الوطن أما الخبرة الطبية التي طلبها القضاء فلم تحدِّد النسبة المعمول بها طبيا لكمية الأشعة مما يقتضي رفض الدعوى[4].

---

[1] وديع فرج، مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية، ص: 434 (فواز صالح،المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي، ص:109).

[2] منير رياض حنا،الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والتخصصية، ص: 439.

[3] وفاء حلمي، المرجع السابق ، ص: 68.

[4] قرارمجلس الدولة رقم: 6641،بتاريخ :04 - 02 - 2003،منشور.

وفي تطور أخير أقر القضاء سواء في فرنسا أو في مصر رغم تشدده بصدد هذا النوع من الجراحة على مشروعيتها واعتبارها فرعا من فروع الجراحة بما يترتب على ذلك من اخضاعها لنفس القواعد التي تحكم الأخيرة مجمعا على أن التزام الطبيب في عمليات جراحة التجميل انما هو ليس بتحقيق نتيجة بل هو التزام ببذل عناية تتفق والأصول العلمية[1].

وعلى أي حال فإن القضاء يبقى متشددا مع هذا النوع من الجراحة من عدة أوجه:

الوجه الأول: إن إمتناع الطبيب عن التدخل لاجراء جراحة التجميل يعد ضروريا إذا لم يكن واثقا من تخصصه أو حتى هناك قدر من التناسب بين المخاطر المختلفة من الجراحة والغاية المرجوة[2] وأن يستخدم طريقة متبعة طبيا وليس محلا للتجارب[3].

وإلى هذا ذهبت محكمة **"باريس"** الى الحكم بخطأ جراح التجميل في قضية فتاة كانت تعاني من ظهور شعر كثيف نسبيا في منطقة الذقن ما أدى بها الى طلب مساعدة جراح تجميل كي يضع حدا لهذا العيب، وقام هذا الأخير بإجراء تدخل طبي عن طريق تسليط أشعة خاصة على المنطقة المعينة إلا أن الفتاة أصيبت بتشوه مستديم في الوجه جراء ذلك، وانتدبت المحكمة خبيرا ليستظهر ما إذا كان جراح التجميل قد ارتكب خطأ في عمله من عدمه وانتهت الخبرة إلى إنتفاء الخطأ على أساس أن الفتاة هي التي طلبت التدخل السابق، لكن المحكمة لم تأخذ بالخبرة وطرحتها جانبا لتؤكد خطأ الطبيب مسببة ذلك بما يلي: "أنه إذا كان للطبيب من حيث الأصل الحرية في استخدام وسيلة علاجية معينة متى اقتضت صحة المريض وحاله كذلك إلا أن هذا الأصل لا ينطبق على طب التجميل والذي يهدف إلى مجرد اصلاح عيب بدني، لشفاء من المرض في حد ذاته، ومن ثم فليس من مصلحة العلم، ولا المريض نفسه أن نسمح بتعريض هذا الأخير لخطر الموت أو خطر اصابة بالغة، في سبيل الوصول إلى تحقيق نتيجة بسيطة، وغير هامة، وهي مجرد اصلاح عيب جسدي، فواجب الطبيب يقتضي منه في هذه الحالة بوصفه أكثر علما من غيره باحتمالات فشلها وباحتمالات الخطورة المترتبة عليها أن يرفض هذا التدخل"؛ وأيدت محكمة النقض هذا الحكم وقالت: "أن الطبيب حين يجد نفسه أمام حالة لا يطلب منه فيها شفاء المريض بل مجرد إصلاح عيب جسدي أو اخفائه فإن هذا الهدف لا تبرر السعي اليه مصلحة المريض، ولا مصلحة العلم، نظرا لضآلة المصلحة المبتغاة من التجميل... وأن الطبيب الذي أجرى العملية موضوع الدعوى هو أكثر الناس علما بنتائجها، وفشلها المحتمل، ولذلك كان يجب عليه أن يمتنع عن اجرائها وأن لمحكمة الموضوع حين استخلصت من هذه الظروف والملابسات ما يستوجب مسؤوليته عن تعويض الضرر الذي

[1] وفاء حلمي، الخطأ الطبي دراسة تحليلية فقهية وقضائية ، ص: 68.
[2] وفاء حلمي، المرجع السابق ، ص: 69.
[3] محمد حسني منصور، المسؤولية الطبية ، ص: 110.

أحدثه، فإن حكمها قد لاقى تطبيقا سليما للقانون، وللمادتين **1382-1383** من القانون المدني الفرنسي"[1].

الوجه الثاني: وجوب الحصول على رضا المريض في إجراء مثل هذا النوع من الجراحة فيجب على الطبيب أن يعلم المريض بكافة الإحتمالات المترتبة عن تدخله الجراحي حتى لو كانت تلك الاحتمالات نادرة الحدوث[2].

ويقيم القضاء في الغالب قرينة لصالح الأطباء من مقتضاها قيامهم بالتزام الإعلام المسبق للمريض، وعلى المريض أن يثبت انه لم يتم اعلامه بأبعاد العملية ومخاطرها[3] .

وتعد هذه القرينة وإن كانت قائمة في كافة أنواع التدخل الطبي الا أنها تبدو أكثر حيوية بالنسبة لعمليات التجميل حيث يغلب على أحكام القضاء مساءلة الطبيب وافتراض أنه قد وعد المريض بنتائج طبية تبريرا لتدخله في التجميل ولا شك في أن يحصل الطبيب على إقرار من المريض بعلمه والهامه بكافة المخاطر المتوقعة[4].

وفي هذا أكد مجلس الدولة في قرار له حين قبل استأنافا لقرارالغرفة الإدارية لمجلس قضاء باتنة الصادر بتاريخ**15 /03 /1999**القاضي برفض الدعوى لعدم التأسيس[5] .

وعند استأناف المدعية لدى مجلس الدولة مشيرة إلى الوقائع التي مفادها أنها خضعت لعملية جراحية لنزع الخانة على مستوى نهاية الأنف مما أدى إلى تشويه وجهها وإخراجها من المستشفى دون تصحيح التشويه وعندما حولت إلى مستشفى قسنطينة الجامعي أكد لها طبيب المناوبة أن علاجها لايمكن أن يتم إلا في الخارج أي كان على الطبيب الأول أن لايقوم بمثل هذه العملية .

ولأن مجلس قضاء باتنة أسس قراره برفض الدعوى لأن الطبيب المعالج بذل عناية الرجل الحرفي فإن المدعية أكدت عدم حصول الطبيب على الرضا حيث إحتجت بكونها كانت وقت إجراء العملية قاصرة(14سنة)ولم يتم الإتصال بوليها الشرعي ، ولهذا قبل مجلس الدولة استأناف المدعية وطلب التأكد من وثائق الدعوى.

---

[1] وفاء حلمي، الخطأ الطبي ـدراسة تحليلية فقهية وقضائية ، ص: 70-71.
[2] وفاء حلمي، المرجع السابق، ص: 68.
[3] نقض فرنسي في **29 ماي 1951** : محمد حسني منصور، المسؤولية الطبية ، ص: 113.
[4] محمد حسني منصور، المرجع السابق ، ص: 114.
[5] قرارمجلس الدولةرقم **:8090**بتاريخ**03 / 06 /2003**منشور.

ومن ذلك قضت محكمة استئناف **"باريس"** بأن لا خطأ على الطبيب متى باشر عملا طبيا جراحيا سواء أكان بهدف التجميل أو العلاج لكي يثبت الخطأ إذا لم ينبه المريض قبل اجراء العملية بما احتمله من مخاطر حتى يكون رضاؤه بها على علم بحقيقة الأمر[1].

وأضافت محكمة النقض الفرنسية على ذلك عندما قضت بأن الطبيب يعد مخطئا إذ أجرى عملية جراحية لامرأة تبلغ ستة وستين عاما بغرض إزالة الورم والتجاعيد الموجودة أسفل عينيها لكن فشلت العملية ونتج عنها عمى بعينها اليسرى، وقد اعتبر الطبيب مع ذلك مسؤولا لعدم تنبيه المريضة للاحتمالات الخطيرة لتدخله الجراحي، حتى لو كانت هذه الاحتمالات نادرة الحدوث بالرغم من إتباعه كافة الأصول الفنية، وأضافت المحكمة أن ذلك من أجل أن يكون المريض على علم بالعناصر التي يمكن أن يبني عليها تقديره، خاصة أن وجود الورم والتجاعيد تحت العينين لا يسبب إزعاجا شديدا لإمرأة بلغت العمر[2].

الوجه الثالث: وصل التشديد القضائي في معاملة هذا النوع من الجراحات إلى حد إستعمال لغة تقترب إلى الزام الطبيب بتحقيق النتيجة فقضت محكمة **"باريس"** بإدانة طبيب رغم ثبوت قيامه بالجهود واليقظة اللازمين مسببة حكمها بأن النتيجة فقط هي التي تبرر التدخل الجراحي بهدف التجميل لأن تلك الجراحة لا تستلزمها صحة المريض فإما أن يمتنع عن التدخل إذا ما قامت هناك مخاطر جادة للفشل ولم يتم تحذير المريض منها أو ينبغي على الطبيب ألا يقوم بالعملية إلا إذا كان واثقا من نجاحها؛ نظرا لأن الأمر ليس على درجة من الحيوية التي تتعلق بها حياة المريض أو صحته كما أن الجراح لم يقدم ما يبرر فشل العملية عكس ما هو متوقع[3].

واتجاه التشديد هذا يظهر في قرارات محكمة النقض المصرية التي ترى بأن جراح التجميل كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجريها إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى ؛ لأن جراحة التجميل لا يكون الغرض منها شفاء المريض من علة في جسمه، وإنما صلاح تشويه لا يعرض حياته للخطر، ولئن كان مقتضى إعتبار التزام الطبيب التزاما ببذل عناية خاصة إذا أنكر المريض على الطبيب بذل العناية الكافية فعبئ الإثبات يقع على المريض؛ أما إذا أثبت المريض إهمال الطبيب مثل اثبات أن الترقيع الذي أجري له من طرف جراح التجميل في موضع الجرح قد نتج عن تشويه ظاهر في الجسم لم يكن ليكن لو اتبع الجراح القواعد الفنية العادية لعملية التجميل وهو بذلك يكون قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه وينتقل عبء الإثبات بذلك إلى الطبيب

[1] محكمة استئناف باريس في 12 مارس 1931:وفاء حلمي،الخطأ الطبي ـدراسة تحليلية فقهية وقضائية،ص: 68.
[2] نقض فرنسي في 29 أفريل 1968: وفاء حلمي، المرجع السابق ،ص: 69.
[3] محكمة باريس الابتدائية في 11 جوان 1974: محمد حسني منصور، المسؤولية الطبية ، ص: 110-111.

الذي يجب أن يثبت كذلك قيام حالة الضرورة التي أجبرته على إجراء الترقيع حتى يدرأ عنه الخطأ وينفي وصف الإهمال[1].

ولقد سبق هذا التشديد ما وجد في قضاء سابق لمحكمة استئناف مصر التي قررت أن على الأطباء الأخصائيين إستعمال منتهى الشدة معهم، وجعلهم مسؤولين عن أي خطأ ولو كان يسيرا ؛ خاصة إذا ساءت حالة المريض بسبب معالجتهم لأن من واجبهم الدقة[2].

ويحتفظ الإلتزام رغم ذلك بطبيعته كإلتزام ببذل عناية رغم كل التشديد الذي يُقرِّبه من حافة الإلتزام بتحقيق نتيجة[3].

[1] قرارمجلس الدولةرقم :**8090**بتاريخ**03 / 06 /2003:**محمد حسني منصور،المسؤولية الطبية ص:176.
كذلك محكمة النقض المصرية في **1969/06/26**:منير رياض حنا،المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين،ص: 444.

[2] حكم محكمة استئناف القاهرة في **24 جانفي 1969**:منير رياض حنا، المرجع السابق، ص: 444.

[3] محمد حسني منصور، المرجع السابق ، ص: 111.

خلاصة:

يمكن تلخيص القيود الواردة على التدخل العلاجي كمايلي:

1 ـ **إرادة الأشخاص(المريض أو وليه الشرعي،الطبيب...)**

ـ إن بيان مفهوم الإرادة والمدلولات المقاربة يجعل الطبيب واعيا بالإجراءات الهامة التي يقدم عليها في تحمل تبعات قراره بخصوص أساليب العلاج التي تخدم المصلحة العلاجية للمريض.

ـ تمكين الطبيب من مجال واسع لإبراز إرادته الحرة في اتخاذ القرارات الطبية التي يراها مناسبة شرط خضوعه للتنظيمات المعمول بها والمتعلقة بمزاولة المهنة.

2 ـ **الإلتزام بتحقيق نتيجة:**وفحوى هذا الإلتزام هو ضمان سلامة المريض من الأضرار المستقلة عن المرض الذي لجأ من أجله مثل الأضرار الناجمة عن:

ـ إستعمال الأجهزة والأدوات الطبية.

ـ نقل الدم والتحليل الطبي.

ـ إعطاء الدواء بمعرفة الطبيب وتقديمه مباشرة للمريض.

ـ عمليات تركيب الأطراف الصناعية.

ـ الجراحات التجميلية:حيث كانت في بادئ الأمر تؤسس على وجوب تحقيق النتيجة ليحيد القضاء عن ذلك لاحقا واعتبارها فرعا من فروع الجراحة يكفي التزام الطبيب فيها ببذل عناية تتفق والأصول العلمية فقط دون إجباره على تحقيق نتيجة.

الفصل الثالث:

تقدير المصلحة العلاجية للمريض.

المبحث الأول:حماية مصلحة المريض في العلاج.

المبحث الثاني: رفض التداوي وأحكامه.

لا ينكر أن الإسلام قد اعتبر حاجات الناس وفقا لتوافر عدة شروط لازمة لصحة العمل بها ، ولا يخفى على الدارس ما شُرع من الأعذار الطارئة للإنسان حال مرضه بما يسد النقص والخلل في جسم الإنسان.

ولأن الأصل هو سلامة أبدان الناس وصحتها،فقد شرع للمريض العمل بما يحتاج اليه من أحكام شرعية مخففة تلبية لحاجة المريض،ومن ذلك شرع التيمم ورخِّص للمصلي المريض الصلاة قاعدا أوعلى جنب وله أيضا الجمع بين الصلاتين أما في رمضان فرخص للمريض الإفطار ،وفي ركن الحج شرع للحاج المريض الاستنابة وما الى ذلك من الأحكام الشرعية التي تتوافق والمصلحة العلاجية للمريض في جلب مصلحته في الشفاء ودرء مفاسد الأوجاع.

المبحث الأول: حماية مصلحة المريض في العلاج

المطلب الأول . مفهوم المصلحة

المصلحة هي محور وهدف النشاط الانساني في كل مجالات الحياة وخاصة ماكان متعلقا بسد حاجات الناس، لهذا يكون ما يصدر عن الانسان من تفكير وعمل مؤسس على دافع خفي وحيد هو المصلحة.

الفرع الأول:تعريف المصلحة:

في اللغة:المصلحة الصلاح وهي واحدة المصالح[1]، واستصلح نقيض استفسد[2] ،والصلاح ضد الفساد[3].

[1] ابن منظور، لسان العرب، ج5 ص:374.

[2] الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص: 293.

[3] الرازي، مختار الصحاح، ص: 367.

ومصلحة المريض في العلاج لاتختلف عن هذا المعنى اللغوي الذي يفيد بوجوب بذل الجهد في وسائل صلاح أبدان الناس من الأسقام والأوجاع.

لكن هل يرتبط مفهوم المصلحة في الفقه الإسلامي والقانوني بهذا المعنى،وهل يتطابق ومفهوم المصلحة العلاجية للمريض؟

أولا . تعريف المصلحة في الفقه الإسلامي

لقد كان التعبير عن المصالح والمفاسد بالخير والشر، والنفع والضر، والحسنات والسيئات، لأن المصالح كلها خيور نافعات حسنات، والمفاسد بأسرها شرور مضرات سيئات، وقد غلب في القرآن إستعمال الحسنات في المصالح، والسئيات في المفاسد[1].

ولهذا كانت المصلحة بتعريف الغزالي هي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة[2].

وورد في كتب الأصول أن الذي يؤخذ من تتبع كتب اللغة أن المصلحة تطلق باطلاقتين:

الإطلاق الأول: أن المصلحة كالمنفعة لفظا ومعنا، فهي على هذا الاطلاق، إما مصدر بمعنى الصلاح، كالمنفعة بمعنى النفع، وإما اسم الواحدة من المصالح، كالمنفعة اسم الواحدة من المنافع.

الإطلاق الثاني: المصلحة على الفعل الذي فيه صلاح بمعنى النفع، مجازا مرسلا من باب اطلاق اسم المسبب على السبب، فقيل إن التجارة مصلحة، وطلب العلم مصلحة، وذلك لان التجارة وطلب العلم سبب المنافع المادية والمعنوية، ومن هذا المعنى تكون

[1] أبو حامد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، تحقيق وتعليق محمد بن سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة، لبنان،ط1، 1997، ص: 416.
[2] المرجع نفسه.

المصلحة ضد المفسدة لأنهما نقيضان لا يجتمعان، كما لا يجتمع النفع والضرر لأنهما نقيضان كذلك ، والمناسبة بين معنى المصلحة لغة ومعناها شرعا مناسبة واضحة، تظهر عند تعريف المصلحة عند أهل الشرع أما المنفعة فقد عرفها البعض بأنها اللذة تحصيلا أو إبقاء، والمراد بالتحصيل جلب اللذة، والمراد بالابقاء المحافظة عليها[1].

وإلى هنا أضاف البعض إلى أن المصلحة لغة كالمنفعة وزنا ومعنى، لأنها مصدر بمعنى الصلاح كالمنفعة بمعنى النفع[2].

ويقول مجيد العنبكي أنه لو رجعنا الى القواميس لوجدنا أن المصلحة تعني لغة الصلاح والمصلحة وأحد المصالح، فيقال رأي الإمام المصلحة في كذا أي الصالح والمصلحة مفعلة من الصلاح وهو كون الشيء على هيأة كاملة بحسب ما يراد ذلك الشيء له فالسيف على هيأته الصالحة للضرب به ويكون القلم كذلك على هيأته الصالحة للكتابة به[3].

ولقد ورد استعمال معنى الصلاح نقيض الفساد في القرآن الكريم في قوله تعالى:

﴿ وَلا تُفْسِدُواْ فِي ٱلأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَٰحِهَا﴾ [4] فالمصلحة بمعناها اللغوي مثلما يتضح أنها تدل على كل ما فيه نفع وخير وهي مرادفة في معناها للمنفعة[5]، ولهذا لاتختلف المصلحة العلاجية للمريض عن هذا المعنى لكونها مجموع الأعمال النافعة للمريض قصد الشفاء والتخفيف من الآلام.

---

[1] حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الاسلامي، مكتبة المتنبي، مصر، 1981، ص: 3-4.
[2] عبد الكريم النملة، اتحاف ذوي البصائر بشرح روضة الناظر في أصول الفقه على مذهب الامام احمد بن حنبل، دار العاصمة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية،ط1، 1996، ج4ص: 306.
[3] مجيد حميد العنبكي، أثر المصلحة في التشريعات، الكتاب الأول في التشريع الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع والدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن،ط1، 2002، ص: 19.
[4] سورة الأعراف الآية:56.
[5] ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، دار الجيل لبنان،ط1، 1991، ج3ص: 303.
و الجوهري، الصحاح ، ج4 ص: 227.
والزمخشري، تاج العروس، ص: 75.
والكفوي ،الكليات، ص: 560-561.

وتشير البحوث المختلفة إلى التعريف اللغوي للمصلحة وهو تعريف عام للفظ بينما انصبت دراسة علماء الأصول على المصالح المرسلة كأحد الأصول الشرعية ومنه كان التعريف الاصطلاحي خاصا بالمصلحة المرسلة تبعا لذلك.

1 . تعريف الغزالي للمصلحة: أشار الغزالي إلى أن المصلحة في أصل العرف عند الناس هي جلب المنفعة ودفع المضرة مطلقا وهو ما يوافق المعنى اللغوي، فيقول: "المصلحة عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة، ولسنا نعني به ذلك فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكنا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة، وإذا أطلقنا المعنى المخيل أو المناسب في كتاب القياس أردنا به هذا الجنس"[1].

ويتضح من هذا أن المصلحة في مفهوم الغزالي هو ما كان النفع به مقصودا للشارع فقط دون إعتبار أصل اللفظ في جلب المنفعة ودفع المضرة، ومنه تكون المصلحة في نظره ما وافقت مقاصد الشارع وإن بدت للناس أنها مفاسد لأن هذه الأحكام وغيرها إنما شرعت للمحافظة على غايات وأهداف مقصودة للشارع فهي تبدو للبعض أن فيها إجحافا بحقوق الغير وخاصة من كان منهم يحاول الطعن في أحكام الشريعة الاسلامية، فمثلما يثور الجدل الغالب حول تشريع التعدُّد وتقييد حق المرأة في ابرام عقد الزواج والتفرقة المشروعة بين الرجل والمرأة في الميراث... إلخ.

[1] أبو حامدالغزالي، المستصفى من علم الأصول ، ص: 416.

وذكر الغزالي تبعا لذلك أن المصلحة بهذا المعنى هي مرادفة للمناسب أو المخيل في كتاب القياس وذلك مرده أن المناسبة هي وصف يلزم من ترتيب الحكم عليه أن يؤدي الى مصلحة مقصودة للشارع من باب اطلاق حكمة الحكم على علته، ولا يغني أن بينهما عموم وخصوص، فكل مصلحة ليست بالضرورة وصفا مناسبا بينما يعتبر كل وصف مناسب هو مصلحة، فالمصلحة هي وصف غير منضبط بخلاف علة الحكم[1].

2 . **المصلحة عند العز بن عبد السلام:**قسم المصالح الى أربعة أنواع:

النوع الأول والثاني اللذات وأسبابها.

والنوع الثالث والرابع الأفراح وأسبابها.

أما المفاسد فقسمها الى أربعة أنواع:

النوع الأول والثاني: الآلام وأسبابها.

والنوع الثالث والرابع منها فهي الهموم وأسبابها.

واعتبرها جميعا منقسمة إلى دنيوية وأخروية فأما لذات الآخرة وأسبابها وأفراحها وأسبابها فقد دل عليها الوعد والوعيد والزجر والتهديد ولذات الدنيا وأسبابها وأفراحها وأسبابها فهي معلومة بالعادات[2].

وقد أشار في ذلك الى المصلحة من خلال ما تنقسم اليه منبها في نفس الوقت على أن المصالح مادية ومعنوية فاللذات تدل على ما هو مادي محسوس والأفراح دلالة على كل ما هو معنوي كالتجارة فمنافعها مادية أما العلم فمنافعه معنوية حيث يبين في موضع آخرمبرزا أهمية المصلحة العلاجية للمريض في أمثلة عدة بقوله: "المصالح ضربان: أحدهما حقيقي وهو الأفراح واللذات، والثاني مجازي وهو أسبابها، وربما كانت أسباب المصالح مفاسد

[1] حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الاسلامي ،ص: 08.
[2] العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام،ص: 15.

فيؤمر بها أو تباح لا لكونها مفاسد بل لكونها مؤدية إلى المصالح، وذلك كقطع الأيدي المتآكلة حفظا للأرواح وكالمخاطرة بالأرواح في الجهاد، وكذلك العقوبات الشرعية كلها ليست مطلوبة لكونها مفاسد بل لأداءها إلى المصالح المقصودة من شرعيتها؛ كقطع السارق وقطاع الطرق، وقتل الجناة، ورجم الزناة، وجلدهم وتغريبهم، وكذلك التعزيرات، كل هذه المفاسد أوجبها الشرع لتحصيل ما رتب عليها من المصالح الحقيقية وتسميتها بالمصالح من مجاز تسمية السبب باسم المسبب"[1].

ويتوافق تعريف ابن عبد السلام للمصلحة من خلال بيان أقسامها مع المعنى اللغوي إذ إنه لم يقصد بالمصلحة إلا ما هو مقرر في أصل اللغة على أن المصلحة هي المنفعة الحقيقية أو السبب المؤدي إليها مجازا ولم يذكر ما مدى ملائمة هذه اللذات والأفراح لمقاصد الشارع.

3. المصلحة عند الشاطبي: يعنى الشاطبي بالمصالح كل ما يرجع إلى قيام حياة الناس وتمام عيشهم ونسلهم ما تقتضيه أوصافهم الشهوانية والعقلية على الإطلاق لأجل التنعم على الإطلاق[2].

وتعلق تعريف الشاطبي في هذا بالواقع أكثر دون تقييد لها بالمحافظة على مقصود الخطاب الشرعي فقال: "وهذا وجه النظر في المصلحة الدنيوية من حيث مواقع الوجود في الأعمال العادية"[3].

[1] العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، ص: 17-18.
[2] الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج2ص: 20.
[3] الشاطبي، المرجع السابق، ج2ص: 29.

ولأن المصلحة ليست مجرد متعة أو لذة مطلقة فقد أشار إلى حقيقة المصلحة المعتبرة شرعا في موضع آخر حيث قال إن المصالح المجتلبة شرعا والمفاسد المندفعة إنما تعتبر من حيث تقام الحياة الدنيا للآخرة دون التقيد بأهواء النفوس في جلب مصالحها العادية ودرء مفاسدها العادية لأن المعتبرة – حسبه – هو الأمر الأعظم وهو جهة المصلحة التي هي عماد الدين والدنيا، فالتقيد بالمصلحة المعتبرة يكون من حيث قيام الحياة الدنيا للآخرة وهو ما يثبت باتباع ما رسمه الخالق لعباده من أحكام وشرائع.

ولم يغفل في ذلك بالتنبيه على الجانبين المهمين للمصلحة تماما مثلما فعل العز بن عبد السلام قبله فوصف الشهوانية ينطبق على المصالح المادية أما وصف العقلية فلا شك أنه ينطبق على المصالح المعنوية، بل إن الاشارة إلى المصالح بما يرجع إلى تمام عيش الإنسان يتوافق والمصالح الضرورية، كما إن وصف المصالح على ما يتمم عيش الناس هو وصف للمصالح الحاجية وفي هذا تقسيم للمصالح وتحديد لجوانبها.

4. المصلحة عند الطوفي[1]: هي "المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق"[2] لكنه في موضع آخر يقول: "إن رعاية المصلحة أقوى من الاجماع، ويلزم من ذلك أنها من أدلة الشرع، لأن الأقوى أقوى، وقال في تعريفها :"هي السبب المؤدي الى الصلاح والنفع، كالتجارة المؤدية الى الربح، وبحسب الشرع هي السبب المؤدي إلى مقصود الشارع"[3]، وأكد أن المصلحة مرعية عند الشارع على سبيل الإجمال والتفصيل.

[1] هو سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم بن سعيد الطوفي البغدادي الحنبلي، ولد بقرية طوفا سنة 657هـ وتوفي سنة 716هـ، من مؤلفاته: معراج الوصول البلبل في أصول الفقه، أنظر: ابن حجر العسقلاني، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، دار الجيل، لبنان، دون تاريخ، ج2ص: 154 وعمر كحالة، معجم المؤلفين ، ج1 ص: 791.

[2] الطوفي،رسالة في رعاية المصلحة،تحقيق أحمد عبد الرحيم السايح،الدار المصرية اللبنانية،ط1،1993،هامش ص: 14.

[3] الطوفي، المرجع السابق ، ص: 25.

. من الإجمال : قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ قَدْ جَآءَتْكُم مَّوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَشِفَآءٌ لِّمَا فِى ٱلصُّدُورِ وَهُدًى وَرَحْمَةٌ لِّلْمُومِنِينَ قُلْ بِفَضْلِ ٱللَّهِ وَبِرَحْمَتِهِۦ فَبِذَٰلِكَ فَلْيَفْرَحُوا۟ هُوَ خَيْرٌ مِّمَّا يَجْمَعُونَ﴾[1]، وله في ذلك عدة أوجه للدلالة:

1- حيث إنه توعدهم وفيه أكبر مصالحهم إذ في الوعظ كفهم عن الأذى وإرشادهم إلى الهدى.

2- وصف القرآن أنه شفاء لما في الصدور يعني من شك ونحوه وهو كذلك مصلحة عظيمة.

3- وصفه بالهدى.

4- وصفه بالرحمة وهي مع الهدى غاية المصلحة.

5- إثناء الفضل والهدى والرحمة الى فعل الله عز وجل ولا يصدر عن ذلك إلا مصلحة عظيمة للإنسان.

6- الفرح وهو في معنى التهنئة لهم بذلك، والفرح والتهنئة إنما يكونان لمصلحة عظيمة.

7- إن في قوله ﴿هُوَ خَيْرٌ مِّمَّا يَجْمَعُونَ﴾[2] مقصود به ما يجمعونه من مصالحهم، ويعقب الطوفي[3] بقوله: "فالقرآن ونفعه أصلح من مصالحهم، والأصلح من المصلحة غاية المصلحة... ونحن نقول به في العبادات، وحيث وافق المصلحة في غير العبادات.

وإنما ترجح رعاية المصالح في المعاملات ونحوها لأن رعايتها في ذلك هو قطب مقصود الشرع منها، بخلاف العبادات، فإنها حق الشرع، ولا يعرف كيفية ايقاعها إلا من جهته نصا وإجماعا، وأما التفصيل فيرى أن فيه أبحاث:

---

[1] سورة يونس، الآيتين: 57-58.
[2] سورة يونس، الآية :58.
[3] الطوفي، رسالة في رعاية المصلحة ، صفحة: 27.

1-أن أفعال الله عز وجل معللة بحكم غائية، تعود بنفع الكلفين وكمالهم لابنفع الله عزوجل لاستغنائه بذاته عما سواه.

2- أن رعاية المصالح تفضل بها الله على خلقه لا واجبة عليه كما في الآية﴿إِنَّمَا ٱلتَّوْبَةُ عَلَى ٱللَّهِ ﴾[1]، وقوله﴿كَتَبَ رَبُّكُمْ عَلَىٰ نَفْسِهِ ٱلرَّحْمَةَ ﴾[2] وغير ذلك وبالتالي فإن قبول رعاية المصالح واجب منه لا عليه مثلما بين الطوفي[3].

3- في أدلة رعاية المصلحة من الكتاب والسنة والاجماع والنظر وذكر منها سيرا على جهة ضرب المثال، بعد أن تأكد من أن استقصاء ذلك بعيد المنال[4].

ويبقى السؤال فيما إن كان ما أخذه البعض عن الطوفي من أنه يجد المصلحة في نظر الخلق تختلف عن المصلحة في ميزان الشرع إلا إذا كانت المصلحة معتبرة شرعا فتحافظ على مقصوده، فالقصاص مصلحة في نظره لأنه سبب الى حقن الدماء وهو نفع مقصود للشارع، ورجم الزاني كذلك مصلحة لأنه سبب لحفظ النسل وهو نفع مقصود للشارع[5].

وهذا نفس ما يراه أبو حامد الغزالي بأن كل ما تضمن حفظ أحد الأصول الخمسة فهو مصلحة، فيكون القصاص مصلحة لأنه يتضمن حفظ النفس وهو أحد الأصول أو المقاصد الخمسة[6].

وعليه أخلص من تعريف الطوفي للمصلحة أن التدخل العلاجي يحقق مصلحة أكيدة للمريض لما فيه من صلاح لأبدان الناس ونفع لهم كما أنها تتضمن حفظ النفس كأحد الأصول الشرعية ومقاصدها.

---

[1] سورة النساء، الآية :17.
[2] سورة الأنعام، الآية: 55.
[3] الطوفي، رسالة في رعاية المصلحة ، صفحة: 29.
[4] الطوفي، المرجع السابق ، ص: 30 وما بعدها.
[5] حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الاسلامي ، ص: 9.
[6] أبو حامدالغزالي، المستصفى من علم الأصول ، ص: 413.

5 . تعريف المصلحة عند الخوارزمي[1]: هي "المحافظة على مقصود الشارع بدفع المفاسد عن الخلق"[2].

ويفهم من ذلك أن مقصود الشرع حسبه محصور في دفع المفاسد عن الخلق وهو نفس ماذهب إليه الغزالي حين صرح بأن مقصود الشارع جلب المصالح ودفع المفاسد أي أن كل ما تضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت أحد هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعه مصلحة[3].

وما يستنبط من التعاريف السابقة للغزالي والطوفي والخوارزمي أنهم جعلوا للمصلحة معنى في الشرع يخالف معناها اللغوي الذي يعني النفع ووسيلته[4].

لكن هناك من يجد أن مفهوم المصلحة عند الأصوليين يكاد يكون متوافقا مع المعنى اللغوي لأن حدود المصلحة عرفا يبين أنها مطلق النفع حقيقة أو مجازا ويستدل في ذلك بقول الغزالي أن الأصل في المصلحة عبارة عن جلب منفعة أو دفع مضرة وذهاب الطوفي إلى أن المصلحة بحسب العرف تكون السبب المؤدي إلى الصلاح والنفع[5].

مع الإشارة إلى أن التعريفات السابقة تتفق كذلك على التفريق بين مقاصد الشرع ومقاصد الخلق وهو تقييد لمعنى المصلحة في أصل اللغة والعرف مع العلم أن العز بن عبد السلام لم يشر إلى هذا القيد؛ فالمتأمل لتعريفه يجد أنه لم يجعل للمصلحة حدا مغايرا لحدها في أصل العرف واكتفى ببيان أنواع المصلحة باعتبارات أخرى مختلفة.

---

[1] هو محمود بن محمد بن العباس بن أرسلان أبو محمد مظهر الدين العباسي الخوارزمي فقيه شافعي مؤرخ من أهل خوارزم مولدا ووفاة(568492هـ):الزركلي،الأعلام،ج7ص:181.

[2] بدر الدين الزركشي،البحر المحيط في أصول الفقه، وزارة الأوقاف الكويتية،الكويت،ط2،1992،ج6 ص:86.
حسين حامد حسان، المرجع السابق، ص: 11.
محمد الصانع، المصلحة في الشريعة الاسلامية والفكر الغربي(مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر) 2006، ص: 15.

[3] حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الاسلامي ، ص: 12.

[4] المرجع نفسه.

[5] سمية قرين، المصلحة المرسلة ضوابطها وتطبيقاتها في الفقه الاسلامي(رسالة ماجستير، جامعة باتنة) 2010، ص: 25.

6 . المصلحة عند محمد الطاهر بن عاشور: يرى أن المصلحة هي وصف للفعل الذي يحصل به الصلاح، أي النفع منه دائما أو غالبا للجمهور أو للآحاد ويحددها بصلاح أحوال المسلمين في نظام المعاملات مستثنيا صلاح عمل العبادات والأنفس وصلاح الاعتقاد[1].

ويكون النفع حسبه دائما في المصالح الخالصة والمطردة أما النفع الغالب فيقصد به المصلحة الراجحة في غالب الأحوال ولفظه "للجمهور أو للآحاد" فيعني أن المصلحة قسمين: خاصة وعامة.

وعند التدقيق في التعريف اللغوي والشرعي للمصلحة أجد أن المصلحة العلاجية للمريض لاتختلف عن المعنى اللغوي(النفع ووسيلته)كما أنها ضمن المفهوم الشرعي للمصلحة التي يراها الطوفي بأنها السبب المؤدي الى الصلاح والنفع.

[1]-محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة، ص: 229.

ثانيا . مفهوم المصلحة في الفقه القانوني

يكون مفهوم الحق لدى "**اهرنج**" كما سبق الإشارة إلى ذلك هو المصلحة أو الفائدة (المادية أو الأدبية) التي تتحقق لصاحب الحق وهذا خلاف ما ذهب إليه "**دابان**" الذي يرى أن الحق هو علاقة اختصاص بين شخص وشيء ولكن هذا الاختصاص لا يعني حتما إنتفاع صاحب الحق بالشيء لأن الإنتفاع قد يكون لغيره كما في مغتصب ملك الغير ومن ذلك يرى أن الحق هو ليس مصلحة وإنما إختصاص بها.

كما أن أصحاب النظرية المختلطة عرفوا الحق تارة بأنه مصلحة يحميها القانون وفي أخرى أن الحق قدرة في خدمة مصلحة ذات صفة إجتماعية يسهر على تحقيقها والذود عنها قدرة إرادية .

