الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف - المسيلة -

كلية العلوم الإنسانية والإجتماعية

جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

قسم : العلوم الإسلامية
تخصص : شريعة وقانون

الرقم التسلسلي : .....
رقم التسجيل : .....

قاعدة الضرورات تبيح المحظورات وتطبيقاتها في المجال الطبي
- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري -

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة ماستر في العلوم الإسلامية
تخصص : شريعة وقانون.

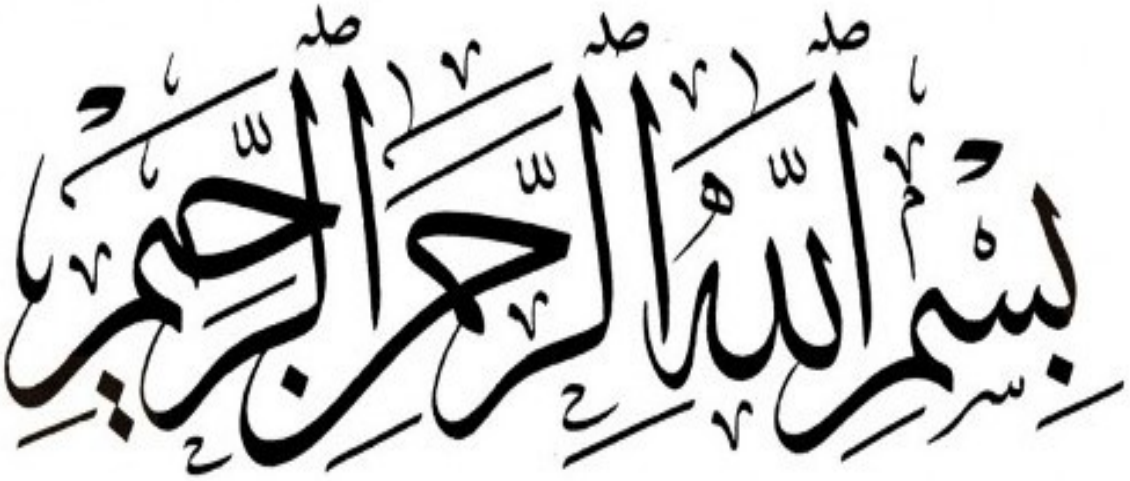
إعداد الطالبتين :
- جلد صبرينة
- ثابت نعيمة

إشراف الأستاذة :
د/ حمادي سهام

لجنة المناقشة :

الاستاذ	الصفة	الجامعة
1- د. سويسي ليلى	رئيسا	جامعة المسيلة
2- د.حمادي سهام	مشرفا ومقررا	جامعة المسيلة
3- د.عمرون آمال	عضوا مناقشا	جامعة المسيلة

السنة الجامعية : 1446هـ-1447هـ/ 2025م - 2026م


بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

" وَمَا تَوْفِيقِيٓ إِلَّا بِٱللَّهِۚ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ "

سورة هود الآية:88

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People'sDemocraticRepublic of Algeria
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila

كلية العلوم الإنسانية والإجتماعية
FACULTY OF HUMANITIES AND SOCIAL SCIENCES
Faculty of Humanities and Social Sciences
Vice-Deanship of the College for Studies and Student Issues

جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
نيابة العمادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة
الرقم: /2026

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي (ة) أدناه :

السيد(ة): **جلد صبرينـــــة**

الصفة(طالب، أستاذ باحث، باحث دائم): **طالب**

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: **204845109**

الصادرة بتاريخ : **2019/07/23** عن دائرة : **بلدية بن سرور**

المسجل(ة) بكلية: **العلوم الإنسانية والإجتماعية** قسم: **العلوم الإسلامية**

تخصص: **شريعة وقانون** تحت رقم التسجيل: **200479721**

والمكلف بإنجاز أعمال بحث(مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه) .

عنوانها: **قاعدة الضرورات تبيح المحظورات و تطبيقاتها في المجال الطبي – دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري -**

أصرح بشرفي بأنني التزم بالمعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في انجاز البحث المذكور أعلاه

المسيلة في: 2026/05/12

إمضاء المعني (ة):

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28-07-2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People'sDemocraticRepublic of Algeria
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila

جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

كلية العلوم الإنسانية والإجتماعية
FACULTY OF HUMANITIES AND SOCIAL SCIENCES

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
نيابة العمادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة
الرقم: /2026

Faculty of Humanities and Social Sciences
Vice-Deanship of the College for Studies and Student Issues

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

انا الممضي (ة) أدناه :

السيد(ة): **ثابت نعيمـــــة**

الصفة(طالب، أستاذ باحث، باحث دائم): **طالب**

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: **113609667**

الصادرة بتاريخ : **2019/02/19** عن دائرة : **المهير- برج بوعريريج**

المسجل(ة) بكلية: **العلوم الإنسانية والإجتماعية** قسم: **العلوم الإسلامية**

تخصص: **شريعة وقانون** تحت رقم التسجيل: **20043101856**

والمكلف بإنجاز أعمال بحث(مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه) .

عنوانها: **قاعدة الضرورات تبيح المحظورات و تطبيقاتها في المجال الطبي**

– دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري -

أصرح بشرفي بأنني التزم بالمعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في انجاز البحث المذكور أعلاه

المسيلة في: 2026/06/02

إمضاء المعني (ة):

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933المؤرخ في: 28-07-2016المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People'sDemocraticRepublic of Algeria
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
Faculty of Humanities and Social Sciences

نيابة العمادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة
Vice-Deanship of the College for Studies and Student Issues

وثيقة ايداع مذكرة ماستر

الموضوع: قاعدة الضرورات تبيح المحظورات وتطبيقاتها في المجال الطبي - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

إعداد الطلبة:

1- جلد صريبة رقم التسجيل: 200479721

2- تابع تعيمة رقم التسجيل: 200431018556

القسم: علوم إسلامية **الشعبة:** شريعة **التخصص:** شريعة وقانون

إشراف: د. حمادي سهام **الرتبة:** محاضر (أ)

أقر بأنني تابعت العمل المذكور أعلاه في جلسات إشرافية طيلة الموسم الجامعي: 2025-2026 وأسمح بإيداعه على مستوى ادارة القسم للمناقشة والتقييم.

موافقة وإمضاء الاستاذ(ة) المشرف(ة): **رئيس فريق الاختصاص**

أوافق على ايداع المذكرة.

د. حمادي سهام

رئيس القسم

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
قسم العلوم الإسلامية
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

رئيس قسم العلوم الإسلامية
جامعة المسيلة
د/ بشير عثمان

شكر وعرفان

﴿ وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ ﴾

الحمد لله الذي وفقنا لطلب العلم ويسّر لنا سبل المعرفة، وأعاننا على إتمام هذا الجهد المتواضع، والصلاة والسلام على خير الأنام، المعلم الأول والقدوة الأسمى.

أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى الأستاذة المشرفة : **حمـادي سهـــــام** التي كان لمتابعتها الدقيقة وتوجيهاتها القيمة أبلغ الأثر في تقويم مسار هذا البحث.

لقد غمرتنا بفيض علمها وسعة صدرها ، وكانت بمثابة المنارة التي أضاءت لنا الدروب الوعرة في رحاب البحث العلمي ، فجزاها الله عنا وعن العلم خير ما يجزي عباده الصالحين...

كما نزجي وافر الشكر والتقدير إلى السادة الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة، الذين تكرموا بقبول قراءة هذه المذكرة ومناقشتها. إننا ننظر ببالغ الإجلال لملاحظاتكم التي ستثري بلا شك هذا العمل وتمنحه الصبغة العلمية الرصينة.

ولا يفوتنا أن نشكر كل من قدم لنا يد المساعدة من قريب أو بعيد، سواء بكلمة تشجيع، أو بتسهيل الوصول إلى مصدر علمي، أو بتوفير بيئة هادئة للبحث والكتابة، فلكل واحد منكم مكانة في هذا الإنجاز.

الطالبة : جلد صبرينة

الطالبة : ثابت نعيمة

الإهـــــداء

إلى نبع العطاء الذي لا ينضب، ومن ساندوني بدعواتهم في جوف اللّيل، إلى والديّ الكريمين .. أنتم المنارة التي أضاءت لي دروب العلم ، وهذا الثمر هو نتاج غرسكم.

إلى والدي الكريمين حفظهما الله وأطال في عمرهما ...

إلى من شاركني متاعب الحياة والدّراسة (زوجي – عبد الحليم) ..

إلى أولادي قرة العين ....

(عبد الحي – عبد الرحيم – عبد العظيم – عبد المنعم جبران) ...

إلى سندي وثروتي التي لا تنفذ إخوتي ....وعلى رأسهم الغالية (نجاة)..

إلى من قاسمتني عناء البحث ، وشاركتني لذة التحصيل العلمي

الأخت والصديقة العزيزة : ثابت نعيمة

إليكِ أهدي هذا الجهد المشترك، تقديراً لروح التعاون والإخلاص التي جمعتنا في إخراج هذه المذكرة إلى النور، وفخرًا بصداقتكِ التي هي أسمى من كل إنجاز.

إلى كل من سعتهم ذاكرتي ولم تسعهم صفحاتي ....

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع ...

جلد صبرينة .

الإهـــــداء

إلى " الجنة " التي فارقتني في الدنيا لأرجوها في الآخرة..

إلى أمي الغالية غرسكِ قد أثمر ، وهذا النجاح هو ثمرة دعواتكِ القديمة .

إلى أمي الثانية أقدم لك هذا العمل المتواضع عربون وفاء ومحبة ،

طالبة من الله أن يشفيك شفاءً لا يغادر سقماً ...

إلى والدي الكريم ، حفظه الله ورعاه وأطال في عمره...

إلى إخوتي وعائلتي، وكل من كان لي عوناً وسنداً ، أهديكم هذا الجهد المتواضع..

إلى رئيس مصلحة التكوين والتفتيش : بيبي عمر.

إلى رئيس قسم الشهادات : شريفي حمزة – و زميلاتي في العمل .

إلى الأخت التي لم تلدها أمي ، والصديقة الوفية التي كانت لي سنداً في الشدائد

أهديكِ ثمرة هذا النجاح تقديراً لوجودكِ النبيل وتشجيعكِ المستمر

الذي كان له أطيب الأثر في مسيرتي .. أختي : جلد صبرينة .

إلي الذين حملوا أقدس رسالة في الحياة إلى الذين مهدوا لنا طريق العلم

والمعرفة .. أساتذتنا الأفاضل...

إلى كل هؤلاء أهدي خلاصة جهدي ....

ثابت نعيمة .

قائمة الاختصارات والرموز

الاختصار أو الرمز	تفسيره
ص	**الصفحة**
تح	**تحقيق**
مج	**مجلد**
ت	**تاريخ**
هـ	**الهجري**
م	**الميلادي**
ج	**الجزء**
د ط	**دون طبعة**
د ت	**دون تاريخ**
ط	**الطبعة**
تر	**ترجمة**

مقدمـــة

مقدمـــــــة :

بســـم الله المستعان ، وعليه التكلان ، والصلاة والسلام على من أُرسل بالحنيفية السمحة ، ليرفع عن أمتنا الإصر والأغلال ، وعلى آله وصحبه أولي النهي والأبصار.

أما بعــد ؛ فإن من أسمى تجليات العبقرية التشريعية في الشريعة الإسلامية ، هي تلك المرونة التي تجعل من

" الحق" وسيلة للحيـــاة لا قيداً عليها. فإذا كانت الأصـــل في الأحكام هو " الحظـر " صيانةً للضروريات الخمس، فإن "الضرورة" تبرز كاستثناء شرعي وقانوني فريد ، يقلب موازين الأحكام لإحياء النفوس ، تجسيداً للقاعدة الذهبية : " الضرورات تبيح المحظورات ". لذلك كان هذا الموضوع الموسوم بـ : **"قاعدة الضرورات تبيح المحظورات وتطبيقاتها في المجال الطبي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري"** .

