

الضمانات الجنائية الواردة على أسباب الإباحة لحماية الحق في سلامة الجسم

في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

الحق في الدفاع الشرعي و الحق في التطبيب و الحق في التأديب نماذجاً

أ. الخذاري عبد الحق

كلية الحقوق/ جامعة البلدة

فإن الحديث عن حقوق الإنسان و حرياته، حديث الأمس و اليوم و الغد ، تكلم عنه الأولون و المتأخرون، وما زال يعتبر حديث الساعة على مختلف الأصعدة محلياً وإقليمياً و دولياً، ومن هذه الحقوق: الحق في سلامة جسم الإنسان الذي له الأثر المباشر لوجوده واستمرار بقائه ، و بما أنه من الحقوق للصيقة بشخصية الإنسان، فقد كان محل اهتمام الفقهاء ، وتناولته أعلام الباحثين و رجال القانون بالدراسة و التحميص، رغبة في الوصول إلى أجمع السبل التي يمكن أن تحقق له الحماية اللازمة من كل اعتداء قد يلحق بسلامة الجسم ، أو يعطل من وظائفه الحيوية، خاصة بعد التقدم العلمي الهائل في مختلف مجالات الحياة ، التي من شأنها أن توسع من صور الاعتداء على هذا الحق الشخصي للإنسان ونظراً للأهمية الكبرى لهذا الحق كونه مقترناً بالحق في الحياة ، الذي يعد من أسمى حقوق الإنسان المعترف بها شرعاً و قانوناً، وعلى كل المستويات و في كل المجالات، و بما أن جسم الإنسان قد يكون عرضة لمختلف الانتهاكات والاعتداءات كان من اللازم معرفة الجوانب الضرورية لحمايته سواء من الناحية الجنائية أو من الجوانب الأخرى .

من هذا المنطلق جاء هذا البحث ليرز أهم الضمانات التي كفلها الفقه الإسلامي والقانون الوضعي لحماية الحق في سلامة الجسم أثناء القيام ببعض الأفعال التي يبيحها الشرع و القانون للمسئس بسلامة الجسم .

إشكالية البحث

تمثل إشكالية البحث فيما يلي : ما هي أهم الضمانات الجنائية التي أقرها كل من الفقه الإسلامي و القانون الوضعي لحماية الحق في سلامة الجسم أثناء القيام بالأفعال التي يبيحها الشرع و القانون للمسئس بجسم الإنسان ؟ وما مدى كفايتها وفعاليتها ؟.

المبحث الأول : الضمانات الواردة على أسباب الإباحة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

يدرس هذا المبحث ضمانات حماية الحق في سلامة الجسم التي تدخل ضمن نطاق أسباب الإباحة⁽¹⁾، التي يتعين من خلالها إباحة المسئس بالحق في سلامة الجسم؛ ولما كان الأصل في الشريعة الإسلامية أن الأفعال المحرمة محظورة على الكافة بصفة عامة ، فإن الشارع رأى استثناء من هذا الأصل أن يبيح بعض الأفعال المحرمة لمن توفرت فيهم صفات خاصة ، لأن ظروف الأفراد ، أو ظروف الجماعة تقتضي هذه الإباحة⁽²⁾.

ومن ناحية القانون الوضعي فإنه يبيح بعض الأفعال التي تحمل في معناها الظاهري الاعتداء على الحق في سلامة الجسم ، لوجود مصلحة قانونية أخرى أولى منها في الرعاية والحماية والاعتبار⁽³⁾.

و لقد نص القانون على حالات معينة ترتكب فيها أفعال مخالفة للقانون ، ومع ذلك لا يعاقب مرتكبها جزائياً ، يحدث ذلك إذا ارتكب الفعل في ظل سبب من أسباب الإباحة⁽⁴⁾، ومن ذلك المادة (4/122) من قانون العقوبات

الفرنسي ، و قد ذكرت ما أمر به القانون والسلطة الشرعية ، و المواد (39) ، (40) من قانون العقوبات الجزائري ، ومن أهم أسباب الإباحة الحق في الدفاع الشرعي ، والحق في التطبيب ، والحق في التأديب ، والحق في ممارسة الألعاب الرياضية ، وكلها تمس بشكل مباشر بهذا الحق لذلك فهي محاطة بضمانات تساهم في حمايته .

المطلب الأول: الضمانات الواردة على الحق في الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
من حق الإنسان إذا تعرض لاعتداء يمس سلامته الجسدية وتعذر تدخل السلطة العامة أن يرد هذا الاعتداء دفاعا عن نفسه ولذلك فإن هذا المبحث يبرز ضمانات حماية الحق في سلامة الجسم من خلال تشريع الحق في الدفاع الشرعي .

الفرع الأول: الضمانات الواردة على الحق في الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي
اصطلح الفقهاء قديما على الدفاع الشرعي بدفع الصائل أو الصيال⁽⁵⁾ ، ونظرا لوضوح معناه عندهم ، لم يتطرقوا إلى تعريفه ، ولذلك فهو يعرف بأنه : " واجب الإنسان في حماية نفسه أو نفس غيره ، وحقه في حماية ماله أو مال غيره ، من كل اعتداء حال غير مشروع بالقوة اللازمة لدفع هذا الاعتداء"⁽⁶⁾ .

والأصل في الدفاع الشرعي قوله تعالى : " فَمَنْ عَتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا عَتَدَىٰ عَلَيْكُمْ"⁽⁷⁾ . قال القرطبي : " فمن ظلمك فخذ حقه منه بقدر مظلمتك ، ومن شتمك فرد عليه مثل قوله ن ومن أخذ عرضك فخذ عرضه "⁽⁸⁾ . وقوله - عليه الصلاة والسلام- : " من قتل دون ماله فهو شهيد ، ومن قتل دون دمه فهو شهيد ، ومن قتل دون دينه فهو شهيد ، ومن قتل دون أهله فهو شهيد "⁽⁹⁾ . والحديث يدل على مشروعية الدفاع عن النفس و الدين والمال و الأهل ضد كل اعتداء⁽¹⁰⁾ .

وكذلك قوله - عليه الصلاة و السلام - : " من شهر على المسلمين سيفا فقد أحل دمه "⁽¹¹⁾ . ووجه الدلالة من الحديث أن من شهر سيفه فإن دمه مهدر ، وهو بالتالي يشكل ردعا أمام المساس بالسلامة الجسدية . وحماية الحق في سلامة الجسم أثناء الدفاع الشرعي ذو طبيعة مزدوجة ، فهو مشروع لحماية الإنسان من مختلف أفعال الاعتداء التي تهدد سلامته الجسدية ، ومن جهة أخرى فهو محاط بمجموعة من الضمانات ؛ من شأنها حماية الطرف المعتدي من تعنت أو تعسف المعتدى عليه في استعمال الحق في الدفاع الشرعي ؛ مما قد يلحق أضرارا جسدية بالمعتدي أكثر مما لحقها هو في فعل الاعتداء على المعتدى عليه ، وهذه الضمانات هي كالتالي :

أولا : أن يكون هناك اعتداء حقيقي يهدد السلامة الجسدية
لا يكون المدافع عن سلامة جسمه في إطار الدفاع الشرعي ، إلا إذا وقع اعتداء فعلي⁽¹²⁾ ، ولذلك لا بد أن يكون هناك اعتداء حقيقي على نفس الإنسان وجسمه ، و جاء عند الفقهاء في هذا الشأن :

قال الإمام النسفي : " ومن شهر على المسلمين سيفا وجب قتله "⁽¹³⁾ .
ولا يكون هذا الفعل إلا على نفس الإنسان و جسمه ؛ وبالتالي يعتبر فعلا مهددا للحق في سلامة الجسم ؛ فوجب رده . وقال القراني : " و في الجواهر : أما المدفوع : فكل صائل إنسانا كان أو غيره ، فمن خشى من ذلك فدفعه عن نفسه فهو هدر "⁽¹⁴⁾ .

وقال الشيرازي : " ومن قصد قتل رجل جاز للمقصود دفعه عن نفسه "⁽¹⁵⁾ .
وقال ابن قدامة : " كل من قصد إنسانا في نفسه أو أهله أو ماله أو دخل منزله بغير إذنه فله دفعه "⁽¹⁶⁾ .
ولا يعتبر اعتداء كل عمل أوجبه الشريعة أو أجازته إذا باشره صاحب الحق فيه ، كالقبض والتفتيش والجلد والحبس ، وغير ذلك من الحقوق والواجبات المقررة للأفراد والسلطات العامة أو عليهم⁽¹⁷⁾ .

وعليه لا يكون هناك دفاع شرعي يستوجب حماية الحق في سلامة الجسم من العدوان، إلا إذا كان هناك فعل اعتداء حقيقي غير متوهم ، لذلك لا يحق لأي شخص أن يمس بسلامة شخص آخر ، بحجة رد العدوان على فعل متوهم غير حقيقي .