ولا شك أن هذه النظريات القانونية تقيس الشر والخير بأيديهم وفقا لما تنم به القيمة المادية المحسوسة تماما مثلما ذهبت إلى ذلك نظريات الأخلاق إذ لا فرق بين المصلحة في الدراستين معا إلا من ناحية المعالجة وحدها[1].

وعلماء الأخلاق ضبطوا معرفة المصالح بميزان دنيوي خالص فاعتبروا أن من في الدنيا هو من صنع أمرها بما فيها من مظاهر اللذائذ والآلام وبذلك تكون موازين الخير والشر عبارة عن ما يستقل به الاحساس والوجدان البشري ؛ومن ذلك يقول "**ستيوارت مل**" في كتابه مذهب المنفعة العامة: "إن الخير الأقصى – وهو أساس الأخلاق – كان مثارا للجدل منذ أيام "**سقراط**" الشاب و"**بروتاغورس**" الشيخ، وتشعب الباحثون إزاء هذه المشكلة فرقا ومدارس دون أن تلتقي عندهم وجهات النظر، إن اتفق الباحثون على نتائج البحث ممكن في العلوم النظرية، مستحيل بالإضافة الى العملية – كالأخلاق والتشريع – ذلك لأن الإنسان يأتي أفعاله من أجل غاية يهدف إليها، والقاعدة التي يسير الفعل بمقتضاها يجب أن تستمد كل

[1] محمدسعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الاسلامية، مؤسسة الرسالة، لبنان ،2009، ص: 36.

طابعها وصورتها من هذه الغاية التي تخضع لها، ومن هنا وجب البدء بوضع غاية لتدبير أفعال الانسان"[1].

ومن هنا تكون غاية الشفاء مبررة من قبل "**ستيوارت مل**" في قيام الانسان بشتى الأفعال المثبتة علميا من أجل تحقيقها.

الفرع الثاني:خصائص المصلحة:

أولا . في الفقه الاسلامي:يقول البوطي في رسالته المعنونة بضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية مايلي: "والمصلحة فيما أصطلح عليه علماء الشريعة الاسلامية يمكن أن تعرف بما يلي:"المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده، من حفظ دينهم، ونفوسهم وعقولهم، ونسلهم، وأموالهم، طبق ترتيب معين فيما بينها"[2].

[1] توفيق الطويل، مذهب المنفعة العامة في فلسفة الأخلاق،مكتبة النهضة المصرية،مصر،1953، ص: 142.
[2] البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الاسلامية، ص: 23.

وقد بين في ذلك خصائص المصلحة في الشريعة الإسلامية وهي ثلاث:

1- معيارها الزمني مكون من الدنيا والآخرة: فالزمن الذي يكون فيه أثر كل من المصلحة والمفسدة ليس محصورا في الدنيا وحدها بل يكون في الدنيا والآخرة معا؛ فهو يرى بأن الإنسان سيحرم من الثواب إذا لم يلاحظ – وهو يسعى إلى مصالحه المشروعة – الإستجابة لأمر الله، ويبين قوله ذلك بكلام الشاطبي حين يقول: "لو كانت أوامر الله من حيث هي حقا للعبد، لصح الثواب عليها بدون نية، لأن حق العبد حاصل بمجرد الفعل، من غير نية، لكن الثواب مفتقر في حصوله الى نية، وأيضا فلو حصل الثواب بغير نية لأثبت الغاصب إذا أخذ منه المغصوب كرها، وليس كذلك باتفاق وإن حصل حق العبد، فالصواب أن النية شرط في كون العمل عبادة، والنية المراد هنا نية الإمتثال لأمر الله ونهيه، وإذا كان هذا جاريا في كل فعل وترك ثبت أن في الأعمال المكلف بها طلبا تعبديا على الجملة[1]"[2].

2- منبعها جسم وروح الانسان: لذلك فإن قيمتها لا تنحصر فيما تنطوي عليه من لذة مادية مثلما ذهب إلى ذلك فلاسفة الأخلاق.

و المرجح – حسبه – في معرفة الحق في هذا هو الفطرة الأصيلة في الإنسان قبل أن تنحدر بها عوامل التربية والمجتمع لأن الفطرة الإنسانية الصافية نزاعة إلى تلمس القوة الكبرى في الكون لتدين لها بالعبادة والخضوع، إذا فالمصلحة في الشريعة الاسلامية ناظرة، بعدالة إلى نوازع كل من الجسم والروح[3].

3 – مصلحة الدين أساس للمصالح الأخرى: فلأن مصلحة الدين مقدمة على غيرها وجب على المكلف التضحية بما سواها مما قد يعارضها من المصالح الأخرى إبقاءا لها وحفاظا عليها.

[1] الشاطبي، الموافقات ، ج2 ص: 317.
[2] البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ، ص: 49-50.بتصرف
[3] البوطي، المرجع السابق ، ص: 55.

أما عن ضوابط المصلحة الشرعية، فأول ضابط لها أن تندرج في مقاصد الشارع لتحقيق غاية كلية واحدة.

والضابط الثاني هوعدم معارضة المصلحة للكتاب وعدم معارضتها للسنة كذلك والقياس وعدم تفويتها مصلحة أهم منها.

ثانيا . خصائص المصلحة من منظور فلاسفة القانون:

1. وزنها بميزان الدنيا وحدها: حيث جاء في كتاب فلسفة اللذة والألم "أن أكثر المواقف التي تكون حضارة الإنسان أكثر ما تحركها الإنفعالات وتقودها الشهوات..."[1].

ولأن الإنفعالات غالبا ما تكون متضاربة لإختلافها فإنهم يوجهون لأنفسهم هناك آمالا يتخذون مما بينها وبينهم وسائل إليها بالرغم من كون البعض من عامتهم ومفكريهم من يدعي الايمان باليوم الآخر[2].

2- قيمة المصلحة في اللذة المادية فقط: وهي تنقسم في ذلك إلى: لذة حسية، لذة معنوية، لذة جسمية، مثلما أشار إليه "**جون ستيوات ميل**"سواء عادت المصلحة على شخصية الفرد وحده أو على الشخصية العامة للمجتمع[3].

3- الدين جزء من المصلحة: فهو ينفذ وجود المصلحة المعتبرة؛ حيث يقول "**بنتام**": "يجب أن يكون سير الديانة موافقا لمقتضى المنفعة، فالديانة باعتبارها مؤثرا تتركب من عقاب وجزاء، فعقابها يجب أن يكون موجها ضد الأعمال المضرة بالهيأة الاجتماعية فقط، وجزاؤها يكون موقوفا على الأعمال التي تنفعها فقط، وهذه هي القاعدة الأولية، والطريقة

[1] اسماعيل مظهر، فلسفة اللذة والألم،كلمات عربية للنشر،مصر،2013، ص: 39.
[2] البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الاسلامية ، ص: 31.
[3] البوطي، المرجع السابق ، ص: 36.

الوحيدة في الحكم على سير الديانة هو النظر إليها من جهة الخير السياسي في الأمة فقط وماعدا ذلك لا يلتفت اليه"[1] .

وهو مذهب "**وليم جيمس**" حيث شرحها في كتابه "**البراجماتزم**" بتفكير غلبت عليه النزعة الإلحادية حتى قيل أنه كان يهتم بالعقيدة الدينية باعتبارها ظاهرة انسانية ابتغاء تحقيق السعادة للناس، ويدعو الى الاعتقاد بوجود الله متى كان هذا الإعتقاد يحقق سعادتهم حتى ولو كان العقل البشري عاجزا عن اقامة دليل منطقي لهذا الاعتقاد[2].

الفرع الثالث:تقسيمات المصلحة:

أولا . إعتبار المصلحة في الفقه الاسلامي: لقد سلك الأصوليون تقسيم المصالح عدة مسالك[3]:

1 . مذهب الغزالي في تقسيم المصلحة: وقد قسم المصلحة الى أربعة أنواع[4]:

النوع الأول . مصلحة شهد الشرع لنوعها: ويرجعها إلى باب القياس الذي يعني به تعدية حكم بعينه من محل النص بعلة هي الموجبة في محل النص مثل تعدية الحرمة من الخمر إلى النبيذ بعلة الإسكار التي أوجبت التحريم في محل النص.

النوع الثاني . مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشرع: ويمثل لها بفتوى الصحابة بإعطاء الشارب عقوبة القاذف إقامة لمظنة القذف مقام القذف.

النوع الثالث . المصلحة الباطلة: وهي ما صادقت في محل نصا للشرع ويتضمن إتباعها تغييرا للشرع.

---

[1] جيرمي بنتام، أصول الشرائع،ترجمة أحمد فتحي زغلول،الهيئة المصرية العامة للكتاب،مصر،2012، ص: 307.
[2] توفيق الطويل، مذهب المنفعة العامة في فلسفة الأخلاق ، ص: 266.
[3] حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، ص: 18.
[4] أبو حامد الغزالي، شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، تحقيق حمد الكبيسي، مطبعة الارشاد، بغداد، 1971، ص: 210.

النوع الرابع . المصلحة الغريبة: وهي المصلحة التي لا يشهد لجنسها شرع ولا يناقضها نص بحيث سكتت شواهد الشرع ونصوصه عنها.

2 . تقسيم الطوفي للمصلحة:استند في ذلك إلى أوجه الإعتبار والإلغاء وقسمها بذلك إلى ثلاث أنواع:

أ . المصلحة المعتبرة.

ب- المصلحة الملغاة.

ج- المصلحة المرسلة.

وقد انتقد تقسيمه بحجة أنه مزيج بين المصالح المرسلة وقاعدة سد الذرائع كما تم الإشارة إلى غموض وقصور في نظريته[1].

3 . تقسيم المصالح من حيث شهادة الشرع لها بالإعتبار :وهي بذلك ثلاث أقسام:

أ . مصلحة شهد الشرع باعتبارها: وتتدرج هذه المصلحة في باب القياس إن لم تكن هي القياس نفسه ؛ لأن شرط القياس عندهم هو وجود الأصل الذي يعتبر الشارع فيه عين المصلحة أو جنسها كتضمين السارق في قيمة المسروق، وإن أقيم عليه الحد مصلحة معتبرة لأن الشارع شهد لنوعها بحكمه بالضمان على الغاصب لتعديه، كما يعطى الشارب حكم القاذف مصلحة شهد الشرع باعتبارها بإقامة مظنة القذف وهو الشرب مقام القذف لوجود الأصل الذي يشهد لجنس هذه المصلحة والأصل في هذا هو إقامة الخلوة مقام الزنا في الحرمة.

ب . مصلحة شهد الشرع ببطلانها: وتفسر شهادة الشرع للمصلحة بالبطلان بوجود نص يدل على حكم في الواقعة يناقض الحكم الذي تمليه المصلحة، وكان التمثيل لذلك عند القول

[1] حسين حامد حسن، نظرية المصلحة في الفقه الاسلامي، ص: 23.

بإعطاء الزوجة حق انهاء الزواج مساواة لها بالزوج؛ أو القول أن البنت تساوي الابن في الميراث لأنها أصبحت مثل الرجل تشاركه في تحمل أعباء الحياة، فساوت الابن من هذه الجهة .

والمصلحة في هذين المثالين قد شرع الشرع ببطلانها لوجود النص الذي يحكم بأن الطلاق لمن أخذ بالساق كما يوجد نص قرآني كذلك أن للذكر مثل حظ الأنثيين.

ج . مصلحة لم يشهد الشرع باعتبارها ولا بطلانها: ومثل الشاطبي لهذا النوع من المصالح عند حرمان القاتل من الميراث جزاءا له بنقيض قصده ؛ رغم أن هذا المثال ليس لمصلحة مسكوت عنها إذ أن المعاملة بنقيض المقصود أصل شرعي شهدت له النصوص في الجملة، والتفريع عليه عمل بمصلحة تلاءم جنس تصرفات الشارع[1].

وقد أنكر الغزالي وجود هذا النوع من المصالح على أساس أنه لا يتصور أن توجد واقعة مسكوت عنها في الشرع لأن هذا سيوصل إلى القول بأن الدين لم يكمل، وأن النعمة لم تتم وهو خلاف ما أخبر به الشرع سبحانه وتعالى.

[1] حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الاسلامي، ص: 17.

4 . تقسيم المصالح المقصودة من التشريع من حيث قوتها في ذاتها واعتبارا لآثارها في قوام أمر الأمة

وهي بذلك ثلاث أقسام:

أ . **المصلحة الضرورية:** وهي المصلحة الأساسية التي يجب على الأمة بمجموعها وآحادها ضرورة تحصيلها فبفقدانها تنهار الأمة ويؤول حالها إلى الفساد والتلاشي في الدنيا كما يفوت عليها النجاة والنعيم في الآخرة[1].

فحفظ النفس مثلا يكون بإباحة ما يكون عليه بقاء الحياة من طعام وعلاج، وكذلك يكون بتشريع العقوبات الرادعة عن إتلافها كالدية والقصاص من أجل حفظ الروح والكرامة الإنسانية فالوجود المعنوي للمجتمع البشري هو المقصود من الوجود المادي، أما الوجود المادي وحده فتشترك فيه سار الكائنات الحية[2].

أما حفظ العقل فيكون بإباحة ما ينمي الأجسام وتحريم ما يدخل عليها الخلل والإضطراب كتحريم المخدرات والمسكرات لأن العقل هو مناط التكليف وقوام الفكرة وأساس الإنسانية فاختلاله يؤدي إلى الفساد العظيم نتيجة عدم الإنضباط في التصرفات.

ب . **المصلحة الحاجية:** هي أدنى من المصالح الضرورية ويقصد بها كل ما يرفع الحرج على الناس والمشقة البالغة غير مألوفة في حياتهم ،وهي التي تتحقق بدونها الكليات الخمسة، لكن مع الضيق والمشقة وأمثلتها كثيرة حيث أن أحكام الشريعة بنيت على رفع الحرج عن الأمة[3].

---

[1] الشاطبي، الموافقات، ج2 ص: 17.
[2] فتحي الدريني،المناهج الأصولية في الإجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي،مؤسسة الرسالة،لبنان،ط3،2013،ص: 515.
[3] الشاطبي، الموافقات، ج2 ص: 21.
و البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الاسلامية، ص: 111.

فحفظ الدين قد شرعت له العبادات ومع ذلك أيضا شرعت الرخص المخفِّفة كالنطق بكلمة الكفر عند الإكراه لتجنب القتل، ورخص كذلك الإفطار في رمضان عند المرض أو السفر.

ولحفظ النفس أبيحت للإنسان الطيبات وما زاد على أصل الغذاء، ولحفظ النسل شرع المهر وأبيح الطلاق، ولحفظ المال شرعت بعض المعاملات قصد التوسعة على الإنسان كالقراض والمساقاة[1].

ج . المصالح التحسينية: عرفها الشاطبي بقوله أنها "الأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب الأحوال المدنِّسات التي تأنفها العقول الراجحات، ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق"[2].

فمراعاة المصالح التحسينية مما تقتضيه المروءة والآداب ويظهر كمال الأمة ويزين منظرها في مرأى بقية الأمم أما تركها فلا يؤدي إلى أي ضيق[3].

ففي حفظ الدين أحكام الطهارات والنجاسات وستر العورة، وفي حفظ النفس آداب الأكل والشرب وتجنب الإسراف والتقتير...الخ[4].

5 . تقسيم المصلحة لإعتبارات أخرى:فهناك مثلا طريقة مصطفى شلبي الذي يرى أن المصلحة دليل شرعي كبقية الأدلة فمجرد معارضة هذا الدليل لنص أو إجماع لا يلغي المصلحة بل تجري بينه وبين بقية الأدلة قواعد الجمع والترجيح[5].

ويكون التفضيل بين المصالح وترجيحها في الفقه الإسلامي من أجل إستنباط الحكم الشرعي على النوازل والحوادث في حياة الناس عند تعارض مصلحتان في مناط واحد وجب النظر إليها من جوانب ثلاث:

[1] البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ، ص: 111.
[2] الشاطبي، الموافقات، ج2 ص: 22.
[3] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص: 82.
[4] وهبة الزحلي، نظرية الضرورة الشرعية، مؤسسة الرسالة، لبنان،ط4، 1985، ص: 55.
[5] محمد مصطفى شلبي، تعليل الأحكام، مطبعة الأزهر، مصر، 1947، ص: 281.

أ- **النظر إلى ترتيبها من حيث الأهمية:** فالضروريات مقدمة على الحاجيات، والحاجيات تقدم على التحسينيات فحفظ النفس أصل مقصود وهو ضروري، وحفظ المروءة بتحريم النجاسة تحسيني فإذا دعت الضرورة إلى إنقاذ النفس من الهلاك بتناول النجاسة كان تناولها أولى[1] ،ومثله في جواز شق بطن الأم الميتة إذا كان في بطنها جنين حي فإبقاء حياة الجنين ضروري مقدم على حفظ كرامة الميت لأنه تحسيني[2].

تتدرج الكليات الخمس حسب أهميتها فيكون ترتيبها كما يلي: حفظ الدين، حفظ النفس، حفظ العقل، حفظ النسل، وأخيرا حفظ المال، ويكون الحجة في ذلك أن في قوله تعالى: ﴿ وَلا تُكْرِهُواْ فَتَيَـٰتِكُمْ عَلَى ٱلْبِغَآءِ انَ اَرَدْنَ تَحَصُّناً لِّتَبْتَغُواْ عَرَضَ ٱلْحَيَوٰةِ إِلدُّنْيَاۚ﴾[3]؛ ليستنبط منها العلماء أن المصلحة في حفظ النسل تعلو مصلحة كسب المال، واشترط العلماء كذلك في جلد الزاني عدم إتلاف جسد الجاني أو عقله دلالة واضحة على أن مصلحة حفظ العقل وحفظ النفس مقدمتين على حفظ النسل.

ومصلحة حفظ النفس تتقدم على مصلحة حفظ العقل إذ يجيز العلماء تناول شرب المسكر لإنقاذ النفس بتمرير الغصة.

أما مشروعية الجهاد في سبيل الله فلاشك أنها تدل على تقديم مصلحة حفظ الدين على مصلح حفظ النفس وجميع المصالح الأخرى المذكورة آنفا[4].

[1] الشاطبي، الموافقات، ج2 ص: 42.
[2] ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، لبنان،ط2، دون تاريخ، ج8صفحة: 233.
[3] سورة النور، الآية: 33.
[4] البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، ص: 224.

فالترجيح بين المصلحتان المتعارضتان في رتبة واحدة كما لو كانت المصلحتان من الحاجيات مثلا فيدفع إلى تقديم المصلحة الحاجية المتعلقة بالدين على المصلحة الحاجية المتعلقة بحفظ العقل وهكذا حيث يقول ابن عبد السلام: "إذا وجد من يصول على بضع محرم، ومن يصول على عضو محرم، أو نفس محرمة، أو مال محرم، فإن أمكن الجمع بين البضع والعضو والمال والنفس جمع بين صوت النفس والعضو والبضع والمال لمصالحها، وإن تعذر الجمع بينها قدم الدفع عن النفس على الدفع عن العضو، وقدم الدفع عن العضو على الدفع عن البضع، وقدم الدفع عن البضع على الدفع عن المال"[1].

ب- النظر إلى المصالح من حيث مقدار شمولها: فعلى المجتهد أن يرجح من المصالح المعلقة بكل واحد أعمها شمولا لتحقيق فائدة لأغلب الناس على التي تعود بالفائدة لفئة قليلة أو شخص واحد ومن ذلك ترجيح الإنشغال بالعلم الشرعي على الإنشغال بنواحي العبادات لقوله صلى الله عليه وسلم: **(إن فضل العالم على العابد كفضل القمر ليلة البدر على سائر الكواكب)**[2].

ج- النظر إلى المصالح من حيث التأكد من نتائجها: فتكون نتيجة الفعل مؤكدة الوقوع والمصلحة القطعية بذلك هي ما دلت عليها أدلة من قبيل النص الذي لا يحتمل التأويل أو ما دل العقل أن في تحصيله صلاحا عظيما أو في حصول ضده ضرر عظيم وتكون نتيجة الفعل مظنونة، فالمصلحة بذلك هي ما اقتضى العقل بظنه وأما نتيجة الفعل الموهومة فيتبعها مصلحة وهمية يتخيل فيها للمكلف خير وصلاح وهي عند التأمل ضرر[3].

---

[1] العزبن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج1 ص: 63.

[2] أخرجه أبو داوود في سننه،كتاب العلم،باب الحث على طلب العلم،رقم الحديث: 3641،ج2 ص:13.

و أخرجه ابن ماجة في سننه،أبواب فضائل أصحاب رسول الله،باب فضل العلماء والحث على طلب العلم، رقم: 223،ج1 ص:44.

و أخرجه الترميذي في سننه،كتاب العلم،باب ماجاء في فضل الفقه على العبادة، رقم: 2685،ج2 ص:98.

و أخرجه الدارمي في سننه،المقدمة،باب في فضل العلم والعالم، رقم: 289،ج1 ص:51.

[3] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الاسلامية، ص: 87.

ومن هذا يرى البعض أن الشريعة الإسلامية جاءت بما فيها مصلحة للعباد حيث نجد أن كل حكم شرعي يتضمن مصلحة وحتى ما يسمى الضرورات الخمس هي في حقيقتها مصالح أقرها الشرع وثبت ذلك بالإستقراء لأن كل ما يؤدي إلى حفظ واحدة منها اعتبروه مصلحة، وقد اعتنى الشارع بها ليس لأنها مصالح دنيوية فقط بل كانت العناية بها وفقا لمنهج إلاهي حكيم يضمن الصلاح للعبد في دنياه وآخرته.

ثانيا . قياس المصلحة في الفقه القانوني: لأن الشعور بالمنفعة ومداها كما وكيفا مختلف في ذلك بين أفراد الناس وفقا لعاداتهم وخبراتهم وثقافاتهم بل تختلف تبعا لأهوائهم وأغراضهم.

1 . إعتمادا على التقاليد المتعارف عليها: فقد يرى البعض بأن تقدير المنفعة يكون تبعا للتقاليد المتعارف عليها مثلما أشار إلى ذلك "**غوستاف لوبون**" في كتابه روح الإجتماع إذ يقول: "والذي يقود الناس ولاسيما إذا اجتمعوا إنما هي التقاليد وهم لا يَسْهل عليهم أن يغيروا منها سوى الأسماء والأشكال"[1].

لكن يبقى أن هناك من يرى أن مقياس العرف والتقاليد هذا قديم تجاوزه الزمن بعد أن أثبت البحث العلمي أن العرف لا يكون مقياسا للخير والشر بالرغم من أن الواقع يؤكد في كل مرة من أن كثرة تقليد المجتمعات الأوربية من غيرها بعد تفشي كلمة "**موضة**" التي اكتسبت مع ذلك سلطان يعلو على سلطان القوانين[2].

2 . بالنظر لمقدار السعادة الشخصية: وهو مذهب "**أبيقور**" و"**هوبز**" ويركزان في ذلك على مدى الإستفادة من أفعال الإنسان دون النظر إلى من تعلق به أثر الفعل.

3 . بالنظر لمنتوج العمل من اللذائذ والآلام: وهو مذهب "**بنتام**" و"**جون ستيوارت ميل**" ويعرف بمذهب المنفعة، وتقاس المصلحة . حسبهم . بالنظر فيما ينتجه العمل من اللذائذ

[1] غوستاف لوبون، روح الاجتماع، ترجمة أحمد فتحي زغلول، مطبعة الشعب،مصر،1909،ص: 99.
[2] البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الاسلامية، ص: 27.

والآلام لا لأنفسنا فحسب بل لجميع البشر، لذلك يكون هدفهم هو بلوغ أكبر سعادة للنوع البشري.

وعندها انتقد هذا المعيار في تقدير المصلحة نظرا إلى التفاوت في قيمة اللذة كما وكيفا بين بني البشر تبعا لتنوع مشاعر النفوس كما أن مقومات الإنسانية الكاملة متفاوتة لدى الناس وهو ما حدى بـ "**بنتام**" من إستدراك ذلك في محاولة منه لتحديد المنفعة واللذة بأدوات قياس مادية دقيقة بحيث تكون مرتبة مع إلزام القوانين السارية بها.

ومع ذلك يبقى تقدير المصلحة وفقا لذلك معيبا فـ"إذا كان الأمر كذلك فإن من خداع الإنسان لنفسه أن يرتبط بقيود هو الذي صاغها، ثم ألقى بها إلى من جاء يسعى إليه ليوثقه بها"[1].

ورغم ذلك فلم يُبْن قياس قانوني ينكِر مصلحة المريض في العلاج قط سواء باستخدام أدوات القياس المؤسسة على التقاليد أو مقدار السعادة الشخصية أو الجماعية.

[1] البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الاسلامية ، ص: 29.

المطلب الثاني: مفهوم المرض

الفرع الأول . لغة:

جاء في لسان العرب: المرض تثبيت: وأصل المرض النقصان، يقال: بدن مريض ناقص القوة، ويقال: قلب مريض ناقص الدين، والمرض في القلب: فتور عن الحق، وفي الأبدان فتور الأعضاء[1].

والمرض: جمع أمراض، فساد المزاج وسوء الصحة بعد إعتدالها، ومرض الموت، العلة التي يقرر الأطباء أنها علة مميتة[2].

السقم يقتضي الصحة يكون للإنسان والبعير... يقال المرض والسقم في البدن والدين"[3].

وفي القاموس المحيط المرض: إظلام الطبيعة واضطرابها بعد صفائها واعتدالها، مرضَ كفرحَ مَرَضاً ومَرْضاً فهو مرِض ومريضُ ومَارض[4].

وفي معجم مقاييس اللغة ورد ما يلي: "أصل صحيح يدل على ما يخرج به الإنسان عن حد الصحة في أي شيء كان"[5].

الفرع الثاني . إصطلاحا

أولا . في الفقه الإسلامي: نظرا لتأثير المرض على حياة المكلف وما يخلفه ذلك من أحكام شرعية متعددة فقد قسم الفقهاء المرض لأقسام مختلفة:

[1] ابن منظور،لسان العرب،ج5ص:319.
[2] محمد رواس قلعه جى، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس،لبنان،ط2،1988، ص: 391.
[3] ابن منظور ،المرجع السابق، ج7 ص: 231.
[4] الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص: 654.
[5] ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ص: 311.

1- مرض غير مخوف مثل وجع الضرس والآلام العضلية والصداع والحمى الخفيفة وفي هذا يكون حكم صاحبه هو حكم الصحيح من المسلمين[1].

2- الأمراض الممتدة كالفالج[2] والجذام[3] وهي شبيهة بما يعرف بالأمراض المزمنة والأمراض المعدية وهي أمراض لها عدة أحكام: إن أقعدت صاحبها في الفراش فهي مخوفة عند الجمهور أما الشافعي فذهب إلى أن صاحب هذه الأنواع من الأمراض عطيته من صلب المال لأنه يخاف تعجيل الموت فيه[4].

3- مرض مخوف لا يتعجل موت صاحبه يقينا رغم أنه يخاف عليه ذلك مثل أمراض السرطانات المنتشرة[5].

4- مرض مخوف يتعجل موت صاحبه غالبا، فينظر فيه إن لم يتغير عقله صح تصرفه وتبرعه وإن كان عقله قد اختل فلا تقبل تصرفاته وعطاياه ومن ذلك ما روى أن عمر رضي الله عنه خرجت حشوته وقبلت وصيته[6].

كما روى أن علي كرم الله وجهه بعد ضرب ابن ملجم له أوصى وأمر ونهى فلم يحكم ببطلان قوله[7].

[1] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت، الموسوعة الفقهية،1983 ،ج36ص: 354.
[2] الفالج هو شلل جزئي للجسم عن الحركة.
[3] الجذام هو مرض إنتاني يصيب الجهاز العصبي والجلد.
[4] ابن قدامة ، المغني، ج5ص: 243.
[5] المرجع نفسه.
[6] كان عمر رضي الله عنه قد طعن وهو قائم يصلي في المحراب صلاة الصبح بعد أن ضربه أبو لؤلؤة المجوسي من يوم الأربعاء سنة 23هـ بثلاث ضربات أو أكثر.
[7] المرجع نفسه.

5- مرض أشكل أمره، وفيه قال الشربيني: "ولو شككنا في كونه مخوفا لم يثبت إلا بطبيبين حرين عدلين"[1]؛ وهو مذهب جمهور الفقهاء في وجوب الرجوع إلى أهل المعرفة من الفنيين والأطباء لما لهم من خبرة وتجربة لمعرفة طبيعة المرض إن كان مخوفا أم غير ذلك.

وعلاقة المرض بإدراك المريض وصحة تصرفاته اللاحقة وهو ما يتأدى بقول طبيبين بالغين مسلمين يكونا محل ثقة لأن ذلك يتعلق به حق الوارث وجميع الخلق[2].

ومن ذلك جاء تعريف المرض على عدة معاني منها: "المرض هو ما يعرض للبدن فيخرجه عن الإعتدال الخاص"[3]؛ فالمرض بذلك هو حالة غير طبيعية لأعضاء الجسم وتتضح العوامل والأسباب المرضية بالإكتشافات العلمية المختلفة بينما يبقى الفضل للمسلمين دوما في إبطال ما كان سائدا في العصور السابقة من أن المرض عبارة عن سيطرة النجوم والأرواح الشريرة ومعهم الشياطين لجسم الإنسان.

وقد أبطل الدين الإسلامي الحنيف جميع الممارسات الشركية المبنية على هذه المعتقدات بدعوى العلاج كالتمائم والتطير والعرافة[4]،لقوله صلى الله عليه وسلم فيما روي عن عن عبد الله بن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: **(إن الرقى[5] والتمائم[6] والتولة[7] شرك)**[8].

[1] الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج4 ص: 85.
[2] ابن قدامة، المغني، ج8 ص: 245.
[3] الجرجاني، التعريفات، ص: 223.
[4] هشام الخطيب، الوجيز في الطب الاسلامي، دار الأرقم، الأردن،ط1، 1985، ص:03.
[5] ويقصد بها الرقي المحرمة كطقوس السحر والشعوذة وليس الرقية الشرعية لأنها جائزة.
[6] ويقصد بها ما كتب بخواتم وطلاسم لاحتمال أن يكون محتواها كفر أو غير ذلك.
[7] التولة: وهو نوع من السحر رغم أن الغرض منه تقريب المرأة من زوجها.
[8] أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب الطب، باب تعليق التمائم،رقم:3530،ج2 ص:377.

وروي عنه أيضا أنه قال: **(لا عدوى ولا طيرة[1] ولا صفر[2] ولا هامة[3])**[4]، وروى أبو هريرة هريرة كذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:**(من عقد عقدة ثم نفث فيها فقد سحر ومن سحر فقد أشرك ومن تعلق شيئا وكل اليه)**[5].

ثانيا . الألفاظ ذات الصلة في التشريع الوضعي:

لم يتعرض المشرع الجزائري لمفهوم المرض إلا ما تعلق ببعض المسائل التي ورد فيها اللفظ دون تعريفه ومن ذلك مرض الموت، المرض المهني، أما بالنسبة للفقه القانوني فلقد بذلت جهود معتبرة لتحديد مفهوم المرض غير أنها تبقى نادرة جدا ومن ذلك ما ورد في القاموس القانوني الثلاثي من تعريف المرض بأنه التغيير أو التلف في هيكلة الأعضاء الجسدية، يؤثر على الصحة ويكون له أسباب وأعراض مختلفة[6].

وعلى ذلك إقترنت المفاهيم الأخرى المذكورة سابقا بمفهوم المرض.

[1]- الطيرة مصدر تطير وأصلها في لغة العرب أنهم كانوا في الجاهلية يعتمدون على الطير فإذا خرج أحدهم لأمر فإن رأى الطير طار يمينه تيمن به واستمر، ورآه طار يساره تشاءم ورجع ومن ذلك كانت الطيرة في معنى التشاؤم.

[2]- هامة لها معنيين: 1- التشاؤم من الهامه وهي طائر الليل المعروف بالبومة. 2- أن العرب في الجاهلية لهم قول في الرجل إذا قتل ولم يأخذ بثأره خرجت من رأسه هامة وهي دودة فتدور حول قبره وتقول أسقطوني وان أدرك بثأره ذهبت وإلا فلا.

[3]- يقال أن الصفر دواب في البطن تهيج عند الجوع حيث كان الاعتقاد أنها قد تقتل صاحبها وكانت العرب تراها أعدى من الجرب.

[4]- أخرجه البخاري،كتاب الطب،باب لاهامة ،رقم الحديث:5770،ج3 ص:290.

وأخرجه مسلم، كتاب السلام، باب الطب، رقم: 5789،ج4 ص:56.

[5]- أخرجه النسائي في سننه، كتاب تحريم الدم، باب الحكم في السحرة،رقم الحديث:4085 ،ج2 ص:304.

[6]- موريس نخلةوروحي البعلبكي وصلاح مطر، القاموس القانوني الثلاثي عربي فرنسي انجليزي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،ط1، 2002،ص: 1487.

1 . مرض الموت

أ . تعريفه: هوالمرض الذي اتصل به الموت وكان من الأمراض التي يغلب فيها الهلاك عادة ،ويتعلق مرض الموت في الدراسات بصحة بعض التصرفات فتكون قابلة للإبطال[1].

كما أن طلاق المريض مرض الموت يعتبر فرارا من الميراث وجب معه توريث الزوجة[2]؛ على أنها ترث في الطلاق الذي يملك فيه الزوج الرجعة سواء كان الطلاق في مرض موته أو في صحته ، فإن كان الطلاق بائنا في مرض موته فإنها ترثه في العدة وبعدها ما لم تتزوج أو ترتد حسب مالك وأشهر الروايتين عن أحمد[3] أما بالنسبة للأحناف[4] فلاترث إذا انتهت عدتها وترث أثناء العدة وهو قول قديم للشافعي وقول للمالكية وقول للحنابلة أيضا[5].

ب . شروط إعتباره: يكون المرض مرض الموت إذا اتصف بثلاث أمور:

ـ أن يعجز صاحبه عن القيام بواجباته.

- أن يؤدي إلى الموت غالبا.

- أن يتصل به الموت فعلا.

وتقترن هذه الشروط معا لأن في تخلف بعضها لا يعتبر مرض الموت[6].

---

[1] فنصت المادة **408** من القانون المدني الجزائري على ما يلي:" إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكن ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة، أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للابطال".

[2] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2002، ج1ص: 245.

[3] ابن قدامة، المغني، الجزء الحادي عشر،ص:84.

[4] جاء في كتاب المبسوط للسرخسي: "وإنما تبنى مسائل هذا الباب على من طلق امرأته ثلاثا في مرضه ثم مات وهي في العدة، فإنها ترث بحكم القرار، ويكون لها الميراث إذا مات الزوج قبل انقضاء العدة، فإن مات بعد إنقضاء العدة أو كان ذلك قبل الدخول فلا ميراث لها"،: السرخسي، المبسوط، ج3 ص: 73.

[5] أبو بكر إسماعيل محمد ميقا، أحكام المريض في الفقه الإسلامي، العبادات والأحوال الشخصية، مكتبة الر شد،المملكة العربية السعودية،ط5،1984، ص: 181.

[6] أبو بكر اسماعيل محمد ميقا، المرجع السابق، صفحة: 175.

ويلحق في الغالب بالمريض مرض الموت كل إنسان صحيح سليم صار في حالة يغلب هلاكه فيها، فيتصل بها موته فعلا ؛ فإذا طلق امرأته في تلك الحالة فإنه يجري عليها حكم تصرف المريض مرض الموت[1].

أما بالنسبة للتطليق فإن جمهور الفقهاء أعطوا الحق لكلا الزوجين طلب التطليق بسبب المرض ؛ فيكون للزوجة إذا وجدت بزوجها عيبا ويكون كذلك للرجل عند وجود عيب مانع لتحقيق أهداف الزواج[2].

أما المشرع الجزائري فقد حصر حق التطليق للزوجة حيث نصت المادة **53** من قانون الأسرة على ما يلي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: 1- ... 2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج" وأضافت المادة **53 مكرر** من نفس القانون على ما يلي: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها..." والمقصود بالعيوب في نص المادة **53 فقرة 2** من قانون الأسرة هي العلل الجنسية أو الأمراض المنفردة التي من شأنها الحيلولة دون ممارسة العلاقات الجنسية فالتناسل من الأهداف التي شرع لأجلها الزواج مثله مثل إنجاب الأولاد سواء تم إكتشاف العيوب قبل الدخول أو بعده[3].