ـــ أهمية الموضوع :

تستمد هذه الدّراســة قيمتها العلمية من كونها تعالج نقطة الالتقاء بين الفقه المقاصدي والتشريع الطبي الجزائري. وتتجلى الأهمية في :

– رسم الإطار الشرعي و القانوني لعمل الطبيب من خلال بيان متى يكون فعله "جريمة" ومتى يكون "واجباً مهنياً" تبيحه الضرورة.

– بيان مدى استيعاب المشرع الجزائري للضوابط الفقهية لمقصد "حفظ النفس" في ظل التحديات الطبية المعاصرة (كالموت الرحيم ،الإجهاض الطبي ،والتجارب السريرية).

–الترجيح بين المقاصد ؛ حيث يقدم الفقيه "حفظ النفس" على " حفظ الشكليات أو المظاهر المباحة "، فالحي أولى من الميت ، والضرورة تُنزل منزلة المباح مؤقتاً.

– إن إعمال هذه القاعدة هو المظلة التي تحمي الممارس الصحي من التبعات الجنائية والشرعية عند اضطراره لاتخاذ قرارات قاسية في غرف العمليات أو حالات الطوارئ.

– مواكبة النوازل ؛ مثل زراعة الأعضاء، والهندسة الوراثية ، واللقاحات المشتقة من مواد جدلية ، والتي لا يمكن حسم مشروعيتها إلا عبر ميزان " الضرورة والحاجة ".

–إنّ البحث في تطبيقات الضرورة الطبية يقتضي منا ألا نقف عند حدود " الإباحة " فحسب ، بل يجب سبر أغوار القواعد المتممة لها؛ مثل قاعدة " الضرورة تقدر بقدرها "، وقاعدة " الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة ". فبدون هذه الضوابط، قد يتحول الاستثناء إلى أصل، وتصبح " الضرورة " ذريعة للتهاون بالقيم الشرعية والأخلاقية المهنية.

أسباب اختيار الموضوع : يرجع اختيار موضوع البحث إلى عدة أسباب :

*** الأسباب الموضوعية :**

– الحاجة الملحة لضبط " الاستثناء الطبي" ؛ لئلا تتحول حالة الضرورة إلى ذريعة للتنصل من المسؤولية الطبية.

– رصد التباين أو التوافق بين النظرية الفقهية الأصيلة والتطبيق القانوني المعاصر في المنظومة التشريعية الجزائرية (قانون الصحة 18–11 وقانون العقوبات).

*** الأسباب الذاتية :**

– النزوع الشخصي نحو الدراسات التي تجمع بين النص الشرعي والتنزيل الواقعي.

– الرغبة في إثراء المكتبة القانونية الجزائرية بمقاربة تجمع بين الشريعة والقانون في مجال حساس كالمجال الطبي.

ـ أهداف البحث : تتلخص الأهداف المرجوة من خلال هذا البحث في :

–ضبط المعايير الشرعية و القانونية الصارمة التي تقيّد " الضرورة الطبية "لحماية الجسد البشري من أي تجاوزات غير مبررة.

– نقل قاعدة " الضرورات تبيح المحظورات " من التنظير الفقهي إلى التطبيق على النوازل الطبية المعاصرة ، مثل نقل و زراعة الأعضاء ، والإجهاض العلاجي ، والتلقيح الاصطناعي .

– تقييم مدى كفاية و مواءمة المنظومة التشريعية الطبية الجزائرية (كقانون الصحة 18–11 وقانون العقوبات) للمقاصد الشرعية ، ومدى اعتبار الضرورة سببًا يعفي الطبيب من المسؤولية الجنائية والأخلاقية.

ـ إشكالية الموضوع :

يسعى هذا الطرح إلى تقديم رؤية تأصيلية وتطبيقية شاملة ، ترصد كيف تحولت القاعدة الفقهية من نص نظري إلى ممارسة عملية في أروقة المستشفيات ومختبرات الأدوية ، موازنين في ذلك بين قدسية النص ومتطلبات الواقع ، وبين كرامة الجسد البشري وحقه الأصيل في الشفاء والحياة.

إن الإشكال الجوهري الذي يحـــاول هذا البحث معالجتـــه يكمن في التدافع بين " ثبات النص" و" تطوّر الممارسة الطبية "، ويمكن صياغته في السؤال الآتي :

إلى أي مدى استطاع الفقه الإسلامي والقانون الجزائري رسم تخوم فاصلة ومستنيرة لقاعدة " الضرورات تبيح المحظورات" في المجال الطبي ، تضمن حماية الذات البشرية من جهة ، وعدم شلّ يد الطبيب عن التدخل الإحيائي من جهة أخرى ؟

ـ المنهج المتبع :

اِعتمدنا في انجاز المذكرة على المنهج الوصفي، الاستقرائي، التحليلي ، حيث حاولنا إعطاء صورة على القاعدة وعلى المسائل التي تعتبر تطبيقات لها ثم ردها إلى أصولها من القرآن والسنة ، واستنباط القواعد الضابطة لها مثل " الضرورة تقدر بقدرها " بالإضافة إلى المنهج التحليلي الذي قام على تحليل المواد القانونية و الآراء الفقهية وإسقاطها مباشرة على الممارسات الطبية لتكييفها تكييفًا سليمًا والمنهج المقارن من خلال المقارنة بين الأحكام الفقهية في التشريع الإسلامي والنصوص القانونية في التشريع الجزائري لمعرفة نقاط التوافق و الاختلاف .

ـ الدّراسات السابقة :

بعد إطلاعنا خلال هذه الفترة على ما له علاقة بموضوع بحثنا في الشريعة الإسلامية ومقارنته بالقانون الجزائري لم نجد دّراسة تتضمن هذا البحث سوى بعض دّراسات أهمها :

1–**قاعدة الضرورات تبيح المحظورات دّراسة تأصيلية تطبيقية** ،للباحث طالب بن عمر أحمد بن

حيدرة الكثيري، وهو بحث فائز بجائزة رئيس الجمهورية في مسابقة الأبحاث العلمية بدينة المكلا باليمن سنة 1429هـ،2008م، ولعل من أهم النتائج التي توصل إليها الباحث وجوب النظر العميق في تحديد ضوابط الضرورة في المجالات المختلفة، وكذا يجب الاعتداد بالضوابط الشرعية في تحديد الضرورة ليلا يلجأ البعض إلى تمييع القواعد الشرعية ،والانحلال من الحدود الشرعية بدافع الضرورة .

2- **أثر قاعدة الضرورات تبيح المحظورات في بيان حكم القضايا الفقهية المعاصرة النوازل الطبية نموذجًا** للباحث إسماعيل غازي مرحبا ، بحث مقدم إلى مركز التميّز البحثي في فقه القضايا المعاصرة ، جامعة الإمام محمد بن سعود بالمملكة السعودية سنة 1431هـ/2010م، ومن النتائج المتوصل إليها :تجلي هذه القاعدة قضية أساسية ألا وهي يسر وسماحة هذا الدين ،وكذا عند وجود الضرورة الداعية لارتكاب المحظور لا بد من التنبه إلى أنه لا يزال هذا المحظور بمحظور مثله أو أعلى منه .

3- **قاعدة الضرورات تبيح المحظورات وتطبيقاتها في الفروع الفقهية نماذج مختارة** ، مذكرة ماستر للطالبتين بن موسى إيمان وبن موسى أماني ،مقدمة بقسم الشريعة جامعة حمة لخضر الوادي ،وذلك خلال الموسم 1438هـ/2017م ولعل من أبرز نتائج هذه الدراسة: أن قاعدة الضرورات تبيح المحظورات قاعدة فقهية متفق على صحة العمل بها بشرط عدم نقضها،وكما لا يجوز الإفتاء بالضرورة إلا بعد انسداد جميع الأبواب المباحة.

وبالمقارنة مع هذه الدّراسات السابقة التي تدور حول قاعدة الضرورات تبيح المحظورات ، فبحثنا لا يختلف كثيرًا عليها في الجانب النظري ، وإنما يختلف في الجزء التطبيقي ، حيث اخترنا نماذج متنوعة وقمنا بمقارنتها مع القانون الجزائري في المجال الطبي .

ومن خلال المقارنة بين هذه الدّراسات السابقة و مذكرتنا لا حظنا التماس وتباين مع تلك الأعمال

السابقة بدقة وفق الآتي :

1- أوجه التقاطع والالتقاء: يلتقي بحثنا مع الدّراسات السابقة في الجانب النظري والتأصيلي للقاعدة الفقهية ، حيث تشترك في دراسة مفهوم الضرورة الشرعية ، ومفهوم المحظور ، واستخراج الأدلة

القطعية من الكتاب والسنة ، فضلا إلى ضبط القواعد الفقهية المندرجة تحتها .

2- الفرق الجوهري ومحل التميز: يتحقق الاختلاف والانفراد لصالح مذكرتنا في الجزء التطبيقي المقارن، ويتجلى هذا الفرق في نقطتين رئيستين هما :

* الدّراسات السابقة ركزت على التأصيل الفقهي العام والنوازل الطبية من منظور الفقه الإسلامي فقط، بينما تنفرد مذكرتنا بإجراء دّراسة مقارنة تفصيلية مع القانون الجزائري .

* اخترنا في الفصل الثاني نماذج تطبيقية طبية بالغة الحساسية تم إسقاط نصوص التشريع الجزائري عليها ومقارنتها بأحكام الشريعة وهي : المحظورات المتعلقة بحفظ النفس (نقل وزراعة الأعضاء ، بتر الأعضاء لإنقاذ النفس ، و التداوي بالنجس و المحرم) ، و كذلك المحظورات المتعلقة بحفظ النسل (الإجهاض العلاجي ، التلقيح الاصطناعي و تحديد جنس الجنين) .

- وبينما تقف الدّراسات السابقة عند حدود فقه نوازل العالم الإسلامي ، تعبر مذكرتنا بالبحث نحو قوننة الفقه الاسلامي في المنظومة الوطنية الجزائرية ، مبينة كيف تتحول الضوابط الفقهية المقاصدية إلى نصوص تشريعية ملزمة تحمي الطبيب و تصون جسد المريض في الواقع القانوني الجزائري.

ـ صعوبات البحث :

لم تخل هـــذه الدّراسة من صعوبات ، تمثلت في قلة المصادر والمراجع الخاصة لحساسية الموضوع الذي يجمع بين النص الشرعي والممارسة الطبية التقنية ،إضافـــة إلى ندرة الدّراسات القانونية الوطنية التي تجمع بين التأصيل الفقهي للقاعدة وتطبيقاتها المعاصرة في ظل التشريع الجزائري الحديث ، وقد تزامن بحثنا هذا مع الدّراسة إضافــة إلى ضيق الوقت و صعوبة التحكم فيه.

ـ خطة البحث :

للإحاطة بالموضوع والإجابة على الإشكالية المطروحة سابقا لجأنا إلى تقسيم بحثنا إلى فصلين مع مقدمة وخاتمة :

مقدمة عرفنا فيها بموضوع البحث وبيان أهميته وتوضيح إشكاليته.

* الفصل الأول : الإطار النظري لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات ، وقد تضمن ثلاثة مباحث

كان الأول للتعريف بالضرورة و الإباحة والمحظور ،أما المبحث الثاني فتضمن التأصيل الشرعي لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات وأهميتها و القواعد المندرجة تحتها ،أما المبحث الثالث فخصصناه للضوابط الشرعية و القانونية المقيدة للضرورة و مستثنياتها.

* الفصل الثاني : تطبيقات قاعدة الضرورة تبيح المحظورات في المجال الطبي ، تضمن مبحثين :

الأول تناول إباحة المحظورات المتعلقة بحفظ النفس ضمناه ثلاث مسائل وهي نقل وزراعة الأعضاء ، بتر الأعضاء واستئصالها لإنقاذ النفس والتداوي بالنّجس أو المحرم ، أما المبحث الثاني فتناول المحظورات المتعلقة بحفظ النسل ، و فيه ثلاث مسائل وهي الإجهاض العلاجي، المطلب الثاني :التلقيح الاصطناعي، المطلب الثالث: تحديد جنس الجنين.