ثانيا: أن يكون الاعتداء حالا

لكي نكون أمام حالة دفاع شرعي ، يجب أن يكون الاعتداء في الحال ، لذلك فإن مجرد التهديد بالاعتداء ليس محالا للدفاع الشرعي ، ولا مجرد توهم وقوع فعل الاعتداء كذلك⁽¹⁸⁾.

وهذا ما أكدته ابن عابدين في قوله : " يعني (في الحال)، أي : في حال شهره السيف قاصدا ضريهم ، لا بعد انصرافهم عنه " (19) .

ثالثا : أن لا يمكن دفع الاعتداء بطريق آخر

يشترط لوجود حالة الدفاع أن لا تكون هناك وسيلة أخرى ممكنة لدفع الصائل، فإن أمكن دفع الصائل بوسيلة أخرى غير الدفاع وجب استعمالها⁽²⁰⁾، كالصراخ والاستغاثة أو الاحتماء برجال السلطة العمومية مثلا .

وما يؤكد هذا قول الإمام النسفي : " ومن شهر على رجل سلاحا ليلا أو نهارا في المصر أو غيره ، أو من شهر عليه عصا ليلا أو نهارا فقتله المشهور عليه فلا شيء عليه ، ومن شهر عصا نهارا في مصر فقتله المشهور عليه قتل به " (21) .

والعلة في ذلك أنه في الحالة الثانية يستطيع المعتدى عليه أن يرد العدوان بوسيلة أخرى كالاستغاثة مثلا، باعتباره موجودا في مكان يوجد فيه الناس و في وضوح النهار.

وهذا ما أكدته ابن فرحون بقوله : " و الحراية كل ما يقصد به أخذ المال على وجه يتعذر معه الاستغاثة عادة كإشهار السلاح " (22) .

وقال الدسوقي: " و إنما يندب إنذار الفاهم و إن أمكن إنذاره ، فإن لم ينكف بالإنذار وأبى إلا الصول ، أو لم يمكن إنذاره لمبادرته بالصول و الحرب ، جاز دفعه بالقتل " (23) .

وهذا ما يؤيده قول الشرقاوي - عند كلامه عن رد العدوان أثناء السرقة- حيث قال: "كما لو دخل جمع بالليل دارا و منعوا أهلها من الاستغاثة فهم قطاع في حقهم " (24) ، وأكدته كذلك قول ابن قدامة : " وقطع الطريق إنما هو في الصحراء ؛ لأن من في المصر يلحق به الغوث غالبا فتذهب شوكة المعتدين " (25) .

كل هذه الأقوال تدل بشكل مباشر أو غير مباشر على ضرورة اللجوء إلى وسائل أخرى لرد العدوان - كطلب الغوث مثلا كما ورد في الأمثلة السابقة - ، وعدم اللجوء مباشرة إلى أفعال أخرى قد تصل جسامتها إلى أكثر من فعل العدوان نفسه .

وهذا الشرط هو الآخر يساهم في حماية الحق في السلامة الجسدية للمعتدي من احتمال وقوع ضرر جسدي فادح من طرف المعتدى عليه ، والذي قد يشرع في رد فعل الاعتداء دون اللجوء إلى بعض الوسائل الأخرى لتجنب فعل الاعتداء، وهو في الحقيقة يكشف أن الفقه الإسلامي يراعي الحق في سلامة جسم المعتدي ، كما يراعي حق المعتدى عليه.

رابعا : أن يكون فعل الدفاع متناسبا مع فعل الاعتداء

يشترط في الدفاع أن يكون بالقدر اللازم لدفع الاعتداء ، و إلا أصبح فعل الدفاع اعتداء على الحق في سلامة جسم المعتدي ، ولقد أكد الفقهاء على هذا الشرط .

قال الكاساني : " و الأصل في هذا أن من قصد قتل إنسان لا ينهدر دمه ، ولكن ينظر إن كان المشهور عليه يمكنه دفعه عن نفسه بدون القتل لا يباح له القتل " (26).

وقال ابن عبد البر القرطبي : " و على من خرج إليه لخص في طريق أو غيره أن يناشده الله إلا أن يعالجه عن ذلك ، فإن أبي الكف عنه قاتله " (27).

وقال الشيرازي : " و إذا أمكنه الدفع بالصياح و الاستغاثة لم يدفع باليد ، و إن كان في موضع لا يلحقه الغوث دفعه باليد فإن لم يندفع باليد دفعه بالعصا ، فإن لم يندفع بالعصا دفعه بالسلاح ، فإن لم يندفع إلا بإتلاف عضو دفعه بإتلاف عضو ، فإن لم يندفع إلا بالقتل دفعه بالقتل " (28).

قال ابن تيمية : " يدفعهم بالأسهل فالأسهل ، فإن لم يندفعوا إلا بالقتال فله أن يقتلهم ، ونقل الإجماع على جواز دفعهم بالقتل إن لم يندفعوا بغيره " (29).

توضح هذا الآراء بجلاء شرط التناسب بين فعل الدفاع و فعل الاعتداء، وبالتالي في مثل هذه الحالات عند الدفاع عن النفس أو على ما دون النفس، يستحب عدم التطاول و الغلو في استخدام الحق في الدفاع الشرعي ، بحيث يكون مقدار رد الفعل على العدوان أكثر جسامة من فعل الاعتداء.

وهذا الشرط يعتبر في حقيقة الأمر أكبر الضمانات الكفيلة بحماية الحق في سلامة الجسم للمعتدي ، حيث يفرض على المعتدى عليه أن يرد فعل الاعتداء بالقدر اللازم الذي قام به المعتدي ، فلا يتجاوز في استعمال هذا الحق حتى لا يؤدي إلى ضرر جسدي أكبر مما ألحقه المعتدي بالمعتدى عليه . فإن كان فعل الاعتداء يتمثل في جرح بسيط ، لا يجوز أن يكون رد الاعتداء بفعل أكبر منه كالجرح الفادح ، أو الذي يؤدي إلى عاهة ، أو القتل مثلا .

خامسا : ترتب المسؤولية في حالة تجاوز حدود الدفاع

إذا تجاوز المدافع عن حقه في سلامة جسمه أثناء تعرضه للاعتداء ، و أفرط في استعمال حق الدفاع الشرعي ، واحتل التناسب بين فعل العدوان و الدفاع ، ترتب على المدافع القصاص أو الضمان .

يقول الإمام المرغيناني : " ومن شهر على غيره سلاحا في المصر ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص " ، معناه إذا ضربه فالفرق لأنه خرج من أن يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته " (30).

و يقول القرافي : " وإن نظر إلى حرم من كوة لم يجز أن يقصد عينه أو غيرها؛ لأنه لا يدفع المعصية بالمعصية، وفيه القود إن فعل " (31).

والقود هنا يعني وجوب القصاص بالمثل، وهذا القول يثبت ترتب المسؤولية في حالة التجاوز في رد العدوان والمتثلة في القصاص بالمثل .

ويقول الإمام الرملي : " وفائدة الترتيب المذكور - مشيرا إلى ضرورة اعتماد رد العدوان بوسائل أخرى ، كالصياح والاستغاثة مثلا - أنه متى خالف و عدل إلى رتبة مع إمكان الاكتفاء بما دونها ضمن " (32).

وهذا دليل على وجوب اعتماد الترتيب أثناء رد العدوان ، بداية من أصغر فعل كالصياح مثلا حتى آخر وسيلة، وفي حالة مخالفة هذا الترتيب واللجوء إلى وسيلة أكبر من فعل العدوان، فهذا يرتب المسؤولية على صاحبها وهي الضمان .

وقال ابن قدامة مؤكدا على هذا أيضا: " وليس لصاحب الدار رمي الناظر بما يقتله ابتداء ، فإن رماه بحجر يقتله، أو حديدة ثقيلة ضمنه بالقصاص، لأنه إنما له ما يقلع به العين المبصرة التي حصل الأذى منها دون ما يتعدى إلى غيرها " (33).

وفي هذا ما يكفي للقول على وجوب عدم الزيادة في رد العدوان، و ترتب الضمان إذا حصل الإفراط في ذلك ، وهي ضمانات لحماية الحق في سلامة الجسم .