2 . المرض المهني

يطلق إصطلاح "المرض المهني" على جميع الأمراض التي تصيب الشخص بسبب مزاولته مهنة معينة كأمراض الرئة الناتجة عن تعرض العمال للغبار في أماكن العمل (كغبار المحاجر)، وأمراض التسمم التي تنشأ عن الإحتكاك المستمر بين العامل وبعض المواد الأولية المستخدمة في الانتاج... الخ[4]

[1] أبو بكر اسماعيل محمد ميقا،أحكام المريض في الفقه الاسلامي، ص: 182.
[2] محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الاسلام – دراسة فقهية مقارنة – الدار الجامعية، لبنان، 1993، ص: 568.
[3] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج1 ص: 280.
[4] حسين عبد اللطيف حمدان،الضمان الاجتماعي – أحكامه وتطبيقاته -، منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،2003،ص: 163.

المطلب الثالث: أساس الحماية

الفرع الأول: تعريفها

أولا . لغة: الحماية هي المنع[1].

ثانيا . إصطلاحا: الحماية عموما قد تشمل الأشخاص أو غيرها من الحقوق والحريات، فهي تكون إما سابقة بمنع الإعتداء وقد تكون لاحقة تتمثل في تعويض الأشخاص لجبر الضرر الناجم عن الإعتداء.

وإذا كان القانون هو مجموع من الأحكام المنظمة لسلوك الأفراد داخل المجتمع ؛ فإن إختلاف أثر القاعدة القانونية يكون وفقا لطبيعتها وإنتماءها إلى فروع القانون المختلفة.

فمن خصائص القاعدة القانونية أنها إجتماعية أي بروز الحاجة إليها لتنظيم العلاقات بين الأفراد ، وأنها قاعدة ملزمة ومقترنة بجزاء، والجزاء هو الذي يمنح لها قوة إيجابية لذلك يوصف بالخاصية الأساسية لها لأنه أداة الحماية للحق الذي تقرره تلك القواعد ويختلف الجزاء وفقا لفروع القانون المختلفة، فالجزاء المدني كالتعويض والجزاء الجنائي كالإعدام ...الخ.

ولهذا جرى تعريف الحماية القانونية كما يلي: "هي مجموعة الحقوق والضمانات التي يقررها القانون للأفراد ويكفل لهم حمايتها بما يقرره من نصوص جزائية توقع على من ينتهكها، ويكون للأفراد بمقتضاها مكنة القيام بأعمال قانونية تكفل لهم التمتع بها واللجوء إلى القضاء عند الاقتضاء لطلب تحقيقها"[2].

[1] ابن منظور،لسان العرب،ج3ص:302.
[2] محمد فتحي محمد حسانين، الحماية الدستورية للموظف العام، مطبعة الأهرام، مصر، 1997، ص: 51.

ولأن المشرع الوضعي يعبر عن إرادته بما تتضمنه النصوص من قواعد قانونية مقسمة عبر فروع القانون فهناك قواعد قانونية تتبع القانون الدستوري أو الجنائي أو الإداري أو التجاري أو المدني ...الخ.

ومن القواعد القانونية ما يستأثر بحماية مصلحة من المصالح وقد تزدوج الحماية القانونية لذات المصلحة بل وقد تتعدد؛ ولكن رغم تعددها يبقى لكل قاعدة قانونية مصلحة من المصالح وتكون محلا لحماية هذه القاعدة ، وعلى قدر تعدد المصالح المراد حمايتها تتحد القواعد القانونية ؛ إذ لا تحمي القاعدة الواحدة إلا مصلحة واحدة ، ويوجد بذلك لكل قانون وظيفة خاصة به تتضح في طبيعة المصالح المراد حمايتها، وكذا في الجزاءات المقررة لحماية هذه المصلحة (الجزاء الجنائي، الجزاء المدني، الجزاء الإداري ...)الخ[1].

ومتى تنفذ قواعد الحماية على حقوق الإنسان ضمن مبادئ المساواة وعدم التمييز بسبب التعارض تارة والإتفاق تارة أخرى بين قواعد الحماية وبين ما تضمنه التشريعات من أحكام يكون للقضاء دور في تطبيق قواعد الحماية بما يضمن للإنسان حقوقه وحرياته وذلك من أجل المحافظة على المراكز القانونية الإنسانية للإنسان[2].

الفرع الثاني: الأساس الفلسفي للحماية القانونية

ظهرت عدة نظريات تفسر أسباب حماية حقوق الإنسان ؛ لأنه يبقى دوما هدف الحماية وغايتها الرئيسية بسبب إنسانيته.

وتعد الحقوق التي يتمتع بها محلا لهذه الحماية وتوصف بذلك الحماية وفقا لنوع الحق والمصلحة المراد حمايتها فإذا كانت المصلحة دستورية سميت الحماية حماية دستورية، وإذا كانت مصلحة جنائية سميت الحماية حماية جنائية... الخ.

[1] خيري أحمد الكباش، الحماية الجزائية لحقوق الانسان، دار الجامعيين للطباعة، مصر، 2002، ص: 29.بتصرف
[2] المرجع نفسه.

وبسبب إنتشار الإستبداد والطغيان إبان الأنظمة الملكية والدكتاتوريات في العصور القديمة الأوربية تعالت أصوات المفكرين والفلاسفة المنادين بالحرية والمساواة في الحقوق والواجبات من أجل تشريع قواعد قانونية تنظم وتحكم هذه الحقوق والواجبات واحترامها من طرف الجميع حكاما ومحكومين.

أولا . نظرية القانون الطبيعي: أسس لهذه النظرية فلاسفة الإغريق منهم "**أفلاطون**" في كتابه الجمهورية و"**أرسطو**" في كتابه السياسة ومفادها بوجود قانون طبيعي لحماية جميع حقوق الإنسان، ويَعتبِر هذا القانون نابعا من طبيعة الإنسان ويسبقه في الوجود ويسمو كذلك على الدولة لأن الطبيعة – حسبهم – خلقت جميع الناس أحرارا ومتساوين لتأكد على حماية الحقوق الطبيعية للإنسان في ظل سلطة الدولة التي أتفقوا على إنشائها.

وهي الفكرة التي طورها الروماني "**شيشرون**" حماية منه للإنسان ضد الدولة تنفيذا لأحكام القانون الطبيعي ؛ وهو ما نادت به الكنيسة المسيحية التي ترى سيطرة نظرية الحقوق الطبيعية على أساس وحدة الطبيعة لكل البشر فالكل أبناء الله[1].

ثانيا . نظرية المصلحة العليا للمجتمع:

تتكون المصلحة العليا للمجتمع من توحيد إرادة مجموعة أفراد لحماية حقوقهم ومصالحهم ، وهي بذلك تقع دون هذه الحقوق الطبيعية للأفراد ؛ بل إن تحقيق المصلحة العليا للمجتمع مرهون بإطلاق حرية الفرد وحماية حقوقه ووضع الضمانات الكفيلة لذلك[2].

ثالثا . نظرية التضامن الإجتماعي:

تزعمها "**ديجي**" الذي يرى أن الإنسان يعيش دوما وسط الجماعة وهو ملزم بذلك في الإرتباط بأفرادها برباط أساسه التضامن.

[1] محمد الفار،قانون حقوق الإنسان في الفكر الوضعي والشريعة الإسلامية،دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص: 380.
[2] محمد الفار، المرجع السابق، ص: 389.

وبالنسبة لدور السلطة فيجد أن مهامها حماية أفراد ذلك المجتمع وضمان الحقوق للأفراد التي يتمتعون بها ومصدرها الجماعة[1].

رابعا . نظرة الإسلام لحماية الحقوق:هذا ولأن الإسلام ثورة على العبودية والطغيان، حيث أصبح الناس أحرارا متساوون ؛ فقد كان تكفل الدولة حمايته ؛ فالدولة من منظور الإسلام هي الدولة القانونية الأولى في احترام هذه الحرية والعدالة نتيجتان متلازمتان لاعتناق الإسلام لأنه شرع حقوقا وحريات للأفراد القوانين من قبل الأفراد وبذلك تم القضاء على العبودية وإقرار المساواة بين الحاكم والمحكوم[2].

والنظام القانوني في المجتمع الإسلامي تم إرساؤه كمبدأ يقوم على طاعة الحكام من قبل المحكومين فيقول سبحانه وتعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِى ٱلاَمْرِ مِنكُمْۖ ﴾[3].

وهذه الطاعة مشروطة بأن لا تكون في معصية لقوله صلى الله عليه وسلم: **(لا طاعة في معصية إنما الطاعة في المعروف)**[4].

لهذا يستمد المجتمع الإسلامي ركائزه من أحكام الشريعة الإسلامية لقوله سبحانه وتعالى: ﴿ وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى ٱلْخَيْرِ وَيَامُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ ٱلْمُنكَرِۖ وَأُوْلَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُفْلِحُونَ ﴾[5].

---

[1] محمد الفار، قانون حقوق الإنسان في الفكر الوضعي والشريعة الإسلامية ، ص: 394.

[2] سعيد بوالشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ج1ص: 92.

[3] سورة النساء، الآية: 59.

[4] أخرجه البخاري،كتاب أخبار الآحاد،باب ماجاء في إجازة خبر الواحد،رقم الحديث: 7257،ج4 ص:427.

و أخرجه مسلم،كتاب الإمارة،باب وجوب طاعة الأمراء في غير معصية وتحريمها في المعصية،رقم الحديث: 1840،ج2 ص:154.

[5] سورة آل عمران، الآية: 104.

وهنا يتضح الخلاف الجوهري بين الفقه الوضعي والفقه الإسلامي أن الأول يهتم بحماية السيادة والإرادة الشخصية التي ينبغي أن لا تعارضها أية إرادة أخرى في الدولة ؛ بينما تشرع القوانين في الفقه الإسلامي وفقًا لنظام قانوني هدفه حماية الوحي الإلهي المباشر وغير المباشر ثم الإجماع وباقي أدلة الشرع حسب الترتيب بما يصبو إلى مقصد الصلاح[1].

وفي ختام هذا المبحث أستنتج أن قيمة المصلحة العلاجية للمريض تتحقق في الجهود المبذولة ضمن الأعمال الطبية الرامية إلى حفظ النفس البشرية كأساس ومصلحة معتبرة شرعا إمتثالا لأمر الله في حفظ مقاصد شرعه.

[1] محمد أرزقي نسيب، أصول القانون الدستوري والنظم السياسية، مطبعة هومة، الجزائر، 1999، ج2ص: 226.بتصرف

المبحث الثاني: رفض التداوي وأحكامه

المطلب الأول: مشروعية التداوي

لاشك أن عقيدة المسلم تقتضي الإيمان بأن السقم والشفاء بيد الله عز وجل وأن التداوي هو أخذ بالأسباب فقط.

هذه الأسباب التي أودعها الله تعالى في الكون، تؤسس لبقاء الأمل في الشفاء دون اليأس من روح الله أو القنوط من رحمته، ويمكن للأطباء وذوي المرضى تقوية معنويات المريض والدأب في رعايته وتخفيف آلامه البدنية والنفسية بغض النظر عن مآله في الشفاء أو عدمه.

فالواقع يثبت أن إستحالة العلاج هي تقدير الأطباء فقط ولا يمكن أن تثبت دوما تبعا لظروف المرض وإمكانات الطب المتاحة في كل زمان ومكان[1].

الفرع الأول:تعريف التداوي:

أولا . لغة: التداوي مصدر تداوي أي تعاطي الدواء، وأصلحه دوى يدوي دوي أي مرض، وأدوى فلانا بمعنى أمرضه، وداواه بمعنى عالجه، وداويت السقم: عانيته، وداويت العليل دوي إذا عالجته بالأدوية التي توافقه، فهو من الأضداد، والدواء "ممدود" الشفاء[2].

ثانيا . إصطلاحا: إذا كان المرض هو خروج الجسم عن المجرى الطبيعي أو هو حال مخرجة للمرء عن حال الإعتدال وصحة الجوارح، إلى الإضطراب وضعف الجوارح[3].

---

[1] قرار مجمع الفقه الاسلامي الدولي، رقم 7/5/1969، مجلة المجمع، عدد سبعة، ج3 ص: 731.

[2] الفيروزابادي،القاموس المحيط ، ص:132.
الفيومي، المصباح المنير،مكتبة لبنان،لبنان،1987،ص:87.
ابن منظور، لسان العرب،ج1صفحة:195.
مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية،2004،ص:67.

[3]- ابن حزم، المحلى، ج2 ص: 228.
بدر الدين العيني، عمدة القارئ شرح صحيح البخاري، دار الفكر،سوريا،ط1،1997، ج24ص: 157.

فقد أشار النووي[1] إلى أن المداواة هي رد الجسم إلى مجراه الطبيعي بعد خروجه عنه بالمرض[2].

وجاء في كفاية الطالب الرباني التعالج وهو محاولة المريض الداء بدوائه[3].

وفي الفواكه الدواني: "التعالج محاولة المرض بالدواء"[4].

وفي معجم لغة الفقهاء: "التداوي تناول الدواء، وإستعمال ما يكون به شفاء المرض – بإذن الله تعالى – من عقار أو رقية، أو علاج طبيعي كالتمسيد ونحوه"[5].

أما الموسوعة الفقهية "التداوي: العلاج، وهو تعاطي الدواء بقصد معالجة المرض أو الوقاية منه"[6].

ويبدو أن المعنى الإصطلاحي ما هو إلا إستصحاب للمعنى اللغوي في ما عدا الموسوعة الطبية الفقهية فقد أضافت الوقاية إلى العلاج.

[1] هوأبو زكريا يحيى بن شرف الحزامي النووي الشافعي المشهور باسم النووي ولد سنة631هـ في نوى وقدم دمشق سنة649هـ لطلب العلم وجد فيه الى أن وافته المنية676هـ:عبد الغني الدقر،الامام النووي شيخ الاسلام والمسلمين وعمدة الفقهاءوالمحدثين،دار القلم سوريا،1994.

[2] النووي يحي، المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، مؤسسة قرطبة،المملكة العربية السعودية،ط2،1994،ج14ص: 192.

[3] المنوفي المالكي،كفاية الطالب الرباني، مكتبة الثقافة الدينية،مصر،دون تاريخ،ج2ص:451.

[4] النفراوي أحمد ،الفواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القيرواني، دار الكتب العلمية،لبنان،ط1،1997،ج2ص:451.

[5] محمد قلعه جي، معجم لغة الفقهاء، ص: 126.

[6] الموسوعة الفقهية، ص: 193.

الفرع الثاني: حكم التداوي في الفقه الإسلامي: إن حكم التداوي في الشريعة الإسلامية خمس أقوال ومذاهب[1].

أولا . التداوي واجب

وهو قول عند الحنابلة[2] وعند بعض الحنفية شرط أن يقطع بزوال المرض بالدواء من قوله سبحانه وتعالى: ﴿ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾[3]، وقوله أيضا: ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ ﴾[4] ووجه الدلالة في الإثنين أن ما كان سبيلا إلى الواجب (حفظ النفس) فيكون واجبا كذلك (التداوي من المرض)، ومن السنة ما روى عن أبي الدرداء[5] رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:**(إن الله أنزل الداء والدواء، وجعل لكل داء دواء، فتداووا ولا تتداووا بحرام)**[6]، ويستدل بهذا الحديث لأن فيه أمرا "فتداووا" وأمر الرسول صلى الله عليه وسلم المطلق يفيد الوجوب فأفاد منه وجوب التداوي، ومن القياس لأن التداوي وسيلة للبرء من المرض كان مقطوعا نفعه للمريض فوجب فعله قياسا على الأكل من الميتة للمضطر وإساغة اللقمة بالخمر... الخ، واعترض البعض على الإستدلال بالقياس لأنه قياس مع الفارق ذلك أن أكل الميتة للمضطر مقطوعا بنفعه في حفظ النفس ونفس الحال عند إساغة اللقمة بالخمر أما التداوي من المرض فإنه ليس مقطوع نفعه[7].

---

[1] عبد الفتاح محمود ادريس، حكم التداوي بالمحرمات، بحث فقهي مقارن، دون دار النشر، مصر،ط1، 1993، ص: 8 وما بعدها.

[2] بن مفلح المقدسي شمس الدين ،الفروع، بيت الأفكار الدولية،الأردن،2004،ج2ص:165.
المرداوي علاء الدين ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف،تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية،المملكة العربية السعودية،1956،ج2ص:463.

[3] سورة البقرة، الآية: 195.

[4] سورة النساء، الآية: 29.

[5] عويمر بن مالك الانصاري الخزرجي صحابي من الأنصار وأحد الذين جمعوا القرآن على عهد النبي صلى الله عليه وسلم تولى قضاء دمشق بأمر من عمر بن الخطاب وتوفي بالاسكندرية بمصر سنة 32هـ:محمد بكر اسماعيل،رجال احبهم الرسول وبشرهم بالجنة،دار المنار،مصر،1996،ص:34والزركلي الأعلام،ج5ص:98

[6] الشربيني،مغني المحتاج، ج1 ص: 357.

[7] الشربيني، المرجع السابق، ج1ص: 358.

ثانيا . التداوي مستحب

وهو مذهب الشافعية[1]، وقول عند الحنابلة[2]، وقول لدى الحنفية[3] واستدلوا بما يلي:

من السنة النبوية عدة أحاديث منها:

1. ما روى عن أسامة بن شريك قال: كنت عند النبي صلى الله عليه وسلم وجاءت الأعراب فقالوا: يا رسول الله أنتداوى؟ فقال: **نعم يا عباد الله تداووا، فإن الله عز وجل لم يضع داء إلا وضع له شفاء، غير داء واحد** قالوا ما هو؟ قال: **الهرم**"[4].

2 . ما روي عن عمرو بن دينار[5] عن هلال بن يساف[6] قال: "جرح رجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: **(أدعوا له الطبيب)**، فقالوا يارسول الله وهل يغني عنه الطبيب ؟ قال: **(نعم إن الله تبارك وتعالى لم ينزل داء إلا أنزل معه شفاء)**[7].

3- ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر غير واحد من الصحابة بالتداوي، فعن سعد بن أبي وقاص[8] قال: "مرضت مرضا فأتاني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني، فوضع يده بين ثديي حتى وجدت بردها على فؤادي فقال: "**إنك رجل مفؤود إئت**

---

[1] النووي،المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج،ج14 ص: 191.
النووي،المجموع شرح المهذب للشيرازي،تحقيق محمد المطيعى، مطابع المختار،مصر،1980، ج5ص: 97.
[2] المرداوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف،ج2 ص: 463.
ابن مفلح المقدسي،الفروع،ج2ص:165.
[3] الكاساني،بدائع الصنائع، ج5 ص: 127.
[4] سبق تخريجه في ص:04.
[5] هو أبو يحي الأعور قهرمان آل زبير ابن شعيب البصري مقل له حديثان أو أكثر: الذهبي،سير أعلام النبلاء،ج5ص:307.
[6] هلال بن يساف ويقال بن إساف،الشجعي،مولاهم أبو الحسن الكوفي: المزي جمال الدين ،تهذيب الكمال في أسماء الرجال،تحقيق بشار معروف، مؤسسة الرسالة ،لبنان،ط1،1992،ج30ص:353.
[7] عبد الله بن أبي شيبة،المصنف،تحقيق حمد الجمعة، مكتبة الرشد،المملكة العربية السعودية،ط1،2004،كتاب الطب،رقم:23761،ج8ص:05.
[8] هو أحد العشرة المبشرين بالجنة،وهو سعد بن ابي وقاص مالك بن اهيب بن عبد مناف بن زهرة،ولد في مكة سنة23قبل الهجرة،وتوفي سنة55هـ وكان آخر من مات من العشرة المبشرين من الجنة ودفن بالبقيع له في كتب الحديث271 حديثا:الزركلي،الأعلام،ج3 ص:87.

الحارث بن كلدة أخا ثقيف، فإنه رجل يتطبب، فليأخذ سبع تمرات من عجوة المدينة، فَلْيَجأهُنَّ بنَوَاهُنَّ ثم لْيَلُدَّكَ بهن "[1].

4- ما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا نزل عليه الوحي صدع، فيغلف رأسه بالحناء"[2].

5- ما روى عن أبي الدرداء رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:(**إن الله أنزل الداء والدواء، وجعل لكل داء دواء، فتداووا ولا تتداووا بحرام)**[3].

6- ما روي عن جابر بن عبد الله[4] رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وسلم قال: **(لكل داء دواء، فإذا أصيب دواء الداء برئ بإذن الله عز وجل)**[5]، وروي عن هشام بن عروة[6] قال: كان عروة يقول لعائشة يا أمتاه لا أعجب من فهمك، أقول زوجة رسول الله صلى الله عليه وسلم وابنه أبي بكر، ولا أعجب من علمك بالشعر وأيام العرب، أقول ابنة أبي بكر وكان أعلم أو من أعلم الناس، ولكن أعجب من علمك بالطب، كيف هو ومن أين هو؟ قال فضربت على منكبيه وقالت: أي عرية إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسقم عند آخر عمره، أو في آخر عمره، فكانت تقدم عليه وفود العرب من كل وجه، فتنعت له الأنعات، وكنت أعالجه لها، فمن ثم[7].

ولقد أخذ على أمر النبي بالتداوي كدلالة على إستحباب التداوي.

---

[1] أخرجه أبو داوود في سننه،كتاب الطب،باب في تمرة العجوة،رقم الحديث:3875،ج2 ص:402.

[2] الطبراني سليمان ،المعجم الأوسط، دار الحرمين،مصر،1995،رقم الحديث:5629،ج6ص:05.

[3] أخرجه أبو داوود في سننه،كتاب الطب،باب في الأدوية المكروهة،رقم الحديث:3874،ج2 ص:299.

[4] جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام الخزرجي الأنصاري السلمي ،(16قبل الهجرة،78هـ)،صحابي،غزا تسعة عشر غزوة :الزركلي،الأعلام،ج2ص:104.

[5] أخرجه مسلم،كتاب السلام،باب لكل داءدواء واستحباب التداوي،رقم الحديث:2204،ج2 ص:100.

و أخرجه أحمد في مسنده ،مسند المكثرين من الصحابة،مسند جابر بن عبد الله الأنصاري،رقم الحديث:14473،ج6 ص:75.

[6] هشام بن عروة بن الزبير بن العوام القرشي الأسدي،(61-136هـ)،تابعي من أئمة الحديث،من علماء المدينة،ولد فيها ومات ببغداد:الزركلي،الأعلام،ج8ص:87.

[7] أخرجه أحمد في مسنده،مسند النساء،حديث السيدة عائشة رضي الله عنها،رقم الحديث:24549،ج10 ص:95.

ثالثا . التداوي مباح مطلقا

وهو مذهب المالكية[1] والحنفية[2] واختاره ابن عقيل[3]، وابن الجوزي[4] والخطابي[5] وغيرهم وغيرهم من الحنابلة[6] والدليل على قولهم فيما روى عن أنس بن مالك رضي الله عنه: "أن أناسا من عُكْلٍ أَوْ عُرَيْنَة قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة فَاجْتَوَوْهَا[7]، فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم:(**إن شئتم أن تخرجوا إلى إبل الصدقة فتشربوا من ألبانها وأبوالها**)، ففعلوا..."[8]. ،

واستدلوا كذلك على أن جمعا من خيار هذه الأمة وسلفها وعلمائها كانوا يصبرون ويتركون المعالجة، فلو كان التداوي واجبا أو مستحبا لَلَحِقهم الذم بتركه، حيث لا يوجد قوم ذموا من ترك التداوي[9].

وبالرغم من ذلك فإن ما استدل به أصحاب هذا المذهب فإن الرد عليه كان بالقول كفايتها لتكون سببا لإباحة التداوي وإن دلت على عدم كراهته، واحتفاظ بحقه في عدم التداوي من عدمه حيث يجد البعض أن أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمداواة في حديث

---

[1] الدردير أحمد ، الشرح الصغير، دار المعارف،مصر،1986، ج4ص: 771.

[2] المرغيناني،الهداية شرح بداية المبتدي، ج5 ص: 66.

[3]علي بن عقيل بن محمد بن عقيل البغدادي الظفري(431-513هـ)،عالم العراق وشيخ الحنابلة في وقته:الزركلي،الأعلام،ج4ص:313.

[4]أبو الفرج بن الجوزي عبد الرحمان بن علي بن محمد بن علي البغدادي الحنبلي له تصانيف كثيرة في الفقه والتفسير والتاريخ والطب وغيرها توفي سن 597هـ: ابن عماد العكرى،شذرات الذهب في أخبار من ذهب،ج6ص:537.

[5] محمد الخطابي الدمشقي الحنبلي ثم الحنفي توفي سنة 323هـ:بكر أبو زيد،المدخل المفصل الى فقه الامام أحمد بن حنبل وتخريجات الأصحاب، دار العاصمة،المملكة العربية السعودية،1417هـ،ج1ص:575.

[6] الشيخ نظام،الفتاوى الهندية، ج5 ص: 254.
ابن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات،تحقيق محمد حجي، دار الغرب الاسلامي،لبنان،ط1،1988،ج3ص: 466.
مجموع فتاوى ابن تيمة، مجمع الملك لطباعة المصحف الشريف،المملكة العربية السعودية،2009، ج21ص: 564.
البهوتي منصور ،كشاف القناع، دار عالم الكتب،لبنان،ط1،1997، ج2ص: 76.
ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، دار الفكر ،لبنان،2006،ص: 730.

[7] قال النووي: "أي لم توافقهم فكرهوها لسم أصابهم، قالوا وهو مشتق من الجوى وهو داء في الجون" : شرح صحيح مسلم، ج11ص: 154.

[8] أخرجه البخاري كتاب الوضوء، باب أبوال الإبل والدواب والغنم ومرابضها رقم: 233،ج1 ص:97.

و أخرجه مسلم كتاب القسامة والمحاربين، باب حكم المحاربين والمرتدين رقم: 1671،ج2 ص:66.

[9] ابن عبد البر النمري يوسف ،التمهيد لما في الموطأ من معاني وأسانيد، تحقيق مصطفى العلوي، ،وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية،المغرب،ط2،1982، ج5ص: 267.

أسامة بن شريك، وسؤاله في حديث زيد بن أسلم[1] عن أحذق الطبيبين، ومداومته على المداواة من الأدوار التي كانت تصيبه، ترجح جانب المداواة على غيره، تأسيا برسول الله صلى الله عليه وسلم ، واقتداءا بمنهجه في ذلك[2].

رابعا . التداوي مباح لكن تركه أفضل وهو أقرب الى التوكل

في رواية عن الإمام أحمد[3] والدليل على أفضلية الترك ما روى ابن عباس رضي الله عنهما قال :خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم يوما فقال:عرضت علي الأمم... فرأيت سوادا كثيرا سد الأفق، فقيل: هؤلاء أمَّتك، ومع هؤلاء سبعون ألفا يدخلون الجنة بغير حساب... فقال النبي صلى الله عليه وسلم :**(هم الذين لا يتطيرون، ولا يكتوون، ولا يسترقون، وعلى ربهم يتوكلون)**[4].

ووجه الدلالة منه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر الذين لا يتداوون من أمته بصيغة المدح وأخبر أنهم يدخلون الجنة بغير حساب لدوام توكلهم على الله، وروى عن ابن عباس كذلك أن إمرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم ، فقالت: إني أصرع وإني أتكشف فادع الله لي قال: **(إن شئت صبرت ولك الجنة وإن شئت دعوت الله أن يعافيك)**، فقالت: أصبر ولكنني أتكشف، فادع الله أن لا أتكشف، فدعا لها[5].

---

[1] زيد بن أسلم العدوي العمري،فقيه مفسر من أهل المدينة كان مع عمر عبد العزيز أيام خلافته، توفي سنة 136هـ:الزركلي،الأعلام،ج3ص:56-57.

[2] عبد الفتاح محمود إدريس، حكم التداوي بالمحرمات، ص: 29.

[3] المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ،ج2ص: 463.
ابن مفلح المقدسي،الفروع،ج2 ص: 165.

[4] أخرجه البخاري، كتاب الطب، باب من لم يرق، رقم: 5752،ج4 ص:213.
و أخرجه مسلم كتاب الإيمان، باب الدليل على دخول طوائف من المسلمين الجنة بغير حساب، رقم: 218،ج1 ص:36.

[5] أخرجه البخاري، كتاب المرض، باب فضل من يصرع من الريح، رقم: 5652،ج4 ص181.
و أخرجه مسلم كتاب البر والصلة، باب ثواب المؤمن فيما يصيبه من مرض،رقم: 2576،ج2 ص:302.

ومناقشة الأدلة من حيث أن الله عز وجل أرشد إلى أنواع من أسباب الشفاء في القرآن الكريم، والنبي صلى الله عليه وسلم كذلك تداوى وأمر بذلك مما يدل على أن التداوي لا ينافي تمام التوكل، فقال ابن القيم: "وفي الأحاديث الصحيحة الأمر بالتداوي، وأنه لا ينافي التوكل، كما لا ينافيه دفع داء الجوع والعطش والحر والبرد بأضدادها، بل لا يتم حقيقة التوحيد إلا بمباشرة الأسباب التي نصبها الله مقتضيات لمسبباتها قدرا وشرعا، وإن تعطيلها يقدح في نفس التوكل كما يقدح في الأمر والحكمة"[1].

وقال المازري[2] أن حديث ابن عباس محمول على من يعتقد أن الأدوية تنفع بطبعها، كما كان أهل الجاهلية يعتقدون، ومثله قال به الطوري[3] من ورود النهي عن التداوي محمول على من اعتقد أن الشفاء من الدواء وليس من الله سبحانه، وهذا هو محل الكراهة فيه، ولا ينبغي لمن اعتقد ذلك أن يتداوى من المرض[4].

وقال الحليمي[5] أن المذكورين في الحديث يحتمل أن يكونوا ممن غفلوا عن أحوال الدنيا وما فيها من الأسباب المعدة لدفع العوارض لأنهم غافلون عن طب الأطباء ورقي الرقاة إذ لا يعرفون الإكتواء ولا الإسترقاء وليس لهم ملجأ فيما يعتريهم[6].

---

[1] ابن القيم، زاد المعاد، ص:731.

[2] هو محمد بن علي بن عمر بن محمد التميمي،من أهم مصنفاته ايضاح المحصول من برهان الأصول،توفي سنة536هـ في المهدية : الذهبي،سير أعلام النبلاء،ج20ص:104.

[3] محمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري له مؤلفات عدة منها تكملة البحر الطائل وشرح الكنزلابن نجيم توفي بعد1138هـ:الزركلي،الأعلام،ج6ص:103.

[4] الشوكاني،نيل الأوطار،ج8 ص: 236.
محمد بن علي الطوري،تكملة البحر الرائق، دار الكتب العلمية،لبنان،دون تاريخ، ج8ص: 237.

[5] هو ابو عبدالله الحسين بن الحسن بن محمد بن حليم البخاري الشافعي،ولد سنة338هـ بجرجان وقيل ببخارى،توفي سنة 403هـ:الذهبي،المرجع السابق،ج17ص:232.

[6] الشوكاني،نيل الاوطار، ج8 ص:237.

أما الخطابي فقال إن المراد بترك الرقى والكي الإعتماد على الله في دفع الداء، والرضا بقدره، لا القدح في جواز ذلك لأن مقام الرضا والتسليم أعلى من تعاطي الأسباب[1]، وقال الداوودي[2] أن المراد بالحديث الذين يجتنبون التداوي في حال الصحة خوفا من وقوع الداء أما من يستعمل الدواء بعد وقوع الداء فلا[3].

وبه قال النووي في إنعدام المخالفة بين حيث ابن عباس وغيره من أحاديث تجيز التداوي لأن المدح في ترك الرقى يقصد به تلك الرقى المجهولة والتي هي من كلام الكفار والتي بغير العربية وما لا يعرف معناه فهي الرقى المذمومة لاحتمال أن معناه كفر أما الرقى بالأذكار المعروفة وآيات القرآن الكريم فلا نهي فيه بل هو سنة[4].

وقال ابن حزم[5] إن خبر ابن عباس ليس فيه حمد لترك التداوي أصلا ولا ذكر فيه للمنع منه فإن أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتداوي يقتضي عن تركه[6].

وعليه قال الطبري إن من وثِق بالله، وأيقن أن قضاءه عليه ماض لا يقدح في توكله تعاطيه الأسباب إتباعا لسنته وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم؛ فقد ثبت أنه ظاهر بين درعين ولبس على رأسه المغفر، خندق الرماة حول المدينة، أذن في الهجرة إلى المدينة والحبشة وهاجر هو وتعاطى جميع ما أحل من أسباب الأكل والشرب وادخر لأهله قوتهم فلم ينتظر أن ينزل عليه من السماء لأنه كان أحق الخلق أن يحصل له ذلك إشارة منه إلى أن

---

[1] الشوكاني،نيل الأوطار، ج8 ص: 237.

[2] عبد الرحمان بن محمد بن المظفربن محمد بن داود بن أحمد بن معاذ الداوودي ولد سنة374هـ وتوفي سنة467هـ:الذهبي،سير أعلام النبلاء،ج18ص:222.

[3] الشوكاني،نيل الاوطار، ج8 ص: 236.

[4] المرجع نفسه.

[5] علي بن أحمد بن سعيد بن حزم بن غالبين صالح بن خالف بن معدان بن سفيان بن يزيد الفارسي الأصل ولد سنة384هـ تفقه أولا للشافعي ثم أداه اجتهاده الى نفي القياس والأخذ بظاهر النص وعموم الكتاب والحديث وله عدة كتب في الطب منها "مقالة في شفاء الضد بالضد"و "اختصار كلام جالينوس في الأمراض الحادة" و"حد الطب"توفي سنة456هـ:الذهبي ،سير أعلام النبلاء،ج18ص:104.

[6] ابن حزم ،المحلى، ج7 ص: 418.

الإحتراز لا يدفع التوكل[1]، ولذلك أفتى المازري بجواز جميع الرقى إذا كانت بكتاب الله أو بذكره ومنهي عنها إذا كانت بما لا يدري معناه لجواز أن يكون فيه كفر[2].

أما حديث ابن عباس عن المرأة التي تصرع فوجه الدلالة منه إنما يكون بضرورة الأخذ بالشدة أفضل من الأخذ بالرخصة لمن علم بنفسه الطاقة ولم يضعف عن التزام الشدة وعليه يجوز ترك التداوي لأن الدعاء مع الإلتجاء إلى الله عز وجل أنفع من العلاج بالعقاقير.

ورد ابن تيمية[3] على ذلك بالقول: "لو كان رفع المرض واجبا لم يكن للتخيير موضع"[4].

كما استدل مذهب ترك التداوي كذلك ببعض أثار الصحابة وشرع ما قبلنا بأدلة عقلية مختلفة فمن آثار الصحابة ما روى أن أبا بكر رضي الله عنه لما مرض قالوا له: ألا ندعو لك الطبيب؟ قال: قد رآني، قالوا: فما قال لك؟ قال: إني فعال لما أريد[5].

وثبت أن أبي بن كعب[6] ومعه عدد من الصحابة قد اختاروا المرض ولم يتداووا، حتى حتى قال أبو طالب المكي[7] من لم يتداو من الصديقين والسلف الصالح أكثر من أن يحصى، ولم ينكر عليهم عدم التداوي[8].

---

[1] الشوكاني، نيل الاوطار ، ج8 ص:302.
[2] الشوكاني، المرجع السابق ، ج8ص: 301.
[3] هو مجد الدين أبو البركات عبد السلام بن الخضربن محمد بن علي أحمد بن تيمية،ولد يوم الاثنين 10ربيع الأول661هـ بـ"حران" بسوريا برع في الفقه والحديث والعقيدة واصول الفقه والفلسفة والمنطق وغيرها ،حنبلي المذهب،توفي مسجونا بسجن قلعة دمشق في يوم 20ذي القعدة728هـ: السيوطي جلال الدين ،طبقات المفسرين،تحقيق علي عمر، مكتبة وهبة ،مصر،ط1،1976،ج1ص:46.
[4] ابن تيمية،فتاوى ابن تيمية،ج21ص:564.
[5] أبو طالب المكي(386هـ)،قوت القلوب، الهيئة المصرية العامة للكتاب،مصر،2007،ج2ص: 23.
[6] أبي بن كعب بن قيس بن عبيد صحابي أنصاري من بني النجار من الخزرج،كان قبل الاسلام حبرا من أحبار اليهود وبعد البعثة كان من كتاب الوحي وله في الصحيحين وغيرهما 164حديثا توفي بالمدينة سنة21هـ:الزركلي،الأعلام،ج1ص:82.
[7] هو محمد بن علي بن عطية أبو طالب المكي حدث عن علي بن أحمد المصيصي وأبي بكرالمفيد وغيرها صنف كتابا سماه قوت القلوب يقال أنه ذكر فيها أحاديث لا أصل لها: ابن الجوزي عبد الر حمان ،المنتظم في تاريخ الملوك والأمم،تحقيق محمد عطا، دار الكتب العلمية،لبنان،1995،ج14ص:385.
[8] أبو طالب المكي ، المرجع السابق، ج2 ص: 23.