وخاتمـة استعرضنا فيها أهم النتائج المتوصل إليها مع تقديم جملة من التوصيات والمقترحات القانونية والفقهية لضبط الممارسة الطبية المعاصرة في ظل قاعدة الاستثناء.

وفي الأخير نسأل الله التوفيق والسداد والحمد لله رب العالمين

الفصل الأول :

الإطار النظري لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات

المبحث الأول : التعريف بالضرورة و الإباحة و المحظور.

المبحث الثاني : التأصيل الشرعي لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات و أهميتها والقواعد المندرجة تحتها .

المبحث الثالث: الضوابط الشرعية والقانونية المقيدة للضرورة ومستثنياتها.

مدخـــــــــل :

تتسم الشريعة الإسلامية بالمرونة والواقعية ، وهي خصيصة جعلتها صالحة لكل زمان ومكان ؛ فهي لم تنظر إلى الإنسان ككائن مثالي لا تعترضه العوارض، بل نظرت إليه بواقعية تامة ، فأدركت أن هناك أحوالاً استثنائية قد تضيق فيها الخيارات وتتعارض فيها المصالح. ومن هنا، وُضعت " قواعد الاستثناء" التي تهدف إلى الحفاظ على المقاصد الضرورية للإنسان ، وعلى رأسها حفظ النفس والدين والعقل والنسل والمال.

وتُعد قاعدة " الضرورات تبيح المحظورات " من أهم القواعد الفقهية التي تُجسد هذا المنزع التيسيري ؛ فهي القاعدة التي تنقل الحكم من دائرة "المنع والتحريم" إلى دائرة "الإذن والإباحة" عند وقوع الضرورة الملجئة. والضرورة في المنظور الفقهي ليست مجرد رغبة عابرة أو مشقة يسيرة، بل هي الحالة التي يخشى فيها المرء على نفسه أو أحد ضروراته من الهلاك أو الضرر الجسيم، مما يجعل ارتكاب "المحظور شرعاً" وسيلة وحيدة لدفع هذا الخطر.

إن هذا الفصل مخصص لبناء " الإطار النظري " لهذه القاعدة ، وهو بناء ضروري لضبط الممارسة الفقهية ؛ فبدون تحديد دقيق لمفهوم الضرورة وضوابطها، قد تتحول القاعدة إلى ذريعة للتحلل من التكاليف الشرعية تحت ستار التيسير. لذا، وجب علينا العودة إلى أصول هذه القاعدة، وتحليل مفرداتها لغة واصطلاحاً، واستقراء الأدلة الشرعية التي استنبط منها الفقهاء هذا المبدأ العظيم.

كما سنبين من خلال هذا التأصيل كيف أن الشريعة جعلت من "المحظور" حلالاً مؤقتاً لغرض سامٍ، وهو استبقاء الحياة، مع بقاء أصل التحريم قائماً في غير حال الاضطرار، وهو ما يعكس دقة التوازن التشريعي في الموازنة بين المفاسد والمصالح.

المبحث الأول : التعريف بالضرورة و الإباحة و المحظور :

سنحاول من خلال هذا المبحث بيان مدلولات المصطلحات الأساسية للبحث من الناحية اللغوية ثم الاصطلاحية .

المطلب الأول : تعريف الضرورة :

تعد " الضرورة " من أكثر المبادئ القانونية والشرعية إثارة للجـدل الفكري والعملي ، فهي تمثل تلك الحالة الاستثنائية التي تجبر الفرد على المفاضلة بين قيمتين محميتين ، يضحي بأحدهما لإنقاذ الأخرى.[1]

وتنبثق فلسفة الضرورة من فكرة " العدالة الواقعيــة " التي ترفض الجمود أمام النصوص إذا كان هــذا الجمود سيؤدي إلى هـــلاك النفس أو ضياع مصلحة عليا لا يمكن تداركها. فهي حالة من الضغط الخارجـــي المادي أو المعنوي الذي يحيط بالشخص ، فيجعل إرادته مسلوبة أو مقيدة ، مما يدفعه لارتكاب فعل يمنعه القانون أو الشرع أصلاً، تجنباً لشر أكبر وأعظم.[2]

الفرع الأول : في السّياق اللّغوي والشرعي :

أولاً : في السّياق اللّغوي :

* الضرورة لغةً : الضرورة في اللّغة تأتي على معاني من أهمها ما يلي :

– الضرورة : " كالضرة . والضرار : المضارة ؛ وليس عليك ضرر ولا ضرورة ولاضرة ولا ضرورة ولا تضرة ، ورجل ذو ضارورة وضرورة أي ذو حاجة"[3]

– "الضر ، ويضم : ضد النفع أو بالفتح : مصدر ، وبالضم : اسم ، ضره و أضره و ضاره مضارة وضرارًا "[4]

الضَّرّ : ضدُّ النَّفْع . ويقال ضَرَّه يضُرُّه ضَرًّا[5]

1– وهبة الزحيلي : نظرية الضرورة الشرعية: دراسة مقارنة مع القانون الوضعي، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت ، 1997، ص 65.

2– عبد القادر عودة : التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ، ج1، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ص .548

3– ابن منظور : لسان العرب ، دار الكتاب العلمية ، لبنان ، د.ت ، ص.483

4– إبن يعقوب الفيروز آبادي : القاموس المحيط ،مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط2،1408هـ ، ص .428

5– ابن فارس أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا : معجم مقاييس اللغة ، تحقيق : عبد السلام محمد هارون ، دار الفكر، بيروت ، 1399هـ/ 1979م، ج3 ، ص 360.

- " الضرورة : الحاجة والشدة لا مدفع لها و المشقة"[1].

ثانيا ـ في السياق الشرعي :

* الضرورة في الاصطلاح الشرعي: " هي الخوف على النفس من الهلاك علمًا (أي قطعًا) أو ظنًا "[2] .

وهي أعلى درجات الحاجة في قول الفقهاء .

– عرّفها السيوطي بقوله :"فالضرورة بلوغه حدًّا إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب وهذا يبيح تناول الحرام "[3].

– " الضرورة هي خوف الضرر بترك الأكل إما نفسه أو على عضو من أعضائه فمتى أكل بمقدار ما يزول عن الخوف من الضرر في الحال فقد زالت الضرورة أو هي حالة من الحظر تطرأ على الإنسان يخاف معها فوت شيء من المصالح التي لابد منها في قيام الدين والدنيا ، بحيث لا تندفع هذه الضرورة إلا بارتكاب المحرّم ، أو ترك الواجب ، أو تأخيره عن وقته "[4] .

ومن هنا نقول أن الضرورة هي بلوغ الإنسان حدًا إذا لم يتناول من الممنوع هلك أو قارب الهلاك ومثالها : إذا كان الإنسان مضطرًا ولم يجد إلا أكل الميتة ، حلت له ؛ لأنها ضرورة .

إن الضرورة الشرعية تمثل أقصى درجات الاضطرار التي ينعدم معها الاختيار ، وهي تختلف عن الإكراه في كون منبعها " حالة واقعية " (كالمرض أو الجوع) بينما الإكراه منبعه "فعل فاعل"، لكنهما يتحدان في الأثر من حيث رفع الحرج وتوسعة الحكم الشرعي صيانةً لكرامة الإنسان وحقه الأصيل في الحياة[5].

1–إبراهيم مصطفى : المعجم الوسيط ،مجمع اللغة العربية بالقاهرة ، مكتبة الشروق الدولية، القاهر ، مصر2004 ، ص538.

2ـ وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي و أدلته ، دار الفكر ، دمشق ، المجلد 4 ، بدون تاريخ ،د.ط، ص.154

3– جلال الدين السيوطي: الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، المكتبة الشامية ، السعودية ، ط2 ،1997، ص85

4– عبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف : القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير ،ط1، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية ، المدينة المنورة ، السعودية ، 1423هـ/ 2003م ، ص.244

5– ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم : الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999، ص 94.

الفرع الثاني : في السياق الطبي :

تعد " الضرورة الطبيـة " (Medical Necessity) من أدق التطبيقات المعاصرة لنظرية الضرورة ، إذ يتقاطع فيها العلم الطبي مع الضوابط القانونية والمقاصد الشرعية .

وتُعرف في هذا السياق بأنها : " الحالـــة الاستعجالية القهرية التي تفـرض على الطبيب التدخل الفـــوري باستخدام أساليب طبيـــة قد تنطوي على مساس بحرمة الجسد ، وذلك لدرء خطر جسيم ومحدق يهدد حياة المريض أو سلامته البدنية، في ظل تعذر الحصول على الرضا أو استنفاد الوسائل العادية"[1].

وتستمد الضرورة الطبية فلسفتها من كون مهنة الطب في جوهرها قائمة على الموازنة بين " الضرر والمصلحة "؛ فالعمل الطبي في أصله هو اعتداء على سلامة الجسد (بالجرح أو البتر أو الوخز) ، ولكنـــه يكتسب صفة "الإباحة" لغايته العلاجية. وفي حالات الضرورة، ترتفع هذه الإباحة إلى درجة "الواجب"، حيث يصبح الطبيب ملزماً بالتدخل لإنقاذ النفس البشرية التي هي أولى الضرورات الخمس بالرعاية[2].

ويمكن تقسيم مظاهر الضرورة في العمل الطبي إلى عدة مستويات حيوية :

- **الضرورة الإجرائية** : وتتمثل في إباحة التدخل الطبي دون الحصول على " الرضا المستنير" من المريض أو وليه ، وذلك في حالات الحوادث أو الغيبوبة التي لا تحتمل التأخير، حيث يُفترض قانوناً "الرضا الضمني" للمريض بإنقاذ حياته [3].
- **الضرورة الفنية (تجاوز الأصول)** : وتتجلى في لجوء الطبيب إلى وسائل علاجية استثنائية أو تجريبيـــة لمجابهة خطر موت محقق، أو التضحية بعضو لإنقاذ سائر الجسد، وهو ما يعبر عنه فقهياً بقاعدة "يُرتكب أخف الضررين لدرء أعظمهما "[4] .

1- محمد حسين منصور : المسؤولية الطبية ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2004، ص .89

2-وهبة الزحيلي: نظرية الضرورة الشرعية: دراسة مقارنة مع القانون الوضعي، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1997، ص .240

3-منذر الفضل : المسؤولية الطبية في القانون المدني، دراسة مقارنة، ط1، دارالثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1995، ص .115

4- محمد مصطفى الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج1، دار الفكر، دمشق، 2006، ص 218.

- **الضرورة المقاصدية :** وهي التي تبيح التداوي بمحرمات أو مواد مستخلصة من أعيان نجسة عند انعدام البديل المباح ، أو إجهاض الأم إذا كان بقاء الجنين يهدد حياتها تهديداً حقيقياً، حيث تعتبر حياة الأم هنا "ضرورة " يقينية لا يجوز التضحية بها في سبيل حياة جنين مشكوك في اكتمال حياته [1].

الفرع الثالث : في السياق القانوني :

لقد أفرد المشرع الجزائري لحالة الضرورة مكانة خاصة ضمن منظومة موانع المسؤولية ، معتبراً إياها ظرفاً واقعياً يعدم الإرادة الآثمة لدى الفاعل. وبالرجوع إلى قانون العقوبات الجزائري ، نجـــد أن المشرع قد نص صراحة في المادة 48 منه على أنه : " لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها"[2]، ورغـــم أن النص جاء عاماً ليشمل القوة القاهرة وحالة الضرورة ، إلا أن القضاء والفقه الجزائري استقرا على تطبيق أحكام الضرورة عندما يجد الشخص نفسه بين شرين : إما الاستسلام لخطر يهدده في نفسه أو ماله، أو ارتكاب فعل يجرمه القانون لدفع هذا الخطر[3].

وتتأسس الضرورة في القانون الجزائري على ركيزتين أساسيتين لضمان عدم الانحراف بها وتحويلها إلى ذريعة للإفلات من العقاب :

أولاً : الركيزة الموضوعية التي تتعلق بطبيعة الخطر المحدق، حيث يشترط المشرع الجزائري أن يكون الخطر حقيقياً، حالاً، وغير ناتج عن إرادة الفاعل، بحيث يهدد سلامة الشخص أو غيره أو مالاً مملوكاً له أو للغير[4].