الفرع الثاني : الضمانات الواردة على الحق في الدفاع الشرعي في القانون الوضعي

الدفاع الشرعي هو: " الحق باستعمال القوة اللازمة الذي يقرره القانون " (34)، لمصلحة المدافع لرد ومقتضاه أن يلجأ الشخص إلى القوة لكي يدفع بما اعتداء (أي جريمة) ، لم تقع فعلا في صورة تامة نافذة ، ولكنها وشيكة الوقوع في هذه الصورة ، لأن هناك خطر حال وشيك يهدد بوقوعها ، أو أنها في مجرى نفاذها فعلا دون أن يتم هذا النفاذ ، وفي كلا الحالين لا يتسع الوقت لمن يتهدده الاعتداء للاحتماء بالسلطة العامة ، فلا يجد مناصا أو مهربا من أن يدرأ الخطر بالقوة. من هنا ففي حالة جرائم الاعتداء على حياة الإنسان وسلامة جسمه ، يجوز الدفاع لدرء جرائم القتل والضرب والجرح وما إليها(35) ، ولهذا شرع الدفاع الشرعي لحماية الحق في سلامة الجسم . والدفاع الشرعي مقرر قانونا في أغلب القوانين الوضعية ، من ذلك المواد (113) ، (114) من قانون العقوبات الفرنسي، والمادة (40) من قانون العقوبات الجزائري.

ولكن القانون الوضعي - مثلما هو الحال في الفقه الإسلامي - وضع ضمانات خاصة أثناء الدفاع الشرعي ، من شأنها أن تحمي الحق في سلامة الجسم بالنسبة للطرف المعتدي (الجانبي) وهي كالتالي :

أولا : الضمانات الواردة على فعل الاعتداء

أفعل يهدد بخاطر غير مشروع يهدد السلامة الجسدية :

يوصف الخطر بأنه غير مشروع إذا كان من شأنه أن يحقق اعتداء محتملا على مصلحة يحميها القانون ، أي أن يتجه لتحقيق الجريمة إذا ترك بدون رد مناسب يحول دون أن يتحقق.

ولذلك يجب أن يكون هذا الفعل مهددا للنفس - والتي من ضمنها الحق في سلامة الجسم - ، فمضى كان هذا الحق مهددا جاز فعل الدفاع الشرعي .

وهذا ما أكدته المواد القانونية والتي منها المادتين (5/122) و (6/122) من قانون العقوبات الفرنسي ، وذكرت من بينها الدفاع من أجل سلامة الجسم للشخص أو لغيره. كما نصت عليه المادة (40) من قانون العقوبات الجزائري - والتي نصت صراحة على حماية الحق في سلامة الجسم - حيث تنص على أنه : " يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع المشروع : القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه " .

وفي هذا حماية للحق في سلامة الجسم بالنسبة لرجال السلطات العامة والقضائية(36)، من منع احتمال وقوع الاعتداء عليهم .

ب- أن يكون الاعتداء حالا :

يكون الخطر حالا عندما يصبح فعل الاعتداء على وشك الوقوع ، فهو وإن لم يقع بعد فإنه متوقع أن يحدث فورا حسب الجرى العادي للأمر .

وقد عبرت عن ذلك المادة (5/122) من قانون العقوبات الفرنسي بقولها :

"dans le même temps"، وكذلك المادة (39) من قانون العقوبات الجزائري بـ : " الضرورة الحالة " ، ويمثل

في وجود خطر حال لم يكن ممكنا إبعاده إلا بارتكاب الجريمة ، ويتعين أن يكون هذا الخطر الحال حقيقة ملموسة ، وليس من صنع خيال الفاعل

ثانيا: الضمانات الواردة على فعل الدفاع

ب- لزوم الدفاع :

ويعني هذا أن يكون فعل الدفاع لازما أي ضروريا لرد الاعتداء ، فإذا كان بإمكان المدافع رد الاعتداء بفعل لا يعد جريمة ، فليس له اللجوء إلى أفعال مجرمة للدفاع الشرعي⁽³⁷⁾. وهذا ما عبرت عنه المادة (5/122) عقوبات

فرنسي: " cet acte strictement necessaire au but poursuivi lorsque "

وعلى ذلك فإن اللزوم يعني أن يكون فعل الدفاع هو الطريق الوحيد أمام المدافع للتخلص من الخطر⁽³⁸⁾. ومع التسليم بضرورة الجريمة للدفاع فإنها لا تباح إلا بالقدر اللازم للمحافظة على الحق⁽³⁹⁾. وهذا يقلل من احتمال تجاوز المدافع لحدود الحق المقرر له في الدفاع ، وبالتالي استبعاد إلحاق أضرار جسدية أخرى بالمعتدي .

ب- أن يكون فعل الدفاع متناسبا مع الاعتداء :

يجب أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء، حيث يتعين أن لا يكون الأذى الذي أصاب المعتدي بدون تناسب مع الأذى الذي كان المدافع عرضة له وأراد تجنبه.

وهذا الذي أكدته المادة (5/122) من قانون العقوبات الفرنسيين:

"sauf s'il ya disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte "

وهذا ما أكدته صراحة المادة (39) من قانون العقوبات الجزائري حيث جاء فيها : " إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس.....بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الإعتداء " ، أي بشرط التناسب بين فعل الدفاع وجسامة الإعتداء ، لذلك فإذا بالغ المدافع في رد الفعل اختل شرط التناسب ، وعد عمله غير مشروع⁽⁴⁰⁾. فلا يجوز مقابلة فعل اعتداء بسيط بفعل دفاع أكبر قوة منه ، فإذا كان كذلك لم يجز الدفاع الشرعي، وفي هذا حماية لسلامة جسم المعتدي من تعسف المعتدي عليه في استعمال حق الدفاع الشرعي وبالتالي احتمال إلحاق ضرر أكبر مما تعرض له المعتدي عليه .

ج- ترتب المسؤولية الجنائية في حالة تجاوز حدود الدفاع :

من الضمانات المهمة التي وضعها القانون حماية للحق في سلامة الجسم - للطرف المعتدي-؛ أن جعل ترتب المسؤولية الجنائية على المدافع في حالة تعسفه في استعمال حقه في الدفاع الشرعي ، إذا كان رد الفعل غير متناسب لفعل الدفاع، كأن يكون أكثر جسامة منه وأكبر ضررا من فعل الدفاع ، ففي مثل هذه الحالة يسأل المدافع جنائيا⁽⁴¹⁾.

وعليه يتضح مما سبق أن لفعل الدفاع الشرعي حماية مزدوجة للحق في سلامة الجسم وهذا بالنسبة للمعتدي والمعتدي عليه .

يتضح مما سبق ما يلي :

- الدفاع الشرعي حق مشروع و مباح لرد الاعتداء الذي يستهدف الحق في سلامة الجسم ، وهذا ما يتوافق عليه كل من الفقه الإسلامي و القانون الوضعي.

- الدفاع الشرعي ذو طبيعة جَمَائِيَّة مزدوجة للحق في سلامة الجسم للمدافع عن هذه السلامة ، وكذلك للمعتدي (الجاني) ، ويتضح هذا من خلال الضمانات الواردة على الحق في الدفاع الشرعي ، التي تساهم بشكل غير مباشر في ضمان حماية السلامة الجسدية للجاني، الذي قام بفعل العدوان، إذ تفرض على المجني عليه أن يرد الدفاع بشكل متناسب مع فعل العدوان، ولا يجوز أن يكون أكبر جسامة منه في الشكل والمقدار، وهذا ما يتفق عليه الفقه الإسلامي و القانون الوضعي .

- إن استعمال الحق في الدفاع الشرعي بما هو مقيد في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، يساهم بلا شك في حماية أكيدة للحق في سلامة الجسم ، سواء للطرف المعتدي أو المعتدى عليه .

المطلب الثاني: الضمانات الواردة على الحق في التطبيب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

يدرس هذا المبحث أهم الضمانات التي قررها كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على الحق في ممارسة الأعمال الطبية ، ذلك أن طبيعة هذه الأعمال تستوجب المساس المباشر بجسم المريض ، لداعي الضرورة بقصد العلاج والشفاء، فما هي هذه الضمانات ؟

الفرع الأول : الضمانات الواردة على الحق في التطبيب في الفقه الإسلامي

إن لجسم الإنسان حرمة خاصة ، فلا يجوز المساس به إلا لأغراض شرعية كالتداوي مثلا ، قصد طلب الشفاء، ولذلك فإن التداوي أمر مأمور به شرعا حفاظا للإنسان ، قال الرسول - صلى الله عليه وسلم - : " يأيها الناس تداووا فإن الله لم يتزل من داء إلا أنزل له دواء"⁽⁴²⁾. وتعلم الطب في الإسلام فرض من فروض الكفاية التي يتعين على طائفة من الأمة القيام به، وإلا أئمت الأمة جميعها . وهذه المهنة وإن كانت من فروض الكفاية ، فهي لا تخلو من المساس بالسلامة الجسدية، وحماية لهذا الحق ، فإن الحق في التطبيب يحاط بضمانات تحمي الحق في سلامة الجسم ومنها :

أولا: مباشرة العمل الطبي من أهل الاختصاص

فروض الكفاية ، فهي لا تخلو من المساس بالسلامة الجسدية ، وحماية لهذا الحق ، فإن الحق في التطبيب يحاط بضمانات تحمي الحق في سلامة الجسم ومنها :

أولا: مباشرة العمل الطبي من أهل الاختصاص

يجب أن يباشر العمل الطبي مختصاً فيه ، وهذا لتجنب من لا يتقن هذه المهنة ، فيجب أن يكون حاذقا بصيرا عارفا⁽⁴³⁾.