كما روي عن أبي ذر أنه رمدت عيناه، فقيل له: لو داويتها؟ فقال: إني عنها لمشغول، قيل: فلو سألت الله أن يعافيك؟ فقال: أسأله فيما هو أهم إليَّ منهما[1].

وروي عن أبي الدرداء أنه قيل له في مرضه: "ما تشتكي؟ قال ذنوبي، قيل فما تشتهي؟ قال: مغفرة ربي، قيل أفلا ندعو لك طبيبا؟ قال: الطبيب أمرضني"[2].

فترك هؤلاء الصحابة للتداوي يدل على ان التداوي لم يكن واجبا ولا مستحبا لأنه لم يؤثر عنهم تركهم لمثل ذلك.

أما من شرع من قبلنا فأيوب عليه السلام قد ابتلاه الله وصبر على ذلك مما يدل على أن ترك التداوي هو الأفضل من تعاطي الأسباب الدافعة للمرض[3].

ومن الأدلة العقلية قيل أنه مادام الشفاء قد قدر فالتداوي لا يفيد، وإن لم يكن قدر فكذلك، ولأن المرض حصل بقدر الله فإن قدر الله لا يرد[4].

2- ومن الناس من يشفيه الله بلا دواء ومنهم من يشفيه الله بالأدوية الجسمانية حلالها وحرامها فالشفاء ليس من سبب معين يوجبه في العادة فكم استعمل الدواء ولم يحصل الشفاء لفوات شرط أو وجود مانع[5].

وعليه فإن للعبد أجرا إذا لم يتداوى ومرد ذلك الى قيام نية الصبر على ابتلاء الله سبحانه وتعالى والأجر عند الرضا بقضائه والتسليم بحكمه، فالأمراض مكفرة للسيئات مقيدة عن المعاصي فمن كره الأمراض بقيت عليه ذنوبه موفورة فالملك يكتب للمريض مثل أعماله

[1] أبو طالب المكي ، قوت القلوب ، ج2 ص: 24.
[2] المرجع نفسه.
[3] ابن تيمية،فتاوى ابن تيمية ،ج21ص:564.
[4] ابن القيم،زاد المعاد، ص: 731.
[5] ابن تيمية،المرجع السابق، ج24 ص: 274.

الصالحة التي كان يعملها في صحته ويثاب له من الحسنات مثلما كان له عن أعماله الصالحة[1].

ومن الأدلة ما يلاحظ من أن الأدوية بنوعها لم تتعين لنوع معين من الأجسام بل لم تتعين لمرض محدد وعليه فإن أولوا الأفهام والعقول من الأطباء قد كان الفرد منهم يفني الكثير من الوقت في التعلم إلا أنه يخفى عليه أنواع كثيرة وطرق شفائها[2]؛ في حين أن المرض يزول بأسباب أخرى كثيرة روحانية وجسمانية، باطنة وظاهرة، حتى إنه يشك في دفع الدواء للمريض في كثير من الأمراض[3].

هذا زيادة على أن التداوي ليس من الضرورة في شيء فكم من سقيم حياه الله بالشفاء فقط بما خلق فيه من القوى البدنية الرافعة للمرض كأهل البدو والقرى لما لهم من تيسير في نوع الحركة وشتى الأعمال، وكم من مرضى قد شفاهم الله برقية نافعة وحسن توكل الى غير ذلك من الأسباب الكثيرة دون التداوي[4].

واعترض الغزالي على المذهب بالتساؤل إن كان في ترك التداوي فضل فلم لم يفعله رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى ينال الفضل؟

ليجيب عن ذلك بنفسه في سياق القول أن ترك التداوي يكون فضلا بالنسبة لمن كثرت ذنوبه ليكفرها أو خاف على نفسه طغيان العافية وغلبة الشهوات أو احتاج إلى نيل ثواب الصابرين لقصوره عن مقامات الراضين والمتوكلين أو احتاج إلى ما يذكره بالموت لغلبة الغفلة أو قصرت بصيرته عن الإطلاع على ما أودع الله تعالى في الأدوية من لطائف المنافع، حتى صارت في حقه موهوما كالرقى، أو كان شغله بحاله يمنعه عن التداوي، وكان التداوي يشغله عن حاله لضعفه عن الجمع، فإلى هذه المعاني رجعت الصوارف في ترك

[1] أبو طالب المكي، قوت القلوب ، ج2 ص: 25.
[2] ابن تيمية، فتاوى ابن تيمية، ج21 ص: 566.
[3] المرجع نفسه.
[4] ابن تيمية، المرجع السابق، ج24 ص: 268.

التداوي وكل ذلك كمالات بالإضافة إلى بعض الخلق، ونقصان بالإضافة إلى درجة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، بل كان مقامه أعلى هذه المقامات كلها إذا كان حاله يقتضي أن تكون مشاهدته على وتيرة واحدة، عند وجود الأسباب وفقدها، فإن لم يكن له نظر في الأحوال إلا الى مسبب الأسباب، ومن كان هذا مقامه لم تضره الأسباب، فقد استوى عنده مباشرة الأسباب وتركها لمثل هذه المشاهدة، وإنما لم يترك استعمال الدواء جريا على سنة الله تعالى وترخيصا لأمته فيما تمس اليه حاجتهم، مع أنه لا ضرر فيه[1].

خامسا . عدم جواز التداوي: وهو رأي بعض السلف ممن يرى في التوكل على الله والرضى بما نزل من البلاء القول بعدم جواز التداوي و هم ممن وصفهم النووي بغلاة الصوفية وذكرهم العيني[2] وابن رشد الجد[3] في الاستدلال لهذا الرأي[4] بدليل عقلي مرده الى أن نزول الداء بالمرء هو بقضاء الله وقدره، وتمام الولاية لله تعالى هو في الرضا بجميع ما نزل من البلاء، فلا يجوز لمن نزل به ذلك رفعه عنه بالتداوي.

وانتقد النووي هذا الدليل بالقول: "إن كان الداء من قدر الله تعالى، فإن التداوي كذلك من قدره سبحانه وتعالى إذ هو كالأمر بالدعاء، والأمر بقتال الكفار، والأمر بالتحصين ومجانبة الإلقاء باليد إلى التهلكة، مع أن الأجل لا يتغير، والمقادير لا تتأخر ولا تتقدم عن أوقاتها، ولابد من وقوع المقدرات"[5].

---

[1] أبو حامد الغزالي،إحياء علوم الدين، ج2 ص: 391.

[2] هو أبو محمد بدر الدين العيني الحنفي محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد الحافظ ولد سنة762هـ في حلب بسوريا توفي سنة855هـ بمصر:ترجمته في مقدمة كتابه، السلطان برقوق،تحقيق ايمان عمر شكري،مكتبة مدبولي القاهرة،ط2002،1،ص17 ومابعدها.

[3] هو محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المشهور بابن رشد الجد ولد سنة450هـ بقرطبة وتوفي سنة520هـ:الزركلي،الأعلام،ج5ص:316.

[4] ابن رشد القرطبي،المقدمات الممهدات ، ج3ص: 466.
بدر الدين العيني ،عمدة القارئ شرح صحيح البخاري، ج21ص: 341.
النووي،المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ج14 ص: 191.
محمد شمس الحق آبادى،عون المعبود،تحقيق عبد الرحمان عثمان،المكتبة السلفية،المدينة المنورة،ط2،1969،ج10ص: 235.

[5] النووي،المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ج14 ص: 191.

ويضيف ابن القيم إلى أنه لا تنافي بين التداوي والتوكل والإيمان بقضاء الله وقدره فيقول: "ومن تأمل خلق الأضداء في هذا العالم، ومقاومة بعضها لبعض، ودفع بعضها ببعض، وتسليط بعضها على بعض، تبين له كمال قدرة الرب تعالى وحكمته، وإتقانه ما صنعه، وتفرده بالربوبية والوحدانية، والقهر، وإن كل ما سواه فله ما يضاده ويمانعه، كما أنه الغني بذاته، وكل ما سواه محتاج بذاته، وفي الأحاديث الصحيحة الأمر بالتداوي، وأنه لا ينافي التوكل، كما لا ينافيه دفع داء الجوع، والعطش، والحر، والبرد بأضدادها، بل لا تتم حقيقة التوحيد إلا بمباشرة الأسباب التي نصبها الله مقتضيات لمسبباتها قدرا وشرعا، وأن تعطيلها يقدح في نفس التوكل، كما يقدح في الأمر والحكمة، ويضعفه من حيث يظن معطلها أن تركها أقوى في التوكل، فإن تركها عجزا ينافي التوكل الذي حققته إعتماد القلب على الله في حصول ما ينفع العبد في دينه ودنياه، ودفع ما يضره في دينه ودنياه، ولابد مع هذا الإعتماد من مباشرة الأسباب وإلا كان معطلا للحكمة والشرع، فلا يجعل العبد عجزه توكلا ولا توكله عجزا"[1].

ويضيف فيقول: "إن كان الشفاء قدر فالتداوي لا يفيد، وإن لم يكن قد قدر، فكذلك وأيضا، فإن المرض حصل بقدر الله، وقدر الله لا يدفع ولا يرد، وهذا السؤال هو الذي أورده الأعراب على رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأما أفاضل الصحابة فأعلمُ بالله وحكمته وصفاته من أن يوردوا مثل هذا، وقد أجابهم النبي صلى الله عليه وسلم بما شفى وكفى، فقال: هذه الأدوية والرقى والتقى هي من قدر الله، فما خرج شيء عن قدره، بل يرد قدره بقدره، وهذا الرد من قدره، فلا سبيل الى الخروج عن قدره بوجه ما، وهذا كرد قدر الجوع، والعطش والحر، والبرد بأضدادها، وكرد قدر العدو بالجهاد وكل من قدر الله، الدافع والمدفوع والدفع. ويقال لمورد هذا السؤال: هذا يوجب عليك أن لا تباشر سببا من الأسباب التي تجلب بها منفعة، أو تدفع بها مضرة، لان المنفعة والمضرة إن قدرتا، لم يكن يد من وقوعهما، وإن

[1] ابن قيم الجوزية، زاد المعاد ،ص: 395.

لم تقدرا لم يكن سبيل إلى وقوعهما وفي ذلك خراب الدين والدنيا، وفساد العالم، وهذا لا يقوله إلا دافع للحق معانِد له فيذكر القدر ليدفع حجة المحق عليه، كالمشركين الذين قالوا:

﴿لَوْ شَآءَ ٱللَّهُ مَآ أَشْرَكْنَا وَلَآ ءَابَآؤُنَا﴾[1] و ﴿لَوْ شَآءَ ٱللَّهُ مَا عَبَدْنَا مِن دُونِهِۦ مِن شَىْءٍ نَّحْنُ وَلَآ ءَابَآؤُنَا﴾[2]، فهذا قالوه دفعا لحجة الله عليهم بالرسل، وجواب هذا السائل أن يقال: بقي قسم ثالث لم تذكره، وهو أن الله قدر كذا وكذا بهذا السبب، فإن أتيت بالسبب حصل المسبب وإلا فلا"[3].

سادسا . وهو ما ذهب إليه ابن تيمية في مجموع الفتاوى من أن التداوي منه ما يكون واجبا ومنه ما يكون مستحبا ومنه ما يكون مكروها ومنه ما يكون محرما.

وما روي أن عمر بن الخطاب لما خرج إلى الشام حتى إذا كان بسرغ لقيه أبو عبيدة بن الجراح وأصحابه فأخبروه أن الوباء قد وقع بالشام فاختلفوا فقال لابن عباس: ادع لي المهاجرين الأولين، قال: فدعوتهم، فاستشارهم وأخبرهم أن الوباء قد وقع بالشام فاختلفوا، فقال بعضهم: خرجت لأمر فلا نرى أن ترجع عنه، وقال آخرين: معك بقية الناس وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا نرى أن تقدمهم على هذا الوباء فقال عمر: ارتفعوا عني، ثم قال: ادع لي الأنصار فدعوتهم له فاستشارهم فسلكوا سبيل المهاجرين واختلفوا كاختلافهم فقال: ارتفعوا عني ثم قال: ادع من ها هنا من مشيخة قريش من مهاجرة الفتح، فدعوتهم له فلم يختلف عليه منهم رجلان قالوا: نرى أن ترجع بالناس ولا تقدمهم على هذا الوباء، فأذن عمر في الناس: إني مصبح على ظهر، فأصبحوا عليه فقال أبو عبيدة بن الجراح: يا أمير المؤمنين أفرارا من قدر الله تعالى؟! قال: لو غيرك قالها يا أبا عبيدة!! نعم نفر من قدر الله تعالى إلى قدر الله تعالى أرأيت لو كان لك إبل فهبطت واديا به عدوتان أحداهما خصبة

[1] سورة الأنعام، الآية: 148.
[2] سورة النحل، الآية: 35.
[3] ابن قيم الجوزية، زاد المعاد ، ص: 395.

والأخرى جدية، أليست إن رعيتها الخصبة رعيتها بقدر الله تعالى، وإن رعيتها الجدية بقدر الله؟!قال فجاء عبد الرحمن بن عوف، وكان متغيبا في بعض حاجاته فقال إن عندي في هذا علما سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: **(إذا كان بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا فرار منه، وإذا سمعتم به بأرض فلا تقدموا عليه)**[1].

جاء في كتاب الطب النبوي للذهبي[2]: "التوكل إعتماد القلب على الله، وذلك ينافي الأسباب ولا التسبب، بل التسبب ملازم للمتوكل فإن المعالج الحاذق يعمل ما ينبغي ثم يتوكل على الله في نجاحه، وكذلك الفلاح يحرث ثم يبذر ثم يتوكل على الله في نمائه ونزول الغيب... قال الله تعالى: ﴿ خُذُواْ حِذْرَكُمْ ﴾[3]، وقال صلى الله عليه وسلم: **(اعقلها وتوكل)**[4]، وقال أيضا: **(أغلقوا الباب)**[5]، وقد اختفى صلى الله عليه وسلم في الغار ثلاثا؛ ثم قد تكون العلة مزمنة ودواؤها موهوما قد ينفع وقد لا ينفع[6].

وفي هذا ما يدل أن التداوي إنما هو بقدر الله تعالى لأن التوكل عمل القلب والواجب على المسلم أن يعتقد أن الداء والدواء كله بقدر الله وأنه إذا تداوى فإنما ينفذ قدر الله فلا ينافي التوكل، فكما أن المرض ليس هو الذي يمرضه فإن الدواء ليس هو الذي يشفيه إنما ذلك كله بقدرته سبحانه وتعالى.

ويقول ابن تيمية: "إن الناس قد تنازعوا في التداوي هل هو مباح أو مستحب أو واجب؟ والتحقيق: أن منه ما هو محرم، ومنه ما هو مكروه، ومنه ما هو مباح، ومنه ما هو مستحب، وقد يكون منه ما هو واجب، وهو ما يعلم أنه يحصل به بقاء النفس لا بغيره، كما

---

[1] سبق تخريجه ،ص:35

[2] هو شمس الدين الذهبي،من مواليد673هـ،محدث وامام حافظ،من أهم مؤلفاته سير أعلام النبلاء، توفي سنة748هـ:الصفدي،الوافي بالوفيات،ج7ص:179.

[3] سورة النساء،الآية:70.

[4] أخرجه ابو داوود في سننه،كتاب صفة القيامة،رقم الحديث:2525.

[5] أخرجه مسلم،كتاب الأشربة،باب الأمر بتغطية الاناء وايكاء السقاء،رقم الحديث:2012.

و أخرجه الترميذي في سننه،كتاب الأطعمة،باب ماجاء في تخمير الاناء واطفاء السراج والنار عند المنام،رقم الحديث:1819.

[6] الذهبي محمد ،الطب النبوي،تحقيق أحمد البدراوي، دار احياء العلوم،لبنان،ط3،1990،ص:222.بتصرف

يجب أكل الميتة عند الضرورة، فإنه واجب عند الأئمة الأربعة وجهود العلماء، وقد قال مسروق[1]: من اضطر إلى أكل الميتة فلم يأكل حتى مات دخل النار، فقد يحصل أحيانا للإنسان إذا استحر المرض ما إن يتعالج معه مات والعلاج المعتاد تحصل معه الحياة كالتغذية للضعيف وكاستخراج الدم أحيانا"[2].

ولأن ابن تيمية لم يستدل على تحريم التداوي إلا بما يتعلق بنوع الدواء فإذا كان بما نهى عنه الشرع كالخمر والرقية الشرعية وكشف العورة من غير حاجة أو غلب على الظن أن تعاطي الدواء ضرره أكثر من نفعه والضرر بالغ كإتلاف عضو في الجسم أو هلاك النفس ونحوه فقال: "من استشفى بالأدوية الخبيثة كان دليلا على مرض في قلبه وذلك في إيمانه، فإنه لو كان من أمة محمد المؤمنين لما جعل الله شفاءه فيما حرم عليه، ولهذا إذا اضطر إلى الميتة ونحوها وجب عليه الأكل في المشهور من مذاهب الأئمة الأربعة وأما التداوي فلا يجب عند أكثر العلماء بالحلال"[3].

وله في ذلك عدة نصوص شرعية:

1 . روى وائل بن حجر[4] أن طارق بن سويد الجعفي[5] سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن الخمر، فنهاه عنها، فقال: إنما أصنعها للدواء، فقال: **(إنه ليس بدواء، ولكنه داء)**[6].

---

[1] هو مسروق بن الأجدع بن مالك بن أمية بن عبدالله بن مر بن سلمان بن معمر يقال أنه سُرِق وهو صغير ويقال أنه توفي سنة62أو63هـ:الذهبي،سيرأعلام النبلاء،ج4ص:63.

[2]- ابن تيمية، فتاوى ابن تيمية ، ج18 ص: 12.

[3]- ابن تيمية، المرجع السابق ، ج24 ص: 275.

[4] هو وائل بن حجر بن ربيعة بن وائل بن يعمر الحضرمي وقيل أنه وائل بن حجر بن سعد بن مسروق بن وائل بن ضمعج،وقول ثالث أنه وائل بن حجر بن سعيد بن مسروق بن وائل بن النعمان ،له وفادة و صحبة ورواية: الجزري،أسد الغابة في معرفة الصحابة،ج4ص:635والذهبي ،سير أعلام النبلاء،ج2ص:572.

[5] هو طارق بن سويد ويقال سويد بن طارق الحضرمي ويقال الجعفي له صحبة حديثه عندأهل الكوفة روى عن النبي صلى الله عليه وسلم في الأشربة:ابن حجر العسقلاني،تهذيب التهذيب،ج4ص:146.

[6] أخرجه مسلم ،كتاب الأشربة،باب تحريم التداوي بالخمر،رقم الحديث:1984،ج2 ص:378.

2 . عن أبي الدرداء قال: قال رسول صلى الله عليه وسلم: **(إن الله أنزل الدواء وأنزل الداء، وجعل لكل داء دواء، فتداووا ولا تتداووا بالحرام)**[1].

1-عن أبي هريرة قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الدواء بالخبيث[2].

4-عن عبد الرحمن بن عثمان[3] قال: ذكر طبيب عند رسول الله دواء، وذكر الضفدع تجعل فيه، فنهى رسول صلى الله عليه وسلم عن قتلها[4].

5- قال عبد الله بن مسعود في السكر: "إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم"[5].

ووجه الدلالة من هذه الأدلة أن صراحة النص الشرعي في هذه عن التداوي بالخبائث يؤدي الى تحريم التداوي بالخمر إذ هي أم الخبائث، وجماع كل إثم.

[1] أخرجه أبو داوود في سننه،كتاب الطب،باب في الأدوية المكروهة،رقم الحديث:3894،ج3 ص:60.

[2] أخرجه أحمد في مسنده،مسند المكثرين من الصحابة،مسند أبو هريرة،رقم:7919 ،ج2 ص:112.
و ابن ماجة في سننه،كتاب الطب،باب النهي عن الدواء الخبيث،رقم:3459،ج2 ص: 401.
و الترميذي في سننه،كتاب الطب،باب من قتل نفسه بسم أو غيره،رقم:2052،ج2 ص:73.

[3] عبد الرحمان بن عثمان بن عبيد الله القرشي التيمي،أسلم يوم الحديبية وقيل أسلم يوم الفتح:ابن حجر العسقلاني،أسد الغابة في معرفة الصحابة،ج3ص:367.

[4] أخرجه أبو داوود في سننه،كتاب الطب، باب في الأدوية المكروهة، رقم الحديث:3871،ج2 ص:10.
و أحمد في مسنده،مسند المكيين،حديث عبد الرحمان بن عثمان،رقم:16166،ج7 ص:152.

[5] أخرجه البخاري،كتاب الأشربة،باب شراب الحلواء والعسل،رقم:دون رقم،ج3ص:475.

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري وأثره في الحال(إلزام الطبيب تبصير المريض)

لكون رفض العلاج أمرا خطيرا قد ينتج في الغالب عنه مضرة بينة على مصلحة المريض لا بد وأن أبين ما أوجبه المشرع الجزائري من أجل بلوغ السلوك الصحيح لفائدة المريض.

و في هذا قد نصت المادة **43** من المرسوم التنفيذي **276/92** مؤرخ في **5 محرم 1413 الموافق لـ6 جويلية 1992** المتضمن مدون أخلاقيات الطب على ما يلي: "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي" .

لتضيف المادة **44** من نفس القانون "يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون".

ونهت المادة **48** من نفس القانون: "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان المدعو لتقديم علاج لدى أسرة أو مجموعة أن يسعى جاهدا للحصول على إحترام قواعد الرعاية الصحية والوقاية من الأمراض وأن يبصر المريض ومن حوله بمسؤولياتهم في هذا الصدد تجاه أنفسهم وجوارهم".

الفرع الأول . مفهوم التبصير

إن الإلتزام بالتبصير قبل التعاقد رغم قدم وجوده في كثير من التنظيمات القانونية فهو لم يحظ بعناية كافية لبيان تعريفه ومدلوله، ومن أبرز التعاريف أن التبصير هو "تنبيه طالب العقد بمعلومات من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما أو عنصر ما من عناصر التعاقد المزمع حتى يكون الطالب على بينة من أمره بحيث يتخذ قراره الذي يراه مناسبا على ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد"[1].

وعرفه آخر أنه "إلتزام سابق على التعاقد يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد، البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متنور على علم بكافة تفصيلات هذا العقد، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محله أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم ببيانات معينة أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر، الذي يلتزم بناء على جميع هذه الإعتبارات بالتزام بالإدلاء بالبيانات"[2].

وهناك تعريف آخر:هو "إلتزام قانوني عام سابق على التعاقد، يلتزم فيه المدين بإعلام الدائن في ظروف معينة إعلاما صحيحا وصادقا بكافة المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد المراد إبرامه، والتي يعجز عن الإحاطة بها بوسائله الخاصة ليبني عليها رضاه بالعقد"[3].

[1] سهير المنتصر، الإلتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، مصر، ط1،1998،ص: 41.
[2] نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالادلاء البيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود – دراسة فقهية قضائية – دار النهضة العربية، مصر، 1982، ص: 15 .
[3] خالد جمال أحمد، الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد،ص: 82.

الفرع الثاني: الأساس الشرعي والقانوني لموجب التبصير

أولا . في الفقه الإسلامي: إن إفادة المتعاقد بمعلومات قبل التعاقد يستند في وجوده إلى عدة أدلة في الشريعة الإسلامية منها:

1 . من السنة

أ . قول النبي صلى الله عليه وسلم: **(البيعان بالخيار مالم يتفرقا فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيّعهما وإن كذبا وكتما محقت بركة بيّعهما)**[1]؛ فالحديث الشريف يحث البائع على الصدق والبيان عند إبرام العقد لأنه سبب نزول البركة.

ب – قول النبي صلى الله عليه وسلم:**(المسلم أخو المسلم لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا فيه عيب إلا بينه له)**[2]، وقوله:**(لا يحل لأحد أن يبيع شيئا إلا بين ما فيه ولا يحل لمن علم ذلك إلا بينه)**[3].

ولقد روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم مر على صبرة طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً فقال : **(ما هذا يا صاحب الطعام)؟** قال: أصابته السماء يا رسول الله، فقال له رسول الله: **(أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس من غش فليس مني)**[4]، وقول النبي صلى الله عليه وسلم: **(من باع عيبا لم يبينه لم يزل في مقت الله ولم تزل الملائكة تلعنه)**[5].

---

[1] أخرجه البخاري،كتاب البيوع،باب البيعان بالخيار مالم يتفرقا،رقم الحديث:2110،ج2 ص:135.
و مسلم،كتاب البيوع،باب الصدق في البيع والبيان،رقم الحديث:1532،ج1 ص:361.

[2] أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب التجارات،باب من باع عيبا فليبينه،رقم الحديث:2246،ج2 ص:234.

[3] أخرجه النيسابوري محمد ،المستدرك على الصحيحين،تحقيق مصطفى عطا، دار الكتب العلمية،لبنان،ط2،2002،كتاب البيوع،رقم الحديث:2157،ج2 ص:28.

[4] أخرجه مسلم،كتاب الإيمان،باب قول النبي صلى الله عليه وسلم "من غشنا فليس منا"،رقم الحديث:102،ج1 ص:32.
و النيسابوري،المستدرك على الصحيحين،كتاب البيوع،رقم الحديث:2155،ج2 ص:26.

[5] أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب التجارات،باب من باع عيبا فليبينه،رقم الحديث:2247،ج2 ص:234.

بل إن الشريعة الإسلامية لم تكتف بالزام المتعاقدين بالصدق في البيانات قبل العقد بل تعدى هذا الإلتزام إلى الغير الذي لا يعتبر طرفا في التعاقد ويظهر بوضوح فيما يلي:

– روى واثلة بن الاسقع[1] قوله صلى الله عليه وسلم: **(لا يحل لأحد أن يبيع شيئا إلا بيّن ما فيه ولا يحل لأحد يعلم ذلك إلا بينه)**[2].

– إضافة إلى قصص كثيرة تروي عن الصحابة والتابعين تبين إلتزام السلف الصالح فيها بموجب التبصير قبل التصرف ومنها:

– كان لأحد التابعين عامل بمدينة السوس بالبصرة يشتري له قصب السكر، وفي عام من الأعوام أصيب قصب السكر آفة فأرسل العامل للتابعي ناصحا إياه أن يشتري ما يستطيع شراءه من السكر ويدخره عنده لأن الأسعار سوف ترتفع بسبب ذلك فاشترى التابعي الكثير من السكر ولم يخبر البائع بحدوث الآفة في القصب والتي سيكون سببا في غلاء الأسعار، ثم بعد ذلك باع ما لديه من سكر فربح في ذلك ثلاثين ألفا وانصرف إلى بيته وأخذ يفكر مع نفسه قائلا لقد ربحت ثلاثين ألفا وخسرت نصح رجل من المسلمين، فلما أصبح الغد ذهب إلى بائع السكر ودفع إليه الثلاثين ألفا وقال له بارك الله لك فيها، فقال له البائع ومن أين صارت لي؟ فقال له التابعي إني كتمتك حقيقة الحال وكان السكر قد غلا في ذلك الوقت فقال له البائع رحمك الله الآن قد أعلمتني وقد طيبتها لك ورضيتها لك فعاد التابعي إلى بيته وظل ساهرا الليل يفكر ويعاتب نفسه قائلا ما نصحته فلعله كان مستحيا أن يأخذ

[1] هو واثلة بن الأسقع بن عبد العزى بن عبد ياليل بن ناشب وقيل واثلة بن عبد الله بن الأسقع خدم النبي صلى الله عليه وسلم ثلاث سنين مات سنة83أو85هـ: الجزري،أسد الغابة،ج4صفحة:628-629.

[2] سبق تخريجه في الصفحة السابقة،وقد روى عن أبي السباع رضي الله عنه أنه قال اشتريت ناقة من دار واثلة بن الأسقع فلما خرجت بها أدركني عقبة بن نافع فقال لي هل بين لك ما فيها؟ قلت وما فيها إنها لسمينة ظاهرة الصحة فقال عقبة وهل أردت بها سفرا أم أردت بها لحما؟ فقلت له أردت عليها الحج فقال لي عقبة أن بخفها نقبا فقال له صاحبها واثلة بن الأسقع أصلحك الله ما تريد الى هذا أن تفسد علي قال اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول **"لا يحل لأحد بيع شيئا إلا بيِّن ما فيه ولا يحل لمن يعلم ذلك إلا بينه"**: مسند احمد،مسند المكيين، رقم الحديث:16109،ج12 ص:346.

مني المال، ثم بكر له في الغد وقال له التابعي عافاك الله خذ هذا المال فهو لك وهو أطيب لقلبي أن تأخذها[1].

وفي تعقيب على هذه القصة يقول أبو حامد الغزالي: "إنها تفيد أنه ليس للمرء أن يغتنم الفرصة وينهز غفلة صاحب المتاع ويخفي عن البائع غلاء الأسعار أو يخفي عن المشتري تراجعها فإن فعل ذلك كان ظالما تاركا للعدل والنصح للمسلمين"[2].

. ذكر ابن حزم في المحلى أن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه أعطى أحد العمال ليبيع السبْيَ فلما أتى بيعه عاد إلى أمير المؤمنين وقال له أن البيع كان كاسدا لولا أنني كنت أزيد عليهم فقال له أمير المؤمنين أكنت تزيد عليهم ولا تريد أن تشتري؟ فقال له عامله نعم فقال عمر: إن هذا نجش والنجش لا يحل، وأمره أن يرسل مناديا لينادي أن البيع مردود وأن النجش لا يحل[3].

ووجه الدلالة من هذه القصة أن عمر بن عبد العزيز نهى عن النجش الذي يقوم في أصله على الكذب والخداع وكفل بذلك حماية فعالة لموجب التبصير في عقود البيع.

– يروى أن سيدنا جرير بن عبد الله[4] رضي الله عنهما عندما بايع رسول الله صلى الله عليه وسلم، فلما أراد الذهاب من أمامه جذبه من ثوبه واشترط عليه :**(والنصح لكل مسلم)**[5]؛ وعليه كان جرير رضي الله عنه إذا أراد أن يبيع سلعة بصّر من أراد شراءها بعيوبها ثم خيره قائلا له إن شئت فاترك فقيل له يا جرير إنك إن فعلت مثل هذا لم ينفذ لك بيع فكان يرد عليهم قائلا قولته المشهورة إنا بايعنا رسول الله على النصح لكل مسلم[6].

---

[1] أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، ج2 ص: 89.
[2] المرجع نفسه.
[3] ابن حزم،المحلى، ج9 ص: 448.
[4] هو جرير بن عبد الله بن جابر بن مالك بن نصر بن ثعلبة بن حشم بن عوف من أعيان الصحابة،قيل مات سنة51أو54هـ:شمس الدين الذهبي،سير أعلام النبلاء،ج2صفحة:530.
[5] أخرجه البخاري،كتاب الشروط، باب مايجوز من الشروط في الإسلام والأحكام والمبايعة،رقم الحديث:2714،ج2 ص:17.
و صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب بيان أن الدين النصيحة،رقم الحديث:98،ج1 ص:21.
[6] أبو حامد الغزالي، المرجع السابق، ج2 صفحة: 86.

فالصحابي الجليل يلزم نفسه بالتبصير عن حقيقة سلعته قبل بيعها ولم يمنعه من أداء هذا خوف من فوات الرزق أو عدم إتمام عقد البيع.

– ويروى أن تاجر حلل كانت عنده حلل مختلفة الأثمان منها ما تبلغ قيمتها أربع مائة درهم ومنها ما تبلغ قيمتها مائتين وفي أحد المرات ذهب الرجل الصالح إلى أداء الصلاة بالمسجد وخلف ابن أخيه في دكانه فجاءه أعرابي يريد شراء حلة بأربع مائة درهم فعرض عليه حلة بمائتين فاستحسنها الأعرابي ورضيها بأربعمائة ثم أخذها وانصرف ومضى بها وهي على يديه، وفي الطريق قابله التاجر الذي كان عائدا من الصلاة فعرف أن هذه الحلة من حلله فقال للأعرابي بكم اشتريتها؟ فقال له الأعرابي بأربعمائة فقال له التاجر إنها لا تساوي إلا مائتين فارجع إلى المحل حتى تردها فقال له الأعرابي إنها تساوي في بلدنا خمسمائة وأنا ارتضيتها فقال له التاجر انصرف معي فإن النصح في الدين خير من الدنيا وما فيها ثم رد على الأعرابي مائتي درهم وخاصم في ذلك إبن أخيه وقال له معاتبا أما استحييت من الله، أما اتقيت الله أتربح مثل الثمن وتترك النصح للمسلمين فقال يا عم ما أخذها الأعرابي إلا وهو راض بها فرد عليه :فهلا رضيت له بما ترضاه لنفسك[1].

ج – إن الفقه الإسلامي حدد منطقة حراما في بيوع الأمانة[2] التي تدخل في عموم البيع الجائز شرعا لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾[3]، كما أنهم قد توارثوا هذه البياعات في سائر العصور من غير نكير، وفيه إجماع على جوازها[4].

[1] أبو حامد الغزالي، احياء علوم الدين ، ج2 صفحة: 90.

[2] يقول عبد الرزاق السنهوري : "إن جملة القول في بياعات الأمانات أن المبتاع، وهو يحتكم الى ضمير البائع ويطمئن الى أمانته، يبتاع منه السلعة على أساس الثمن الذي اشترى به... فاما أن يزيده فيها قدرا معلوما من الربح يضاف الى الثمن الأصلي فيسمى البيع مرابحة، واما أن ينقصه قدرا معلوما يطرح من الثمن الأصلي فيحمل البائع فيه الخسارة ويسمى البيع وضيعة، وإما ألا يزيد ولا ينقص، بل يشتري السلعة بثمنها الأصلي، ويسمى البيع توليه إذا أخذ المشتري كل السلعة أو اشراكا إذا أخذ جزءا منها بما يقابله من الثمن": عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي،ج2ص: 155 وجاء في المغني لابن قدامة، "معنى المرابحة هو البيع برأس المال وربح معلوم، ويشترط علمهما برأس المال يقول رأس مالي فيه أو هو على بمائة بعتك بها وربح عشرة فهذا جائزا لا خلاف في صحته ولا نعلم فيه عن أحد كراهة":ابن قدامة،المغني،ج4ص: 10.

[3] سورة البقرة، الآية: 274.

[4] الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5 ص: 221.

أما الكذب في مقدار الثمن أو في أوصافه فله آثار تتصل بعقد البيع على التفصيل التالي:

. إذا كان الكذب في مقدار الثمن الأصلي في بيع المرابحة فاختلفت آراء الفقهاء حول آثار الكذب فيه إلى ما يلي:

الرأي الأول: وهو رأي الإمام أحمد بن حنبل[1] وقول عند الشافيعة[2] ومفاده أن للمشتري الخيار بين أخذ المبيع برأس ماله وحصته من الربح وبين تركه.

الرأي الثاني: وهو قول أبو يوسف من الأحناف[3] وظاهر قول الخرقي من الحنابلة[4] والأظهر من الشافعية[5] ، وفحواه أن كذب البائع على المشتري في قدر الثمن لا يثبت الخيار بالرد مطلقا لا للمشتري ولا للبائع، فالبيع لازم لهما وإنما يوجب على البائع الحط بقدر الزيادة وما يقابلها من ربح لأن المشتري رضي بشراء السلعة بالأكثر فإذا حطت الزيادة فقد زاد خيرا لذلك لم يكن له خيار كما لو اشترى شيئا على أنه معيب ثم ظهر أنه صحيح، كما أنه لا خيار للبائع لأنه مدلس ولا يحصل له الخيار بتدليسه.