ثانيًا : الركيزة الشخصية أو المعيارية التي تتعلق بسلوك الفاعل (المضطر) ، وتتمثل في شرط " التناسب" بين الفعل المرتكب والخطر المراد دفعه ، إذ يجب أن يكون الفعل هو الوسيلة

1- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 57 (6/8) بشأن "المداواة بالمحرمات والضرورة الطبية"، ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، ج3، ص 1885.

2- المادة 48 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، المعدل والمتمم.

3- عبد الله أوهابية : شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام ، دار هومة للنشر ، الجزائر ، 2005، ص .312

4- بوسقيعة أحسن : الوجيز في القانون الجزائي العام ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط15، 2016، ص 164.

الوحيدة والضرورية لدرء الضرر ، وألا يترتب عليه ضرر أكبر من ذلك الذي كان مهدداً به[1].
وعليه ، فإن القضاء الجزائري لا يعتد بحالة الضـــرورة كسبب من أسباب الإباحة أو مانع من موانع المسؤولية إلا إذا ثبت انعدام البدائل المشروعة أمام الفاعل ، وهو ما يجد سنده في المـــادة 48 من قانـــون العقوبات التي تنص على أنه لا عقوبة على من اضطرته الى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها أي لا عقوبة على من اضطرته ضرورة حالّة لارتفاع خطر محدق به أو بغيره أو بماله ، شرط أن يكون الفعل متناسباً مع جسامة الخطر[2] .

المطلب الثاني : الإباحة :

تعتبر الإباحة الجسر الذي يمر عبره الفعل من دائرة " المحظور" إلى دائـرة " المشروع ". لا تُفهم الإباحة فقط كخيار بين الفعل والترك ، بل كـ "رخصة " تُمنح في ظروف خاصة لتعطيل حكم المنع.

يعتبر مفهوم الإباحة حجر الزاويـــة في دراسة الأفعال الإنسانية من الناحيتين الشرعية والقانونيـة ، فهو يمثل " الحالة القانونية أو الشرعيـــة التي يرتفع فيها المنع عن الفعل ، ليعود إلى أصله المشروع أو ليكتسب مشروعية طارئة بناءً على سبب من أسباب الإباحة"[3]

الفرع الأول : تعريف الإباحة .

أ- لغةً : كلمة " الإباحة " في اللغة العربية مصدر للفعل الرباعي (أباح)، وهي مشتقة من المادة الثلاثية (ب، و، ح)، وتدور دلالاتها المركزية حول معانٍ ثلاثة تخدم السياق الشرعي والقانوني :

*يقال : " باح الشخص بسره " إذا أظهره وأذاعه بعد كتمان ، ومنه سميت الإباحة إباحةً لأنها تظهر وجه – الجواز في الفعل وتجعله معلوماً غير مستتر. وفي لسان العرب : "باحَ الشيءُ يَبُوح بَوْحاً وبُؤُوحاً : ظهر ، وأباحه وأبوحه : أظهرته "[4]

1- منصور مجدي محب الدين ،المسؤولية الطبية في القانون الجزائري والمقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 88.

2- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، المعدل والمتمم، المادة 48.

3- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، 1986، ج1، ص .118

4- ابن منظور: لسان العرب، دار صادر، بيروت، ج2، ص 416.

* تأتي الإباحة بمعنى الاتساع ؛ فيقال : "باحة الدار" أي فضاؤها ووسطها المتسع. ومن هذا المعنى اللّغــوي استعير لفظ الإباحـــة شرعاً للتعبير عن السعة التي يجدها المكلف في الفعل أو الترك دون تضييق عليه[1]

* يقال : " استباح القومُ العدوَّ " أي استأصلوهم وانتهكوا حماهم، ويقال: "أباح الرجل ماله" أي أجازه لمن أراد وأحله لـــه. وفي هذا السياق، تعني الإباحة جعل الشيء حلالاً ومتاحاً بعد أن كان ممنوعاً أو محظوراً[2].

إن الإباحـــة في اللّغة هي " إظهار الجواز في الشيء ، وإطلاق العنان فيه بالتوسعة ، وجعله في متناول اليد بعد أن كان ممنوعاً عنه " ؛ وهذا الربط اللغوي هو الذي جعل الفقهاء يستخدمون المصطلح للتعبير عن "رفع الحرج " و" توسعة الخناق " في حالات الضرورة.

ب ـ اِصطلاحًا :

: "خطاب الشارع المخير بين الفعل والترك من غير ترتب ثواب ولا عقاب".

وعند التدقيق في المذاهب نجد تفصيلاً أعمق :

* عند الجمهور : هي نوع من أنواع الحكم التكليفي (على سبيل التسامح في التسمية)، لأنها مستفادة من خطاب الشرع ، والمكلف مخير فيها تخييراً مطلقاً لذات الفعل.

* عرفها الإمام الغزالي في كتابه " المستصفى " : بأنها : " ما دل الدليل على انتفاء الحرج في فعله وتركه "[3].

* يفـــرق الأصوليون بين " المباح " وبين " العفو " أو " البراءة الأصليـــة " ؛ فالمباح ما ثبتت إباحته بدليل شرعي ، أما البراءة الأصلية فهي عدم وجود حكم أصلاً قبل ورود الشرع[4] .

.

1- الفيروز آبادي : القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2005، ص .215

2- أحمد بن محمد الفيومي : المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمية، بيروت، ج1، ص 65.

3- أبو حامد الغزالي : المستصفى في علم الأصول ، تحقيق : محمد عبد السلام شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1، 1993م ، ص .72

4- محمد بن الحسين الفراء: العدة في أصول الفقه، تحقيق : أحمد بن علي سير المباركي، ط2 ، 1990م ، ج1، ص 154.

الفرع الثاني – مشروعية الإباحة :

تستمد الإباحة مشروعيتها من عدة نصوص ، وهي التي يُستدل بها لإثبات أن " الأصل في الأشياء الإباحة " :

*** من القرآن الكريم :**

قوله تعالى : ﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ﴾ البقرة: 29 . وجه الدلالـة : أن اللام في " لكم " للامتنان و الانتفاع ، والامتنان لا يكون بالشيء المحرم أو الممنوع ، فدل على أن الأصل هو الإباحة.

و قوله تعالى : ﴿ قُل لَّا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَن يَكُونَ مَيْتَةً....﴾ الأنعام: 145 . وجه الدلالة : أن التحريم استثناء، وما عدا المحرمات المذكورة يبقى على أصل الإباحة[1].

*** من السنة النبوية :**

قوله صلى الله عليه وسلم : " الحلال ما أحل الله في كتابه ، والحرام ما حرم الله في كتابه ، وما سكت عنه فهو مما عفا عنه "[2] وهذا دليل صريح على أن السكوت التشريعي يعني الإباحة والترخيص.

الفرع الثالث– الإباحة في المنظور القانوني :

في فقه القانون ، لا تخرج الإباحة عن كونها " ترخيصاً "، ولكنها تُدرس غالباً في شقين :

1– الإباحة المطلقة : وهي الحرية الشخصية التي يضمنها الدستور (الأصل في الأفعال الإباحة ما لم يجرمها القانون)، وهو ما يسمى بمبدأ "شرعية الجرائم والعقوبات".

2– الإباحة الطارئة (أسباب الإباحة) : وهي التي تحول الفعل من "جريمة " إلى " فعل مشروع " بسبب ظروف معينة (كحالة الضرورة ، أو الدفاع الشرعي). وقد نصت أغلب القوانين العربية

1– محمد الطاهر بن عاشور : تفسير التحرير والتنوير ، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984م، ج8، ص 178.

2– أبو عيسى محمد الترمذي : سنن الترمذي، كتاب اللباس، باب ما جاء في لبس الفراء، دار إحياء التراث العربي، بيروت،ج4، ص 220، حديث رقم (1726).

(ومنها الجزائــري في المادة 39 من قانون العقوبات) على أن " لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون "[1].

المطلب الثالث : المحظور :

يعـد المحظور أحد الأحكام التكليفية الخمســة التي يدور حولها السلوك البشري في الشريعة ، ويقابله في القانون " الفعل المجرّم " أو " الممنوع قانوناً ".

الفرع الأول : تعريف المحظور .

أـ لغةً : يعود لفظ " المحظور" في أصل اللّغة إلى المادة الثلاثية (حَظَرَ) ، والحظر مَداره حول " المنع " و" الحجر" ؛ ويُقال : حظر الشيء يحظره حظراً، أي منعه ، فهو محظور أي ممنوع ، والحِظارُ هو ما يوضع حول الغنم أو الكرم ليمنع دخول الغرباء أو خروج ما بداخله[2].

وقــد استعمل القــرآن الكريم هذا اللّفظ بالمعنى اللّغوي للدلالة على المنع المطلق في قوله تعالى :

﴿ وَمَا كَانَ عَطَاءُ رَبِّكَ مَحْظُورًا ﴾ الإسراء: 20 ، أي غير ممنوع عن أحد. فالمحظور لغةً هو كل ما يوضع عليه قيد يمنع الوصول إليـــه أو تجاوزه ، وهو نقيض المباح [3] . وفي المعاجم المتأخرة ، أُطلق المحظور على ما حُرّم فعله ، فالحظر هو الحجـر، وكل ما حيل بينك وبينه فقد حُظر عليك[4].

ـ اصطلاحاً : لا يبتعـد المعنى الاصطلاحي للمحظور عن معنـــاه اللّغــوي ، غير أنه يكتسي صبغة تكليفية ؛ فقد عرفه الأصوليون والفقهاء بأنه : "ما طلب الشارع من المكلف الكف عن فعله على وجه الحتم والإلزام ، بحيث يثاب تاركه امتثالاً، ويستحق فاعله العقاب"[4].

والمحظور هو مرادف " للحرام " و" المعصية " و" الذنب" عند جمهور الفقهاء، وهو الفعل الذي قيده المشرع بخطاب اقتضائي يمنع الإقــدام عليه منعاً جازماً. وفي السياق الطبي ، يشمل

1- منصور رحماني : القانون الجنائي العام (الجريمة) ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2006م ، ص 142.

2- ابن فارس أحمد بن زكريا : معجم مقاييس اللغة، تحقيق : عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت، 1979، ج2، ص 68.

3- الفراهيدي الخليل بن أحمد، كتاب العين ، تحقيق: د. مهدي المخزومي، دار ومكتبة الهلال، ج3، ص 142.

4- ابن منظور محمد بن مكرم : لسان العرب، دار صادر، بيروت، ج4، ص 201.

المحظـور كل فعل يمنعـــــه الشرع أو القانون في الظروف العاديــة ، كالمساس بسلامة الجسد دون مسوغ ، أو كشف العورات لغير حاجة، أو تناول العقاقير المحرمة بذاتها[1].

وتوسيعاً للمعنى ، فإن المحظور في قاعـــدة الضرورة لا يقتصر على "المحرم لذاته" فقط ، بل يشمل " المحرم لغيره" و" المكروه" الذي يمنع منه القانون صيانة للمصالح العامة؛ فكل فعل يترتب عليه مسؤولية جنائية أو مدنية أو شرعية في الأحوال العادية، يندرج تحت مسمى" المحظور" الذي تأتي الضرورة لترفع عنه وصف المنع مؤقتاً[2].

الفرع الثاني- التأصيل الشرعي للمحظور :

إن البحث في التأصيـــــل الشرعي للمحظـور يستوجب الالتفات إلى أن الشريعة الإسلامية بُنيت على رعاية مصالح العبـــاد درءاً للمفاسد وجلباً للمنافع ، والأصل في " المحظور" هو المنع والتحريم لما ينطوي عليه من مفسدة ، إلا أن هذا المنع يزول عند تصادمه مع مصلحة أرجح هي حفظ النفس أو بقاء الإنسان. ويتجلى هـــذا التأصيل ابتداءً من القواعـد القرآنية التي أرست مبدأ الاستثنـــاء عند الاضطرار؛ فالله عز وجل بعد أن عدد المحرمات في قوله : ﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ﴾ البقرة : 173 ، أعقبها مباشرة بفتح باب الرخصة بقوله: " فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ"[3] البقرة 173 . فهذا النص يمثل الأساس التشريعي الأول الذي نقل فعل المحظور من دائرة " التجريم والإثم " إلى دائرة " الإباحة والترخيص"، شريطة أن يكون الدافع هو الضرورة القاهرة لا الرغبة في المعصية أو مجاوزة الحد.