ثانيا: اشتراط الإذن من المريض

يشترط أن يكون الإذن صريحا من المريض إذا كان بالغا ، وإذا كان قاصرا يشترط الإذن من وليه، إلا في الحالات الخطيرة التي يتدخل فيها الطبيب بغير إذن المريض⁽⁴⁴⁾ .

وفي هذا يقول ابن قدامة : " وإن ختن صبيا بغير إذن وليه ، أو قطع سلعة من إنسان بغير إذن أو من صبي بغير إذن وليه فسرت جنائته وضمن"⁽⁴⁵⁾ .

وهذا يدل بوضوح على ضرورة الإذن من المريض، وهي ضمانات لحماية هذا الحق .

ثالثا : أن يكون القصد هو العلاج

وليس لغرض الكشف العلمي بحيث تنتهك سلامة الجسم ، فإذا قصد الطبيب قتل المريض، أو كان سيئ النية في عمله فهو مسؤول عن فعله ، و لا يكون القصد أيضا للغرض التجاري من أجل المتاجرة بالأعضاء البشرية أو ما يعرف باستقطاع الأعضاء البشرية .

رابعا: ترتب المسؤولية الجنائية على الطبيب

إن الطبيب الذي لا يلتزم بالضوابط التي تقتضيها منه مهنته يعتبر مسؤولاً عن أخطائه ، خاصة إذا كان ليس من أهل الاختصاص ، لذلك فهو ضامن لقرول - عليه الصلاة والسلام - " من تطيب ولا يعلم منه طب فهو ضامن"⁽⁴⁶⁾ .

وقال ابن قيم الجوزية : " وقوله - صلى الله عليه وسلم - " من تطيب " ، ولم يقل : " من طب " لأن لفظ التفعال يدل على تكلف الشيء والدخول فيه بعسر وكلفة ، وأنه ليس من أهله"⁽⁴⁷⁾ .

كما أن الطبيب المعتدي إذا كان سيء النية - يعتبر مسؤولاً وضامناً ، يقول ابن قيم كذلك : " قال الخطابي: لا أعلم خلافاً في أن المعالج إذا تعدى ، فتلّف المريض كان ضامناً "(48) .

وقد دل الحديث السابق على اعتبار المسؤولية الطبية التي عبر عنها بأثرها ، وهو وجوب الضمان على هذا النوع ممن يدعي الطب وهو جاهل به ، وهو عام يشمل لمن تطب بجرّاحة أو غيرها من فروع الطب ، ويدخل فيه من كان في حكم الأطباء كالمحللين والمرضين والمدخرين والمصورين بالأشعة والمناظر وغيرها(49).

وإذا ثبت تعدي الطبيب بالمساس بالسلامة الجسدية جاز القصاص (50)، لأن آية القصاص في قوله تعالى : " وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصًا "(51)، عامة تشملاً لطبيب وغيره، كما ترتب في حقه المسؤولية الجنائية عند الخطأ، جاء في التاج والإكليل: " فإن أخطأ كأن نزل يد الخائن ، أو يقلع غير الضرر الذي أمر به ، فهي من جنابة الخطأ إن كان من أهل المعرفة، وإن غر من نفسه عوقب " (52) ، بالإضافة إلى ترتيب المسؤولية الأخروية عن فعل الاعتداء على الحق في السلامة الجسدية للمريض خاصة إذا توصل الأمر إلى إزهاق النفس ، وهذا يعد جريمة قتل نفس ، فتكون العقوبة عقوبة قاتل النفس . وهذه الضمانات تساهم في حماية الحق في سلامة الجسم في المجال الطبي ، مما يؤكد على رعاية الشريعة الإسلامية لهذا الحق .

الفرع الثاني: الضمانات الواردة على الحق في التطبيب في القانون الوضعي

يعترف القانون بمهنة الطب ، وينظم كيفية ممارستها ، والقانون في إجازته لهذه الأعمال يكشف عن العلة الحقيقية في إباحتها، وهي أعمال لا تؤدي إلى الاعتداء على سلامة الجسم؛ لأنها وإن مست مادته ، فإنها تهدف إلى صيانة الصحة أو التقليل من حدة الألم ، أو المرض أو حسن أداء الأعضاء لوظائفها ، وهي كلها تصون الحق في سلامة الجسم وإن مست سلامته الظاهرية(53) .

وقد أحاط القانون بممارسة هذه المهنة بمجموعة من الضمانات التي تحمي هذا الحق ومن أهمها :

أولاً : الترخيص بمزاولة العمل الطبي

يقتضي العمل الطبي أن يكون المعالج طبيباً - أي مختصاً - والطبيب هو من كان أحد خريجي كلية الطب، وحاصل على مؤهل دراسي يسمح له بموجب قوانين البلاد ممارسة مهنة الطب(54)، وهذا الترخيص القانوني قد يكون " عاماً"، كما قد يكون قصوراً على بعضها ، وفي حالة ممارسة هذه المهنة بدون ترخيص يتعرض صاحبها للعقوبة المقررة قانوناً لذلك(55) .

ثانياً : رضاء المريض

القانون لا يجبر الأشخاص على التداوي ، ولا يميز للأطباء إجبارهم على ذلك احتراماً لما لجسم الإنسان من حصانة(3). فلا بد من الحصول على رضاهم سواء كان ذلك صراحة أو ضمناً ، أما إذا كانت حالة المريض لا تسمح له بإبداء رأيه ، فيكون القرار لمن يمثل قانوناً(56) .

ثالثاً : مراعاة أصول العمل الطبي

يجب أن يراعي الطبيب حدود العمل الطبي وذلك بمراعاة أصول المهنة وقواعدها، واحترام الشروط التنظيمية المتعلقة به ، ويجب توفر كل الوسائل العلمية الطبية التي تحقق الغرض، وهذا ما أكدته المواد (1/1413 إلى 14/1413) من قانون الصحة العامة الفرنسي، والمادة (14) من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية(4) .

رابعاً : أن يكون الغرض هو علاج المريض

ينبغي أن يكون الهدف من العمل الطبي هو علاج المريض وشفائه، وهذه الغاية يجوز إباحة المساس بسلامة جسم المريض ، فإذا قصد الطبيب من العلاج أمراً أو غاية أخرى ، كإجراء العلاج بقصد القيام بتجربة علمية مثلا ، فإن

ذلك يعد الفعل عن أسباب التبرير ويعد عندها عملا غير مشروع⁽⁵⁷⁾. و ألا تكون للغرض التجاري مثلما هو الحال في مجال استقطاع الأعضاء البشرية . وهذا يؤكد حرص المشرع القانوني على ضمان حماية الحق في سلامة الجسم الخاصة بالمرضى، الذين هم تحت ممارسة الأعمال الطبية بكل أشكالها و مراحلها المختلفة ، و لهذا فإن أي عمل يخالف الأهداف الطبية النبيلة يعد مساسا بالسلامة الجسدية .

خامسا: ترتب المسؤولية الجنائية على الطبيب

إذا كان عمل الطبيب مخالفا للقانون الواجب تطبيقه في الميدان الطبي ، فإنه يسأل جنائيا عن ذلك ، كأن يمارس مهنة الطب بدون رخصة تبيح له ذلك ، أو إذا ثبت خطؤه أو إهماله في المساس بالسلامة الجسدية للمريض وكان من الممكن تلافي هذا الخطأ، أو عند عدم استشارة المريض ، ولذلك فإن القانون يرتب المسؤولية الجنائية على الطبيب الذي يخالف نظام المهنة الطبية .

ولذلك يتابع جنائيا إذا قصد فعلا غير العلاج، أو تسبب في القتل خطأ ، أو الجرح أو تسبب في المرض أو أدى إلى عجز كلي عن العمل لمدة تتجاوز 3 أشهر ، بسبب الرعاية أو عدم الاحتياط أو عدم الانتباه أو الإهمال أو عدم مراعاة الأنظمة ، وتحكمه في هذا المواد (1/222 إلى 7/222) و(19/222 إلى 25/222) من قانون العقوبات الفرنسي، والمواد (288) و(289) من قانون العقوبات الجزائري⁽¹⁾ .