الرأي الثالث: وهو قول المالكية[6] ومذهب الحنفية[7] وهو مقابل الأظهر عند الشافعية[8] ومضمونه إثبات للمشتري الخيار بين الإمساك بجميع الثمن المتفق عليه في العقد أو الرد؛ لأن المشتري قد رضي بهذا الثمن فلا يلزم إلا به وله خيار الرد مع ذلك لفوات السلامة عن الخيانة والكذب مثلما يثبت له الخيار لفوات السلامة عن العيب إذا ظهر أن المبيع معيب.

---

[1] ابن قدامة،المغني، ج4 ص: 281.
[2] الشربيني،مغني المحتاج، ج2 ص: 79.
[3] الكاساني،بدائع الصنائع، ج5 ص: 226.
[4] ابن قدامة،المرجع السابق ، ج4 ص: 281.
[5] الشربيني،المرجع السابق، ج2 ص: 79.
[6] الدسوقي محمد عرفة ،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار احياء الكتب العربية،مصر،دون تاريخ،ج3ص:91.
[7] الكاساني،المرجع السابق، ج5 ص: 226.
[8] الشربيني،المرجع السابق، ج2 ص: 79.

. إذا كان الكذب في أوصاف الثمن الأصلي وله عدة أمثلة منها أن لو اشترى المبيع نسيئة ثم باعه للمشتري مرابحة بمجمل الثمن دون أن يذكر له ذلك، وهنا اختلفت الأراء في الفقه الإسلامي في هذه المسألة.

الرأي الأول: يقضي بحق المشتري في الخيار بين الرد والإمساك وهو ما قال به الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية[3] ورواية عند أحمد[4].

الرأي الثاني: وهو قول حكاه ابن المنذر[5] عن احمد[6] ومفاده أن للمشتري الرد إذا شاء، كما أن له إستبقاء السلعة المبيعة بثمنها الأصلي مؤجلا لمدة تساوي مدة التأجيل الذي تمتع به البائع.

الرأي الثالث: يذهب أنصاره إلى أن لا خيار للمشتري؛ فلا يملك الرد إلا أن من حقه أخذ المبيع بنفس الثمن مؤجلا إلى ذات المدة التي استفاد بها البائع وهو قول للحنابلة لرواية أحمد[7].

ويبدو مما سبق أن الشريعة الإسلامية قد ألزمت أطراف العقود المختلفة بتبيان المعلومات الجوهرية المتصلة بموضوع التعاقد إلى الطرف الآخر لأن الطرف الثاني يكون غالبا عاجزا عن الإحاطة بها بوسائله الخاصة، وأوجبت هذا الإلتزام حتى على الغير الذي لم يكن طرفا في العقد.

---

[1] الكاساني، بدائع الصنائع ، ج5 ص: 225.
[2] الدسوقي،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،ج3 ص: 165.
[3] الشربيني، مغني المحتاج ، ج2 ص: 79.
[4] ابن قدامة،المغني ، ج4 ص: 267.
[5] هو محمد بن ابراهيم بن المنذر النيسابوري الفقيه وعداده في فقهاء الشافعية قيل أنه توفي سنة316هـ:محمد الذهبي،سير أعلام النبلاء،ج14ص:490.
[6] ابن قدامة، المرجع السابق ، ج4 ص: 285.
[7] المرجع نفسه.

ولاشك أن هذا التصور تؤكده معاني الأخوة التي جعلها الإسلام بين جميع أفراده وجُعل القيام بها دليلا على كمال الدين واكتمال الإيمان مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم:

(لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحبه لنفسه)[1].

ولأن الشريعة الإسلامية لا تفصل بين الواجبات الأخلاقية والإلتزامات القانونية فجميعها إلتزامات شرعية تحظى بصفتي الإلزام والقهر فهي تختلف عن القوانين الوضعية التي تعتبر تبصير المتعاقد من قبل الغير واجبا أخلاقيا لا غير إن شاء نفذه وإن شاء تركه وعزف عنه[2].

أما عن ورود الكثير من النصوص الشرعية بخصوص التبصير في عقد البيع فهذا لكونه أكثر العقود تداولا وشهرة ،أما العقود التي لم يرد بصددها نصوص خاصة فلا يمنع ذلك من القياس على عقد البيع لاتحاد العلة في إيجابه في جميعها رغبة في إتمام العقود برضا حر وواع بكل ما يتعلق بموضوع العقود .

وهي في ذلك تمتاز عن التشريعات القانونية التي كانت قديما تقتصر نصوصها على حالات فسخ العقد لعدم الاخطار والتبصير في حالة حصرية فريدة وهي بيع العبيد والأرقاء؛ دون أن يذكر أي بيع آخر فيجوز فسخ هذا العقد إذا لم يبصر المشتري بالعيوب الموجودة في العبد خلال سنة في حالة العبد الذي يكون مريضا بداء الصرع أو خلال ستة أشهر بالنسبة للأمراض الأخرى مثلما ينص عليه القانون اليوناني القديم[3].

[1] أخرجه البخاري، كتاب الايمان ،باب من الايمان أن يحب لأخيه مايحب لنفسه،رقم الحديث:13،ج1 ص:7.
و مسلم،كتاب الايمان،باب الدليل على أن من خصال الايمان أن يحب لأخيه المسلم مايحب لنفسه،رقم الحديث:45،ج1 ص:19.
[2] خالد جمال أحمد، الالتزام بالاعلام قبل التعاقد ، ص: 27.
[3] خالد جمال أحمد، المرجع السابق ، ص: 6.

ثانيا . في الفقه القانوني . برز رأيان في الفقه القانوني يفسران موجب التبصير :

1 . عقد العلاج مصدر موجب التبصير: استند رأي في الفقه الفرنسي إلى حكم محكمة النقض الفرنسي الصادر في **29 ماي 1951** الذي أعلنت فيه أن العقد المبرم بين الطبيب وعميله يلقي على عاتق الطبيب إلتزاما بعدم مباشرة أي تدخل علاجي أو إجراء جراحي إلا بعد الحصول أولا على رضا مريضه.

ومن ذلك فإن أساس التبصير لفائدة المريض يجد أساسه في عقد العلاج والنصوص التنظيمية أو اللائحية على حد سواء، لكن على تفصيل بالنسبة للنصوص التنظيمية لبعض الدول؛ إذ ينبغي التفريق بين ثلاث أنواع من الأطباء:

النوع الأول: الأطباء العاملون بالمراكز الإستشفائية العامة: ويلتزم هؤلاء الأطباء بتبصير مرضاهم عملا بالتشريع الفرنسي.

النوع الثاني: الأطباء والصيادلة والكيمائيون العاملون بالجيش ولهم نفس الإلتزام عملا بنفس التشريع.

النوع الثالث: جميع الأطباء ماعدا المنتمون إلى النوع الأول والنوع الثاني (الخواص): فليس ثمة تقنين صريح في التشريع الفرنسي إلا ما يفهم بطريق المخالفة من نصوص أخرى[1].

بينما خالف المشرع الجزائري هذا التفريق بين الأطباء من حيث الإلتزام بالتبصير، وأقر معيارا واقعيا أساسه الخطر لنشوء هذا الإلتزام من عدمه[2].

[1] خالد جمال أحمد، الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد ، ص: 390.
[2] مادة **44** من قانون مدونة أخلاقيات الطب الجزائري.

فالعمل الطبي الذي يشكل خطرا على المريض يُلْزِمُ الطبيب قبل القيام به الحصول على موافقة المريض دون الخوض في صفة القائم بالعمل من الأطباء[1]؛ أما إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بالموافقة فمن واجب الطبيب تقديم العلاج الضروري وفقا لمانصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة **44**المشار إليها آنفا.

وأوجب المشرع كذلك على جميع الأطباء دون إستثناء وكذلك جراحي الأسنان الإجتهاد في تقديم معلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي[2].

2 . عقد العلاج مصدر موجب التبصير مع اختلاف في الأثر: ذهب رأي آخر في الفقه إلى أنه وإن كان لالتزام الطبيب بتبصير مريضه الطبيعة قبل التعاقدية؛ إلا أن ذلك لا ينال في حقيقة الإلتزام إذ يظل متولدا عن العقد الطبي الأصلي، ويرى "**Boyen**" إلى أن إخلال الطبيب بهذا الإلتزام تقوم في جانبه المسؤولية العقدية إن قام العقد والمسؤولية التقصيرية إن لم يبرم العقد[3].

وكان الرأي الثاني منتقدا من عدة أوجه:

الوجه الأول: من المسلم به أنه ثمة ترابط بين المرحلة السابقة على عقد العلاج الطبي ومرحلة إبرام هذا العقد وتنفيذه؛ إلا أنه لا ينبغي هذا الترابط بنا إلى الخلط بين مرحلتين مختلفتين فلا يعقل أن ينشأ التزام قبل نشأة وقيام أساسه ومصدره.

الوجه الثاني: ما أكدته محكمة النقض المصرية حين قالته بأنه لا تقوم المسؤولية العقدية في المدة السابقة على قيام العقد أو المدة اللاحقة لإنتهاء العقد، فالمسؤولية عن قطع

[1] أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون.
[2] مادة **43**من قانون مدونة أخلاقيات الطب الجزائري.
[3] محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي ـ دراسة تحليلية وتأصيلية لطبيعة العلاقة بي المريض والطبيب ـ ، ص: 94.

المفاوضات في وقت غير مناسب أو التعسف في رفض التعاقد هي مسؤولية تقصيرية لا عقدية[1].

الفرع الثاني: مقدار المعلومات اللازمة لتبصير المريض: إختلف فقهاء القانون حول قياس المعلومات اللازمة على النحو التالي[2]:

أولا. يقول الفرنسي **PENNEAU** إلى أن الطبيب ملزم بتبصير المريض بحالته الصحية وبالمخاطر التي يمكن حدوثها له بصفة عارضة، أما أن يزيد له فوق ذلك فإن مواطنه **VIENNE** يرفض ذلك؛ مبررا رأيه بالحالة الذهنية للمريض التي لا يسمح له بأن يباشر رغبته في مناقشة طبيبه الممارس فيفوض أمره في ذلك إلى ذلك الطبيب الذي يثق في عمله وخبرته وفي سلامة حدسه وتقديره.

ثانيا . أشار السويسري **Olivier GUILLOD** إلى أن المعلومات الموجهة إلى المريض ينبغي أن ترتكز على العناصر التالية:

– **المرض:** فيعلمه الطبيب بطبيعة المرض والآلام الناجمة عنه ومدى تطوره والمتوقع في حالة غياب أي إجراء طبي بصدده.

– **المداواة:** فيعلم الطبيب مريضه بجميع جوانب العلاج الموصوف ومزاياه العاجلة والآجلة وأضراره وعواقبه ويركز على مخاطره التي تمثل خلاصة للحدس الطبي.

– **البدائل العلاجية المحتملة:** ويقتضي هذا العنصر دراية المريض وبداهة إلمام البدائل حتى يمكنه أن يختار منها ، وتكون المعلومات بشأن هذا العنصر ترتكز على طبيعة هذه البدائل العلاجية من حيث مزاياها وأضرارها اللاحقة.

[1] نقض مدني في مصر بتاريخ 09 فيفري 1967 : خالد جمال أحمد، الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد ، ص: 395.
[2] محمد ابراهيم دسوقي، الإلتزام بالاعلام قبل التعاقد، دار إيهاب للنشر،مصر، 1985، ص: 274.

ويذكر **Olivier** أن القضاء السويسري أكد أهمية عنصري المرض ومداواته دون إشارة إلى إعلام المريض بالبدائل العلاجية في حين يهتم القضاء الألماني بضرورة العناصر الثلاثة دون إستثناء.

ثالثا . يرى الفرنسي **SAVATIER** أن التزام الطبيب بإفادة معلومات للمريض ليس إلتزاما مطلقا بغير حدوده في كل الحالات؛ فليس من المعقول أن نكلف الطبيب بأن يكشف لمريضه عن كل النتائج المتوقع منها وغير المتوقع، العادي منها وغير العادي، اليقيني منها والمشكوك فيه.

فليس المقصود من الإعلام تثقيف المريض وتعليمه بخصوص مرضه؛ كما أننا إذا ألزمنا الطبيب بأن يُعلم مريضه ويخبره بجميع الأساليب والوسائل العلمية والفنية التي حملته على تشخيص معين ومبررات كل دواء من الأدوية التي يصفها له وجميع المخاطر التي قد يتعرض لها المريض القريب منها والبعيد؛ فإنه يستحيل عليه عند ذلك أن يمارس الطبيب عمله أو أن لا يضحى للطب الفاعلية المرجوة منه، لأن المقصود إفادة المريض بالمعلومات هو إحاطته علما بظروف هذا المرض وطرق معالجته والآثار والنتائج المتوقعة والمحتملة بالنسبة لها لا أكثر.

وهو ما أكدته محكمة ليون الفرنسية في حكم لها بتاريخ **12** أفريل **1956** أين أكدت أنه من المستحيل أن نلزم الطبيب بأن يكشف لمريضه جميع النتائج غير الملائمة والمتعارضة مع مصلحته أو النتائج المشكوك فيها[1].

ولقد أكد مجلس الدولة بالجزائر في قرار له رقم **7528**بتاريخ**11**مارس**2003**أن المعلومات المقدمة إلى المريض لايمكن أن تغدو إلى مستوى تقارير إدارية لأن الأطباء غير مختصين في إتخاذ الإجراءات الإدارية مثل تلك التي تشترط لنقل المرضى إلى مراكز

[1] خالد جمال أحمد، الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد ، ص: 397.

مختصة في الخارج؛بل إن التقارير الموجبة لذلك هي أصلا من إختصاص اللجنة الوطنية الطبية التي توجد على مستوى الصندوق الوطني للتأمينات الإجتماعية وفي عدم وجود أي خطأ طبي ومهني؛ فقضاة مجلس وهران قدروا الوقائع أحسن تقدير على حسب قرار مجلس الدولة.

الفرع الثالث:خصائص المعلومة في إجتهاد القضاء الفرنسي:

يكفي أن توصف المعلومات بالخصائص التالية[1]:

أولا . بسيطة ومفهومة للمريض: وهو ما أشار إليه البعض من إستعمال اللهجة الطبية من شأنه أن يزعزع قدرة المريض على الإدراك الجيد، والحجة في ذلك حسبهم ما نصت عليه صراحة المادة **41** من المرسوم الفرنسي الصادر في **1947** المتعلق بسير العمل في المستشفيات العامة بنص صراحة على ضرورة أن تكون المعلومات المقدمة من الأطباء لمرضاهم سهلة المنال وهي نفس العبارة التي استعملها المشرع الجزائري بوصفه للمعلومة بالوضوح.

ثانيا . أن تكون المعلومات دقيقة وصادقة: ما لم تقتض الضرورة لمصلحة المريض أن يلجأ الطبيب إلى الكذب في المعلومة تفاديا لما قد يلحق المريض من آثار سيئة عند المصارحة والإفصاح عن خطورة المرض أو خطورة علاجه .

[1] أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث – دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية- دار النهضة العربية،مصر، 1986، ص: 113.

ويذهب الفقه الفرنسي إلى التفرقة في مجال كذب الطبيب على مريضه أثناء التبصير بين نوعين من الكذب:

- **الكذب المتفائل:** وهو إخفاء حقيقة المرض وعواقبه عن المريض عند الغلبة أن ذكر الحقيقة للمريض لن يكون لها إلا الأثر السلبي على حالته النفسية ولن تفيد في علاجه، فالكذب هنا يستهدف مصلحة المريض ويؤدي الى تحسين حالته الصحية.
- **الكذب المتشائم:** وهو ما انطوى على معلومات تؤدي إلى الإعتقاد أن هناك نتائج خطيرة مما أظهرته الفحوص والتحاليل الطبية بينما يتم إخفاء النتائج الحسنة عن المريض.

ولهذا وضع **Carbonnier** شروطا لمشروعية الكذب في إعلام المريض حيث يتبين الحكم على الكذب حسبه عند النظر إلى الهدف والى الوسيلة؛ فالكذب لا يكون خطأ إذا كان هدفه الوحيد هو مصلحة المريض، ولكن تبقى هذه المصلحة هي المبدأ والهدف الأسمى وعلى ذلك لا يعتبر مخطئا إذا شفي المريض عن طريق الكذب[1].

وقد أجاز المشرع الجزائري بنص المادة **51** من قانون مدونة أخلاقيات الطب الجزائري ما أسماه بإخفاء تشخيص مرض خطير عن المريض لأسباب تعود إلى تقدير الطبيب حيث لايمكن كشف هذا التشخيص إلا بمنتهى الحذر والإحتراز، واشترط وجوب إخبار عائلة المريض إلا إذا كان المريض قد منع مسبقا عملية الإفشاء هذه أو عين الأطراف التي يجب إبلاغها بالأمر.

ثالثا . أن تكون المعلومة كافية وكاملة: فتوضح المسائل الخاصة بالمريض وما يلزمه من علاج، وهي المعلومات التي من شأنها أن تعين المريض في التعبير عن إرادة حرة وواعية ومستنيرة[2].

[1] خالد جمال أحمد، الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، ص: 430.
[2] حكم محكمة النقض الفرنسي بتاريخ 15 ديسمبر 1993 : محمد إبراهيم دسوقي، الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد ، ص: 276.

رابعا . أن يتحقق الإعلام قبل التدخل العلاجي أو الإجراء الجراحي: ينبغي أن يتحقق الإعلام في زمن سابق على التدخل العلاجي من أجل أن يحظى المريض بتكوين رأيه بصدد العلاج فيجيء معبرا بصدق عن إرادته الواعية والمدركة لكل جوانب المرض وما يتصل به من علاج[1].

واكتفى المشرع الجزائري بوصف المعلومة المقدمة إلى المريض بالواضحة والصادقة دون أن يراعي المستوى العلمي للمريض في الحالات العادية[2] ، لكن عند القيام بالعمل الطبي الذي يحوي خطرا جديا إشترط المشرع أكثر من تقديم المعلومة الواضحة إلى الحصول على الموافقة لإجراء التدخل الطبي[3].

الفرع الرابع . أطراف الإلتزام بالتبصير الطبي:

أولا. صاحب الحق في المعلومة: طبقا لنص المادة **48** من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري التي نصت على التزام الطبيب بأن يبصر المريض ومن حوله بمسؤوليتهم في هذا الصدد تجاه أنفسهم وجوارهم.

والنص القانوني بهذا يثبت أن المريض وإن كان هو صاحب الحق الأصيل في التبصير فإن هذا لا يمنع من أن يوجد إلى جانبه أشخاص آخرين أطلق عليهم المشرع لفظ "ومن حوله.

هؤلاء الأشخاص تربطهم في الغالب بالمريض روابط القرابة أو الزواج أو النسب ...الخ، وأصاب المشرع في ذلك إذ تصادف المريض والطبيب حالات عديدة يكون من الضروري تبصير الغير الذي يقوم مقام المريض من أهمها مايلي[4]:

---

[1] حكم محكمة النقض الفرنسية في 5 مارس 1974 : خالد جمال أحمد، الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد ، ص: 423.
[2] مادة **43** من قانون مدونة أخلاقيات الطب الجزائري.
[3] مادة **44** من القانون السابق.
[4] عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، مصر، 1986،ص: 42.

إذا كان المريض مغشيا عليه إثر حادث مثلا واقتضى الأمر معالجته سريعا وكان في صحبته أحد أقاربه.

إذا كان المريض به مرض خطير يخشى عليه إخباره خوفا على حياته فيقوم الطبيب بتبصير أحد أقاربه بالمعلومات الكافية عن مرضه ومدى خطورته وبما يلزمه من علاج.

إذا كان المريض عديم الأهلية أو ناقصها فلا يعتد برأيه في الغالب بشأن ما يلزمه من علاج ويتم إعلام من ينوب عنه قانونا.

ثانيا- المدين بتبصير المريض:

بما أنني بصدد البحث عن المدين بتبصير المريض أثناء العلاج الطبي أجد أن الأصل هو قيام الطبيب بتبصير مريضه حول حالته المرضية والعلاج المقترح له دون اشتراط طريقة للتبصير تكون محددة باستثناء مراحل خاصة أثناء العلاج حيث يلزم الطبيب بتقديم المعلومات مكتوبة إلى المريض مثل تحرير الوصفات الدوائية[1]...الخ

ولأن مفهوم التبصير يتعدى إلى تقوية أسس الثقة القائمة بين المريض والطبيب المعالج، فلا بد من أن الإخلال بعوامل الثقة بينهما يؤثر حتما على العلاقة بينهما ومن ثم يفقد المريض تقدير مصلحته العلاجية.

بل إن البعض يرى أن الطبيب الذي يجري عمليات طبية دون تبصير المريض يحمله المسؤولية كاملة عن كافة الأضرار الناجمة حتى ولولم يرتكب أي خطأطبي[2].

وهنا يشار فيكثير من المراجع إلى قرار لمحكمة النقض الفرنسية صدر **بتاريخ26/مارس/1996** وقائعه حول سيدة راجعت طبيبها من أجل إستشارته عما يعانيه زوجها من إضطرابات عصبية وخشية من إنتقال المرض إلى نسلها بالوراثة فطالبت إعلامها

[1] تنص المادة **47** من قانون مدونة أخلاقيات الطب الجزائري على مايلي:"يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يحرر وصفاته بكل وضوح وأن يحرص على تمكين المريض أو محيطه من فهم وصفاته فهما جيدا كما يتعين عليه أن يجتهد للحصول على أحسن تنفيذ للعلاج".

[2] رايس محمد ،المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري،ص:133.

بخطورة ذلك ؛ إلا أن الطبيب لم يبصرها بأن المرض وراثي ومن الممكن أن ينتقل إلى جنينها ، والذي حصل أن السيدة عندما وضعت طفلها إتضح أن المرض قد انتقل إليه ، فرفعت دعوتها طالبة التعويض، وقضت محكمة النقض بتأييد طلبها على أساس تقصير الطبيب في تبصير السيدة وعليه تعويضها عن الأضرار[1].

وفي الجزائر اعتبرت المحكمة العليا إسقاط الحضانة عن الأم التي تنازلت عن حضانة ابنتها خرقا واضحا للأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة بعدما أثبتت الشهادات الطبية أن البنت مريضة مرضا يحتاج الى رعاية الأم أكثرمن رعاية الأب ، فالشهادات الطبية كونت قناعة لدى القضاء بوجوب حماية مصلحة البنت المريضة رُغمًا عن والدتها التي ما وجدت حرجا للتنازل عن حضانة ابنتها وبالتالي كان لزاما رعاية مصلحة الحضون[2] .

[1] زينة غانم يونس العبيدي ،ارادة المريض في العقد الطبي،ص:150.
[2] قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا بتاريخ 03 - 07 - 1989 تحت رقم:54353،المجلة القضائية رقم01لسنة1992ص:45.

المطلب الثالث: جهود القضاء في تقدير مصلحة المريض

الفرع الأول: مفهوم القضاء

أولا . في الفقه الإسلامي: للقضاء تعريفات متعددة عند الفقهاء[1]، لكن المختار منها هو التعريف الذي ذكره ابن خلدون[2] بأن القضاء هو:"من الوظائف الداخلة تحت الخلافة لأنه منصب الفصل بين الناس في الخصومات حسما للتداعي وقطعا للتنازع بالأحكام الشرعية المتلقاة من الكتاب والسنة"[3].

ومن ذلك فإن الإجتهاد القضائي هو استفراغ القاضي وسعه في درك الأحكام الشرعية وتنزيلها على الواقع تنزيلا محكما يقضي إلى الفصل بين المتنازعين وصيانة الحقوق العامة[4].

ثانيا . في الفقه القانوني

يقصد بالقضاء هو مجموعة المحاكم داخل الدولة التي تشكل السلطة القضائية والتي تنظر في مختلف المنازعات وتطبق عليها القواعد القانونية وتصدر بشأنها أحكاما، وبهذا المعنى يقال القضاء العادي والقضاء الاداري، كما يقصد به أيضا مجموعة الأحكام الصادرة عن إحدى الجهات القضائية إما في جميع المسائل التي تدخل في اختصاصها أو في مسألة معينة من هذه المسائل، وبهذا المعنى يقال مثلا القضاء الجنائي والتجاري[5].

---

[1] محفوظ بن صغير، الإجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري(رسالة دكتوراه، جامعة باتنة، 2009) ص: 78.

[2] هو عبد الر حمان بن محمد بن خلدون،مؤرخ تونسي ولد سنة732هـ،درس بالزيتونة وتخرج منها ثم انتقل الى الجزائر ومصر أين توفي سنة808هـ:عبد الرحمان بن خلدون،التعريف بابن خلدون ورحلته غربا وشرقا،دار الكتاب اللبناني،لبنان،1979.

[3] ابن خلدون عبد الرحمان بن محمد ، المقدمة،تحقيق عبد الله الدرويش، دار يعرب،مصر،ط1،2004، ج2ص: 402.

[4] قطب الرسيوني، الاجتهاد القضائي المعاصر، ضرورته ووسائل النهوض به، دار ابن حزم، لبنان،ط1،2007،ص: 11.

[5] ياسين محمد يحيى، مبادئ العلوم القانونية، دار النهضة العربية، مصر، ط6،1987، ص: 141.

وقياسا على ذلك فإن الإجتهاد القضائي في مجال القانون الوضعي هو بذل القاضي جهده في استنباط الأحكام القانونية من مصادرها الرسمية[1].

والقاضي بذلك ملزم بتطبيق قوانين الدولة على جميع المسائل المتنازع عليها، ففي المسائل المدنية مثلا يطبق القانون أولا فإن لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة[2].

أما في الجرائم فإن القاضي الجنائي لا يمكنه الحكم إلا بما ورد في النصوص القانونية طبقا للمادة **01** من قانون العقوبات التي تنص على مايلي: "لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون"[3].

الفرع الثاني: توزيع عبء الإثبات

إذا حدث رفض للتداوي فإن الطبيب ملزم أن يحاول إقناع المريض بالعدول عن موقفه وذلك عن طريق تنبيهه الى خطورة رفض العلاج وماله من آثار[4].

وهنا نكون أمام حالتين:

أولا . حالة رفض المريض لنوع من أنواع العلاج: رغم أن حرية اختيار طريقة العلاج الفنية هي من اختصاص الطبيب فإن هذا المبدأ كثيرا ما يصطدم بحالات تَحُدُّ منه ترجع إلى رفض المريض لاعتبارات مختلفة.

[1] محفوظ بن الصغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، ص: 79 بتصرف.
[2] المادة **01** من القانون المدني الجزائري.
[3] المادة **01** من **الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جويلية 1966** المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم.
[4] جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي،دار النهضة العربية،مصر،1996،صفحة:271.

وقد عثر في القضاء الفرنسي على أحكام صادرة في دعاوى رفعها أتباع شهود جيوفا[1] ضد الأطباء عند إرغامهم لعمليات نقل الدم رغما عنهم.

و قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ **30 أكتوبر 1974**[2]الذي كانت وقائعه متعلقة بشخص من أتباع طائفة شهود جيوفا أصيب على إثر حادث سير بنزيف حاد، وعندما نقل إلى المستشفى رفض عملية نقل الدم مما أدى إلى وفاته ولم تشر المحكمة إلى مساءلة الطبيب الذي احترم إرادة المصاب ليتركه يلقى حتفه وقضت أن رفض المصاب المعتمد للتداوي الذي كانت تقتضيه حالته بمثابة خطأ أدى الى حرمانه من فرصة تحسين حالته أو بقائه على قيد الحياة أي أنه ساهم في إلحاق الضرر بنفسه.

وفي أحكام مؤيدة لمحكمة استئناف باريس التي قضت بتاريخ **8 جويلية 1952**[3]، أن الرفض العنيف والمتصلب للمريض والذي ثبت كتابه بمنح الطبيب الحق في الإنسحاب تاركا المريض وشأنه؛ بينما هناك أحكام مختلفة تماما مثل التي قضت بها محكمة استئناف تولوز في **5 فيفري 1971**[4]، التي قضت أن الطبيب الذي استسلم بسهولة لرفض المريض في أخذ حقنة تيتانوس يكون مخطئا إذ عليه أن يذكر المريض بضرورة مثل هذه الحقنة بسبب الجرح الذي تعرض له وإلا فإنه يكون قد قدم دليلا على عدم حيطته وإهماله الذي يستوجب العقاب.

وأيدت محكمة النقض الفرنسية في قرارها بتاريخ **7 نوفمبر 1961** ما ذهبت إليه محكمة تولوز في قضية تتعلق بشخص أصيب بجرح في احدى عينيه بواسطة شظية معدنية وقرر الطبيب ضرورة خضوع المريض للتصوير بالأشعة للتأكد أن الشظية لم تستقر في العين قبل إغلاقه للجرح، لكن المريض رفض التصوير بالأشعة فاستجاب الطبيب وقام باغلاق الجرح،

[1] شهود جيوفا هي طائفة مسيحية في فرنسا لاينكر أتباعها التداوي من أصله لكنهم يرفضون عمليات نقل الدم بحجة أن الانجيل وأعمال الحواريين تأمر المسيحيين بالامتناع عن الدم وعمليات نقله لتسببها في العدوى ببعض الأمراض الخطيرة للمتلقي.

[2] جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي ،ص:289.

[3] جابر محجوب علي، المرجع السابق ،ص:290.

[4] المرجع نفسه.

وعند مرور ثلاثة أسابيع شعر المريض بألم حاد في العين نتج عن وجود المقذوف المعدني بها واستلزم تفريغ العين تماما وقضت محكمة النقض عندها أن رفض المريض لتصوير الأشعة كان يلزم الطبيب أن يطلب دليلا مكتوبا على رفض المريض ويرفض معه في هذه الظروف إغلاق جرح غائر يمكن أن يكون محتويا على المقذوف المعدني.

وفي أحكام أخرى لاحقة شددت على عدم احترام رفض التداوي عند تعريض حياة المريض للخطر ففي حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ **27 جانفي 1982**[1]، قضت فيه أنه مهما تكن الدوافع التي استندت إليها المريضة لرفض استئصال الرحم فإن هذا الرفض يضع على الطبيب فيما عدا حالة الخطر الحال الذي يهدد حياة المريضة أو صحتها أن يخرج عن هذه الإرادة التي تم التعبير عنها بوضوح بواسطة المريضة.

فالحكم يثبت بالمفهوم المخالف أن إرادة المريض لا اعتبار لها عند ثبوت الخطر الحال الذي يهدد الإنسان رغم أن هذا التوجه من قبل مجلس الدولة الفرنسي قد انتقد ممن يرى أن هذا الحكم سيفتح الباب واسعا أمام الأطباء لإهمال إرادة المريض[2]؛ ليؤكد مجلس الدولة الفرنسي هذا الإتجاه من جديد في محكمة بتاريخ **29 جويلية 1994** أين قضى في حكم يتعلق بطبيب عام عادته إحدى مريضاته فاكتشف أنها مصابة بالسرطان في ثديها الأيسر وأعلمها بأن علاج هذه الحالة يتم عن طريق عملية جراحية لبتر الثدي المصاب، يعقبها علاج إشعاعي لموضع الجرح.

ورفضت المريضة بإصرار فكرة بتر الثدي ووقعت للطبيب على وثيقة أقرت بمقتضاها أنها رفضت فكرة التدخل الجراحي التي نصحها بها الطبيب رغم علمها بإصابة هذا الثدي بالسرطان وعلمها كذلك بالمخاطر المترتبة على ذلك وعندها قرر الطبيب الإستمرار في

[1] جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي ، ص: 292 و منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، ص: 333.

[2] وهو موقف الفرنسي Penneauمشار اليه في: جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص: 292.

علاج المريضة باستعمال بعض الأدوية المهدئة وأدوية أخرى لتقوية مناعتها لمدة عامين كاملين.

وعند تطور المرض أحال الطبيب العام المريضة إلى أخصائي في علاج السرطان ورفضت مرة أخرى الخضوع للجراحة، ومع مرور الزمن تدهورت حالتها فأدخلت إلى إحدى المستشفيات العامة فقال الطبيب المناوب اخطار النقابة التي أحالت الطبيب العام إلى مجلس التأديب الذي قرر منعه من ممارسة المهنة لمدة ستة أشهر وأيد مجلس الدولة قرار مجلس التأديب لاقتناعه بما له من سلطة تقديرية أن العلاج الذي باشره الطبيب العام على المريضة لا يمكن أن يكون له أثر على السرطان الذي تعاني منه لذلك يعد قد ارتكب خطأ يبرر الجزاء الموقع عليه لعلاجه المريضة عن طريق أدوية وهمية حرمتها من فرصة الشفاء والإستمرار على قيد الحياة برغم رفض المريضة للعلاج الجراحي والإشعاعي[1].

ثانيا . حالة رفض التداوي مطلقا

قد يرفض المريض التداوي لأسباب نفسية كالرغبة في الإنتحار أو أسباب إجتماعية كالإضراب الكلي عن الطعام من أجل لفت الإنتباه إلى شخصه أو إلى قضية ما يريد إبرازها أمام الرأي العام أو أسباب دينية كما سبق الإشارة إليه بالنسبة لمن ينكر فكرة التداوي من أصلها[2].

كما أن ثمة بعض المذاهب المسيحية التي يؤمن أتباعها بأن الألم والمرض هي أمور من صنع الخيال، لذلك تدعو بعض الطوائف المسيحية إلى الزهد والتصوف وترفض بذلك فكرة التداوي.

وتجدر الإشارة إلى أن فقهاء الشريعة الإسلامية متفقون على تحريم الانتحار واعتباره من أكبر الكبائر بدليل قوله تعالى: ﴿ وَلاَ تَقْتُلُوۤاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيماً ﴾[3]، وقول النبي صلى الله عليه وسلم: **(من قتل نفسه بحديدة فحديدته في يده يتوجأ بها في بطنه في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا، ومن شرب سما فقتل نفسه فهو يتحساه في نار**

[1]- منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين ، ص: 334.
[2]- انظر ماسبق في الصفحة 233 ومابعدها.
[3]- سورة النساء، الآية: 29.

جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا، ومن تردى من جبل فقتل نفسه فهو يتردى في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا)[1].

لذلك فإن الإنتحار يدخل في عموم المنكر الذي ينبغي على المكلف تغييره لقوله صلى الله عليه وسلم: **(من رأى منكم منكرا فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الأيمان)**[2].

ويكون الطبيب من الملزمين بتغيير المنكر وتقديم المساعدة للمنتحر ولو رغما عن إرادته[3] ؛ ولهذا قضت محكمة السين في حكم لها بتاريخ **11 ماي 1965**[4] بإدانة أسرة بأكملها تنتمي إلى طائفة تسمى الباحثين عن الإرادة الحسنة لعدم تقديم المساعدة لفرد منها كان في خطر، ورغم ما ثبت لديها من أن هذا الشخص الذي كان مصابا بالسرطان قد رفض أي تدخل طبي مما أدى إلى وفاته ومن ذلك كان على الطبيب الذي يواجه برفض التداوي أن يلتزم بتبصير المريض بالنتائج الخطيرة المترتبة على رفض التداوي أومساعدة المريض بما يكفل مصلحته في العلاج بالإستعانة بأسرة المريض أوالسلطة صاحبة الإختصاص.

ويجوز للطبيب إبلاغ السلطات المختصة عند حرمان القصر أو ذوي الإحتياجات الخاصة من العلاج الضروري[5] ، فالطبيب هو حامي الأطفال المرضى بنص القانون الجزائري عندما لا تحظ مصلحتهم بالتفهم اللائق[6].

أما بالنسبة للأشخاص ذوي الأهلية الكاملة فيشترط القانون من المرضى منهم عند رفض العلاج الطبي أن يقدموا تصريحا كتابيا في هذا الشأن[7]؛ وألزم التشريع الجزائري عندئذ على الطبيب أن لايتحرر من مهامه المسندة إليه إلا أن يضمن مواصلة العلاج للمريض[8]، وبالخصوص تقديم الإسعافات اللازمة والعلاج الضروري للعاجزين[9].