كما يستند هذا التأصيل إلى السنة النبوية المطهرة التي قررت قاعـــدة رفع الحرج والضيق عن الأمة، ومن ذلك ما روي عنه صلى الله عليه وسلم: " إنَّ الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"[4] .

ووجه الاستـــدلال هنا أن " المحظور" المرتكب تحت وطأة الإكـــراه أو الضرورة الملجئة يلحق بباب " الخطأ " الذي رُفعت تبعته الأخروية والقانونية، لأن الإرادة هنا تكون مسلوبة أو منقوصة ، مما يجعل الفعل غير منسوب للمكلف من حيث القصد الجنائي.

1- الغزالي أبو حامد محمد بن محمد : المستصفى من علم الأصول ، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 65. وينظر أيضاً: الآمدي، سيف الدين، الإحكام في أصول الأحكام، دار الكتاب العربي، بيروت، ج1، ص 112.

2- الشاطبي إبراهيم بن موسى: الموافقات، دار ابن عفان، ج1،ص 132.

3- الزحيلي وهبة : الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ص 44.

4- أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، رقم الحديث (2043).

ومن الناحية الأصولية والقاعدية ، يتأصل المحظور ضمن منظومة " مقاصد الشريعة "، حيث قرر الفقهاء أن "الضرورات تبيح المحظورات"[1] . وهذه القاعـــدة تعني أن الممنوع شرعاً قد يصبح مشروعاً مؤقتاً إذا كان وسيلة وحيدة لدفع ضرر أعظم، إذ من المقرر فقهاً أن "المفســـدة الصغرى تُحتمل لدفع المفسدة الكبـرى". إلا أن هذا التأصيـــل التشريعي لم يُترك دون ضوابط تحميـــه من الانحراف؛ فوضعت الشريعة قيوداً صارمة أهمها أن تكون الضرورة متيقنة لا متوهمة، وأن يُقتصر في ارتكاب المحظـور على الحد الأدنى الذي تندفع به الضرورة ، وهو ما تجسده القاعدة الفرعية : " الضرورة تقدر بقدرها "[2]. وبناءً على ما تقدم ، فإن المحظور في المنظور الشرعي لا يُباح لذاته، بل لعلة عارضة وهي " الضرورة "، فإذا زالت العلة عاد الحكم إلى أصله وهو الحظر[3].

الفرع الثالث : التأصيل القانوني للمحظور:

يتأصل المحظـــور قانوناً في مبـدأ الشرعية ؛ فالفعل لا يعد محظوراً (جريمة) إلا إذا نص القانـــون صراحة على حظره . ويهدف هذا التأصيل إلى حماية النظام العام وحقوق الأفراد، حيث يُعتبر المحظور اعتداءً على مصلحة محمية قانوناً [4].

– المحظور من حيث الإجمال يشير إلى المنع الذي يأتي بصفة كلية أو عامة ، بحيث يشمل جملة من الأفعال أو التصرفات الممنوعة دون تفصيل جزئي لكل صورة منها، أو هو الحظر الذي يتوجه إلى "مجموع" أفعال قد لا تكون محظورة لو انفردت ، ولكنها تحظر في سياقها المجمل.

– تظهر أهمية الإجمال عند تطبيق قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات" ؛ فالمحظور هنا قد يكون إجمالاً (مثل عموم الأفعال التي تمس بالسلامة الجسدية) ، ولكن عند استثناء حالة الضرورة، يتم استباحة هذا "المجمل" من المنع لإنقاذ مصلحة أعلى[5].

1–جلال الدين السيوطي : مرجع سابق ، ص 60

2– ابن نجيم المصري : الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999، ص 85.

3– محمد مصطفى الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، ط1، 2006، ص 274.

4– د. أحسن بوسقيعة : الوجيز في القانون الجزائي العام ، دار هومة، الجزائر، الطبعة العاشرة، 2011، ص 34.

5– يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، قاعدة الضرورات تبيح المحظورات: دراسة فقهية وقاعدية، ط1، مكتبة الرشد، الرياض، 2004، ص 145 .

المطلب الرابع : المعنى الإجمالي للقاعدة :

المقصود بهذه القاعدة أنه إذا وقع الإنسان في حالة ضرورة قصوى تهدد حياته أو سلامته، فإن الشرع يرفع عنه الإثم مؤقتاً ويسمح له بفعل أمر كان محرماً عليه من قبل، وذلك تقديماً لمصلحة حفظ النفس على مصلحة اجتناب المحرم.

فالمحرم يصبح مباحا إذا عرض للمُكَلَّفُ ضرورة تقتضي ذلك بحيث لا تندفع تلك الضرورة إلا بارتكاب ذلك المحرم كالمُضطَر للأكلِ واللبسِ، بحَيثُ لو بَقيَ جائِعًا أو عُريانًا لماتَ أو تَلِف مِنه عُضوٌ، فإنَّ الشَّريعةَ تُبيحُ له في هذه الحالةِ فِعلَ المَحظورِ، فوُجودُ الضَّرَرِ يُبيحُ ارتِكابَ المَحظورِ، أي: المُحَرَّمِ، بشَرطِ كَونِ ارتِكابِ المَحظورِ أخَفَّ مِن وُجودِ الضَّرَرِ، ومِن ثَمَّ جازَ أكلُ المَيتةِ للمُضطَرِّ للضَّرورةِ[1]

ولكن ما يلاحظ أن إباحة المحظورات والمحرمات بالضرورة الداعية إليه إنما يرخص له بقدر ما تدعوا إليه الحاجـــة وتندفع به الضـــرورة فحسب ، فإذا اضطر الإنسان لفعل ممنوع أو ترك مأمور فليس له التوسع والاسترسال في ذلك بالكلية ، بل يكتفي بالقدر الذي يدفع الهلاك عن نفسه ، فإذا زال الخطر واندفع الهلاك عاد المحرم إلى أصله وهو عدم جواز قربانه وارتكابه ، ولا يجوز استباحته بإطلاق ، لأن ارتكاب المحرم رخصة شرعية من الله لعباده المضطرين ، ورحمة بهم ، فيجب أن لا تتعدى محلها ولا تتجاوز موضعها[2].

وتقدير الضرورة ومعرفـة حجمها يختلف عند الفقهـاء باختلاف حال المكلف ونوع المحظور ، والضابـط في ذلك ما تندفع به الضـرورة و يتحقق به ارتفاع الخطر والهـلاك عـن الشخص الخائف من الضرر عن نفســـه أو ماله أو عرضه ، فإذا تيقن المكلف أو غلب على ظنه زوال الضرر و ارتفـــاع الخطر فذلك هو الحد الذي ينبغي التوقف عنده ، وعدم التمادي في ارتكاب المحرم أكلا وشربًا ونحو ذلك ، وذلك المقدار مما اتفق عليه الفقهاء في تقدير مقدار الضرورة عند قيامها وهو ما يندفـع عنه خطر الهلاك ، ولا يجوز التوسع أو الاسترسال في ارتكابه بعده خروجًا من خلاف الفقهاء و أهل التفسير[3] .

1- وهبة الزحيلي : مرجع سابق ، ص996.

2- المرجع نفسه، ص996.

3- محمد الروكي : القواعد الفقهية من خلال كتاب التمهيد لابن عبد البر، دار القلم، دمشق، ط1، 1998، ص 312.

إن الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية – وعلى رأسها التشريع الجزائري – لا تقف عائقاً أمام إنقاذ النفس البشرية عند تعرضها للخطر، بل تفتح باب الاستثناء للممارس الطبي وللمريض على حد سواء. فالمعنى الإجمالي يقرر أن "الحظر" أو المنع الذي كان ثابتاً في الظروف العادية، يرتفع ويزول بمجرد وجود "ضرورة طبية" ملجئة[1].

وفي المجال الطبي، يتجلى هذا المعنى في تقديم مصلحة البقاء على الحياة على مصلحة الالتزام بسلامة الجسد أو تجنب النجاسات. فإذا تعارض واجب الحفاظ على النفس مع واجب اجتناب المحرمات (مثل التداوي بمحرم أو كشف العورة أو إجراء جراحة فيها نوع من الإتلاف) ، قُدمت النفس لأنها من الضروريات الخمس التي اتفقت الشرائع على حفظها[2] .

إلا أن هذا المعنى الإجمالي يظل محكوماً بضوابط صارمـــة تمنع التوسع في المحظور ؛ فالإباحة هنا هي إباحة استثنائية مؤقتة، تنتهي بانتهاء الحالة الخطرة ، ولا يجوز فيها للطبيب أن يتجاوز الحد الأدنى اللازم لدفع الضرر، تطبيقاً للقاعدة الفرعية " ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها "[3].

كما يشمل المعنـــى الإجمالي أيضاً رفع المسؤوليـــة الجنائية والمدنية عن الطبيب إذا اضطر لارتكاب فعل محظـــور(كالجراحة التي هي في أصلها مساس بجسم الإنسان) مادام القصد هو العلاج والضرورة قائمة [4].

المبحث الثاني : التأصيل الشرعي للقاعدة وأهميتها والقواعد المندرجة تحتها :

تعتبر هذه القاعدة من الكليات الخمس التي تقوم عليها مقصود ا لشارع (حفظ النفس) ، وهي تقوم على فكرة الموازنة بين المصالح و المفاسد .

المطلب الأول : التأصيل الشرعي للقاعدة :

تستند مشروعية الضرورة إلى نصوص قطعية رفعت الحرج عن المكلفين عند حلول الشدائد، وجعلت الحفاظ على النفس مبرراً لإتيان ما كان محظوراً في سعة الاختيار ، ويمكن تفصيل ذلك في النقاط التالية :

1- السيوطي جلال الدين : الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار السلام، القاهرة، ص .173

2- الغزالي أبو حامد : المستصفى في علم الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت، ص .174

3- ابن نجيم زين الدين : الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 86.

4- بن فنتوري، سارة، المسؤولية الجزائية للطبيب في القانون الجزائري، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة سعيدة، الجزائر، ص 92.

1- من القرآن الكريم :

وردت أدلة الضـــــرورة في مواضع متعددة من الذكر الحكيم ، جاءت في أغلبها بصيغة الاستثناء بعد ذكر المحرمات، ومنها : قوله تعالى في سورة البقرة: ﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ ۖ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ۚ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ سورة البقرة 173.

فقـــد رفعت الآيـــة الإثم عن المضطر بشرط عـــــدم البغي (طلب المحرم دون حاجـــة) وعدم العـــدوان(تجاوز قدر الحاجة) [1] .

و قوله تعالى في سورة الأنعـام : ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾ سورة الأنعام : 119. وهــذه الآية قاعدة عامة تفيد بأن كل ما حُرّم في حال الاختيار ، يُستثنى منه حال الاضطرار[2] .

القواعد الكلية الكبرى المستنبطة من آيات رفع الحرج ، كقوله تعالى : ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيـدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ البقرة : 185 ، وقوله : ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ الحج: 78.

2- من السنة النبوية :

ـ جـــاءت السنـة المطهرة مؤكدة لما ورد في القرآن، ومبينة لرحمة الشريعـة في التعامل مع الظروف القاهرة ، ومن ذلك : عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: " إنَّ اللهَ وضَع عن أُمَّتي الخطأَ والنِّسيـــــانَ وما استُكرِهوا عليه"[3]. والاستكراه هو أحد أعلى صور الاضطرار التي تُسقط المسؤولية الجنائية والأخروية.