ومن هنا يلاحظ أن القانون الوضعي يرتب المسؤولية الجنائية على الطبيب في حالة مخالفته لأصول مهنته ، وعند المساس بالسلامة الجسدية للمريض ، وهي ضمانات لحماية هذا الحق. وفي الأخير يمكن استنتاج ما يلي :

- العمل الطبي مشروع فقها و قانونا ، بالرغم من أنه مساس مباشر بالسلامة الجسدية، وهو بذلك يعد من أسباب الإباحة بالمساس بها ، ولكن لهدف تحقيق العلاج يصبح مباحا رغم هذا المساس .
- ينبغي أن يقوم بممارسة التطبيب أهل الاختصاص ، وأن يكون القصد هو العلاج وليس لتحقيق مصالح شخصية تعتبر انتهاكا للحق في السلامة الجسدية للمريض، وهذا ما يلتقي عليه كل من الفقه الإسلامي و القانون الوضعي .
- تترتب المسؤولية الجنائية على الطبيب الذي يتعدى على الحق في السلامة الجسدية للمريض بدون رضائه الحر ، أو في حالة الجهل بأصول المهنة ، أو عند سوء النية لدى الطبيب .

المطلب الثالث: الضمانات الواردة على الحق في التأديب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

الحق في التأديب مشروع في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي مادامت الغاية منه التأديب و التربية ، أما إذا كان القصد منه غير ذلك فلا يجوز شرعا ولا قانونا ، ولذلك فإن هذا المبحث يدرس أهم الضمانات الفقهية والقانونية الواردة على الحق في التأديب ؛ التي من شأنها توفير الحماية لهذا الحق .

الفرع الأول: الضمانات الواردة على الحق في تأديب الزوج لزوجته في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

تأديب الزوج لزوجته حق مشروع فقها و قانونا و تفاديا لاحتمال التعسف في استعمال هذا الحق من الزوج، فهو محاط بمجموعة من الضمانات من شأنها حماية الحق في السلامة الجسدية للزوجة وهي :

أولا: الضمانات الواردة على الحق في تأديب الزوج لزوجته في الفقه الإسلامي

أباح الشريعة الإسلامية للزوج الحق في تأديب زوجته، والأساس في هذا الحق قوله تعالى: " الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ...." ⁽⁵⁸⁾.

قال القرطبي: "دلت هذه الآية على تأديب الرجال نساؤهم ، فإذا حفظن حقوق الرجال فلا ينبغي أن يسئ الرجال عشرتها" (59). لذلك من واجب الزوجة طاعة زوجها فيما يرضي الله عز وجل بسبب هذه القومة، قال الجصاص وهو يتكلم في تفسير هذه الآية: " قد أفاد ذلك لزومها طاعته لأن وصفه بالقيام عليها يقتضي ذلك.. " (60). وكذلك قوله تعالى: " وَاللَّائِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْتَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا " (61).

فمن المتفق عليه أن للزوج أن يودب زوجته بصفة عامة على المعاصي التي لا حد فيها (62). ولكن هذا الحق محاط بمجموعة من الضمانات التي تكفل حماية الحق في سلامة جسم الزوجة ، وتتجسد في وجوب مراعاة الترتيب الوارد في الآية السابقة أثناء التأديب ، بداية من الوعظ إلى الهجر في المضجع إلى آخر مرحلة وهي الضرب .

أ- مرحلة التأديب بالوعظ :

وهذا استنادا لقوله تعالى: " وَاللَّائِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ " (63) ، ولذلك يبدأ الوعظ عند الخوف من نشوز الزوجة ، كما قال القرطبي " عن ابن عباس : تخافون بمعنى تعلمون وتيقنون . وقيل هو على بابه. والنشوز العصيان، مأخوذ من النشز، وهو ما ارتفع من الأرض (64).

فعلى الزوج أن يبدأ زوجته بالموعظة ، والتذكير بما فرض الله تعالى عليها من حسن المعاشرة والخلق ، وحسن الطاعة، أما إذا لم ينجح في وعظها ، فقد شرعت وسيلة أخرى تحد من احتمال لجوء الزوج لأسلوب آخر، قد يهدد السلامة الجسدية للزوجة ، ألا وهي الهجر في المضجع .

ب- مرحلة الهجر في المضجع :

إذا لم يفلح الزوج في وعظ زوجته ، جاز له أن يهجرها في المضجع : " والهجر هو أن لا يجامعها ويضاجعها على فراشها ويوليها ظهره " (65). وهذه المرحلة تساهم إلى حد ما في الحد من اللجوء إلى آخر مرحلة في التأديب؛ التي تحمل في ظاهرها معنى الاعتداء على الحق في سلامة الجسم ألا وهو الضرب، خاصة إذا كان مبرحاً وعتيفاً، أما إذا لم تنجح وسيلة الوعظ جاز اللجوء إلى وسيلة الضرب .

ج- مرحلة التأديب بالضرب :

إذا لم ينجح الزوج في تأديب زوجته بالموعظة الحسنة ولا بالهجر في المضجع؛ فقد أجاز له أن يودبها بالضرب، ولما كان هذا الفعل يعد مساسا بالحق في السلامة الجسدية ، فقد أحاطه المشرع الإسلامي بمجموعة من الضوابط الشرعية حتى لا يلحق الأذى بالسلامة الجسدية للزوجة . قال ابن كثير معلقا على آية الضرب : " أي إذا لم يرتدعن بالموعظة و لا بالهجران، فلکم أن تضربوهن ضربا غير مبرح " (66). و اتفق الفقهاء على أنه يجوز للرجل أن يضرب زوجته إذا نشزت بعد أن يعظها ويهجرها في المضجع ، ولكن مع مراعاة الشروط الخاصة بهذا الضرب (67) .

ولهذا يجب أن لا يكون شديدا ولا مبرحا و لا مؤلما ، وإنما خفيفا لا يكسر عظما ، ولا يهشم لحما ، ولا يترك جرحا ، ولا يدمي ، ولا ينشأ عنه مرض ، ولا يكون على الوجه أو الأعضاء الحساسة في الجسم (68)

" و الضرب الخفيف الذي لا يدمي و لا يخشى منه تلف نفس أو عضو أو خرق جلد أو كسر أو تشويه " (69) .

ويؤيد هذا قوله - عليه الصلاة والسلام - : " لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يجامعها في آخر اليوم (70)

وفي هذا الحديث دليل على جواز ضرب المرأة ضربا خفيفا لقوله جلد العبد ، وقوله: " ثم يجامعها " دال على أن علة النهي، أن ذلك لا يستحسنه العقلاء في مجرى العادات ، لأن الجماع و المضاجعة إنما تليق مع ميل النفس والرغبة في

العشرة ، والمجلود غالبا ينفر عن جلده ، بخلاف التأديب المستحسن فإنه لا ينفر الطباع ، و لا يرب أن عدم الضرب والاعتذار و السماح أشرف من ذلك كما هي أخلاق رسول الله - صلى الله عليه وسلم - (71).

وتصل حماية الحق في سلامة جسم الزوجة في الفقه الإسلامي ، إلى درجة ترتيب المسؤولية الجنائية على الزوج إذا خرج عن حدود التأديب ، كأن يؤدي الأمر إلى وفاة الزوجة ، أو أن تصاب بعاهة أو جرح ، إلا أن الفقهاء اختلفوا في الحالة التي يلتزم فيها الزوج بحدود التأديب إلى رأيين :

الرأي الأول: يرى الإمام مالك ، وأبو يوسف و محمد من الحنفية ، و أحمد بن حنبل ، أنه إذا تلفت الزوجة في التأديب المشروع ، فإن الزوج لا يسأل جنائيا ، لأن استعمال الحق في حدوده المقررة عمل مباح لا مسؤولية فيه (72)

(1) : الكاساني ، مصدر سابق ، ج6 ، ص 206 . ابن عابدين ، "حاشية ابن عابدين" ، مصدر سابق ، ج 4 ، ص 79 . ابن هبيرة ، مصدر سابق ، ج2 ، ص 116 . محمد عليش ، مصدر سابق ، ج 4 ، ص 555 . الشريبي ، " مغني المحتاج " ، مصدر سابق ، ج 4 ، ص 263 . ابن قدامة " المغني " ، مصدر سابق ، ج10 ، ص 349 .

(2) : الكاساني ، المصدر نفسه ، ج 2 ، ص 334 . أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير ، " الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك " ، دار الكتب العلمية ، د. ط ، 1998م ، ج 2 ، ص 512 . الشيرازي ، " المهذب " ، مرجع سابق ، ج2 ، ص 70 . ابن قدامة ، " المصدر نفسه " ، ج8 ، ص 163 .

(3) : أحمد بن يحيى المرتضى ، " البحر الزخار الجامع لمناهب علماء الأمصار " ، دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة ، د. ط ، د. ت ، ج4 ، ص 88 .