---

[1] رواه البخاري،كتاب الطب ،رقم الحديث:5778 ورواه مسلم،كتاب الإيمان،رقم الحديث:109،ج1 ص:37.
[2] رواه مسلم ،كتاب الإيمان،رقم الحديث:49،ج1 ص:15والترميذي،كتاب الفتن،رقم الحديث:2172،ج2 ص:126وابن ماجة،كتاب الفتن،رقم الحديث:4013،ج3 ص:253والنسائي،كتاب الإيمان،رقم الحديث:5008،ج3 ص:155وأبوداوود،كتاب الصلاة،رقم الحديث:1140،ج1 ص:417.
[3] جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي ، ص 279.
[4] جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص 286.
[5] مادة **54** من قانون مدونة أخلاقيات الطب.
[6] مادة **53** من القانون السابق.
[7] مادة **49** من القانون السابق.
[8] مادة **50** من القانون السابق.
[9] مادة **09** من القانون السابق.

خلاصة الفصل

يمكن أن ألخص أهمية تقدير المصلحة العلاجية للمريض برفضه للتداوي فيما يلي :

1 . في الفقه الاسلامي:

. اعترض الكثيرمن المجتهدين بأدلة أرجِّحها على أدلة مذهب ترك التداوي مطلقا.

. أن التداوي هو أخذ بالأسباب فقط لأنه لاتنافي بين التداوي و التوكل والإيمان بقضاء الله وقدره مثلما أشار إلى ذلك ابن القيم رحمه الله.

2 . في التشريع الجزائري:

. تبصير المريض بشأن الأعمال الطبية يهدف إلى بلوغ السلوك الصحيح لفائدة المريض.

. موجب التبصير له أساس شرعي قبل أن تنادي به التشريعات الوضعية اللاحقة.

. المصلحة العلاجية للمريض هدف نبيل تسعى التشريعات الوضعية إلى حمايته حتى ولو ضد رغبة بعض الأشخاص مثلما سبق بيانه في رعاية مصلحة المحضون.

. لايكفي رفض المريض للعلاج لإعفاء الطبيب من المسؤولية بل شدد التشريع الجزائري من عدة أوجه كتشديد عبأ الإثبات(اشتراط الكتابة) والحرص على ضرورة تقديم العلاج الضروري للإسعاف.

الخـاتمـة

الخاتمة

من خلال دراسة الأطر القانونية والشرعية واستئناسها بالقيم الأخلاقية الإنسانية الكفيلة برعاية المصلحة العلاجية للمريض في ظل الأحكام القضائية المنشورة توصلت إلى مجموعة من النتائج يمكن عدُّها فيما يلي:

1- في الفقه الإسلامي يعتبرحق الإنسان على جسده حق انتفاع لايقبل التصرف فيه بالإسقاط أو النقل...الخ

2- إعتداء الإنسان على جسده هو إعتداء على حق الله تعالى الذي خلقه وقوَّمه أحسن تقويم.

3- تقديم المساعدة اللازمة للمحتاجين من المرضى والعاجزين يجعل العلاقة إنسانية تسمو بالحقوق النفسية والجسدية للفرد وتجعلها من أولى الأولويات ، وهذا ما أكّده التشريع الجزائري وأيدته الإتفاقات الدولية المصادق عليها من الجزائر.

4- يسمو الكم المعتبر للمعارف الطبية التي يمتاز بها الطبيب ويجعله أقدرالناس إلى معرفة المصلحة العلاجية للمريض في الزمان والمكان المناسبين.

5 ـ يُترك هامش من الحرية للطبيب في التصرف مع المريض بحسب مهاراته الشخصية وخبراته مُستعينًا بالتجهيزات والوسائل الطبية الضرورية التي وصلت إليها الأبحاث الطبية المستجدة من أجل بلوغ الأسلوب العلاجي المناسب.

6- يبرز أثر سلطان الإرادة في بيان مسؤولية الأشخاص في علاقة العمل الطبي بخصوص أساليب العلاج التي تخدم المصلحة العلاجية للمريض.

7- تحمي التنظيمات المعمول بها والمتعلقة بمزاولة المهنة الطبيب وتتيح مجالا واسعا له بالرُّقِي بالنشاط الطبي بما يخدم مصلحة المريض.

8 ـ استقر الإجتهاد القضائي على مبدأ مساءلة الطبيب من الأضرار المستقلة عن المرض الناجمة عن إستعمال الأجهزة الطبية ونقل الدم والتحليل الطبي أو تركيب الأطراف الصناعية كاستثناء على اعتبار التزام الطبيب من قبيل بذل الجهد فقط.

9 ـ يرجح الفقهاء أهمية التداوي مع إنكار مذهب القائلين بترك التداوي مطلقا مما يبطل الأفكار المؤسَّسة على عدم التداوي إرضاءا للوازع الديني.

10 ـ شدّد المشرع الجزائري في حالات رفض المريض للعلاج المقدَّم من الطبيب وتقييد ذلك بشروط عدة كاشتراط الكتابة مع الحرص على ضرورة تقديم العلاج الضروري للإسعاف في جميع الأحوال.

11 ـ أكّد مجلس الدولة الجزائري في اجتهاداته بوجوب تقديم معلومات تتعلق بصحة الشخص وأهم المخاطر التي يمكن حدوثها، حيث لايمكن أن تغدو هذه المعلومات إلى مستوى تقارير إدارية يمكن أن تنحرف بالمهام الأساسية للطبيب وهو بذل الجهد في تقديم العلاج المناسب.

12ـ تاريخ الطب حافل بمؤشرات تدعو لضرورة التوفيق بين متناقضات المجتمعات المعاصرة من حيث تقدير المصلحة العلاجية للمريض؛ فتارة أجد إجتهادا قضائيا يمنع مساءلة الأطباء عند ترك المريض الرافض للعلاج مما أدى إلى موته، وتارة أخرى تبرز أحكام قضائية تفضي إلى مساءلة الطبيب باعتباره مخطئا إذا ثبت أنه استسلم بسهولة لرفض المريض للتداوي ، واشترطت محاكم أخرى ضرورة توثيق حالات الرفض بالكتابة.

13ـ إنتهت بعض الإجتهادات القضائية إلى عدم إحترام رفض المريض للتداوي عند تعريض حياة المريض للخطر، أي أن إرادة المريض لا إعتبار لها عند ثبوت الخطر الحال الذي يهدِّد المريض.

14ـ تبقى حماية القصر وذوي الإحتياجات الخاصة إلتزاما على عاتق الطبيب بوجوب إبلاغ السلطات عند حرمانهم من العلاج الضروري حين لاتَحظَ مصلحتهم بالتفهُّم اللائق.

15- يضل النشاط القضائي مكمِّلا للنصوص التشريعية السارية المفعول في تحديد العلاقة القانونية بين الطبيب والمريض بالتكامل في نفس الوقت مع الشعور الإنساني الناشِئ بينهما بما ينعكس بالإيجاب على المصلحة العلاجية للمريض.

الإقتراحات

بناءا على النتائج التي توصلت إليها الدراسة يمكن أن أسجل مجموعة من الإقتراحات أراها جديرة بأن تُوجَّه إليها أقلام وأفكار وجهود الباحثين ،أرتبها في النقاط التالية:

1 . **على المستوى الإجتماعي:**تفعيل دور جمعيات المجتمع المدني من أجل التحسيس ببعض الأمراض المنتشرة حتى يكون الأفراد على دراية بأساليب الوقاية والعلاج منها فيسهل معها تبصير المريض أثناء العلاج.

2 . **على المستوى العلمي:** تدريس مقياس علم النفس التربوي أو علم النفس الإجتماعي لطلبة الطب في جميع السنوات لِتعلُّم أشكال التواصل بينهم وبين المرضى.

3 . **على المستوى القضائي:** ضرورة تفعيل دور عمادة الأطباء كهيئة إستشارية في النزاعات القائمة بين المرضى والأطباء؛ ولما لايكون لها دور أمام هيئات القضاء كطرف مدني.

ملخّصات البحث

ملخّص البحث بالعربية.

ملخّص البحث بالإنجليزية.

ملخّص البحث بالفرنسية.

ملخّص البحث

" مراعاة المصلحة العلاجية للمريض بين الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري في ظل الإجتهاد القضائي"

قسمت بحثي هذا إلى ثلاثة فصول في كل فصل مبحثان .

تطرقت في الفصل الأول لمبدأ هام قرره الفقه والقضاء لمصلحة المريض وهو بذل العناية اللازمة لعلاج المريض،وقسمت هذا الفصل الى مبحثين وفي كل مبحث مطلبين،فوجدت أن المرض الذي يعتري صاحبه يجعله ضعيفا ببدنه متحسسا لأسانيد الشرع والقانون في رعاية مصلحته.

فانسانية العمل الطبي أساس هام في الحفاظ على العلاقات القائمة بدافع الشفقة الانسانية شرط تمييز هذه العلاقات على خصائص أساسية تحفظ توازنها وهي خاصية التكافؤ والشعور بالثقة المتبادلة لتعويض الجهل والضعف في حماية الطرف الضعيف.

فهذه العلاقات الشخصية بين الطبيب والمريض قد تجعل دوافع عدة حتى تصبح فاترة للانتشار الملحوظ للقطاع الخاص وما يهدف اليه من تحقيق الربح،لهذا كان تحديد الأطر الكافية لتوجيه المجهودات المبذولة في حماية المصلحة العلاجية للمريض.

ولهذا كان التشريع الوطني قد حقق مكاسب هامة لتنظيم المجال الطبي بتجريم الأفعال المنافية للحق في الرعاية الصحية وضمان مجانية الرعاية الصحية والتصديق على الاتفاقيات الدولية التي تكرس المجهودات الرامية الى حماية الصحة العامة والرعاية الطبية بشكل خاص ،ولقد بينت المادة132من الدستور الساري المفعول أن هذه الاتفاقيات الدولية التي يصادق عليها رئيس الجمهورية تسمو على القانون .

ومن أجل تحديد طبيعة العمل القائم أثناء الرعاية الطبية كان على الطبيب ابداء مشورة طبية وعيادة المرضى من أجل وصف الأدوية أو مباشرة ولادة أو اجراء تدخل جراحي ،وبوجه عام مزاولة مهنة الطب بأي صفة كانت مثلما تنص عليه المادة 01من مدون أخلاقيات الطب الصادرة بموجب المرسوم التنفيذي 276/92المؤرخ في 06جويلية 1992،وتقتضي مزاولة مهنة الطب توافق العلاج الطبي والأصول العلمية الثابتة .

وفي هذا اختلف الفقه حول مفهوم العلاج الطبي الى عدة آراء منها مايرى بأن العلاج الطبي هو كل جانب من المعرفة يهدف الى تخفيف المرض وهو ماقد يفسر الظواهر التي لاحصر لها من انتشار المدعين لعلاج بعض الأمراض المستعصية وهو مايتنافى مع ماهو مثبت وفقا للأصول العلمية الثابتة وقد ساهم الاعلام بطريقة مباشرة وغير مباشرة في ذلك.

أما الرأي الثاني فيقرن مفهوم العلاج الطبي بوجود الطبيب الحاذق الحاصل على شهادة علمية في مجال الطب حيث تكون تصرفاته في منحى القواعد المسلم بها في علم الطب.

وعرف العلاج الطبي بذلك أنه كل مايصدر من طبيب من شأنه التعامل مع علة نفسية أوجسدية يعاني منها الشخص بقصد ايصاله الى أفضل حالة صحية ممكنة ويكون ذلك باحترام قواعد مهنة الطب أثناء العلاج بفحص المريض قبل مباشرة العلاج حيث ألزم القضاء الفرنسي سنة 1909على الطبيب الذي يشرع في معالجة مريضه ويفكر في تغيير مسكنه أن يترك عنوانه للمريض أو على الأقل أن يترك طبيبا آخر بدلا عنه.

كما يكون احترام قواعد مهنة الطب باختيار أسلوب العلاج المناسب وفي هذا أثبت الواقع اشكاليات حقيقية بمناسبة العيادات الخاصة الكبرى التي تدعي امكانية العلاج بطرق حديثة ؛ربما قد تقتضي حالة المرضى سوى طريقة بسيطة ،كما ثبت كذلك نداءات متكررة للعلاج في خارج القطر الوطني.

أما الفقه القانوني فلم يؤكد سوى على ضرورة تحيين المعلومات ومكتسبات الطبيب بما يكفل مواكبة كل جديد في مجال العلوم الطبية دون أن يلغي مشروعية اللجوء الى أساليب قديمة للعلاج الا اذا نصح بعدم اللجوء الى اتباعها عند التأكد من عدم جدوى ذلك .

ومن أجل أن يكون العلاج الطبي قائما على أسس دينية وقانونية لبحث طبيعة الجسم الآدمي وأهميته لذا أسهبت في ابراز أوجه تكريم الانسان في الشريعة الاسلامية بنعمة العقل وتحريم القتل والانتحار وغيرها من الأفعال التي تنحو الى ذلك بل الزام الأشخاص الى تقديم المساعدة للأطفال والعاجزين وهذا ماتقتضيه المادة 314 من قانون العقوبات الجزائري الساري المفعول وفي هذا حدد صلة الانسان بجسده في الفقه الاسلامي فاتضح أن جسد الانسان في الفقه الاسلامي هي

من الحقوق التي لاتقبل التملك أو الاسقاط أو النقل الموثق والضمان وكل شيء ينشئ التزاما.

أما الفصل الثاني فبحثت فيه ارادة الأشخاص وأفضت في بيان شروط الاذن بمزاولة مهنة الطب لفهم سبل اجتهاد الأطباء في اختيار العلاج المناسب كما تطرقت لمنشأ الالتزام بتحقيق نتيجة في العمل الطبي محاولا كشف رأي الاجتهاد القضائي في كل حالة حسب الترتيب الزمني لأسباب النشأة.

وفي الفصل الأخيرتعرضت لحالة رفض التداوي وموقف الشرع والقانون كما بينت الاجتهاد القضائي بخصوص المسألة مع مراعاة وجوب تبصير المريض وبيان شروطه.

ثم ختمت البحث بخاتمة أودعت فيها أهم النتائج المتوصل اليها.

Summarizes the research

Considerateness of the patient's therapeutic interest in the light of the judiciary studiousness The case of Islamic Law and the Algerian Law

This research was divided into three chapters in each semester.

In the first chapter, an important principle was decided by the jurisprudence and the judiciary in favor of the patient, which is to give due care to the patient.

The humanitarianism of medical work is an important basis in maintaining existing relations motivated by human compassion, provided that these relations are distinguished from fundamental characteristics that maintain their balance, namely the property of equality and a sense of mutual trust to compensate for ignorance and weakness in the protection of the weak party.

These personal relationships between the doctor and the patient may make several motives to become lukewarm to the remarkable spread of the private sector and the purpose of the profit, and this was to identify sufficient frameworks to guide efforts to protect the therapeutic interest of the patient.

Therefore, national legislation has made significant gains in regulating the medical field by criminalizing acts contrary to the right to health care, guaranteeing free health care and ratifying international conventions that devote efforts to protect public health and medical care in particular. Article 132 of the Constitution states that these international conventions Ratified by the President of the Republic is superior to the law.

In order to determine the nature of the work performed during medical care, the doctor has to provide medical advice and clinic to prescribe drugs, direct birth or surgical procedure, and generally practice the medical profession in any capacity as provided for in Article 10 of the Code of Ethics of Medicine issued under Executive Decree 92 / 276 of 06 July 1992, requiring medical practice to conform to medical treatment and fixed scientific assets.

In this regard, the jurisprudence differed on the concept of medical treatment to several opinions, including that medical treatment is every aspect of knowledge aimed at alleviating the disease, which explains the phenomena that are not limited to the spread of plaintiffs to treat some of the intractable diseases is Maitnavi with what is established according to scientific fundamentals has contributed Media directly and indirectly in it.

The second opinion is the concept of medical treatment with the presence of a doctor who has a scientific degree in the field of medicine where his actions in the direction of the rules recognized in the science of medicine.

Medical treatment is defined as that which is issued by a doctor who will deal with the psychological illness of the person suffering in order to deliver it to the best possible health condition, and this respect for the rules of the medical profession during the treatment to examine the patient before the beginning of treatment where the French judiciary in 1909 to the doctor who begins to address The patient and thinks of changing his residence to leave the address of the patient or at least to leave another doctor instead.

Respect for the rules of the medical profession by choosing the right method of treatment. In this case, the reality has proved to be a real problem for large private clinics claiming to be able to be treated in a modern way. Patients may require only a simple method, as well as repeated calls for treatment outside the country.

The jurisprudence has only confirmed the need to update the information and the doctor's achievements in order to keep up with all new developments in the field of medical sciences without negating the legality of resorting to old methods of treatment unless advised not to resort to follow them when making sure it is useless.

In order for medical treatment to be based on religious and legal grounds to examine the nature and importance of the human body, I have endeavored to highlight the aspects of honoring man in Islamic law by the grace of reason and the prohibition of murder, suicide and other acts that tend to do so, but to oblige people to provide assistance to children and the disabled, The Algerian Penal Code in force in this regard defines the human connection to his body in the Islamic jurisprudence. It turns out that the human body in Islamic jurisprudence is one of the rights that does not accept expropriation, expropriation, documented transfer, security and everything that creates an obligation.

The second chapter examined the will of the people and explained in the statement the conditions of permission to practice medicine to understand the ways doctors tried to choose the appropriate treatment. They also addressed the origin of the obligation to achieve a result in the medical work, trying to uncover the judgment opinion in each case in chronological order.

In the last chapter, I was exposed to the state of refusal of medication, the position of sharee'ah and the law, as stated in the jurisprudence on the matter,

taking into consideration that the patient must be enlightened and his conditions clarified.

Then the research concluded with a conclusion in which the most important findings were filed.

Résume de la recherche

Prise en considération de l'intérêt thérapeutique du patient à la lumière de la rigueur judiciaire Le cas de la loi islamique et de la loi algérienne

Dans le premier chapitre, un principe important a été décidé par la jurisprudence et le pouvoir judiciaire en faveur du patient, qui est de prendre soin du patient.

L'humanitarisme du travail médical est une base importante pour maintenir les relations existantes motivées par la compassion humaine, à condition que ces relations se distinguent des caractéristiques fondamentales qui maintiennent leur équilibre: propriété de l'égalité et confiance mutuelle pour compenser l'ignorance et la faiblesse de la protection du parti faible.

Ces relations personnelles entre le médecin et le patient peuvent avoir plusieurs raisons de tiédir à la diffusion remarquable du secteur privé et à la finalité du profit, à savoir identifier des cadres suffisants pour guider les efforts visant à protéger l'intérêt thérapeutique du patient.

La législation nationale a donc beaucoup progressé dans la réglementation du secteur médical en criminalisant les actes contraires au droit à la santé, en garantissant la gratuité des soins et en ratifiant les conventions internationales qui protègent la santé publique et les soins médicaux en particulier. Ratifié par le Président de la République est supérieur à la loi

Afin de déterminer la nature du travail effectué pendant les soins médicaux, le médecin doit fournir des conseils médicaux et une clinique pour prescrire des médicaments, des accouchements directs ou des interventions chirurgicales, et exerce généralement la profession médicale conformément à l'article 10 du Code de déontologie de la médecine. / 276 du 6 juillet 1992, exigeant que la pratique médicale se conforme à un traitement médical et à des avoirs scientifiques fixes.

À cet égard, la jurisprudence a différé sur la notion de traitement médical à plusieurs opinions, y compris que le traitement médical est tout aspect de la connaissance visant à soulager la maladie, ce qui explique les phénomènes qui ne se limitent pas à la propagation des plaies pour soigner certaines des maladies intraitables. Média directement et indirectement dedans.

Le deuxième avis est le concept de traitement médical avec la présence d'un médecin qui a un diplôme scientifique dans le domaine de la médecine où ses actions dans le sens des règles reconnues dans la science de la médecine.

Le traitement médical est défini par un médecin qui traitera la maladie psychologique de la personne souffrante afin de la délivrer au meilleur état de santé, et ce respect des règles de la profession médicale pendant le traitement pour examiner le patient avant le début du traitement. Le patient et pense à changer de résidence pour quitter l'adresse du patient ou au moins pour laisser un autre médecin à la place.

Respect des règles de la profession médicale en choisissant la bonne méthode de traitement: la réalité s'est révélée être un réel problème pour les grandes cliniques privées qui prétendent pouvoir être traitées de façon moderne: une méthode simple et des appels répétés à l'étranger.

La jurisprudence n'a fait que confirmer la nécessité d'actualiser les informations et les réalisations du médecin pour suivre l'évolution des sciences médicales sans nier la légalité du recours aux anciennes méthodes de traitement, à moins de ne pas les suivre pour s'assurer qu'elles sont inutiles.

Je me suis efforcé de souligner les aspects d'honorer l'homme dans la loi islamique par la grâce de la raison et l'interdiction du meurtre, du suicide et d'autres actes qui tendent à le faire, mais d'obliger les gens à aider les enfants et les handicapés. Le code pénal algérien en vigueur à cet égard définit la relation humaine à son corps dans la jurisprudence islamique: le corps humain dans la jurisprudence islamique est un des droits qui n'accepte pas l'expropriation, l'expropriation, le transfert documenté, la sécurité et tout ce qui crée une obligation.

Le deuxième chapitre examinait la volonté du peuple et expliquait dans la déclaration les conditions d'autorisation de pratiquer la médecine pour comprendre comment les médecins essayaient de choisir le traitement approprié et discutait de l'origine de l'obligation de résultat dans le travail médical.

Dans le dernier chapitre, j'ai été exposé à l'état de refus de médication, à la position de la shari'ah et à la loi, comme indiqué dans la jurisprudence en la matière, prenant en considération que le patient doit être éclairé et ses conditions clarifiées.

Ensuite, la recherche a conclu avec une conclusion dans laquelle les conclusions les plus importantes ont été déposées.

الفهـــارس

أولا:فهرس الآيات القرآنية.

ثانيا :فهرس الأحاديث النبوية.

ثالثا:فهرس الآثار المروية عن الصحابة والتابعين.

رابعا :فهرس الأعلام.

خامسا :فهرس المواد القانونية.

سادسا:فهرس الأحكام القضائية.

سابعا:المصادر والمراجع

ثامنا:فهرس الموضوعات.

أولا:فهرس الآيات القرآنية:

مرتبة حسب ترتيب السور

﴿سورة الفاتحة﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿الحمد لله رب العالمين ﴾	01	106

﴿سورة البقرة﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿ وإذقال ربك للملائكة اني جاعل في الارض خليفة﴾	30	42،40
﴿وعلم ءادم الاسماء كلها ﴾	33-32-31	106،41
﴿واني فضلتكم على العالمين	47	106
﴿ واذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم ﴾	100	40
﴿ولئن اتبعت أهواءهم بعد الذي جاءك من العلم ﴾	120	102
﴿ياأيها الناس كلوا مما في الرض حلالا طيبا ﴾	168	43
﴿ ياأيها الذين ءامنوا كلوا من طيبات مارزقناكم ﴾	172	45
﴿إنما حرم عليكم الميتة والدم﴾	173	45
﴿ياأيها الذين ءامنوا كتب عليكم القصاص في القتلى﴾	179،178	47
﴿ ولكم في القصاص حيوة ﴾	179	04
﴿ يريد الله بكم اليسر ﴾	185	92،35
﴿ ولاتلقوا بأيديكم الى التهلكة ﴾	195	32،03
﴿ولاتجعلوا الله عرضة لأيمانكم	224	117
﴿وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم﴾	227	101
﴿ولا تعزموا عقدة النكاح﴾	235	101
﴿ ياأيها الذين ءامنوا أنفقوا من طيبات ماكسبتم﴾	267	44
﴿وأحل الله البيع﴾	274	244
﴿ولا ياب الشهداء اذا مادعوا﴾	282	140

﴿سورة آل عمران﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿زين للناس حب الشهوات﴾	14	103
﴿ويعلمهم الكتاب والحكمة	48	106
﴿ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا ﴾	77	124
﴿ولتكن منكم أمة﴾	104	219
﴿فإذا عزمت فتوكل﴾	159	101

﴿سورة النساء﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿انما التوبة على الله﴾	17	194
﴿ولا تقتلوا أنفسكم ان الله كان بكم رحيما﴾	29	261،223،47
﴿يأيها الذين ءامنوا أطيعوا الله﴾	59	219
﴿خذوا حذركم﴾	70	236
﴿وماكان لمؤمن أن يقتل مؤمنا الا خطئا﴾	92	48
﴿ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم﴾	93	108،47
﴿ولآمرهن فليغيرن خلق الله﴾	118	174
﴿فاذا عزمت فتوكل على الله ان الله يحب المتوكلين﴾	159	101

﴿سورة المائدة﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾	02	32
﴿يسألونك ماذا أحل لهم قل احل لكم الطيبات﴾	04	44
﴿ومن احياها فكأنما أحيا الناس جميعا﴾	32	03
﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾	45	47
﴿ولا تتبعوا أهواء قوم قد ضلوا من قبل﴾	77	103
لايواخ﴿ذكم الله باللغو في أيمانكم	89	125،119،118
﴿فيقسمان بالله﴾	106	123

﴿سورة الأنعام﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿كتب ربكم على نفسه الرحمة﴾	55	194
﴿لاتبع أهواءكم﴾	56	103
﴿كالذي استهوته الشياطين في الارض حيران﴾	71	103
﴿وعلمتم مالم تعلموا﴾	92	106
﴿وأقسموا بالله﴾	109	123
﴿وقد فصل لكم ماحرم عليكم﴾	119	44
﴿وجعلوا لله مما ذرأ من الحرث والانعام نصيبا﴾	139-138-137-136	44
﴿وكذلك زين لكثير من المشركين قتل أولادهم﴾	137	33
﴿قد خسر الذين قتلوا أولادهم﴾	140	44،33
﴿لو شاء الله ماأشركنا﴾	148	234
﴿قل تعالوا اتل ماحرم ربكم عليكم﴾	151	33

﴿سورة الأعراف﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿ولقد خلقناكم ثم صورناكم ثم قلنا للملائكة﴾	12،11	40
﴿الذين يتبعون الرسول النبئ الأمي﴾	157	43
﴿اولم ينظروا في ملكوت السماوات والارض وماخلق الله من شئ﴾	185	105
﴿ولا تفسدوا في الارض بعد اصلاحها﴾	56	188

﴿سورة الأنفال﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿ليميز الله الخبيث من الطيب﴾	37	هامش101

﴿سورة يونس﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿ويستنبؤونك أحق هو﴾	53	116
﴿ياأيها الناس قد جاءتكم موعظة من ربكم﴾	57-58	193
﴿هو خير مما يجمعون﴾	58	193

﴿سورة هود﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿هو أنشأكم من الأرض واستعمركم فيها﴾	61	46

﴿سورة يوسف﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿وفوق كل ذي علم عليم﴾	76	107
﴿وخروا له سجدا﴾	100	41

﴿سورة ابراهيم﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿وأفئدتهم هواء﴾	43	102

﴿سورة النحل﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿وعلى الله قصد السبيل﴾	09	99
﴿لو شاء الله ماعبدنا﴾	35	235
﴿والله جعل لكم من انفسكم أزواجا﴾	72	44

﴿سورة الإسراء﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق﴾	33	33
﴿وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسؤولا﴾	34	137
﴿ولقد كرمنا بني ءادم﴾	70	37

﴿سورة الكهف﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿واتبع هويه﴾	28	102
﴿واذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا الاابليس كان من الجن﴾	50	40
﴿وعلمناه من لدنا علما﴾	65	106
﴿قال له موسى هل اتبعك على أن تعلمني مما علمت رشدا﴾	66	106

﴿سورة مريم﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿ واتبعوا الشهوات﴾	59	103

﴿سورة طه﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿فانه يعلم السر وأخفى﴾	**07**	132
﴿ولم نجد له عزما﴾	115	101

﴿سورة الانبياء﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿وهم في مااشتهت أنفسهم خالدون﴾	21	103

﴿سورة الحج﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾	78	35

﴿سورة النور﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿ ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء﴾	33	206

﴿سورة الفرقان﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿والذين لايدعون مع الله إلها ـ اخر﴾	68	33

﴿سورة النمل﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿علمنا منطق الطير ﴾	16	106

﴿سورة القصص﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿لا يريدون علوا في الارض ولا فسادا﴾	83	92

﴿سورة الاحزاب﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿ولكن ماتعمدت قلوبكم﴾	05	108
﴿انا عرضنا الامانة على السماوات ﴾	72	45

﴿سورة سبأ﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿قل بلى وربي لتاتينكم﴾	03	116
﴿علام الغيوب﴾	48	107

﴿سورة يس﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿إنما أمره اذا أراد شيئا أن يقول له كن فيكون﴾	82	93

﴿سورة ص﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿ياداوود انا جعلناك خليفة في الارض ﴾	26	75
﴿ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله﴾	26	102
﴿اذ قال ربك للملائكة اني خالق بشرا من طين﴾	76،75،74،73،72،71	41

﴿سورة لقمان﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿ألم تروا أن الله سخر لكم ما في السماوات وما في الارض وأسبغ﴾	20	38

﴿سورة فصلت﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿ولكم فيها ماتشتهي أنفسكم ﴾	31	103

﴿سورة الشورى﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿ولاتتبع أهواءهم وقل ـ امنت بما أنزل الله من كتاب﴾	15	103
﴿ومن ـ اياته الجوار في البحر كالاعلام﴾	32	105
﴿ان ذلك لمن عزم الامور﴾	43	101

﴿سورة الزخرف﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿وانه لعلم للساعة﴾	61	105

﴿سورة الجاثية﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿وسخر لكم مافي السماوات ومافي الارض جميعا منه﴾	13	38
﴿ثم جعلناك على شريعة من الامر فاتبعها﴾	18	103
﴿أفرايت من اتخذ الهه هويه﴾	23	102

﴿سورة الفتح﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿محمد رسول الله والذين معه أشداء على الكفار رحماء بينهم﴾	29	32

﴿سورة الحجرات﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿إنما المؤمنون اخوة فأصلحوا بين أخويكم﴾	10	32

﴿سورة الذاريات﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿وماخلقت الجن والانس الا ليعبدون﴾	56	41

﴿سورة النجم﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿والنجم اذا هوى﴾	01	116

﴿سورة الرحمان﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿الرحمان علم القرآن ﴾	01	106

﴿سورة المجادلة﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿ والذين اوتوا العلم درجات﴾	11	106
﴿ويحلفون علىالكذب وهم يعلمون﴾	14	117

﴿سورة التغابن﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿بلى وربي لتبعثن﴾	07	116

﴿سورة التحريم﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿واذا اسر النبي الى بعض أزواجه حديثا﴾	03	133
﴿ياأيها الذين ءامنوا قوا أنفسكم وأهليكم نارا﴾	06	45

﴿سورة القلم﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿ولاتطع كل حلاف مهين﴾	10	117

﴿سورة الحاقة﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿لا تخفى منكم خافية ﴾	18	107
لأخذنا﴿ منه باليمين﴾	45	115

﴿سورة الجن﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿ عالم الغيب فلا يظهر على غيبه أحدا﴾	26	107
﴿عالم الغيب فلا يظهر﴾	27،26	136

﴿سورة الانفطار﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿يا أيها الانسان ماغرك بربك الكريم﴾	8،7،6	39،38،37

﴿سورة الطارق﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿يوم تبلى السرائر﴾	09	133

﴿سورة الفجر﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿ ارم ذات العماد﴾	07	107

﴿سورة البلد﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿لقد خلقنا الانسان في كبد﴾	09-04	39
﴿وهديناه النجدين﴾	10	39

﴿سورة الشمس﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿والشمس وضحىها﴾	01	116

﴿سورة الليل﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿واليل اذا يغشى﴾	01	116

﴿سورة التين﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿والتين والزيتون﴾	4،3،2،1	116،39
﴿لقد خلقنا الانسان في أحسن تقويم﴾	04	37

﴿سورة العلق﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿علم بالقلم ﴾	04	106
﴿اقرأوربك الاكرم الذي علم بالقلم علم الانسان مالم يعلم ﴾	05،04،03	106

﴿سورة القارعة﴾

الآية	رقمها	الصفحة
﴿فأمه هاوية﴾	09	102

ثانيا:فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

مرتبة حسب ورودها في البحث

الحديث	الصفحة
(المؤمنون تتكافأ دماؤهم)	05
(إن اخوانكم خولكم جعلهم الله تحت أيديكم)	05
(ياأيها الناس ان ربكم واحد وان ألاكم واحد)	06
(نعم ياعباد الله تداووا)	34
(الطاعون رجز أرسل على طائفة من بني اسرائيل)	34
(إذا سمعتم به بأرض فلا تقدموا عليه)	35
(الذي يخنق نفسه يخنقها في النار)	46
(من حلف بملة غير الاسلام كذبا متعمدا)	46
(كان برجل جراح فقتل نفسه)	46
(من قتل نفسه بحديدة فحديدته في يده يتوكأ بها)	46
(ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين)	48
(أول مايقضى بين الناس يوم القيامة في الدماء)	48
(قتل المؤمن عند الله أعظم عند الله من زوال الدنيا)	48
(ذكر رسول الله الكبائر)	49
(ألا ان في قتيل العمد الخطأ بالسوط أو العصا مائة من الابل)	49
(حق العباد على الله اذا عبدوه ولم يشركوا به شيئا ألا يعذبهم)	72
(انما البيع عن تراض)	94
(لايحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه)	94
(من غشنا فليس منا)	174
(لا يحل لأحد بيع شيئا إلا بيّن ما فيه)	242

ثالثا: فهرس الآثار المروية عن الصحابة و التابعين

مرتبة حسب ورودها في البحث

الحديث	الصفحة
أن من اعتبط مؤمنا قتلا عن بينة	48
لعن الواشمات والموتشمات والمتنمصات والمتفلجات للحسن، المغيرات خلق الله	174
أن يتخذ أنفا من ذهب	176

رابعا:فهرس الأعلام

مرتبين حسب ورودهم في البحث

العلـــــم	الصفحـــة
قتادة	46،4
سعيد بن المسيب	04
النخعي	04
الثوري	04
المعرور بن سويد	05
أبو ذر الغفاري	230،05
اسامة بن شريك	227،224،11
أبو هريرة	238،225،213،46،45،11
عبد الرحمان بن أبي بكر	24
الأزهري	24
أبو عبيدة بن الجراح	235،34
عبد الرحمان بن عوف	34
عمر بن الخطاب	235،211،35،34
القرطبي	47،42
ابن كثير	42
ثابت بن الضحاك	46
أنس بن مالك	48
الكفوي	70
الزيلعي	71
علي الخفيف	71
الشاطبي	72
محمد الطاهر بن عاشور	196،73
مصطفى أحمد الزرقا	73
فتحي الدريني	75
عبد السلام داود	75
العز بن عبد السلام	190،79
ابن قيم الجوزية	234،80
البيضاوي	96
السرخسي	214،96
أبو حامد الغزالي	243،96
الشربيني	212،137
الماوردي	137
عبد الله بن مسعود	238،174
الحسن البصري	174

الطبري	229،174
عبد الله بن عباس	230،229،228،227،175
عرفجة	176
الغزالي	232،201،189
الشاطبي	205،191
الطوفي	202،192
الخوارزمي	195
مصطفى شلبي	205
النووي	233،229،222
أبي الدرداء	230،225،223
عمرو بن دينار	224
هلال بن يساف	224
سعد بن أبي وقاص	224
جابر بن عبد الله	225
هشام بن عروة	225
ابن الجوزي	226
ابن عقيل	226
الخطابي	229،226
زيد بن أسلم	227
المازري	230،228
الطوري	228
الحليمي	228
الداودي	229
ابن حزم	243،229
أبي بن كعب	230
أبو طالب المكي	230
الذهبي	236
ابن تيمية	236،235،230
عبد الرحمان بن عثمان	238
عبد الله بن عمر	241
وائل بن الأسقع	242
أبي السباع	242
عمر بن عبد العزيز	243
جرير بن عبد الله	243
أبو يوسف	245
الخرقي	245
ابن المنذر	246
ابن خلدون	257

خامسا: فهرس المواد القانونية

المادة القانونية	التشريع الجزائري	الصفحـة
الدستور الجزائري لسنة1996 المعدل بالقانون03/02 والقانون19/08		
02		49
32		50
38		49
40		49،12
41		49،12
42		51
44		51
46		50
47		51
59		50
60		50،12
61		12
66		49
76		12
77		12
149		51
150		51
القانون المدني(الأمر58/75المؤرخ في 26سبتمبر1975 المعدل والمتمم)		
25		89
46		89
47		89
60		98
82		98
85		98
107		98
111		98
124مكرر		98
130		98
141		98
146		99
147		99
157		99
674		86