ـ إقرار النبي صلى الله عليه وسلم لبعض الصحابة في حالات خاصة تركوا فيها بعض الواجبات أو فعلوا بعض المحظـورات دفعاً للضرر، مما أسس لقاعدة أن "المشقة تجلب التيسير"[4] .

1-محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي : الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي) ، ج2 ، دار الكتب المصرية ، القاهرة ، 1964، ص 225.

2- عماد الدين ابن كثير : تفسير القرآن العظيم ، ج3 ، دار طيبة للنشر والتوزيع ، 1999، ص 323.

3-أخرجه ابن ماجه في سننه ، كتاب الطلاق ، باب طلاق المكره والناسي ، رقم (2043). وصححه الألباني في "إرواء الغليل" (2/ 123).

4-جلال الدين السيوطي : الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1983، ص 76.

الأحاديث التي رخصت في التداوي بالمحرمات عند انعدام البديل المبـــاح ، كترخيص النبي صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن بن عوف والزبير بن العوام في لبس الحرير لعلة كانت بهما (الحكة) ، وهو دليل صريح على تغليب المصلحة الطبية والضرورة الصحية على أصل التحريم[1].

بيد أن هذه الإباحة ليست مطلقة ، بل هي محكومة بضوابط شرعية دقيقة تمنع استغلالها أو التوسع فيها دون مبرر، ومن أبرزها [2]:

- أن تكون الضرورة قائمة وحقيقية لا متوهمة.
- أن يتعذر دفع الخطر بوسيلة أخرى مشروعة.
- أن يتم الالتزام بقاعدة: " الضرورة تُقدّر بقدرها "؛ أي أن يقتصر المكلف من المحظور على ما يكفي لدفع الخطر فقط دون زيادة.
- ألا تؤدي الضرورة إلى إلحاق ضرر مساوٍ أو أكبر بغيره،عملاً بقاعدة : " الضرر لا يُزال بالضرر "[3].

المطلب الثاني : أهمية قاعدة " الضرورات تبيح المحظورات " :

تكتسب قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات " أهمية بالغة وبالغ الأثر في المنظومتين الفقهية والقانونية على حد سواء؛فهي الميزان الدقيق الذي يحفظ للمكلف توازنه ودينه عند تزاحم الواجبات وضيق الاختيارات.

وتتجلى هذه الأهمية في كونها تجسيداً حياً لمرونة الشريعة الإسلامية وصلاحيتها لكل زمان ومكان من جهة ، ومراعاة المشرع الجزائري للواقع الإنساني والنفسي للجاني في حالة الضرورة من جهة أخرى ، مما يجعلها صمام أمان لحماية الكليات الخمس وفي مقدمتها النفس البشرية .

أولاً : أهميتها عمومًا :

للقواعد الفقهية أهمية بالغة نذكر منها ما يلي :

– أنها " تضبط للفقيه أصول المذاهب وتطلعه من مآخذ الفقه على ما كان عنده تغيب وتنظم له منثور المسائل في سلك واحد وتقيد له الشوارد وتقرب عليه كل متباعد[4] .

1– أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الجهاد والسير، باب لبس الحرير في الحرب، رقم (2919). وينظر: وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ، المرجع السابق، ص .54

2–ابن نجيم المصري : الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1999، ص .85

3–محمد مصطفى الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة ، ج1، دار الفكر ، دمشق ، 2006 ، ص 213.

4–علي حيدر : درر الأحكام شرح مجلة الأحكام ، ت : المحامي فهمي الحسيني ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، بيروت ب.ط، ص15.

– أن دراستها خير عون على الحفظ خير عون على الحفظ والضبط للمسائل الكثيرة المتناظرة ؛ بحيث تكون القاعدة وسيلة لاستحضار الأحكام .

– تُكـــوِّن القواعد الفقهية عند الباحث ملكة فقهية قوية تنير أمامه الطريق لدّراسة أبواب الفقه الواسعة و المتعددة و معرفة الأحكام الشرعيـــــة في المسائل المعروضة عليه و استنباط الحلول للوقائع المتجددة و المسائل المتكررة[1] .

– قـال السيوطي : " اعلم أن فن الأشبـــاه و النظائر فن عظيم ، به يطلع على حقائق الفقـــه ومداركه ، ومآخذه و أسراره ، ويتمهر في فهمه و استحضاره ، ويقتدر على الإلحاق و التخريج ، ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة ، والحوادث و الوقائع التي لا تنقضي على ممر الزمان ولهـــذا قال بعض أصحابنا : الفقه معرفة النظائر"[2].

– قال الزركشي : " وهذه قواعد تضبط للفقيه أصول المذهب ، وتطلعه من مآخذ الفقه على نهاية المطلب وتنظم عقده المنثور في سلك و تستخرج له ما يدخل تحت ملك" [3] .

– يستأنس بهذه القواعد الفقهية في استنباط الأحكام ، بل قد تقوى هذه القواعد لقوة أدلتها .

ثانيًا : أهميتها خصوصًا :

ومما يوضح أهمية هذه القاعدة في الفقـــــه الإسلامي كثرة المسائل المندرجة تحتها تفرزها نوازل الزمان ، ومن استقرأ الشريعة في مواردها ومصادرها وجدها مبنية على قوله تعالى : ﴿ فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخمَصَةٍ غَيرَ مُتَجَانِفٍ لِإثْمٍ فَإنَّ اللهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ سورة المائدة 03.

– إن هـــــذه القاعدة لها أثر في مدى حاجة إليها في الحياة حيث أن" فروعها لا تنتهي ، وهي قاعدة عظيمة يستباح بها الحرام احتمال المكلف عسرًا يورد عليه من الضرر ما لا يقدر عليه[4] .

1– ابن رجب الحنبلي : القواعد ، الناشر مكتبة نزار مصطفى الباز ، مكة 1999م ،ص.3

2– السدلان : مرجع سابق ، ص33.

3–عبد الرحمن بن أبي بكر ، جلال الدين السيوطي : الأشباه والنظائر ، ط1، دار الكتب العلمية ،1411هـ–1990م،ص.6

4– يعقوب الجديع : تيسير علم أصول الفقه ، المكتبة الشاملة ، مؤسسة للطباعة والنشر والتوزيع ،ط1، بيروت ، لبنان1418هـ–1997م ، ص340.

– لما ابتليت الأمة في هذا الزمان من الاستدلال بهذه القاعدة في كل الأوامر من أمر أو إتباع الهوى ، وفي ذلك قال الشاطبي : " وربما استجار هذا بعضهم في مواطن يدعي فيها الضرورة و إلجاء الحاجة ، بناء على أن الضرورات تبيح المحظورات ؛ فيأخذ عند ذلك بما يوافق الغرض ... فإن حاصله الأخذ بما يوافق الهوى ، ومجال الضرورات معلوم من الشريعة "[1] .

– وهـــذه القاعدة ترجع إلى تحصيل المقاصد وتقريرها بدفع المفاســد أو تخفيفها "؛ أي " إن الضرورات و الحاجات التي تبيح الأحكام لتكون من الرُخص و التخفيفات ، إنما تكون مباحة للمكلف عند قيام الضرورة وانتهاضها عذرًا شرعيًا ، أما قبل ذلك فلا "[2] .

– تعد أيضًا من العوامل المهمة التي أدّت إلى سعة الشريعة ومرونتها ، حيث راعت حجات الناس و أحوالهم و أعذارهم و الخصائص العامّة للشريعة في رفع الحرج ودفع المشقة عن المكلفين ، وهذا أمر لم يوجد في الشرائع السابقة .

– تظهر مكانة هذه القاعدة من : " أن الشريعة تجلب المصالح وتدرأ المفاسد ، وهذه القاعدة تختص بدرء المفاسد ؛ وإن قدرا كبيرا من فقه الاستثناءات و أحكام الأحوال الاستثنائية و الطارئة ترجع إلى هذه القاعدة.

المطلب الثالث : القواعد المندرجة تحت قاعدة (الضرورات تبيح المحظورات) :

إن قاعدة " الضرورات تبيح المحظورات " بصفتها مظلةً كبرى للرخص الطبية، لا تنفرد بالأحكام النوازليّة في العمل الطبي، بل تندرج تحتها قواعد ضابطة وفرعية ، تُحدّد معالم الضرورة ومقاديرها من جهة الفقه الإسلامي ، وتتطابق في جوهرها مع الغايات التي رمى إليها المشرّع الجزائري في قانون الصحة وقانون العقوبات من جهة أخرى.ونفصل هذه القواعد وتطبيقاتها المقارنة وفق الآتي:

أولاً : قاعدة (ما أُبيح للضرورة يُقدّر بقدرها) :

تعتبر هذه القاعدة القيد الشرعي الأساسي لئلا تتحول الرخص الطبية الاستثنائية إلى استباحة مطلقة لجسد المريض ؛ ومؤداها أن الفعل المحظور شرعاً وقانوناً لا يُلجأ إليه إلا بالقدر الأدنى الذي يندفع به الهلاك[3].

1– الشاطبي : إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي : الموافقات ، ت : بن حسن آل سلمان ، ط1، دار ابن عفان ،1417هـ–1997م ، ص.99

2– محمد مصطفى الزحيلي : القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة ، ط1، دار الفكر ، ب.س ، ص15.

3– السيوطي جلال الدين: مرجع سابق ، ص 84.

في الفقـــه الإسلامي يتجلى ذلك في كشف العـــــورة الطبية ؛ فالأصل الحرمة ، وتُباح عورة المريض(أو المريضة) للطبيب المعالج بالقدر الذي يقتضيه التشخيص أو العملية الجراحية فقط ، فإذا كفى النظر حَرُم اللمس ، وإذا كفى كشف موضع الألم حَرُم كشف ما عداه[1].

في التشريع الجزائري تبنى المشرع هذا المبدأ صراحة ، حيث جعل السر الطبي وحرمة الحياة الخاصة للمريض أصلاً (المادة 47 من قانون الصحة 18-11) ، ولم يُبح رفع هذا الحظر والمساس بخصوصية المريض إلا في حدود ما تسمح به القوانين وللجهات المخولة قانوناً فقط(كالإخطار عن الأمراض المعدية أو حالات التسمم) ، وضمن الحدود الصارمة لدفع الخطر العام[2].

ثانياً : قاعدة (الاضطرار لا يُبطل حق الغير) :

تُعنى هذه القاعدة ببيان أثر الضرورة على الحقوق المالية؛ فالضرورة العلاجية وإن كانت ترفع الإثم الأخروي في الفقه، والمسؤولية الجنائية في القانون، إلا أنها لا تسقط حق التمسك بالتعويض والضمان للمتضرر[3].

في الفقه الإسلامي إذا اضطر الطبيب في حالة استعجالية لإنقاذ حياة مريض إلى استهلاك دواء مملوك لغيره ، أو استخدام آلة طبية خاصة دون إذن صاحبها، فإن فعله مشروع شرعاً، لكنه يضمن قيمتها لصاحبها عملاً بالقاعدة [4].

في التشريع الجزائري يتوافق هذا مع أحكام المسؤولية المدنية ؛ حيث تنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري على مبدأ التعويض عن الفعل الشخصي المسبب للضرر[5].

1-الشنقيطي محمد بن محمد المختار : أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها. مكتبة الصحابة، جدة، ط2، 1994، ص 115.

2-ينظر : المادة 47 وما بعدها من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة (الجزائر)، المؤرخ في 2 يوليو 2018، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46.

3-ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم : مرجع سابق ، ص 94.

4- الزركشي : مرجع سابق ، ص 319.

5-ينظر: المادة 124 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم.

فحالة الضرورة الطبية (كالتدخل الاستعجالي دون رضا المريض المغمى عليه) تنفي خطأ الطبيب الجنائي (المادة 288 من قانون العقوبات)، لكنها لا تعفي المستشفى أو الهيئة الطبية من ضمان الأضرار المادية القابلة للتعويض إذا شابه التدخل تقصير في الصيانة أو الرعاية اللاحقة[1]

ثالثاً: قاعدة (الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة) :

تختلف الضرورة عن الحاجة ؛ فالأولى ما يترتب على تركها هلاك النفس أو الأعضاء، بينما الحاجة هي ما يترتب على تركها الضيق والمشقة. بيد أن الفقه والتشريع توسعا في إلحاق الحاجة الطبية المعتبرة بالضرورة لتسهيل المعاملات العلاجية[2].