(4) : البخاري ، مصدر سابق ، ص957 ، كتاب : النكاح ، باب : ما يكره من ضرب النساء ، حديث رقم : 5204

(5) : الصنعاني ، مصدر سابق ، ج3 ، ص 1071 . ابن حجر ، مصدر سابق ، ج 9 ، ص 303 .

(6) : الكاساني ، مصدر سابق ، ج 7 ، ص 305 . محمد عليش ، مصدر سابق ، ج4 ، ص 555 . ابن قدامة ، الموضوع نفسه .

الرأي الثاني : و يمثله أبو حنيفة و الشافعية ، ومؤداه أن التلف الناتج عن ضرب الزوج لزوجته يعد جنائية موجبة للمسؤولية الجنائية ، ولو لم يتجاوز في الضرب ، لأنه بالتلف تبين أنه تجاوز الحد المشروع ، فيجوز القصاص عليه أو تعزيره بالضرب أو السجن (73) .

و أنا أميل إلى الرأي الثاني ، لضمان حماية سلامة الجسدية للزوجة ، و للهدف الردعي أمام تعنت الأزواج في التعسف في استعمال حق التأديب ، و الوصول إلى نتائج وخيمة ؛ والتي قد تصل أحيانا إلى وفاة الزوجة نتيجة العنف الجسدي الذي يُلحَقُه الزوجُ بها .

ومن هنا يتبين أن الفقه الإسلامي قد وضع أثناء تأديب الزوجة ، ضمانات في غاية الأهمية لحماية حقها في سلامتها الجسدية ، وكذا التقليل من الإفراط في التعسف في استعمال حق التأديب عند الزوج الذي يؤدي إلى المساس بهذه السلامة .

ثانيا : الضمانات الواردة على الحق في تأديب الزوجة في القانون الوضعي

اختلفت القوانين الوضعية في شرعية حق تأديب الزوج لزوجته ، فالقانون الفرنسي على الرغم من أنه يعترف بأسباب الإباحة التي يأذن بها القانون (4/122) إلا أنه لم يصنف تأديب الزوجة فيها ، و هذا استنادا إلى الآداب السائدة في المجتمع الفرنسي، التي أعطت الزوجة نفس مكانة الزوج ، ولا يعلم من أسباب الإباحة (74). ومصدر هذا الحق في القانون الجزائري هو الشريعة الإسلامية ، فقد اعترف ضمنا بالحق في تأديب الزوج لزوجته وإن لم يذكره صراحة ، بل يستشف هذا انطلاقا من المادة (1/39) من قانون العقوبات الجزائري التي تضمنت أسباب الإباحة ، و منها ما أمر أو أذن به القانون ، ولذلك فهو ممن أذن به القانون (75) .

ولقد وضع القانون لهذا الحق ضمانات خاصة تضمن الحق في السلامة الجسدية للزوجة ، و بما أن حق التأديب في القانون الجزائري مستمد من الشريعة الإسلامية ، فإن الحديث عن هذه الضمانات لا يختلف عنها في الفقه الإسلامي وهي :

- أ- لا ينشأ الحق في التأديب إلا للزوج المسلم الذي تزوج بموجب أحكام الشريعة الإسلامية الفراء⁽⁷⁶⁾.
- ب- التأديب لسبب مشروع : لا يكون الحق في التأديب موجودا إلا إذا ارتكبت الزوجة معصية لم يرد في شأنها حد مقرر، ولم يرفع أمرها إلى ولي الأمر " أي السلطات العامة " ⁽⁷⁷⁾، فلا يسمح للزوج بضرب الزوجة بدون سبب مشروع.
- ج- كذلك لا يكون هذا الحق إلا بعد أن يلجأ الزوج إلى وسائل التأديب الأخرى وهي الوعظ والمهرج في المضجع⁽⁷⁸⁾.
- د- التزام حدود استعمال هذا الحق ، و يتمثل في الغاية منه و نوعية وسائله وهي كالآتي :

1- الغاية من التأديب :

شُرِعَ التأديب تهديبا للزوجة ومواجهةً لنشوزها ، ولذلك يتعين أن يكون الباعث على استعماله تحقيق هذه الغاية⁽³⁾، فإن كانت الغاية هي الانتقام أو الحض على معصية ، فإن الزوج يخرج عن حدود الحق ولا يعتبر مباحا ؛ بل يسأل عنه جنائيا ، ولذلك لا يمكن للزوج التحجج بهذا الحق أمام القاضي الجزائري إذا قدمت زوجته شكوى ضده من أجل الضرب ، لأن قانون العقوبات الجزائري هو قانون وضعي محض ، ومن ثم لا يؤخذ بما هو مقرر من الشريعة إلا إذا كان متوافقا مع أحكام قانون العقوبات⁽⁴⁾. ولذلك إذا لجأ الزوج إلى الضرب الشديد و نجم عنه أضرار جسدية للزوجة، فإنه يكون محملا للمساءلة الجنائية بمقتضى أحكام المادة (264) من قانون العقوبات الجزائري و ما يليها⁽⁵⁾ ، والمواد (7/222 إلى 1/16/222) من قانون العقوبات الفرنسي، وذلك بالنظر إلى طبيعة النتيجة الحاصلة وهنا لا نكون أمام حق مشروع، ولكن أمام انتهاك لسلامة الجسد للزوجة وهو فعل معاقب عليه قانونا.

2- وسيلة التأديب :

لحماية الحق في سلامة الزوجة ؛ ينبغي مراعاة الترتيب أثناء التأديب ، الوعظ والمهرج في المضجع ، وأخيرا الضرب ، وهي وسائل مرتبة من حيث جواز الالتجاء إليها ، يعني ذلك أنه لا يجوز للزوج ضرب زوجته إلا إذا لجأ أولا إلى الوعظ ثم المهرج في المضجع وتبين عدم جدواهما في تحقيق التأديب ، أما إذا وجدت وسيلة أخرى غير الضرب فلا يجوز الالتجاء إليه. " وإذا لجأ الزوج إلى الضرب فيجب ألا يكون شديدا ، ولا يترك في الجسم أثرا ولو سحجات بسيطة، ومن باب أولى لا يؤدي إلى عاهة مستديمة ولا يفضي إلى الوفاة".

زوجته إلا إذا لجأ أولا إلى الوعظ ثم المهرج في المضجع وتبين عدم جدواهما في تحقيق التأديب ، أما إذا وجدت وسيلة أخرى غير الضرب فلا يجوز الالتجاء إليه.

" وإذا لجأ الزوج إلى الضرب فيجب ألا يكون شديدا ، ولا يترك في الجسم أثرا ولو سحجات بسيطة، ومن باب أولى لا يؤدي إلى عاهة مستديمة ولا يفضي إلى الوفاة".

يتضح مما سبق ما يلي:

- الحق في تأديب الزوج لزوجته مباح ضمن الحدود المشروعة.
- لحماية الحق في سلامة الزوجة أثناء التأديب ، شرعت الشريعة الإسلامية وسائل أخرى كالوعظ والمهرج في المضجع ، ولا يلجأ إلى الضرب إلا عند عدم جدواهما و فعاليتها في تحقيق هدف التأديب ، كأخر وسيلة للتأديب، وهذا ما سايره القانون الوضعي كذلك .
- لا يُلجأ إلى الضرب كوسيلة للتأديب إلا في حالة استفاد الوسائل السابقة مع كونه فعل ماس بالسلامة الجسدية ، ولكن بضوابط شرعها الفقه الإسلامي ، ويعمل بها القانون الوضعي كذلك ، وهي ضمانات تكفل حماية الحق في السلامة الجسدية للزوجة .