قانون العقوبات(الأمر156/66المؤرخ في 08جويلية 1966 المعدل والمتمم)		
03		63
09		55،15
11		56
12		56
13		56
14		58،55
15		56
15مكرر1		56
16		56
16مكرر		56
19		58
21		59،58
39		59
40		59
42		54
43		54
53		65
91		144
181		144
183		62
254		52
256		53
257		53
258		53
259		53
260		53
261		68،53
262		68
263		68،54
263مكرر1		55،54
263مكرر2		55
265		53
275		58
288		54
301		152،144،59
303مكرر4		63،62
303مكرر5		63

303مكرر6		63
303مكرر7		63
303 مكرر8		64
303 مكرر9		64
303 مكرر10		64
303 مكرر17		64
303 مكرر18		65،64
303 مكرر19		64،63
303 مكرر20		65
303مكرر23		65
303مكرر24		65
303مكرر27		65
303مكرر28		65
303مكرر32		66
303مكرر33		66
314		67
315		67
316		68
317		68
318		67
427		62
428		62
429		62
430		62
431		61
433		61
434		62
442		60
442مكرر		60
قانون الاجراءات الجزائية(الأمر رقم 155/66 الصادر بتاريخ08جويلية1966 المعدل والمتمم)		
97		141
232		141
قانون رقم 05/85 المؤرخ في 16فيفري1985المتعلق بحماية الصحة وترقيتها		
02		110
03		110
54		146
197		160،111
198		111

200		111
201		111
206		140
206مكرر03		145
226		139
266		140
قانون رقم 17/90 المؤرخ في 31جويلية1990 المعدل للقانون05/85 (جريدة رسمية رقم35)		
168مكرر 1		113
199		112
267مكرر02		112
268		113
268مكرر		113
المرسوم التنفيذي رقم276/92 المؤرخ في 06جويلية1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب		
02		113
38		139
39		139
40		139
41		139
36		151
37		151
45		156
المرسوم التنفيذي رقم 122/96 الصادر بتاريخ06أفريل 1996يتضمن تشكيل المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة		
01		113
القانون الأساسي العام للعامل الجزائري رقم 12/78 (جريدة رسمية رقم32 لسنة1978)		
37		139
قانون الوظيف العمومي(أمر03/06الصادر بتاريخ 15جويلية 2006)		
48		140
قانون 15/12 المؤرخ في 15 جويلية2015 المتعلق بحماية الطفل		
07		145
11		145
12		145
قرار وزاري بتاريخ24ماي1998المتعلق بقواعد الحيطة عند نقل الدم		
02		160

المادة القانونية	منظمة الأمم المتحدة	الصفحــة
الاعلان العالمي لحقوق الانسان		
03		17

05		17
25		17

المادة القانونية	جامعة الدول العربية	الصفحــة
ميثاق 2004		
05		16
39		17

المادة القانونية		الصفحــة
الاعلان الأمريكي لحقوق الانسان وواجبات الانسان لسنة 1948		
01		18

المادة القانونية	تقنين نورمبورغ للتجارب الطبية لسنة 1946	الصفحــة
01		18
03		18
04		18
07		18
08		18

المادة القانونية	الإتفاقية الأروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية	الصفحــة
02		19
10		19

المادة القانونية	الإتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية والسياسيةلسنة 1966	الصفحــة
06		19
07		19
19		19
21		19
22		19

المادة القانونية	إتفاقية جنيف لتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان	الصفحــة
03		20

المادة القانونية	الميثاق العربي لحقوق الانسان لسنة1997	الصفحــة
02		22

المادة القانونية	ميثاق الحقوق الأساسية للإتحاد الأروبي: صدر سنة 2000	الصفحــة
38		23

المادة القانونية	التشريع الفرنسي	الصفحــة
قانون آداب مهنة الطب لسنة 1971		
35		152
قانون الصحة العمومية		
11		146
335-02		146
335-18		146
677-04		160
القانون المدني		
16		52
1382		181
1383		181
قانون العقوبات		
223-6		146
226-14		146
قانون الاجراءات الجزائية		
80		146

المادة القانونية	التشريع المصري	الصفحــة
الدستور		
18		12
قانون مزاولة مهنة الطب لسنة 1954		
01		25
القانون 137لسنة1958		
13		146
القانون المدني		
802		86
قانون الاثبات المصري		
66		145

المادة القانونية	التشريع الليبي	الصفحــة
مشروع الدستور لسنة 2014		
38		12

المادة القانونية	التشريع الاماراتي	الصفحــة
الدستور		
19		12

المادة القانونية	التشريع العماني	الصفحــة
الدستور		
12		12

المادة القانونية	التشريع السعودي	الصفحــة
الدستور		
31		12

المادة القانونية	التشريع الكويتي	الصفحــة
الدستور		
15		12

المادة القانونية	التشريع البحريني	الصفحــة
الدستور		
08		12

المادة القانونية	التشريع اليمني	الصفحــة
القانون المدني		
47		89

المادة القانونية	التشريع العراقي	الصفحــة
قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة1979		
89		148
98		142
107		148
قانون العقوبات		
437		148

المادة القانونية	التشريع الأردني	الصفحــة
قانون الصحة الأردني		
12		146

سادسا:فهرس الأحكام القضائية

مرتبة حسب ورودها في البحث

رقم الحكم القضائي	مصدره	تاريخ الصدور	الصفحة
/	محكمة جنايات الاسكندرية مصر	25ديسمبر1941	10
52862	المحكمة العليا الجزائر	16جويلية1988	14
75670	المحكمة العليا الجزائر	13جانفي1991	14
53246	المحكمة العليا الجزائر	14فيفري1987	14
26545	المحكمة العليا الجزائر	25جانفي1982	15،14
247335	المحكمة العليا الجزائر	03أفريل2001	16
95003	المحكمة العليا الجزائر	09أكتوبر1994	16
247470	المحكمة العليا الجزائر	13مارس2001	16
83564	الغرفة الادارية بالمحكمة العليا الجزائر	04ديسمبر1994	28
128892	غرفة الجنح بالمحكمة العليا الجزائر	26ديسمبر1995	28
6186	مجلس الدولة الجزائر	21جانفي2003	28
7683	مجلس الدولة الجزائر	11مارس2003	29
7733	مجلس الدولة الجزائر	11مارس2003	29
265727	المحكمة العليا الجزائر	13فيفري2002	29
/	محكمة مرسيليا فرنسا	1909	30

31	03جوان2003	مجلس الدولة الجزائر	8090
31	20ماي2003	مجلس الدولة الجزائر	12096
31	08مارس1901	محكمة السين فرنسا	/
31	05جانفي1949	محكمة استأناف جرونوبل فرنسا	/
60	20أكتوبر1998	المحكمة العليا الجزائر	157555
67	03جويلية1989	المحكمة العليا الجزائر	54353
67	26ديسمبر1995	مجلس الدولة الجزائر	128892
67	17جانفي2000	مجلس الدولة الجزائر	890149
68	19نوفمبر1984	المحكمة العليا الجزائر	34784
143	22نوفمبر1916	محكمة النقض فرنسا	/
143	20أكتوبر1965	محكمة عادية فرنسا	/
144	12جويلية1901	محكمة السين العادية فرنسا	/
144	02ديسمبر 1907	محكمة سانت أتين العادية فرنسا	/
147	22جوان1903	محكمة رين فرنسا	/
148	29مارس1927	محكمة النقض فرنسا	/
148	26ماي1914	محكمة النقض فرنسا	/
149	14أكتوبر1954	محكمة ليون العادية فرنسا	/

150	25ماي1893	محكمة بوردو العادية فرنسا	/
150	09ديسمبر1940	محكمة النقض مصر	/
151	22ديسمبر1966	محكمة النقض فرنسا	/
156	20ماي1936	محكمة النقض فرنسا	/
161	01جويلية 1991	محكمة باريس العادية فرنسا	/
161	28 نوفمبر 1991	محكمة استأناف باريس فرنسا	/
162	بدون تاريخ	محكمة تولوز العادية فرنسا	/
162	17ديسمبر1954	محكمة النقض فرنسا	/
163	بدون تاريخ	محكمة المنصورة العادية مصر	/
165	بدون تاريخ	محكمة تولوز العادية فرنسا	/
165	04جانفي1974	محكمة النقض فرنسا	/
166	13ديسمبر1951	محكمة متز العادية فرنسا	/
167	24جانفي1952	محكمة ديجون العادية فرنسا	/
170	17فيفري1971	محكمة النقض فرنسا	/
178	25فيفري1929	محكمة باريس العادية فرنسا	/
178	22جانفي1913	محكمة استأناف باريس فرنسا	/
178	27جويلية1913	محكمة ليون العادية فرنسا	/

179	**04فيفري2003**	**مجلس الدولة الجزائر**	**6641**
179	**29نوفمبر1920**	**محكمة النقض فرنسا**	**/**
181	**03جوان2003**	**مجلس الدولة الجزائر**	**8090**
181	**29ماي1951**	**محكمة النقض فرنسا**	**/**
182	**12مارس1931**	**محكمة استأناف باريس فرنسا**	**/**
182	**29أفريل1968**	**محكمة النقض فرنسا**	**/**
182	**11جوان1974**	**محكمة باريس العادية فرنسا**	**/**
183	**26جوان1969**	**محكمة النقض مصر**	**/**
183	**24جانفي1969**	**محكمة استأناف القاهرة مصر**	**/**
248	**29ماي1951**	**محكمة النقض فرنسا**	**/**
251	**12أفريل1956**	**محكمةليون فرنسا**	**/**
251	**11مارس2003**	**مجلس الدولة الجزائر**	**7528**
253	**15ديسمبر1993**	**محكمة النقض فرنسا**	**/**
254	**05مارس1974**	**محكمة النقض فرنسا**	**/**
255	**26مارس1996**	**محكمة النقض فرنسا**	**/**
256	**03جويلية1989**	**المحكمة العليا الجزائر**	**54353**
259	**30أكتوبر1974**	**محكمة النقض فرنسا**	**/**

/	محكمة استأناف باريس فرنسا	08جويلية1952	259
/	محكمة استأناف تولوز فرنسا	05فيفري1971	259
/	محكمة النقض فرنسا	07نوفمبر1961	259
/	مجلس الدولة فرنسا	27جانفي1982	260
/	مجلس الدولة فرنسا	29جويلية1994	260
/	محكمة السين فرنسا	11ماي1965	262

سابعا:المصادر والمراجع

📖 **القرآن الكريم برواية ورش**

📖 **الدستور الجزائري**

📖 **كتب التفسير و علوم القرآن:**

1. ابن كثير :اسماعيل ،تفسير القرآن العظيم،تحقيق سامي بن محمد سلامة،الطبعة الثانية،دار طيبة،المملكة العربية السعودية،1999.

2 . الجصاص :أحمد (المتوفى سنة 370 هـ) ، أحكام القرآن ،الطبعة الأولى، دار الفكر، لبنان 2001 .

3 . الجوزي جمال بن محمد ، زاد الميسرفي علم التفسير، دار ابن حزم،لبنان،ط1،2002 .

4 . السمعاني: أبو المظفر(489هـ)،تفسير القرآن،تحقيق غنيم بن غنيم،الطبعة الأولى،دار الوطن ،السعودية،1997.

5 . الشوكاني محمد ،فتح القدير،الطبعة الرابعة،دار المعرفة،لبنان،2007.

6 . صديق خان القنوجي البخاري(1307هـ)،فتح البيان في مقاصد القرآن،المكتبة العصرية،لبنان،1992.

7 . الطبري،تفسير الطبري من كتاب جامع البيان عن تأويل آي القرآن ،تحقيق بشار معروف، مؤسسة الرسالة،لبنان،ط1،1994.

8 . القرطبي: (أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر المتوفى سنة 671 هـ)، الجامع لأحكام القرآن، دار الحديث ، مصر ، 2007 .

9 . الماوردي،النكت والعيون تفسير الماوردي، دار الكتب العلمية ،لبنان،دون تاريخ .

📖كتب الحديث وشروحه

1 . ابن الأثير مجد الدين ،النهاية في غريب الحديث والأثر،دار ابن الجوزي،المملكة العربية السعودية،1421هـ .

2 . أحمد بن حنبل،مسند أحمد،بيت الأفكار الدولية،،المملكة العربية السعودية،1998 .

3 . الألباني محمد ،ارواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل،الطبعة الأولى،المكتب الاسلامي،لبنان،1979.

4 . البخاري محمد (المتوفى سنة 256 هـ)، صحيح البخاري، دار الفكر،لبنان،2007 .

5 . الترمذي محمد (أبي عيسى محمد بن عيسى المتوفى سنة 279 هـ)، سنن الترمذي، دار الفكر، لبنان، 2005 .

6 . الحاكم النيسابوري،المستدرك على الصحيحين،تحقيق مصطفى عطا،دار الكتب العلمية،لبنان،دون تاريخ.

7 . الدارقطني (أبو الحسن علي بن عمر المتوفى سنة 385 هـ)، سنن الدارقطني، دار عالم الكتب،المملكة العربية السعودية، 1993 .

8 . أبو داود (سليمان بن الأشعث السجستاني المتوفى سنة 275 هـ)، سنن أبي داود، دار الفكر، لبنان،1994 .

9. الزمخشري،الفائق في غريب الحديث،تحقيق محمد أبو الفضل ابراهيم،الطبعة الثانية،الحلبي للمنشورات،دون مكان نشر،دون تاريخ.

10. الشوكاني محمد ،نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار،دار عالم الكتب،المملكة العربية السعودية،2003.

11. ابن أبي شيبة عبد الله ،المصنف،تحقيق حمد الجمعة ،الطبعة الأولى،مكتبة الرشد،المملكة العربية السعودية،2004 .

12. الطبراني سليمان ،المعجم الأوسط ،دار الحرمين،مصر،1995 .

13. عبد الله بن مبارك،مسند عبد الله بن مبارك،تحقيق صبحي السامرائي،مكتبة المعارف،المملكة العربية السعودية،1987 .

14. العيني بدر الدين ،عمدة القارئ شرح صحيح البخاري، الطبعة الأولى،دار الكتب العلمية،لبنان،2001 .

15. ابن ماجة (أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني المتوفى سنة 275 هـ)، سنن ابن ماجة، دار ابن الهيثم، مصر،2005.

16. محمد شمس الحق آبادى،عون المعبود،تحقيق عبد الرحمان عثمان، الطبعة الثانية،المكتبة السلفية،المدينة المنورة،1969 .

17. مسلم (أبو الحسين مسلم بن حجاج القشيرى المتوفى سنة 261 هـ)، صحيح مسلم، دار الفكر، لبنان،1999.

18و19. النسائي،سنن النسائي،طبعة دار الفكر ،لبنان،2005.

والسنن الكبرى،تحقيق حسن شلبي،مؤسسة الرسالة،لبنان،2001.

20. النووي، المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، مؤسسة قرطبة،المملكة العربية السعودية،ط2،1994 .

21- النيسابوري محمد ،المستدرك على الصحيحين،تحقيق مصطفى عطا،الطبعة الثانية،دار الكتب العلمية،لبنان،2002 .

📖 **المعاجم اللغوية والاصطلاحية:**

1. أحمد محمد عبد الخالق،معجم ألفاظ الشخصية،مجلس النشر العلمي،الكويت،2000.

2. أبو بكر الرازي،مختار الصحاح،مكتبة لبنان، القاهرة،1986.

3. التهانوي محمد ،كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم،الطبعة الأولى،مكتبة لبنان،لبنان،1996.

4. الجرجاني علي ،معجم التعريفات،تحقيق محمد المنشاوي،دار الفضيلة،مصر،2004.

5. جرجيس جرجيس،معجم المصطلحات الفقهية والقانونية،الطبعة الأولى،الشركة العالمية للكتاب،لبنان،1996.

6. جميل صلبيا،المعجم الفلسفي،الشركة العالمية للكتاب،لبنان،1994.

7. الجوهري اسماعيل ،الصحاح:تاج اللغة وصحاح العربية،تحقيق أحمد عبد الغفور العطار،الطبعة الثالثة،دار العلم،لبنان،1984.

والصحاح تاج اللغة وصحاح العربية،تحقيق أحمد العطار،دار العلم للملايين،لبنان،1990.

8و9. الراغب الأصفهاني: ـ مفردات ألفاظ القرآن،الطبعة الثانية،دار القلم،دمشق،1997.

والمفردات في غريب القرآن،مكتبة الباز،المملكة العربية السعودية،دون تاريخ.

10. الزبيدي محمد مرتضى ،تاج العروس ،تحقيق عبد العزيز مطر،مطبعة حكومة الكويت،1994.

11. الزمخشري محمود بن عمر ،أساس البلاغة،تحقيق عبد الرحيم محمود،دار المعرفة ،لبنان،دون تاريخ.

12. سعدي ابوجيب،القاموس الفقهي،الطبعة الثانية،دار الفكر،سوريا،1988.

13. سليمان الطبراني،المعجم الأوسط، دار الحرمين،مصر،1995 .

14. عبد الواحد كرم،معجم مصطلحات الشريعة والقانون، الطبعة الثانية،عمان،الأردن، 1998.

15. علي بن اسماعيل بن عبيده،المحكم والمحيط الأعظم في اللغة،تحقيق عبد الحكيم الهنداوي،الطبعة الأولى،دار الكتب العلمية،لبنان،2000.

16. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، الطبعة الأولى، دار الجيل لبنان، 1991 .

17. الفيروزابادي،القاموس المحيط،تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة،الطبعة الثامنة،مؤسسة الرسالة، 2005.

18. الفيومي، المصباح المنير،مكتبة لبنان،لبنان،1987 .

19. الكفوي أيوب ، الكلمات (معجم في المصطلحات والفروق اللغوية)، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، لبنان، 1998 .

20. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط،مكتبة الشروق الدولية،2004 .

21. محمد رواس قلعه جى، معجم لغة الفقهاء،الطبعة الثانية،دار النفائس،لبنان،1988 .

22. محمود عبد المنعم،معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية،دار الفضيلة،مصر،1999.

23. ابن منظور(أبو الفضل جمال الدين محمد بن منظور الإفريقي المتوفى سنة 711 هـ) لسان العرب، دار الحديث، مصر، 2003 .

24. موريس نخلة وروحي البعلبكي وصلاح مطر، القاموس القانوني الثلاثي عربي فرنسي انجليزي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002 .

25. الموسوعة الفقهية،الطبعة الثانية،وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية،الكويت،1983.

26. نزيه حماد،معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء،دار القلم ،دمشق،ط1 ،2008.

📖 **كتب التراجم:**

01 . ابن أبي أصبيعة،عيون الأنباء في طبقات الأطباء،تحقيق نذار ضياء،دار مكتبة الحياة،بيروت،1965.

2. اسماعيل باشا البغدادي،هدية العارفين،دار الكتب العلمية،لبنان،1992.

3. الأنباري أبو البركات،نزهة الألباء في طبقات الأدباء،تحقيق ابراهيم السامرائي،الطبعة الثالثة،مكتبة المنار،الأردن،1985.

4. بكر أبو زيد،المدخل المفصل الى فقه الامام أحمد بن حنبل وتخريجات الأصحاب ،دار العاصمة،المملكة العربية السعودية،1417هـ

5. الجزري عزالدين ،أسد الغابة في معرفة الصحابة،دار الفكر،لبنان،2005.

6. ابن الجوزي عبد الرحمان ،المنتظم في تاريخ الملوك والأمم،تحقيق محمد عطا، دار الكتب العلمية،لبنان،1995

07 و08. ابن حجر العسقلاني،تهذيب التهذيب،دار الفكر، لبنان،2005

و الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، دار الجيل، لبنان، دون تاريخ.

09و10. ابن خلدون عبد الرحمان ،التعريف بابن خلدون ورحلته غربا وشرقا،دار الكتاب اللبناني،لبنان،1979

و المقدمة،تحقيق عبد الله درويش،دار يعرب،مصر،ط1،2004

11. ابن خلكان شمس الدين ،وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان،تحقيق احسان عباس،دار صادر،لبنان،1977.

12. الذهبي شمس الدين ،سيرأعلام النبلاء،الطبعة الأولى،مؤسسة الرسالة،لبنان،1982.

13. الزركلي خير الدين ،الأعلام ، طبعة 16، دار العلم، لبنان، 2005

14. السبكي تاج الدين ، طبقات الشافعية الكبرى ، دار هجر، مصر، 1992

15. السيوطي جلال الدين ،طبقات المفسرين،تحقيق علي عمر، الطبعة الأولى،مكتبة وهبة ،مصر،1976

16. الصفدي صلاح الدين ،الوافي بالوفيات،تحقيق أحمد الأرناؤوط،الطبعة الأولى،دار احياء التراث العربي،لبنان،2000.

17. عبد الحي العكرى،شذرات الذهب في أخبار من ذهب،دار ابن كثير،سوريا،1986.

18. عبد الغني الدقر،الامام النووي شيخ الاسلام والمسلمين وعمدة الفقهاءوالمحدثين،دار القلم سوريا،1994.

19. عبد الله اليافعي، مرآة الجنان وعبرة اليقضان، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997

20. علي الشبل،أبو جعفر محمد بن جرير الطبري،سيرته عقيدته ومؤلفاته،مكتبة الرشد،المملكة العربية السعودية،ط1، 2004

21. عمر رضا كحالة،معجم المؤلفين،الطبعة الأولى،مؤسسة الرسالة،لبنان،1993.

22. العيني بدر الدين ،السلطان برقوق،تحقيق ايمان شكري،الطبعة الأولى،مكتبة مدبولي،مصر،2003.

23. محمد بكر اسماعيل،رجال احبهم الرسول وبشرهم بالجنة،دار المنار،مصر،1996.

24. محمد عثمان بشير،الشيخ علي الخفيف الفقيه المجدد،دار القلم ،دمشق،سوريا،2002.

25. محمود شيت خطاب،دروس في الكتمان من الرسول القائد،مؤسسة الرسالة،لبنان،1975.

26. المزي جمال الدين ،تهذيب الكمال في أسماء الرجال،تحقيق بشار معروف ،الطبعة الأولى،مؤسسة الرسالة ،لبنان،1992

27. أبو نعيم الأصبهاني،معرفة الصحابة،تحقيق عادل بن يوسف العزازي،دار الوطن للنشر،المملكة العربية السعودية،1998

📖 **كتب أصول الفقه:**

1. الشاطبي إبراهيم بن موسى ،الموافقات في أصول الشريعة،الطبعة الأولى،دار ابن عفان،المملكة العربية السعودية،1997.

2و3و4. أبو حامد الغزالي، احياء علوم الدين،تحقيق عصام عبد الرحيم محمد،دار بن الهيثم،القاهرة،2004.

شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، تحقيق حمد الكبيسي، مطبعة الارشاد، بغداد، 1971 .

المستصفى من علم الأصول، تحقيق وتعليق محمد بن سليمان الأشقر، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1997.

5. حسين حامد حسان،نظرية المصلحة في الفقه الاسلامي، مكتبة المتنبي، مصر، 1981.

6. الزركشي بدر الدين ،البحر المحيط في أصول الفقه، الطبعة الثانية،وزارة الأوقاف الكويتية،الكويت،1992 .

7. أبو طالب المكي(386هـ)،قوت القلوب ، الهيئة المصرية العامة للكتاب،مصر،2007 .

8. الطوفي، رسالة في رعاية المصلحة، تحقيق أحمد عبد الرحيم السايح، الطبعة الأولى، الدار المصرية اللبنانية، 1993 .

9. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة قرطبة،المملكة العربية السعودية،1986.

10. عبد الكريم النملة،اتحاف ذوي البصائر بشرح روضة الناظر في أصول الفقه على مذهب الامام احمد بن حنبل،دار العاصمة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية،ط1، 1996.

11. العز بن عبد السلام،القواعد الكبرى(قواعد الأحكام في اصلاح الأنام)،تحقيق نزيه كمال حماد،دار القلم ،دمشق،2000 .

12. مجيد حميد العنبكي، أثر المصلحة في التشريعات، الكتاب الأول في التشريع الاسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع والدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن،ط1، 2002

13. محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، لبنان ،2009 .

14. محمد الطاهر بن عاشور،مقاصد الشريعة الاسلامية، دار النفائس ،الأردن،2001.

15. محمد مصطفى شلبي، تعليل الأحكام، مطبعة الأزهر، مصر، 1947 .

📖 **كتب الفقه:**

📖 **أ – الفقه الحنفي**

01 . أحمد الطحطاوي،حاشية الطحطاوي على الدر المختار،دار المعرفة،لبنان،1975.

02 . المرغيناني برهان الدين ،الهداية شرح بداية المبتدي،دار الفكر،لبنان،دون تاريخ.

03 . الزيلعي(فخر الدين عثمان بن علي المتوفى سنة 743 هـ) ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، الطبعة الثانية،دار الكتاب الاسلامي،مصر، دون تاريخ .

04. السرخسي شمس الدين ،المبسوط ،دار المعرفة،لبنان،1989.

05. الشيخ نظام،الفتاوى الهندية،الطبعة الأولى،دار الكتب العلمية،لبنان،2000.

06. ابن عابدين(محمد أمين بن عمر المعروف بابن عابدين المتوفى سنة 1252 هـ)، رد المحتار على الدر المختار المعروف بـ "حاشية بن عابدين" ، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، 2003.

07. علاء الدين البخاري عبد العزيز بن أحمد ،كشف الأسرار عن أصول فخر الاسلام البزدوي،دار الكتب العلمية،لبنان،1997.

08. الكاساني علاء الدين (المتوفى سنة 587 هـ) ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،الطبعة الثانية،دار الكتب العلمية،لبنان،2003.

09. محمد الحصكفي بن عبد الرحمان ،الدر المختار،تحقيق عبد المنعم ابراهيم،الطبعة الأولى،دار الكتب العلمية،لبنان،2002.

10. محمد بن علي الطوري،تكملة البحر الرائق، دار الكتب العلمية،لبنان،دون تاريخ .

11و12 و13. ابن نجيم الحنفي زين الدين بن ابراهيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الطبعة الثانية، دار المعرفة، لبنان، دون تاريخ .

وفتح الغفار بشرح المنار المعروف بمشكاة الأنوار في أصول المنار،الطبعة الأولى،دار الكتب العلمية،لبنان،2001.

والأشباه والنظائر،تحقيق مطيع الحفيظ،الطبعة الرابعة،دار الفكر،سوريا،2005.

📖 **ب- كتب الفقه المالكي :**

01 . البغدادي عبد الوهاب ،التلقين في الفقه المالكي،تحقيق محمد الغاني،مكتبة الباز،المملكة العربية السعودية،دون تاريخ.

02 . إبن جزي(محمد بن احمد الكلبي الغرناطي المتوفى سنة 741 هـ)، القوانين الفقهية دار الهدى، الجزائر،2000 .

03 . التواتي بن التواتي،المبسط في الفقه المالكي بالأدلة،الطبعة الثانية،دار الوعي ،الجزائر،2010.

04. الدردير أحمد ، الشرح الصغير، دار المعارف،مصر،1986 .

05و06. ابن عبد البر يوسف ،التمهيد لما في الموطأ من معاني وأسانيد، تحقيق مصطفى العلوي، الطبعة الثانية ،وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية،المغرب،1982 .

و الكافي في فقه أهل المدينة المالكي،الطبعة الثالثة،دار الكتب العلمية،لبنان،2006.

07. ابن عرفة الدسوقي محمد ،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار احياء الكتب العربية،مصر،دون تاريخ .

08و09و10 . القرافي شهاب الدين ،الذخيرة،تحقيق محمد بوخبزة،الطبعة الأولى،دار الغرب الاسلامي،لبنان،1994 .

و الفروق،تحقيق عمر حسن القيام،الطبعة الأولى،مؤسسة الرسالة ناشرون،لبنان،2003.

و الأمنية في ادراك النية،تحقيق ودر اسة :مساعد بن قاسم الفالح،مكتبة الحرمين ،المملكة العربية السعودية،ط1، 1988.

11 و12 . القرطبي(محمد بن احمد بن رشد القرطبي المتوفى سنة 595 هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد،الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي،لبنان،2004 .

و المقدمات الممهدات،تحقيق محمد حجي، الطبعة الأولى،دار الغرب الاسلامي،لبنان،1988 .

13 . محمد عليش،شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل،الطبعة الأولى،دار الفكر،لبنان،1984.

14. المنوفي علي المالكي،كفاية الطالب الرباني، مكتبة الثقافة الدينية،مصر،دون تاريخ.

15. النفراوي أحمد ،الفواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القيرواني، الطبعة الأولى،دار الكتب العلمية،لبنان،1997 .

📖 **ج- كتب الفقه الشافعي :**

01و02 . أبوحامد الغزالي،احياء علوم الدين،تحقيق عصام عبد الرحيم محمد،دار ابن الهيثم،القاهرة،2004.

و فتاوى الامام الغزالي،تحقيق مصطفى أبو صوى،المعهد العالي العالمي للحضارة الاسلامية،كوالالمبور،1996.

03 . الزركشي بدر الدين ،المنثور في القواعد،تحقيق محمد اسماعيل،الطبعة الأولى،دار الكتب العلمية،لبنان،2000.

04 . السيوطي جلال الدين ،الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية،الطبعة الثالثة،دار الفكر،لبنان،دون تاريخ.

05 . الشافعي محمد بن ادريس ،الأم،الطبعة الأولى،دار الفكر،لبنان،2002.

06 . الشربيني شمس الدين ،مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج،الطبعة الأولى،دار المعرفة،لبنان،1997.

07 . الشيرازي أبي اسحاق،المهذب في فقه الامام الشافعي،تحقيق محمد الزحيلي،الطبعة الأولى،دار القلم،سوريا،1996.

08. الماوردي أبو الحسن،الأحكام السلطانية،دار ابن قتيبة،الكويت،1989

09 . النووي يحي بن شرف ،المجموع شرح المهذب للشيرازي،تحقيق محمد المطيعى، مطابع المختار،مصر،1980

📖 **د- كتب الفقه الحنبلي:**

01. أبو البركات مجد الدين ،المحرر في الفقه على مذهب الامام أحمد بن حنبل،دار الكتاب العربي،دون تاريخ.

02و03 . ابن تيمية تقي الدين ،السياسة الشرعية في اصلاح الراعي والرعية،الطبعة الأولى،مطبعة الزهراء،الجزائر،1990.

مجموع فتاوى ابن تيمية، مجمع الملك لطباعة المصحف الشريف،المملكة العربية السعودية،2009 .

04و05 . ابن قدامة(موفق الدين) ،الكافي في فقه الامام أحمد بن حنبل،دار الفكر،لبنان،2005.

والمغني،تحقيق عبد الله التركي ،الطبعة الأولى،دار عالم الكتب،المملكة العربية السعودية،1986 .

06 و07 و08. ابن القيم (أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب الدمشقي الشهير ، بابن قيم الجوزية المتوفى سنة 751 هـ): ـ الطرق الحكمية في السياسة الشرعية،تحقيق عصام فارس الحرستاني،الطبعة الأولى،دار الجيل، لبنان،1998.

و إعلام الموقعين عن رب العالمين،،دار الفكر،لبنان،2003.

و زاد المعاد في هدي خير العباد، دار الفكر ،لبنان،2006 .

09. المرداوي علاء الدين ، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف،تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية،المملكة العربية السعودية،1956 .

10 . ابن مفلح المقدسي شمس الدين ،الفروع، بيت الأفكار الدولية،الأردن،2004 .

11و12 . منصور البهوتي،شرح منتهى الارادات،دار الفكر،لبنان،دون تاريخ.

وكشاف القناع، الطبعة الأولى،دار عالم الكتب،لبنان،1997 .

📖 **هـ- كتب الفقه الظاهري:**

01 - ابن حزم (أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري المتوفى سنة 456 هـ) المحلي بالآثار ،تحقيق عبد الغفار البنداري،دار الفكر ، لبنان،2001.

📖**و- كتب فقهية حديثة:**

01 . أبو بكر إسماعيل محمد ميقا، أحكام المريض في الفقه الاسلامي، العبادات والأحوال الشخصية، الطبعة الخامسة، مكتبة الر شد،المملكة العربية السعودية،1984

02 . أحمد بن عبد الرحمان بن ناصر الرشيد،الحاجة وأثرها في الأحكام ـ دراسة نظرية تطبيقية ـ ،دار كنوز اشبيليا،المملكة العربية السعودية،2008.

03 . أحمد فرج حسن،الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية،الدار الجامعية،مصر،1986.

04. بكر أبو زيد،المدخل المفصل الى فقه الامام أحمد بن حنبل وتخريجات الأصحاب، دار العاصمة،المملكة العربية السعودية،1417هـ

05. الذهبي محمد ،الطب النبوي،تحقيق أحمد البدراوي،الطبعة الثالثة،دار احياء العلوم،لبنان،1990

06و07. الزرقا مصطفى أحمد:

المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار العلم ، سوريا، 1999.

والمدخل الفقهي العام، الطبعة الثانية، دار القلم،سوريا، 2004.

08. أبو زهرة محمد ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي ، دون تاريخ.

09. السنهوري عبد الرزاق أحمد ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ،1998.

10. شريف بن أدول بن ادريس،كتمان السر وافشاؤه في الفقه الاسلامي،دار النفائس،الأردن،1418هـ

11. عبد الحميد محمود البعلي،الملكية وضوابطها في الاسلام ـدراسة مقارنة مع أحدث التطبيقات المعاصرة ـ،مكتبة وهبة ،مصر،1985.

12. عبد الرحمان الجزيري ،الفقه على المذاهب الأربعة،الطبعة الأولى،دار الفكر،لبنان،2004.

13. عبد السلام داود،الملكية في الشريعة الاسلامية ـطبيعتها ووظيفتها وقيودها ـ،الطبعة الأولى،دار البشير،الأردن،2000.

14. عبد الفتاح محمود إدريس، حكم التداوي بالمحرمات، بحث فقهي مقارن، الطبعة الأولى، دون دار النشر، مصر، 1993

15. عبد القادر عودة،التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي،دار الكاتب العربي،لبنان،دون تاريخ

16و17 . عبد الكريم زيدان ،نظريات في الشريعة الاسلامية،الطبعة الأولى،مؤسسة الرسالة ،لبنان،2000.

و المدخل لدراسةالشريعة الاسلامية،دار عمر بن الخطاب،مصر،1969.

18و19 . علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية،الطبعة الأولى، دار الفكر العربي،مصر،1996.

والملكية في الشريعة الاسلامية،دار النهضة العربية،مصر،1990.

20و21 . فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي،الطبعة الثالثة،مؤسسة الرسالة،لبنان،2013

و الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده،الطبعة الأولى،مؤسسة الرسالة،لبنان،1997.

22. القرة داغي علي محي الدين و علي يوسف المحمدي،فقه القضايا الطبية المعاصرة ـدراسة فقهية طبية مقارنة ـ، الطبعة الثانية،دار البشائر الاسلامية، لبنان،2006.

23. قطب الرسيوني، الاجتهاد القضائي المعاصر، ضرورته ووسائل النهوض به، دار ابن حزم، لبنان،ط1،2007

24. القطب محمد القطب طبيلة،الاسلام وحقوق الانسان،الطبعة الثانية،دار الفكر العربي،القاهرة،1983.

25. الماوردي أبو الحسن،آداب الدنيا والدين،الطبعة الرابعة،دار اقرأ،لبنان،1985.

26. مجيد حميد العنبكي، أثر المصلحة في التشريعات، الكتاب الأول في التشريع الاسلامي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع والدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، 2002

27. محمد بحر العلوم،عيوب الارادة في الشريعة الاسلامية،الطبعة الثالثة،دار زيد،بغداد،2009.

28. محمد الشنقيطي،أحكام الجراحة الطبية والأثار المترتبة عنها، الطبعة الثانية،مكتبة الصحابة ،المملكة العربية السعودية،1994

29. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الاسلام – دراسة فقهية مقارنة – الدار الجامعية، لبنان، 1993

30. منير حميد البياتي،النظم الاسلامية،الطبعة الأولى،دار وائل للنشر،الأردن،2000.

31. هشام الخطيب، الوجيز في الطب الاسلامي، الطبعة الأولى، دار الأرقم، الأردن، 1985.

32و33و34. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و أدلته ، الطبعة التاسعة، دار الفكر، سوريا، 2006.