في الفقه الإسلامي بناءً على هذه القاعدة أجاز الفقهاء المعاصرون جراحات التجميل التحسينية والتقويمية التي تُقصد لإزالة عيب خِلقي أو طارئ (كآثار الحروق والحوادث)، بالرغم من الأصل العام في النهي عن تغيير خلق الله، وذلك دفعاً للمشقة النفسية والبدنية الواضحة التي تنزل منزلة الضرورة[3].

في التشريع الجزائري تظهر جلياً في ترخيص المشرع لعمليات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية من الأحياء أو الأموات (المواد 356 إلى 362 من قانون الصحة 18-11) ؛ فرغم أن الأصل هو حظر المساس بحرمة الجسد البشري ، إلا أن المشرع أجازها تلبية لحاجة المرضى المصابين بفشل عضوي مستعصٍ، شريطة الالتزام بالضوابط المجانية والشرعية[4].

رابعاً : قاعدة (الضرورة لا تُثبت بالشك) :

يشترط لإعمال الاستثناء الطبي أن يكون الخطر المحدق بالمريض حقيقياً، وقائماً، وراجحاً استناداً إلى المعايير العلمية المستقرة ، ولا عبرة بالخطر المتوهم أو المشكوك فيه[5].

1-ينظر في انتفاء الوصف الجرمي لحالة الضرورة الطبية: المادة 308 من الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، المعدل والمتمم.

2-الحموي أحمد بن محمد : البصائر على محاسن الأشباه والنظائر. دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1985، ج 1، ص 273.

3- البار، محمد علي : المسؤولية الطبية وأحكام الإجهاض والجراحة التجميلية. دار القلم ، دمشق ، 2002 ، ص 114.

4- ينظر: المواد من 356 إلى 362 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، مرجع سابق.

5- الزحيلي : مرجع سابق ، ص 245.

في الفقه الإسلامي لا يحل للطبيب إجهاض الجنين بناءً على مجرد حدس أو شك بوقوع تشوه ، بل يجب أن يثبت بتقرير لجنة طبية عدول أن بقاء الجنين يشكل خطراً محققاً على حياة الأم[1].

في التشريع الجزائري قنّن المشرع الجزائري هذا الضابط بصرامة في المادة 77 من قانون الصحة 18-11، حيث حظر الإجهاض حظراً عاماً، ولم يستثنِ منه إلا الإجهاض العلاجي الذي يهدف لإنقاذ حياة الأم أو الحفاظ على توازنها الصحي المهدد بخطر مؤكد، بناءً على رأي طبي وخبرة علمية متعددة التخصصات، قطعاً لدابر الشك والتوهم[2].

خامساً : قاعدة (ما جاز لعذر بطل بزواله) :

تفيد هذه القاعدة بأن الحكم الاستثنائي التخفيفي الذي قررته الضرورة الطبية يدور مع علته وجوداً وعدماً ، فيرتفع بمجرد عودة الحال إلى طبيعته[3].

في الفقه الإسلامي إعطاء المريض المواد المخدرة أو المسكنات الثقيلة (المشتقة من محظورات كالأفيون) يُباح طالما أن ألم المرض أو مقتضيات العمل الجراحي قائمة، فإذا زال الألم وتماثل المريض للشفاء، زال العذر وحرم الاستمرار في تعاطيها[4].

في التشريع الجزائري ينعكس هذا في المنظومة الجزائية الحمائية؛ حيث يُعفى الطبيب من المسؤولية في جرائم حيازة ووصف المؤثرات العقلية والمخدرات طالما كان ذلك داخلاً في إطار الوصفة الطبية العلاجية ولحاجة المرضى (وفق أحكام القانون 04-18 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية) ، لكن بمجرد انتفاء الحاجة الطبية وزوال العذر ، يُصبح فعل الطبيب تحت طائلة التجريم الجنائي العمدي[5].

1- البوطي محمد سعيد رمضان : ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية. مؤسسة الرسالة، بيروت، ط6، 2001، ص .212

2-ينظر: المادة 77 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، مرجع سابق.

3- الندوي علي أحمد : القواعد الفقهية: مفهومها، نشأتها، دراسة مؤلفاتها. دار القلم، دمشق، ط5، 1998، ص .302

4-كنعان أحمد محمد : الموسوعة الطبية الفقهية. دار النفائس، بيروت، ط1، 2000، ص .465

5- ينظر: القانون رقم 04-18 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بها (الجزائر)، المؤرخ في 25 ديسمبر 2004، المعدل والمتمم.

المبحث الثالث : الضوابط الشرعية والقانونية المقيدة للضرورة و مستثنياتها :

باعتبار أن " الضرورة " تمثل حالة استثنائية تخرج بالفعل الطبي عن أصل المنع والحظر إلى سعة الإباحة والترخيص ، فإن المشرع الإسلامي والوضعي على حد سواء ، لم يتركا هذه الحالة عُرضة للتوسع أو التقدير الشخصي المطلق من قِبَل الطبيب. فمن المعلوم أن الرخصة إذا أُحيطت بالإطلاق تحولت إلى وسيلة لإهدار الحقوق، وعليه فقد وُضعت جملة من "الضوابط" الدقيقة التي تعمل كصمامات أمان تضمن بقاء الفعل الطبي في مساره المشروع.

إن دراسة هذه الضوابط تكتسي أهمية بالغة في تحديد النطاق الفاصل بين "التدخل الطبي المباح" و"التعدي الموجب للمسؤولية"؛ حيث تبرز القواعد الفقهية الكبرى وقواعد القانون الطبي الجزائري كأدوات معيارية لتقييد الضرورة. كما يقتضي البحث في هذا المقام عدم الوقوف عند حدود الضوابط فحسب، بل يتعدى ذلك إلى استقراء "المستثنيات" التي لا تبيحها الضرورة مهما بلغت درجتها، صيانةً للمصالح العليا التي لا تقبل المفاضلة، كالنفس المعصومة التي لا يجوز إزهاقها بدعوى الضرورة الطبية لإنقاذ نفس أخرى.

المطلب الأول : الضوابط الشرعية للضرورة :

إن العمل بالضرورة ليس على إطلاقه دونما شروط أو قيود ، بل لابد من قيود وضوابط شرعية تحدد طريق العمل بها ، وذلك أن في الضرورة مخالفة حكم شرعي أصلي ؛ فلذالك كله وضع العلماء ضوابط العمل بالضرورة الشرعية لئلا تكون مطية لأهل الأهواء و الزيغ فيحلوا ما حرم الله بغير وجه حق ؛ وهذا ما سنذكره فيما يأتي :

*** الضابط الأول : أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة :** [1]

ومعنى هذا الضابط : أن يتيقن المكلف ، أو يغلب على ضنه أنه إن لم يرتكب المحظور فسيلحقه ضرر في إحدى الكليات الخمس ؛ و إذا كان الأمر كذلك فإنه لا يلتفت إلى الشك و الوهم .

1- وهبة الزحيلي : مرجع سابق ، ص 226.

ويدل لهذا الشرط أن الأحكام الشرعية إنما تناط باليقين وغلبة الظنون ، وأنه لا التفات فيها إلى الأوهام والظنون المرجوحة و الاحتمالات البعيدة[1] . وهذا معنى القاعدة : الرخصة لا تناط بالشك[2] .

*** الضابط الثاني : تعذر الوسائل المباحة لإزالة الضرر :**

ومعناه أن يتعين المحظور الشرعي وسيلة لدفع الضرر ، كأن يكون في مكان لا يجد فيه ما يتناوله إلا المحرم[3] ؛ وعليه فمتى أمكن المكلف إزالة الضرر ودفعه بالوسائل المباحة امتنع عليه ارتكاب المحظور شرعا .

*** الضابط الثالث : أن تقدر الضرورة بقدرها :**

ومعناه لا يباح للمضطر من المحرم إلا بقدر ما يدفع الضرورة ، فإن استرسل أو توسع أثم بفعله ، لقوله تعالى : ﴿ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَ لاَ عَادٍ فَلاَ إِثْمَ عَلَيهِ ﴾ سورة البقرة 173.

قال السعديُّ : غَيْرَ بَاغٍ – أي : غير طالب للمحرم ، مع قدرته على الحلال ، أو مع عدم جوعه، وَلا عَادٍ – أي : متجاوز الحد في تناول ما أبيح له ، اضطرارًا[4] ..

*** الضابط الرابع : أن لا يترتب على العمل بالضرورة ضرر أكبر من الضرر الحاصل بها :**

ومعنى هذا أن يكون الضرر المترتب عن حالة الضرورة أكبر من الضرر في المحظور الذي يحل الإقدام عليه ، فإن كان الضرر في حالة الضرورة أَنْقَصَ أو يُساويه فلا يُباحُ له : كالإكراه على القتل أو الزِّنَا : فلا يباح واحدٌ منهما ؛ لِمَا فيه من المفسدة الراجحة ؛ إذ ليس نَفسُ القاتل و عِرضُه أَوْلَى من نفس المقتول وعِرضِه .

وهذا عينه هو معنى القواعد الآتية : (الضرر لا يزال بمثله) ، (الضرر لا يزال بالضرر) ، (يرتكب أخف الضررين لدفع أعلاهما) ، ونحوها من القواعد[5] .

1- الجيزاني محمد : حقيقة الضرورة الشرعية ، مكتبة دار المنهاج ، الرياض ، د.س، ص .5

2- السيوطي : مرجع سابق ، ص141.

3-السدلان صالح : القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها ، دار بلنسية للنشر والتوزيع ، 2006 ، ص.250

4- عبدالرحمن بن ناصر السعدي : تيسير الكريم الرحمن ، الطبعة الأولى ،1423هـ-2002م ،ص81.

5- الجيزاني محمد : مرجع سابق ، ص 88-89.

*** الضابط الخامس : أن لا يُخالف المُضْطرُّ مَبادئ الشريعة الإسلامية وقواعدها العامَّة :**

من الحفاظ على أصول العقيدة وتحقيق العدل و أداء الأمانات ؛ فكل ما خالفَ قواعد الشرعِ فإنه لا أثر فيه للضرورة ، لأنّ المضطر يُخالف بعض الأحكام الشرعية لا قواعد الشريعة العامّة[1].

المطلب الثاني : الضوابط القانونية للضرورة :

تعتبر الضرورة في المجال الطبي استثناء يرد على الأصل العام و هو " حرمة جسد الإنسان " و" شرط الرضا المستنير"،ولكي لا يخرج هذا الاستثناء عن إطاره القانوني ، أجمع الفقه والقضاء على ضرورة توافر ضوابط موضوعية وشخصية صارمة نبيّنها فيما يلي :

أولاً : الضوابط المتعلقة بطبيعة الخطر (شرط الاستعجال و الحاليّة) :

يشترط لاعتبار الضرورة سببًا للإباحة أن يكون الطبيب أمام خطر حقيقي ، حالّ، ومحدق بحياة المريض أو سلامة جسده.

* الحاليّة : يجب أن يكون الخطر قائمًا وقت التدخل الطبي ، بحيث لا يحتمل التأجيل ، فإذا كان الخطر مستقبليًا أو يمكن دفعه بوسائل لا تنتهك حرمة الجسد انتفت حالة الضرورة[2] .

* جسامة الخطر : يجب أن يهدد الخطر مصلحة يحميها القانون تفوق في أهميتها المصلحة التي سيتم التضحية بها ، وفي الطب المصلحة الأسمى هي " الحق في الحياة "[3].

ثانيًا : الضوابط المتعلقة بالرضا (الرضا المفترض) :

لا يجوز للطبيب التذرع بالضرورة إلا إذا استحال عليه الحصول على رضا المريض أو ممثله القانوني وذلك في الحالات الآتية:

* استحالة التعبير عن الإرادة : كأن يكون المريض في حالة غيبوبة أو فاقد للوعي نتيجة حادث سير.[4]

1- السدلان صالح : مرجع سابق ، ص250.