- إن استعمال حق التأديب في المساس بسلامة جسم الزوجة ، يكون لغاية التأديب و التهذيب فقط ، ولا يجوز إلحاق الأذى بهذه السلامة وذلك بالتذرع إلى استعمال هذا الحق ، وهذا ما يلتقي عليه الفقه الإسلامي و القانون الوضعي

الهوامش :

- (1): أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني ، "الهداية شرح بداية المبتدي" ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر ، د.ط ، د.ت ، ج 2، ص 451.
- (2): القراني ، مصدر سابق ، ج 12 ، ص 263 .
- (3): الرملي ، مصدر سابق ، ج 8 ، ص 27 .
- (4): "شرح قانون العقوبات الجزائري ، القسم العام ، الجزء الأول ، الجريمة" ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، ط 5 ، 2004م ، ص 132.
- (5) : جلال ثروت ، " نظم القسم (:ابن قدامة ، " المغني " ، مصدر سابق ، ج 10 ، ص 356 .
الاعتداء الخال عليه ، أو على ماله أو على نفس الغير أو ماله ، وعلى ذلك تكون ممارسة الدفاع الشرعي ممارسة مقررّة بواسطة القانون(1) .
- (6): إن الهدف من إدراج هذا المطلب يعود إلى العلاقة الوطيدة بين موضوع أسباب الإباحة و الحق في سلامة الجسم ، لأنه بموجب هذه الأسباب يكون المساس بسلامة الجسم مباحا بعدما كان محرما ، و هذا للمصلحة التي يقتضيها واقع الحال استنادا إلى هذه الأسباب ، فمثلا لمصلحة وجوب حفظ صحة الإنسان يجب ممارسة الأعمال الطبية على جسمه من فحص و علاج ،ولو حتى إجراء بعض العمليات الجراحية عليه ، و هذا يشكل مساساً مباشراً بسلامة الجسم، ولكن لغاية أسمى وهي البحث عن الشفاء تميز الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي هذا الأمر و لكن بشروط و ضوابط معينة ، حتى لا يكون هناك غلو في استعمال هذا الحق للوصول إلى أهداف أخرى تضر بالحق في سلامة الجسم ، وهذه الشروط تعد في ذاتها ضمانات لحماية هذا الحق ،ونفس الكلام ينطبق على بقية أسباب الإباحة .
- (7): عبد القادر عودة ، مرجع سابق ، ج 1 ، ص 469 .
- (8) : جلال ثروت ، " نظم القسم العام قانون العقوبات " ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، د.ط ، د.ت ، ص 224 .
- (9): أحسن بوسقيعة ، "الوجيز في القانون الجزائري العام" ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، د . ط ، 2003م ، ص 114 .
- (10): جاء في السياسة الشرعية : " الصائل هو الظالم بلا تأويل و لا ولاية " ، انظر :ابن تيمية ، مصدر سابق ، ص 87 ، وجاء في حاشية قليوبي : " و الصيال... شرعا إستقالة مخصوصة " ، انظر : شهاب الدين القليوبي شهاب الدين القليوبي و عميرة ، "حاشية قليوبي و عميرة على شرح العلامة جلال الدين الخلي على منهاج الطالبين للنووي" ، مطبعة البابي الحلبي ، د.ط ، د.ت ، ج 4 ، ص 206 .
- و في الجملة فإن الصائل هو المتعدي على النفس أو المال أو الغير بغير حق ، و الصيال هو فعل الاعتداء .
- (11): عبد القادر عودة ، مرجع سابق ، ج 1 ، ص 469 .
- (12) : سورة البقرة ، الآية 194 .
- (13): القرطبي ، الجامع في أحكام القرآن دار الكتب العلمية 1998م ، ج 2، ص 360 .
- (14): البخاري، صحيح البخاري ، ص 426 ، كتاب : المظالم و الغصب ، باب: من قاتل دون ماله، حديث رقم : 2481 .
- (15) "الشوكاني ، نيل الأوطار ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2000م ، ج 6 ، ص 74 ، 75 .
- (16): النسائي ، سنن النسائي ، ج 7 ، ص 117 ، كتاب : تحريم الدم ، باب : من شهر سيفه ثم وضعه في الناس، حديث رقم : 1030 .
- (17): عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي ، ج 1 ، ص 473 .
- (18): حافظ الدين عبد الله بن أحمد بن عمود النسفي ، "كتر الدقائق في فروع الحنفية، مطبوع بصدر كتاب : تكملة البحر الرائق شرح كتر الدقائق للقادري" ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط 1 ، 1997م ، ج 9 ، ص 30 .
- (19) : شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي القراني ، "الذخيرة" ، نحت : محمد أبو حنيزة ، دار الغرب الإسلامي، بيروت ، ط 1 ، 1994م ، ج 12 ، ص 262 .

- (20) : الشيرازي ، "التبني في الفقه الشافعي" ، اعتناء أمين صالح سفيان ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1 ، 1995م ، ص 310
- (21) : موفق الدين بن قدامة ، "الكفاية" ، تحقق : عبد الله بن عبد المحسن التركي ، دار هجر ، السعودية ، ط 2 ، 1998م ، ج5 ، ص 443 .
- (22) : عبد القادر عودة ، مرجع سابق ، ج 1 ، ص 479 .
- (23) : ابن عابدين (الابن) ، "عيون الأخبار لتكملة رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار" ، دار الكتب العلمية ، د.ط ، د.ت ، ج 10 ، ص 190 ، 191 . الدسوقي ، مصدر سابق ، ج 4 ، ص 357 . الماوردي ، " الأحكام السلطانية " ، مصدر سابق ، ج 13 ، ص 453 ، 454 . ابن قدامة ، "المغني" ، مصدر سابق ، ج 12 ، ص 531 ، 533 .
- (24) : ابن عابدين ، الموضع نفسه .
- (25) : عبد الله سليم العام قانون العقوبات " ، مرجع سابق ، ص 245 .
- (26) : أحسن بوسقيعة ، "الوجيز في القانون الجزائي العام" ، مرجع سابق ، ص 120 .
- (27) : عبد القادر عودة ، المرجع نفسه ، ج 1 ، ص 482 .
- (28) : النسفي ، مصدر سابق ، ج 9 ، ص 30 ، 31 .
- (29) : برهان الدين أبي الوفاء ابراهيم بن الإمام شمس الدين أبي عبدالله عماد بن فرحون اليعمري ، " تبصرة الحكام في أصول الأفضية و مناهج الحكام " دار الفكر ، دمشق ، د.ط ، م 2001 ، ج 2 ، ص 203 ، 204 .
- (30) : الدسوقي ، مصدر سابق ، ج 4 ، ص 357 .
- (31) : الشرفاوي عبدالله بن حجازي بن ابراهيم ، "حاشية الشرفاوي على تحفة الطلاب لأبي يحيى زكريا الأنصاري" ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، د.ط ، 1947م . ج 4 ، ص 366 .
- (32) : ابن قدامة ، " المغني " ، مصدر سابق ، ج 10 ، ص 30 .
- (33) : الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج 7 ، ص 92 ، 93 .
- (34) : يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي ، "الكافي في فقه أهل المدينة المالكي" ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط 2 ، 1992م ، ص 584 .
- (35) : الشيرازي ، "المهذب" ، مصدر سابق ، ج 3 ، ص 2162 .
- (36) : ابن تيمية ، مصدر سابق ، ج 34 ، ص 242 .
- (37) : انظر : المادة (1/4111) من قانون الصحة العامة الفرنسي ، والمادة (197) قانون حماية الصحة و ترقيتها الجزائري ، وانظر في هذا أكثر : عبد الله سليمان ، مرجع سابق ، ص 127 . جلال ثروت ، المرجع نفسه ، ص 243 .
- (38) : جلال ثروت ، " نظم القسم العام " ، مرجع سابق ، ص 243 ، وهذا ما أكدته المادة (197) من قانون حماية الصحة و ترقيتها الجزائري .
- (39) : المادة (8/1110) من قانون الصحة العامة الفرنسي ، والمادة (154) من حماية الصحة و ترقيتها الجزائري .
- (40) : عبد الله سليمان ، مرجع سابق ، ص 127 ، انظر المادة (2/1111) من قانون الصحة العامة الفرنسي ، المادة (197) من قانون حماية الصحة و ترقيتها الجزائري .
- (41) : جاء في هذه المادة ما يلي : " يجب أن تتوفر للطبيب أو الجراح في المكان الذي يمارس فيه مهنته ، تجهيزات ملائمة ووسائل تقنية كافية لأداء هذه المهمة ، و لا ينبغي للطبيب أو الجراح بأي حال من الأحوال أن يمارس مهنته في ظروف من شأنها أن تضر بنوعية العلاج أو الأعمال الطبية " .
- (42) : يفرض قانون العقوبات الفرنسي في حالة القتل الخطأ العقوبة ب: 3 سنوات حبس مع غرامة تقدر بـ : 4500 أورو ، المواد (1/222) إلى (7/222) ، أما في الحالة الثانية تكون سنتين حبس مع غرامة ب300 أورو ، المواد (19/222) إلى (25/222) . بينما في قانون العقوبات الجزائري تكون العقوبة في الحالة الأولى بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات ، وبغرامة تقدر ب1000 إلى 20000 دج ، المادة (288) ، أما في الحالة الثانية الحبس من شهرين إلى سنتين و بغرامة من 500 إلى 15000 دج ، المادة (289) .