و موسوعة الفقه الاسلامي والقضايا المعاصرة،الطبعة الثالثة،دار الفكر،سوريا،2012.

ونظرية الضرورة الشرعية، الطبعة الرابعة، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1985

35. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت، الموسوعة الفقهية،1983

36. يوسف قاسم،مبادئ الفقه الاسلامي،دار النهضة العربية،مصر،1998.

📖 **كتب القانون:**

📖 **أ- كتب عامة**

01 - ابراهيم الحلبوسي،الخطأ المهني والخطأ العادي،في اطار المسؤولية الطبية ـدراسة مقارنة ـ،منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،2007.

02 - ابراهيم فاضل الدبو،ضمان المنافع،الطبعة الأولى،دار عمار الأردن،1997.

03 - أحسن بوسقيعة،الوجيز في القانون الجنائي الخاص،دار هومة،الجزائر،2005.

04 - أحمد السعيد الزقرد، تعويض ضحايا مرض الايدز والالتهاب الكبدي الوبائي بسبب نقل دم ملوث،المكتبة العصرية،مصر، 2007

05 - أحمد سلمان شهيب،عقد العلاج الطبي ـدراسة مقارنة ـ ،الطبعة الأولى،منشورات زين الحقوقية ،مصر،2012.

06 - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث – دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية- دار النهضة العربية،مصر، 1986

07 - أحمد محمود سعد،مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه ،الطبعة الثانية،دار النهضة العربية،مصر،2007.

08 - أحمد مصباح عيسى،الانسان في العالم المعاصر،دار الرواد ،ليبيا،2001.

09 - أسامة عبد الله قايد،المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة،الطبعة الثانية،دار النهضة العربية،مصر،1992.

10 - اسحاق ابراهيم منصور،نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية،الطبعة الثانية،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر ،1990.

11 - اسماعيل غانم،،النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - ،مكتبة عبد الله وهبة،مصر،دون تاريخ.

12 - اسماعيل مظهر، فلسفة اللذة والألم،كلمات عربية للنشر،مصر،2013

13 - أيمن ابراهيم العشماوي،مفهوم العقد وتطوره،دار النهضة العربية،مصر،2002

14 - أيمن سعد سليم،نظرية الحق،مطابع الدار الهندسية،مصر،2003.

15 - بشير سعد زغلول،الأحكام القانونية للتبرع بلأعضاء البشرية،دار النهضة العربية،مصر،2010.

16 - بيرنارد تيرنك،الصحة العامة ماهي وكيف تعمل، ترجمة فهد بن عتيق العتيق،الطبعة الثانية، مكتبة الملك فهد الوطنية،المملكة العربية السعودية،2004.

17 - توفيق الطويل، مذهب المنفعة العامة في فلسفة الأخلاق ،مكتبة النهضة المصرية،مصر،1953

18 - جابر محجوب علي، دور الارادة في العمل الطبي،دار النهضة العربية،مصر،1996

19 - جاك غستان، المطول في القانون المدني - تكوين العقد - ترجمة منصور القاضي، الطبعة الثانية، المؤسسة الجامعية للدراسات، لبنان، 2008.

20 - جميل الشرقاوي دروس في اصول القانون،دار النهضة العربية،مصر،1984.

21 - جيرمي بنتام، أصول الشرائع،ترجمة أحمد فتحي زغلول،الهيئة المصرية العامة للكتاب،مصر،2012

22 - حسام الدين الأحمد، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2011

23 - حسن سعد سند، الحماية الدولية لحق الانسان في السلامة الجسدية،دار النهضة العربية،مصر،2004.

24 - حسن علي الشاذلي، حكم نقل أعضاء الانسان في الفقه الإسلامي،دار التحرير ،مصر،1989

25 - حسن كيرة ،المدخل الى القانون،مؤسسة المعارف،مصر،1990.

26 - حسين طاهري،الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة،دار هومة،الجزائر،2002.

27 - حسين عبد اللطيف حمدان، الضمان الاجتماعي – أحكامه وتطبيقاته -، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003

28 - حلمي بهجت بدوي،أصول الالتزامات -نظرية العقد -،مطبعة نوري القاهرة،مصر،1943.

29 - خالد جمال أحمد،الالتزام بالاعلام قبل التعاقد،دار النهضة العربية،مصر،2003.

30 - خيري أحمد الكباش،الحماية الجزائية لحقوق الانسان،دار الجامعيين للطباعة،مصر،2002 .

31 - دانيل كيفلس و ليروى هود،الشفرة الوراثية للانسان - القضايا العلمية و الاجتماعية -،ترجمة أحمد مستجير،الهيئة المصرية العامة للكتاب،مصر،1997.

32 - رؤوف عبيد،جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال،دار الفكر العربي،الطبعة الثامنة،دار الفكر الغربي،مصر،1985.

33 - رياض جودت،الجراحة البولية والجراحة التناسلية عند الذكور،دار طلاس،سوريا،1981.

34 - زينةغانم يونس العبيدي،إرادةالمريض في العقدالطبي - دراسة مقارنة-دارالنهضة العربية،مصر،2007.

35 - سعيد بوالشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992

36 - سهير المنتصر، الالتزام بالتبصير، الطبعة الاولى،دار النهضة العربية، مصر، 1998

37. السيد أبو الخير ،نصوص المواثيق والاعلانات والاتفاقيات لحقوق الانسان،ط1،ايتراك للنشر والتوزيع ،مصر،2005

38 - سيد قرني أمين نصر،اصول مهنة الطب،الطبعة الأولى،دار النهضة العربية،مصر،2000.

39 - شريف بن أدول بن إدريس، كتمان السر وافشاؤه في الفقه الاسلامي،دار النفائس،مصر،1997،

40 - شريف الطباخ،جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها ،دار الفكر الجامعي،مصر،2005.

41 - شليبك مصطفى،المدخل للعلوم القانونية -نظرية الحق -،الجامعة المفتوحة،ليبيا،2002.

42 - شوقي السيد،التعسف في استعمال الحق -طبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء -الطبعة الأولى،دار الشروق،مصر،2008.

43و44 - طارق سرور ، سرور طارق، الحماية الجنائية لأسرار الأفراد في مواجهة النشر، دار النهضة العربية،مصر،1991،141

نقل الأعضاء البشرية،دار النهضة العربية،مصر،2001

45 - عبد الحميد المنشاوي،جرائم القذف والسب وافشاء الأسرار،دار الفكر الجامعي،مصر،1998

46 - عبد الحي حجازي نظرية الحق،مطابع دار الكتاب،مصر،دون تاريخ.

47 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.

48 - عبد الرشيد مأمون،عقد العلاج بين النظرية والتطبيق،دار النهضة العربية،مصر،1986

49 - عبد السلام عبد الرحمان السكري،نقل وزراعة الأعضاء الأعضاء البشرية من منظور اسلامي ـدراسة مقارنة ـ،دار المنار،مصر،1988.

50 - عبد العزيز المرسي حمود،الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدي ـ دراسة مقارنة ـ دون دار النشر،رقم الايداع القانوني:2004/16802،الترقيم الدولي:977.5800.85.4.

51و52 - عبد المنعم فرج الصدة،أصول القانون،دار النهضة العربية،مصر،1998.

مصادر الالتزام، الطبعة الأولى ،دار النهضة العربية، مصر، 1998.

53 - عبلة عبد العزيز عامر،العنف ضد المرأة والحماية المقررة لمواجهته في الشريعة الاسلامية،دار النهضة العربية،مصر،2010.

54 - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2002

55 - عز الدين الديناصوري و عبد الحميد الشواربي،المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء،دار الفكر الجامعي،مصر،1998

56و57 - علي حسين نجيدة ،المدخل لدراسة القانون:نظرية الحق،دار الفكر العربي،مصر،1985

التزامات الطبيب في العمل الطبي،دار النهضة العربية،مصر،1992.

58 - علي عيسى الأحمد،المسؤولية التأديبة للأطباء في القانون المقارن،الطبعة الأولى،منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،2011.

59 - علي القرة داغي،مبدأ الرضا في العقود ـدراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني ـ،دار البشائر ،لبنان،2002.

60 - عمر ابو الفتوح الحمامي،الاتجار بالأعضاء البشرية بين الواقع والقانون،الطبعة الأولى ،دار النهضة العربية،مصر،2010.

61و62 - عمر سعدالله تطور تدوين القانون الدولي الانساني،دار الغرب الاسلامي،لبنان،2007.

حقوق الانسان وحقوق الشعوب،ديوا ن المطبوعات الجامعية ،الجزائر،2005.

63 . عمر صدوق ،دراسة في مصادر حقوق الانسان،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،1995

64 - غادة فؤاد مجيد المختار،حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني،الطبعة الأولى ،منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،2011

65 - غنام محمد غنام،الحماية الجنائية لأسرار الأفراد لدى الموظف العام،دار النهضة العربية،مصر،1988

66 . غوستاف لوبون، روح الاجتماع، ترجمة أحمد فتحي زغلول، مطبعة الشعب،مصر،1909

67 - فخري أبو صفية،الاكراه في الشريعة الاسلامية،شركة الشهاب،الجزائر،1402هـ.

68 - فوزي علي جادالله،الصحة العامة والرعاية الصحية،الطبعة الثالثة،دار المعارف،مصر،1995.

70 - فوزية عبد الستار،شرح قانون العقوبات - القسم العام - ،دار النهضة العربية،مصر،1992.

71 - فيوليت داغر،الحق في الصحة ،المؤسسة العربية الاوروبية للنشر،سوريا ،2004.

72 - قايد محمد أسامة ،المسؤولية الجنائية للأطباء،دار النهضة العربية،مصر،1987.

73 - لقمان فاروق حسن نانه كه لي،المسؤولية القانونية في العمل الطبي - دراسة مقارنة بين القانون والشريعة - ،الطبعة الأولى،منشورات زين الحقوقية،سوريا،2013

74 - مأمون عبد الكريم،رضا المريض عن الأعمال الطبية الجراحيةدراسة مقارنة- ،دار المطبو عات الجامعية،مصر،2006.

75 - محسن البيه،نظرة حديثة الى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية،مكتبة الجلاء الجديدة،مصر،1990.

76 - محمد ابراهيم دسوقي، الالتزام بالاعلام قبل التعاقد، دار ايهاب للنشر،مصر، 1985

77 - محمد أرزقي نسيب، أصول القانون الدستوري والنظم السياسية، مطبعة هومة، الجزائر، 1999

78 - محمد حسن قاسم،اثبات الخطأ في المجال الطبي،دار الجامعة الجديدة،مصر،2006.

79 - محمد حسين منصور،المسؤولية الطبية،دار الفكر الجامعي،مصر،2000.

80 - محمد زكي أبو عامر،قانون العقوبات ـ القسم الخاص ـ ،الطبعة الأولى،مؤسسة الثقافة الجامعية ،مصر،1981.

81 - محمد سعود المعيني،الاكراه وأثره في التصرفات الشرعية،الطبعة الأولى،مطبعة الزهراء ،العراق،1985.

82 - محمد السعيد رشدي،عقد العلاج الطبي ـ دراسة تحليلية وتأصيلية لطبيعة العلاقة بي المريض والطبيب ـ ،الطبعة الأولى،دار الفكر الجامعي،مصر،2015

83 - محمد سليمان الأحمد،النظرية العامة للقصد المدني،الطبعة الأولى،منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان،2009.

84 - محمد عبد الغريب،التجارب الطبية والعملية وحرمة الكيان الجسدي للانسان ـ دراسم مقارنة ـ ،مطبعة وهبة،1989.

85 - محمد الفار، قانون حقوق الانسان في الفكر الوصفي والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991

86 - محمد فتحي محمد حسانين، الحماية الدستورية للموظف العام، مطبعة الأهرام، مصر، 1997

87 - محمد المرسي زهرة ،الانجاب الصناعي ـأحكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنة ـ،جامعة الكويت،1993.

88 - محمد نجيب حسني،الفقه الجنائي الاسلامي،دار النهضة العربية،مصر،1984.

89 - محمود جمال الدين زكي،الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري،مطبعة جامعة القاهرة،مصر،1987.

90 - محمود محمود مصطفى،شرح قانون العقوبات ـ القسم الخاص ـ ،الطبعة الخامسة،دار النهضة العربية،مصر،1984.

91 - محمود القبلاوي،المسؤولية الجنائية للطبيب،دار الفكر الجامعي،مصر،2004.

92 - ممدوح محمد خيري هاشم المسلمى،النظام القانوني لممارسة الطب البديل والمسؤولية المدنية ـدراسة مقارنة ـ ،دار النهضةة ،مصر،2005.

93 - منذر الفضل،المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية ـدراسة مقارنة ـ،دار الثقافة،الأردن،2000

94و95 - منير رياض حنا ،المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين،

الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والتخصصية،

96 - موفق علي عبيد،المسؤولية الجزائية للأطباء عن افشاء السر المهني،الطبعة الأولى،دار الثقافة،مصر،1998.

97 - نبيل ابراهيم سعد،المدخل الى القانون ـنظرية الحق ـ،دار النهضة العربية،مصر،1995.

98 - نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالادلاء البيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود – دراسة فقهية قضائية – دار النهضة العربية، مصر، 1982

99 - نظام توفيق المجالي،شرح قانون العقوبات ـ القسم العام ـ ،دار العلم والثقافة،مصر،2005.

100 - وجيه محمد خيال،المسؤولية الجنائية للطبيب في النظام السعودي،الطبعة الأولى،دار النهضة العربية،مصر،1998.

101 - وفاء حلمي،الخطأ الطبي ـدراسة تحليلية فقهية وقضائية ـ،دار النهضة العربية،مصر،1991

102 - ياسين محمد الجبوري،المبسوط في شرح القانون المدني،دار وائل للطباعة،مصر،2002.

103 - نواف كنعان حقوق الانسان في الاسلام والمواثيق الدولية والدساتير العربية،الطبعة الأولى،مكتبة اثراء،الأردن،2008.

104 - ياسين محمد يحيى، مبادئ العلوم القانونية، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، مصر، 1987

105- وائل أنور بندق ،التنظيم الدولي لحقوق الانسان ،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،ط1، 2004.

📖 **ب-الرسائل الجامعية:**

01 - أبركان الصالح،ادراك المريض وأساليب التدبر لدى مرضى التكلس الرئوي،مذكرة ماجستير علم النفس،جامعة الحاج لخضر،باتنة،2011.

02 - أحمد سلامة،الحماية الجنائية لأسرار المهنة،رسالة دكتوراه منشورة،كلية الحقوق ،جامعة القاهرة،1988.

03 - أحمد عبد الدايم،أعضاء جسم الانسان ضمن التعامل القانوني،منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،1999.

04- أسامة عسيلان،الحماية الجنائية لسر المهنة في الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية،مذكرة ماجستير،جامعة نايف للعلوم الأمنية،المملكة العربية السعودية،2004.

05. زهدور كوثر،المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم في التشريع الجزائري مقارنا،أطروحة دكتوراه ،جامعة وهران ،2013

06 . سمية قرين، المصلحة المرسلة ضوابطها وتطبيقاتها في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير، جامعة باتنة، 2010

07 - صليحة بن عاشور،توريث الحقوق والايصاء بها،أطروحة دكتوراه،كلية العلوم الاسلامية،جامعة الجزائر،2007.

08 - عادل عدة ابراهيم،حق الطبيب في ممارسة الأعمال الطبية ومسؤوليته الجنائية،أطروحة دكتوراه،جامعة بغداد،1977.

09 - ماروك نصرالدين،زراعة الأعضاء البشرية في القانون الجزائري والشريعة الاسلامية،رسالة ماجستير،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر،1992.

10 - محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة باتنة، 2009

11 - محمد الصانع، المصلحة في الشريعة الاسلامية والفكر الغربي، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2006

12 - محمد فائق الجوهري،المسؤولية الطبية في قانون العقوبات،رسالة دكتوراه،جامعة فؤاد الأول،مصر،1952.

13- Ahmed Charaf Eldine.Droit de la Transplantution do rganes _etude comparative_ these.paris2.1975

📖 ج - مقالات علمية :

01 - عبد الرحمان بن أحمد الجرعي،هدايا الشركات العاملة في المجال الطبي،السجل العلمي لمؤتمر الفقه الاسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة،جامعة محمد بن سعود الاسلامية.

02 - عبد السلام الترمانين،السر الطبي،مجلة الحقوق والشريعة،العدد الثاني،الطبعة الرابعة،جامعة الكويت،1997.

03 - عبد العزيز المراغي،مسؤولية الأطباء،مجلة الزهر،العدد20.

04 - فواز صالح،المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي،مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية،المجلد 22،العدد الأول،2006.

05- محمد رايس،مسؤولية الأطباء المدنية عن افشاء السر المهني في ضوء القانون الجزائري،مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية،العدد الأول،المجلد 25 ،2009.

06 - محمود نجيب حسني،الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات،مجلة القانون والاقتصاد،السنة 29،العدد 03 مطبعة القاهرة ،1959.

07 - مراد بن صغير ، المسؤولية الطبية وآثارها على قواعد المسؤولية مجلة العلوم القانونية والإدارية ، العدد 03، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2007،

08 - نذير محمد الطيب أوهاب ،أثر التدخل الطبي في ثبوت خيار التفريق بالعيوب الطبية ،مجلة الصراط ،كلية العلوم الاسلامية،الجزائر،العدد22،صفحة:92.

📖 د ـ مراجع باللغة الأجنبية

Derobert. L, la repation juridique de dommage corporel, Paris, Masson, 1998

📖 ج ـ قرارات المجامع الفقهية

01 - قرار مجمع الفقه الاسلامي الدولي، رقم 7/5/1969، مجلة المجمع، عدد سبعة.

02 - قرار مجلس مجمع الفقه الاسلامي،الدورة الثامنة،مجلة مجامع الفقه الاسلامي،منظمة المؤتمر الاسلامي،جدة،2004.

ثامنا :فهرس الموضوعات

المقدمة..... ..... | م

الفصل الأول:مقصد العلاج الطبي ومصدر حق الشفاء..... 01

المبحث الاول:مقصدالعلاج الطبي وتوافقه مع الأصول العلمية..... 02

المطلب الأول :مقصد العلاج الطبي وأسسه..... ... .02

الفرع الأول:قصد الشفاء..... 02

أولا:قصد الشفاء..... 02

ثانيا:اتاحة فرصة الشكوى للمريض..... 06

الفرع الثاني:الأسس الشرعية والقانونية لقصد الشفاء..... 10

أولا:الأسس الشرعية..... 10

ثانيا:الأسس القانونيةلقصد الشفاء..... 11

1. على مستوى التشريع الوطني..... 11

2. على الصعيد الدولي..... 16

أ:ميثاق جامعة الدول العربية لسنة2004..... 16

ب:الإعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة1948.....17

ج:اعلان جنيف للقسم الطبي.....17

د:اتفاقية منع ابادة الجنس البشري.....18

هـ :الاعلان الأمريكي لحقوق الانسان وواجبات الانسانلسنة1948.....18

و:تقنين نورمبورغ للتجارب الطبية.....18

ز:الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الانسان والحريات الأساسية.....18

ح:العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية.....19

ط :الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية والسياسية.....19

ي:الاتفاقية الأمريكية لحقوق الانسان.....19

ك:الاعلان الخاص بحقوق المتخلفين عقليا.....20

ل:اتفاقيات جنيف لسنة1949.....20

م:اتفاقية طوكيو للتجارب الطبية لسنة1977.....21

ن:الاعلان العالمي لحقوق المعوقين لسنة1975.....21

س:الاعلان العالمي لمناهضة أشكال التمييز ضد المرأة لسنة1979.....21

ع:لائحة الاتحاد الدولي للأطباء لسنة1981.....21

ف:اتفاقية مناهضة التعذيب لسنة 1987.....22

ص:الاتفاقية الأوروبية لتعزيز وتطوير حقوق المريض لسنة1994.....22

ق:الميثاق العربي لحقوق الانسانلسنة1997.....22

ر:الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان والطب الحيويلسنة1997.....22

ش:الاعلان العالمي بشأن الجينات البشرية وحقوق الانسان لسنة1997.....23

ت:ميثاق الحقوق الأساسية للإتحاد الاروبي لسنة2000.....22

المطلب الثاني:توافق العلاج الطبي والأصول العلمية الثابتة.....24

الفرع الأول:مفهوم العلاج الطبي.....24

أولا:العلاج الطبيلغة.....24

1:العلاج.....24

2:الطبي.....24

ثانيا:اصطلاحا.....25

1 . تعلق مفهوم العلاج الطبي بالغاية المرجوة.....25

2 . باعتبار تعلقه بطبيعة السلوك.....26

3 . أوجه الاختلاف بين التعريفين.....27

الفرع الثاني:احترام الأصول العلمية في العلاج الطبي.....28

أولا:فحص المريض قبل مباشرة العلاج.....29

ثانيا:اختيار أسلوب العلاج المناسب.....30

ثالثا:تغليب المصلحة العلاجية للمريض.....32

1:في القرآن الكريم.....32

2:من السنة النبوية الشريفة.....34

3:القواعد الفقهية.....35

المبحث الثاني:حرمة جسم الانسان ومصدر حق الشفاء.....37

المطلب الأول:حرمة جسم الانسان وسلامته في الشريعة والقانون.....37

الفرع الأول:حرمة جسم الانسان وسلامته في الشريعة الاسلامية.....37

أولا:مبدأكرامة الجسد الآدمي في الفقه الاسلامي.....37

1 :بالنسبة للأحياء.....37

أخلقه في أحسن صورة.....38

ب .التكريم بنعمة العقل.....39

ج .التشريف بسجود الملائكة.....40

2:اكرام الأموات من المسلمين وغير المسلمين.....45

ثانيا:منع الاعتداء على الانسان مطلقا.....45

1:تحريم الانتحار.....45

2:تحريم القتل.....47

الفرع الثاني:حرمة جسم الانسان وسلامته في القانون الجزائري.....49

أولا:أصولتكريم الانسان في الدستور الجزائري.....50

1:المساواة بين المواطنين أمام القانون.....50

2 :حرمة الحياة الخاصة.....50

ثانيا:الجهود الدولية في الاعتراف بكرامة الانسان.....51

ثالثا:حماية القانون الجزائري للنفس البشرية والجسد الآدمي.....52

1:حرمة الجسم الآدمي.....52

2:تجريم الاعتداء على النفس البشرية.....52

أ تجريم قتل النفس.....51

ب . تشديد العقوبة بالنسبة لجرائم القتل.....54

ج . تنفيذ تدابير الأمن على الجناة.....58

د .عقاب المساعد على الجريمة.....59

هـ . تجريم افشاء السر المهني.....59

وتجريم ضرب وجرح الأشخاص.....60

زمنع تعريض حياة الأشخاص للهلاك.....61

ح . منع الاتجار بالبشر.....62

3:تقديم المساعدة الواجبة للأطفال والعاجزين.....67

المطلب الثاني:مصدر حق الشفاء.....69

الفرع الأول:صلة الانسان بجسده في الفقه الاسلامي.....69

أولا:مفهوم الحق في الفقه الاسلامي.....70

1. تعريف الحق لغة.....70

2:تعريف الحق اصطلاحا.....71

3:خصائص الحق في الشريعة الاسلامية.....75

أ. الصفة الدينية لأحكام الحق في الشريعة الاسلامية.....75

ب .الحق انابة ووكالة عن الله.....75

ثانيا:طبيعة الجسد الآدمي في الفقه الاسلامي.....76

1. تقسيمات الحق في الفقه الاسلامي.....76

أبالنظر الى صاحبه.....76

.حق الله تعالى.....76

.حق العبد خالصا.....77

. مااشترك فيه حق الله وحق العبد.....77

ب .عند تغليب الحقوق.....78

. مااشترك فيه حق الله وحق العبد وكان حق الله غالب.....78

. مااشترك فيه حق الله وحق العبد وكان حق العبد غالب.....78

ج . باعتبار محل الحق.....79

. الحق الشخصي.....79

. الحق المالي.....79

. حق شبيه بين الحقين.....79

الفرع الثاني:علاقة الانسان بجسده في الفقه القانوني.....81

أولا :تعريف الحق عند فقهاء القانون.....78

1:المذهب الشخصي.....79

2:المذهب الموضوعي.....82

3:المذهب المختلط.....83

4:عناصر الحق عند "جان دابان".....83

أ. الاختصاص.....84

ب . التسلط.....84

ج . احترام الغير لصاحب الحق.....84

د.الحماية القانونية.....84

ثانيا:طبيعة جسم الانسان من منظور قانوني.....86

الرأي الأول:حق الانسان على جسمه رخصة.....86

الرأي الثاني:حق الانسان على جسمه حق ملكية.....86

الرأي الثالث:حق الانسان على جسمه من الحقوق اللصيقة بالشخصية.....88

الفصل الثاني:القيود الواردة على التدخل العلاجي.....91

المبحث الأول:ارادة الأشخاص.....92

المطلب الأول:مفهوم الارادة والمدلولات ذات الصلة.....92

الفرع الأول:مفهوم الارادة وبيان عناصرها.....92

أولا:مفهوم الارادة.....90

1 . الارادة لغة.....92

2 . الارادة في الاصطلاح اللغوي.....93

3. الارادة شرعا.....93

4. الارادة في الاصطلاح القانوني 94

ثانيا:عناصر الارادة.....94

الفرع الثاني:تمييز الارادة عن مايشبهها من ألفاظ.....96

أولا:الارادة والنية.....96

1:في الفقه الاسلامي.....96

2:في الفقه القانوني.....97

ثانيا:الارادة والقصد.....99

ثالثا:الارادة والادراك.....101

رابعا :الارادة والعزم.....101

خامسا:الارادة والغرض والغاية.....102

سادسا:الارادة والهوى.....102

سابعا:الارادة والباعث.....104

ثامنا:الارادة والعلم.....104

تاسعا:الارادة والعمد.....107

المطلب الثاني:خيار الطبيب في العلاج.....109

الفرع الأول:استيفاء الاذن بمزاولة التطبيب.....109

أولا:شروط مزاولة التطبيب في الفقه الاسلامي.....109

ثانيا:في التشريع الجزائري.....110

1 . ترخيص الوزير المكلف بالصحة.....110

2 . تأدية اليمين القانونية.....113

أ . مدى شرعية اليمين.....115

ب . نوع اليمين المنجزة.....126

الفرع الثاني: ممارسة العمل الطبي.....126

أولا:تعريف العمل الطبي.....126

ثانيا:تمييز العمل الطبي عن مايشابهه.....128

1 .العمل الطبي والتجارب الطبية.....128

أ .التجارب الطبية.....128

ب . الأبحاث البيولوجية.....128

2 . الاجهاض.....129

أ . وقف ارادي للحمل بغرض علاجي.....129

ب . وقف الحمل لمواجهة حالة الضيق.....130

3 . عمليات الختان.....131

الفرع الثالث: الالتزام بالمحافظة على سر المهنة.....131

أولا:تعريف السر الطبي.....132

1 . لغة.....132

أ . معناه.....132

ب . مواضعه في القرآن الكريم.....132

ج . الألفاظ ذات الصلة.....133

. الكتمان.....133

. الافشاء.....133

2 . اصطلاحا.....134

أ لدى الشراح العرب.....134

ب في الفقه الغربي.....134

3 . ماهية الافشاء.....135

ثانيا:نطاق السر الطبي.....136

1 . من حيث الحظر والتجريم.....136

أ . في الفقه الاسلامي.....136

ب في الفقه القانوني.....138

ج موقف المشرع الجزائري.....139

2 .المبررات الشرعية لافشاء السر الطبي.....140

أ . قيام الطبيب بالعمل بناءا على تكليف من القضاء.....140

ب . حالة الضرورة.....143

ج . تنفيذا لأمر القانون.....144

د .رضا المريض.....147

ثالثا:نطاق السر الطبي.....152

1 . في الفقه الاسلامي.....152

2 . في الفقه القانوني.....152

أ . النطاق الشخصي للسر الطبي.....152

. الزوجة.....152

. الوالدين 152

. زملاء الطبيب ومساعديه.....153

ب . النطاق الموضوعي للسر الطبي.....153

. نظرية الارادة.....153

. نظرية التفرقة بين الوقائع.....154

نظرية الضرر.....154

نظرية المصلحة.....155

المبحث الثاني . الالتزام بتحقيق نتيجة.....156

المطلب الأول . بالنسبة لاستعمال الأجهزة والأدوات الطبية.....156

الفرع الأول . خضوع الاصابة الى قواعد المسؤولية الطبية العادية.....157

أولا. الحرية الواسعة للطبيب أثناء العمل الطبي.....157

ثانيا . التعارض الجوهري بين الالتزامات المحددة وفكرة الاحتمال.....157

الفرع الثاني . ضمان الأضرار المستقلة 157

أولا. تمييز فعل الانسان عن فعل الأشياء 157

ثانيا . صعوبات تمييز فعل الانسان عن غيره 157

ثالثا . موقف القضاء 158

المطلب الثاني . نقل الدم والتحليل الطبي له.....160

الفرع الأول . عملية نقل الدم بدون اثبات خطأ.....160

الفرع الثاني . تقدير النتيجة عند اجراء التحاليل الطبية 165

المطلب الثالث . اعطاء الدواء بمعرفة الطبيب 166

المطلب الرابع . عمليات تركيب الأطراف الصناعية 167

الفرع الأول . فكرة الاستناد على الخطأ المفترض.....167

الفرع الثاني . مرحلة التمييز بين العمل الطبي العادي والعمل الطبي الفني 168

الفرع الثالث . مرحلة الشك والتردد 169

الفرع الرابع . موقف الفقه القانوني 170

المطلب الرابع . الجراحة التجميلية 171

الفرع الأول . النشأة وعوامل الانتشار.....171

أولا.النشأة.....171

ثانيا .عوامل الانتشار.....171

الفرع الثاني .موقف الفقه الاسلامي من جراحة التجميل.....173

الفرع الثالث . بالنسبة للفقه القانوني في هذه الفترة 177

الفرع الرابع .موقف القضاء منها.....178

الفصل الثالث .تقدير المصلحة العلاجية للمريض.....185

المبحث الأول . حماية مصلحة المريض في العلاج.....186

المطلب الأول . مفهوم المصلحة.....186

الفرع الأول . تعريف المصلحة.....186

أولا. تعريف المصلحة في الفقه الاسلامي.....187

1 . تعريف الغزالي للمصلحة.....189

2 . المصلحة عند العز بن عبد السلام.....190

3 . المصلحة عند الشاطبي.....191

4 . المصلحة عند الطوفي.....192

5 . تعريف المصلحة عند الخوارزمي.....195

6 محمد الطاهر بن عاشور.....196

ثانيا . مفهوم المصلحة في الفقه القانوني.....197

الفرع الثاني . خصائص المصلحة 198

أولا. في الفقه الاسلامي.....198

1 . معيارها الزمني مكون من الدنيا والآخرة.....199

2 . منبعها جسم و روح في الانسان.....199

3 مصلحة الدين أساس للمصالح الأخرى.....199

ثانيا . خصائص المصلحة من منظور فلاسفة القانون 200

1 . وزنها بميزان الدنيا وحدها.....200

2 . قيمة المصلحة في اللذة المادية فقط.....200

3 . الدين جزء من المصلحة.....200

الفرع الثالث . تقسيمات المصلحة.....201

أولا. اعتبار المصلحة في الفقه الاسلامي.....201

أولا . مذهب الغزالي في تقسيم المصلحة.....201

ثانيا . تقسيم الطوفي للمصلحة.....202

ثالثا . تقسيم المصالح من حيث شهادة الشرع لها بالاعتبار.....202

4 . تقسيم المصالح المقصودة من التشريع من حيث قوتها في ذاتها واعتبارا لاثارها في قوام أمر الأمة.....204

5 تقسيم المصلحة لاعتبارات أخرى.....205

ثانيا . قياس المصلحة في الفقه القانوني.....208

1 . اعتمادا على التقاليد المتعارف عليها 208

2 . بالنظر لمقدار السعادة الشخصية 208

3 . بالنظر لمنتوج العمل من اللذائذ والآلام.....209

المطلب الثاني . مفهوم المرض 210

الفرع الأول . لغة 210

الفرع الثاني .اصطلاحا.....210

أولا. في الفقه الاسلامي.....210

ثانيا . الألفاظ ذات الصلة في التشريع الوضعي.....213

1 . مرض الموت.....214

2 .المرض المهني.....215

المطلب الثالث . أساس الحماية.....216

الفرع الأول . تعريفها.....216

أولالغة.....216

ثانيا .اصطلاحا 216

الفرع الثاني . الأساس الفلسفي للحماية القانونية.....217

أولا. نظرية القانون الطبيعي.....218

ثانيا. نظرية المصلحة العليا للمجتمع.....218

ثالثا . نظرية التضامن الاجتماعي 218

رابعا . نظرة الاسلام لحماية الحقوق.....219

المبحث الثاني:رفض التداوي وأحكامه.....221

المطلب الأول :مشروعية التداوي.....221

الفرع الأول:تعريف التداوي.....221

أولا:لغة.....221

ثانيا:اًصطلاحا.....221

الفرع الثاني :حكم التداوي في الفقه الاسلامي.....223

أولا:التداوي واجب.....223

ثانيا:التداوي مستحب.....224

ثالثا:التداوي مباح مطلقا.....226

رابعا:التداوي مباح لكن تركه أفضل.....227

خامسا:عدم جواز التداوي.....233

سادسا:مذهب ابن تيمية.....235

المطلب الثاني:موقف المشرع الجزائري وأثره في الحال.....239

الفرع الأول:مفهوم التبصير.....240

الفرعالثاني:الأساس الشرعي لموجب التبصير.....241

أولا:في الفقه الإسلامي:.....241

ثانيا:في الفقه القانوني:.....248

1:عقد العلاج مصدر موجب التبصير.....248

2:عقد العلاج مصدر موجب التبصير مع اختلاف في الأثر.....249

الفرع الثاني :مقدار المعلومات اللازمة لتبصير المريض.....250

أولا:رأي الفرنسيPENNEAU.....250

ثانيا:رأي السويسريOLIVIER CUILLOD.....250

ثالثا:رأي الفرنسيSAVATIER.....251

الفرع الثالث . خصائص المعلومة في اجتهاد القضاء الفرنسي..... 252

أولا. بسيطة ومفهومة للمريض.....252

ثانيا. دقيقة وصادقة.....252

ثالثا . كافيةوكاملة.....253

رابعا . أن يتحقق الاعلام قبل التدخل الطبي.....254

الفرع الرابع:أطراف الإلتزام بالتبصير الطبي..... 254

أولا:صاحبالحق بالمعلومة.....254

ثانيا:المدين بتبصير المريض.....255

المطلب الثالث:جهود القضاء في تقدير مصلحة المريض.....257

الفرعالأول:مفهوم القضاء.....257

أولا:في الفقه الاسلامي.....257

ثانيا:في الفقه القانوني.....257

الفرع الثاني:توزيع عبء الإثبات 258

أولا:حالة رفض المريض لنوع من أنواع العلاج.....258

ثانيا:حالة رفض التداوي مطلقا.....261

خاتمة.....264

ملخصات البحث..... 268

ملخص البحث بالعربية..... 269

ملخص البحث بالانجليزية..... 271
ملخص البحث بالفرنسية..... 273
الفهارس العامة..... 275
فهرس الآيات القرآنية..... 276
فهرس الأحاديث النبوية..... 286
فهرس الآثار المروية عن الصحابة والتابعين..... 286
فهرس الأعلام..... 287
فهرس المواد القانونية..... 289
فهرس الأحكام القضائية..... 297
فهرس المصادر والمراجع..... 300
فهرس الموضوعات..... 325

People's Democratic Republic of Algeria
Ministry of Higher Education and Scientific Research
University of Batna1

Vice-Rectorat in charge
of Higher Education,
Scientific Research and
External Relations

Faculty of Islamic Sciences
Department of Islamic Law
Islamic and Civil Law

Considerateness of the patient's therapeutic interest in the light of the judiciary studiousness The case of Islamic Law and the Algerian Law

Thesis submitted in partial fulfillment of the requirements for
the degree of An Es Science Doctorate in Islamic Sciences
Option: Shariaa and Law

Supervised by :

Pr. Dr.Malika Makhloufi

Submitted by:

Bendifallah Ramzi

Academic Year: 2017 – 2018 B.C/ **1438-1439** H