- (43) : الآية السابقة .
- (44) : القرطبي ، "الجامع لأحكام القرآن" ، مصدر سابق ، ج 5 ، ص 170 .
- (45) : ابن كثير ، " تفسير ابن كثير " ، مصدر سابق ، ج 1 ، ص 481 .
- أُخْتَلِفَ في معنى المجر فهناك من يقول بأنه كناية عن الجماع ، انظر : " أبو السعود ، "إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم" ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط 2 ، 1990م ، ج 1 ، ص 693 . وقيل بأن يغلظ لها القول : الألو سي ، "روح المعاني" ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط 1 ، 1999م ، ج 3 ، ص 25 . وهو تأويل في رأيي لا يصح في مثل هذا الموقف ، و قيل بأن المجران : أن يربطن المجرار ؛ وهو الحبل في البيوت ، وهي المراد بالمضاجع ، انظر : الطبري ، " جامع البيان " ، دار الفكر ، بيروت ، د.ط ، 1978م ، ج 4 ، ص 43 . والمعنى المأثور لدى أهل التفسير و المتفق عليه هو أن ينام الزوج مع زوجته في نفس مكان خلوة الزوجين ، ولكن يوليها ظهره و لا يلتفت إليها ، انظر : خالد عبد الرحمن العك ، "بناء الأسرة المسلمة" ، دار المعرفة ، بيروت ، د.ط ، 1999م ، ص 110 ، و هو في رأيي الأصح لأن فيه أبلغ الأثر في التأديب النفسي للزوجة
- (46) : ابن كثير ، " تفسير ابن كثير " ، مصدر سابق ، ج 1 ، ص 481 .
- (47) : الكاساني ، الموضوع نفسه . نظام الدين و جماعة من العلماء ، مصدر سابق ، ج 6 ، ص 34 . الشيرازي ، "المهذب" ، ج 3 ، ص 375 . الشريبي ، " مغني المحتاج " ، مصدر سابق ، ج 4 ، ص 263 .
- (48) : jhon michel lavary ; la relation entre les pères et les enfants dans le code penale francais . بحث منشور بالموقع : <http://vlex.fr/tags/universite-de-droit-en-france> : 2009/03/19م .
- (49) : بارش سليمان ، " مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري " ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، ص 71 .
- (50) : أحسن بوسقيعة ، "الوجيز في القانون الجزائري العام" ، مرجع سابق ، ص 125 .
- (51) : بارش سليمان ، مرجع سابق ، ص 73 .
- (52) : جلال ثروت ، " نظم القسم العام " ، مرجع سابق ، ص 241 .
- (53) : محمود نجيب حسني ، " شرح قانون العقوبات القسم الخاص " ، مرجع سابق ، ص 180 .
- (54) : أحسن بوسقيعة ، "الوجيز في القانون الجزائري العام" ، مرجع سابق ، ص 125 .
- (55) : بارش سليمان ، مرجع سابق ، ص 73 . جلال ثروت ، " نظم القسم العام " ، مرجع سابق ، ص 241 .
- (56) : وفي هذا النطاق عدم جواز المساس بالسلامة الجسدية لكل من مأموري الضبط المختصين بالضبط الإداري القضائي تنفيذاً للقانون ، و أوامر الرؤساء ، وأعضاء النيابة العامة ، ورجال الشرطة والقوات المسلحة متى توافرت الشروط الخاصة بتأدية وظائفهم وهذا من خلال احترام القانون ، ومن ذلك مثلا ما أشارت إليه المادة (61) من قانون الإجراءات الجزائي ، التي تخول كل شخص في حالات التلبس بمخافة أو بمنحة معاقب عليها بالحبس ضبط الفاعل و اقتياده إلى أقرب ضابط للشرطة القضائية. أما إذا كان القبض بصفة غير شرعية و بدون أمر قضائي ، فقد ثار التساؤل حول دفاع الضحية هل هو شرعي أم لا ، و قد خلص الفقه و القضاء الفرنسي إلى أنه غير شرعي ، وذلك في قرارين في 1821/01/50م ، و في 1865/09/15م ، وهو المعمول به حاليا .
- (57) : انظر : أحسن بوسقيعة ، "الوجيز في القانون الجزائري العام" ، مرجع سابق ، ص 132 ، 133 .
- (58) : أحسن بوسقيعة ، "المرجع نفسه" ، ص 135 .
- (59) : عبد الله سليمان ، مرجع سابق ، ص 135 .
- (60) : عبد الله سليمان ، مرجع سابق ، ص 137 .
- (61) : أحسن بوسقيعة ، "الوجيز في القانون الجزائري العام" ، مرجع سابق ، ص 137 ، 136 .
- (62) : البيهقي ، مصدر سابق ، ج 9 ، ص 343 ، كتاب : الضحايا ، باب : ما جاء في إباحة التداوي .
- الهندي ، مصدر سابق ، ج 10 ، ص 4 ، حديث رقم : 28076 .

- و في رواية تشبهها انظر: الترمذي ، مصدر سابق ، ج 4 ، ص 335 ، 336 ، كتاب : الطب ، باب : ما جاء في الدواء و الحث عليه ، حديث رقم : 2038 .
- (63): السيوطي ، مصدر سابق ، ص 415 . أبو زكريا الأنصاري ، "أسنى المطالب شرح روض الطالب وبماشه حاشية الشهاب الرملي" ، المطبعة اليمنية ، مصر ، د.ط ، 1413هـ ، ج 4 ، ص 181 . ابن قدامة ، "المغني" ، مصدر سابق ، ج 6 ، ص 126 . عبد القادر عودة ، مرجع سابق ، ج 1 ، ص 520 . أحمد فتحي مهنسي ، "المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي" ، د.د ، ط 2 ، 1961 م ، ص 148 .
- (64) : ابن عابدين ، مصدر سابق ، ج 6 ، ص 69 . الدسوقي ، مصدر سابق ، ج 4 ، ص 355 . ابن قدامة ، المصدر نفسه ، ج 6 ، ص 121 . محمد بن محمد المختار بن أحمد مزيد الخنكي الشنقيطي ، "أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها" ، رسالة دكتوراة ، الجامعة الإسلامية ، المدينة المنورة ، مكتبة الصحابة ، الإمارات العربية الشارقة ، د. ط ، ص 303 وما بعدها .
- (65) : ابن قدامة ، الموضوع نفسه
- (66): أبو داود ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 604 ، كتاب : الديات ، باب : فيمن تطلب بغير علم فأعتت ، حديث رقم : 4586
- (67) : أبو بكر شمس الدين محمد ابن قيم الجوزية ، "الطب النبوي" ، بتحقيق: عبد القادر عرفات العشا حسونة ، دار الفكر للطباعة والنشر و التوزيع ، بيروت ، لبنان ، ط 1 ، 2004 م ، ص 100 .
- (68) : ابن قيم الجوزية ، الموضوع نفسه . انظر في هذا أيضا : شهاب الدين القليوبي و عميرة ، مصدر سابق ، ج 3 ، ص 78 . الشنقيطي ، مرجع سابق ، ص 303 وما بعدها .
- (69): الشنقيطي ، المرجع نفسه ، ص 303 .
- (70): محمد علاء الدين الحصكفي ، "الدر المختار" ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، د.ط ، 1997 م ، ج 2 ، ص 438 . ابن جزري ، مصدر سابق ، ص 374 . الخطيب الشربيني ، "الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع" ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر ، د.ط 1940 م ، ج 2 ، ص 155 . شرف الدين موسى الحاوي المقدسي ، "الإقناع" ، تصحيح وتعليق : عبد اللطيف موسى السبكي ، د.د ، 1351هـ ، ص 492 ، الشنقيطي ، المرجع نفسه ، ص 303 .
- (71): سورة المائدة ، الآية 45 .
- (72): أبو عبدالله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري ، "شرح المواق على مختصر خليل، المسمى بالتاج والإكليل" ، مطبعة السعادة ، مصر ، د.ط ، د.ت ، ج 5 ، ص 439 .
- (73): جلال ثروت ، "نظم القسم العام" ، مرجع سابق ، ص 242 ، 243 .
- انظر في هذا : المواد (197) من قانون حماية الصحة و ترفيتها الجزائري ، والمادة (2) من مدونة أخلاقيات الطب
- (74) : سورة النساء ، الآية 34 .
- (75) : القرطبي ، "الجامع لأحكام القرآن" ، مصدر سابق ، ج 5 ، ص 169 .
- (76) : الجصاص ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 245 .
- (77) : سورة النساء ، الآية 34 .
- (78) : الكاساني ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 334 . ابن عابدين ، "حاشية ابن عابدين" ، مصدر سابق ، ج 4 ، ص 79 . الوزير عون الدين أبو المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة ، "الإفصاح عن معاني الصحاح" ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط 1 ، د.ت ، ج 2 ، ص 116 . محمد عليش ، مصدر سابق ، ج 4 ، ص 555 . الخطيب الشربيني ، "مغني المحتاج" ، مصدر سابق ، ج 4 ، ص 263 ، ابن قدامة ، "المغني" مصدر سابق ، ج 10 ، ص 349 .