2-محمد السعيد رشدي : المسؤولية المدنية والجنائية للأطباء و الصيادلة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2006، ص.184

3- منصور عمر طرفة : المسؤولية الطبية بين الشريعة والقانون ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية2011، ص.156

4- المادة 34 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 ، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب (الجزائري) ، التي تنص على أنه : " لا يجوز إجراء أي عملية بتر أو استئصال لعضو دون سبب طبي بالغ الخطورة وما لم تكن ثمة حالة استعجاليه أو استحالة إلا بعد إبلاغ المعني أو وصيه الشرعي وموافقته..."

* تعذر الوصول لذوي المريض : إذا كان الوقت اللازم للبحث عن الولي أو الوصي سيؤدي حتمًا إلى وفاة المريض ،أو تدهور حالته بشكل خطير ، هنا ينتقل الطبيب من " الرضا الصريح " إلى " الرضا المفترض "[1] .

ثالثًا : الضوابط المهنية و العلمية (مبدأ التناسب) :

لا تعني الضرورة منح الطبيب " صكًا على بياض " لتجاوز أصول المهنة بل تقيده بالآتي :

* التناسب : يجب أن يكون الفعل الطبي (المحظور) هو الوسيلة الوحيدة والضرورية لدفع الخطر ، فإذا أمكن إنقاذ المريض بوسيلة أقل ضررًا وجب على الطبيب اتباعها[2] .

* الالتزام بالأصول العلمية : تظل مسؤولية الطبيب قائمة إذا ثبت أنه ارتكب خطأ فنيًا جسيمًا لا يرتكبه طبيب يقظ في نفس ظروفه فحالة الضرورة تبيح " الفعل "ولا تبرر"الجهل و الإهمال"[3].

المطلب الثالث : مستثنيات قاعدة " الضرورات تبيح المحظورات " :

بعد ما توصلنا إلى دراسة القاعدة و الإحاطة بكل جزئياتها نقول إن لكل قاعدة هناك عدد من المستثنيات من هذه القاعدة ، فبعض المحظورات لا تباح بحال ، لكن عند الضرورة نجد أن الشارع يكتفي بتخفيف الإثم فقط ، فمن ذلك نذكر ما يلي :

أ- الكفر : فهو لا يباح بحال مهما كانت الضرورة ؛ حتى مع التهديد بالقتل لكن يباح للمضطر التظاهر بالكفر وقلبه مطمئن بالإيمان ، و إن صبر القتل كان أفضل[4] .

ب- الميتة : وجود ميتة لدفع الهلاك لو كان الميت نبيًا فإنه لا يحل أكله للمضطر لأن حرمته أعظم في نظر الشرع من مهجة المضطر .

1- وفاء حلمي أبو جليل : المسؤولية الجنائية للطبيب (دراسة مقارنة) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان 2010، ص203. ممدوح خليل البحر : المسؤولية الطبية في القانون الجنائي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الطبعة الأولى 1998، ص.115

2- المادة 344 من القانون رقم 18-11 ، المتعلق بالصحة (الجزائري) المؤرخ في 02 جويلية 2018، الجريدة الرسمية ، العدد.46

3- جبريل بن محمد حسين البصيلي : مرجع سابق ، ص.63

4- جلال الدين السيوطي : مرجع سابق ، ص84.

جـ – القتل : وما لو أكره على القتل أو الزنا فلا يباح واحد منهما بالإكراه لما فيهما من المفسدة التي تقابل حفظ مهجة المكره ، أو تزيد عليها .

د– الدفن : وما لو دفن بلا تكفين فلا ينبش ، فإن مفسدة هتك حرمة أشد من عدم تكفينه الذي قام الستر بالتراب مقامه[1] .

يُستثنى من هذه القاعدة القتل بغير حق و الاعتداء على عضو من الأعضاء و الزنا وضرب الوالدين أو أحدهما، فارتكاب هذه المحظورات ولو في حالة الضرورة لا يعفى الجاني من العقوبة ؛لأن هذه الأفعال لا تُباح بحال من الأحوال ، وإنما يعتبر الإكراه التام فعل منها شبهة من الشبهات التي تدرأ بها الحدود[2] .

1–جلال الدين السيوطي ، مرجع سابق ، ص84.

2– محمد عثمان شبير : القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية ، ط2، دار النفائس ، الأردن 1468هـ–2007م، ص215.

تنبثق قاعدة " الضرورات تبيح المحظورات " من جوهر الشريعة الإسلامية التي تتسم بالمرونة والواقعية ، حيث وضعت "قواعد الاستثناء" للحفاظ على المقاصد الضرورية للإنسان. وتعرف الضرورة بأنها الحالة الملجئة التي يخشى فيها المرء على نفسه أو أحد ضروراتــه من الهلاك ، بينما يظل المحظور في أصله ما طلب الشارع أو القانون الكف عنه على وجه الحتم ، إلا أن صفة المنع تزول عنه لعلة عارضة وهي الضرورة.

ويستنـــد التأصيل الشرعي لهذه القاعدة إلى القرآن الكريم والسنة النبوية ، حيث رفعت الآيات الإثم عن المضطر بشرط عدم البغي أو العدوان ، وأكدت السنة مبدأ رفع الحرج عن الأمـــة في حالات الإكراه والخطأ، مرخصةً في التداوي بالمحرمات عند انعدام البديل المباح. وتبرز أهمية هذه القاعدة في قدرتها على ضبط مآخذ الفقه وتنظيم المسائل المتناثرة ، مما يمكن الباحث من استنباط الحلول للوقائع المتجددة ، خاصة في المجال الطبي الذي يتطلب موازنة دقيقة بين المصالح والمفاسد. وتتدرج تحتها قواعد فرعية تضبط عملها، مثل قاعدة "الضرورة تقدر بقدرها"وقاعدة "ما جاز لعذر بطل بزواله "، مما يمنع التوسع في المحظور أو الاسترسال فيه ويوجه الاستثناء نحو غرضه السامي وهو استبقاء الحياة.

ومع هـــذه السعة ، فإن العمل بالضرورة محكوم بضوابط شرعيـــة وقانونية صارمة تعمل كصمامات أمان ؛ فيشترط شرعــاً أن تكون الضرورة قائمة وحقيقية لا متوهمـــــة ، وأن تتعذر كافة الوسائل المباحة الأخرى لدفع الضرر، مع الالتزام التام بعدم مخالفة مبادئ الشريعة العامة. ومن الناحية القانونية والمهنية، تتقيد الضرورة بشرط الاستعجال وحالية الخطر ، والاعتماد على الرضا المفترض للمريض في حالات الغيبوبـــة ، مع ضرورة الالتزام بالأصول العلمية ومبدأ التناسب. وأخيراً تظل هناك مستثنيات لا تبيحها الضرورة مهما بلغت درجتها، صيانةً للمصالح العليا التي لا تقبل المفاضلــة ، مثل الكفر بالقلب ، وقتل النفس المعصومة بغير حق ، والزنا ، وضرب الوالدين، نظراً لعظم مفسدتها التي لا يمكن تبريرها بالاضطرار.

الفصل الثاني :

تطبيقات قاعدة الضرورات تبيح المحظورات في المجال الطبي

المبحث الأول : المحظورات المتعلقة بحفظ النفس .

المبحث الثاني : المحظورات المتعلقة بحفظ النسل .

مدخـــــــــل :

يمثل هذا الفصل المختبر التطبيقي للقواعد النظرية التي تم تأصيلها سابقاً؛ فإذا كانت قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات" تكرس مرونة التشريع، فإن إعمالها في المجال الطبي يطرح إشكالات قانونية وأخلاقية معقدة، نظراً لتعلقها بحقوق لصيقة بشخص الإنسان تحظى بحماية دستورية وجنائية مشددة. وهو ما يفرض على الطبيب والباحث السير على خط فاصل بين إنقاذ الحياة واحترام حرمة الجسد.

إن إعمال هذه القاعدة في البيئة الطبية ليس إهداراً للنصوص، بل هو تفعيل لمبدأ " الموازنة بين المصالح والمفاسد "، حيث يُتسامح في ارتكاب فعل محظور شرعاً أو قانوناً درءاً لمفسدة أعظم؛ كهلاك النفس أو ضياع النسل. ومن هنا تبرز إشكالية الفصل في كيفية ضبط حدود "الضرورة الطبية" لضمان عدم خروجها عن إطارها الاستثنائي، وهو ما يتطلب تحليلاً دقيقاً لموقف الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري.

وتأسيساً على ذلك، تم هيكلة هذا الفصل وفقاً للمصالح الضرورية المراد حمايتها، وذلك عبر مبحثين أساسيين :

المبحث الأول : إباحة المحظورات لحفظ النفس: وينصب التركيز فيه على صيانة الذات البشرية من الهلاك عبر ثلاثة مطالب ؛ سنعالج فيها أحكام نقل وزراعة الأعضاء كوسيلة لإنقاذ الحياة، والتكييف القانوني والشرعي لعمليات بتر الأعضاء واستئصالها، وضوابط التداوي بالمواد النجسة أو المحرمة عند انعدام البدائل الطاهرة.

المبحث الثاني : المحظورات المتعلقة بحفظ النسل: وينتقل بنا التحليل إلى نطاق الأسرة واستمرار النوع البشري من خلال ثلاثة محاور تطبيقية؛ تبدأ بضوابط الإجهاض العلاجي عند تعارضه مع حياة الأم، ثم تقنيات التلقيح الاصطناعي، وصولاً إلى تحديد جنس الجنين ومدى مشروعية الاستناد إلى الضرورة فيها.

المبحث الأول : إباحة المحظورات لحفظ النفس :

يُعدّ حفظ النفس المقصد الأسمى والضرورة الأولى من المقاصد الخمسة التي جاءت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية لحمايتها، فبقاء النوع الإنساني هو الركيزة التي تقوم عليها سائر المصالح الأخرى. ومن هذا المنطلق ، لم يقف النظام القانوني ولا الفقهي موقفاً جامداً أمام الحالات التي تتعرض فيها حياة الإنسان للخطر ، بل أوجد مخرجاً استثنائياً يتمثل في قاعدة " الضرورات تبيح المحظورات ".

تعتبر "النفس البشرية" المحل الأول للحماية في كافة الشرائع السماوية والنظم القانونية، باعتبارها جوهر الوجود الإنساني. غير أن الممارسة الطبية قد تضع الطبيب أو المريض أمـــام خيارات حرجة ، حيث تضيق السبل و لا يبقى لإنقاذ النفس إلا ولوج باب " المحظور " ؛ وهو ما استوجب وضع ضوابط دقيقة تحكم هذا الاستثناء لمنع الانفلات أو التعدي تحت ذريعة العلاج.

المطلب الأول : نقل و زراعة الأعضـــــاء :

الفرع الأول : تعريف العضو البشري وعمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية :

تعد عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية إحدى ثمار التقدم العلمي ، وعليــه يتعين معرفة المقصود بالعضو البشري ، وأنواع عمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية .

أولا- تعريف العضو البشري: يعد التعريف بالعضو البشري من الأمور التي لا تخلو من الصعوبة ، ليس لتشابك هذا المصطلح وتداخله في علوم اللغة و الطب و الفقه الإسلامي و القانوني فحسب ،بل لأن وضع التعريف من الناحية الطبية أم لا يتسم بالأهمية و الضرورة التي يتسم بها من الناحية القانونية ، إذ له أهمية بالغة في بناء الأحكام وترتيب الآثار[1].

أ- **التعريف اللّغوي** : العضو بضم العين وكسرها : أحد الأعضاء وهو " كل عظم وافــر اللحم " ، ومن ذلك قولهم وعضيت الشاة والجزور وتعضية إذ جزأتها أعضاء ، وهو كذلك : " جزء من جسد الإنسان كاليد و الرجل و الأنف " وقد يطلق لفظ العضو أيضًا ويُراد به أطراف الإنسان[2] .

1- الأشهب العندليب فؤاد : الحماية الجنائية لحرمة جسم الإنسان عن الأعمال الطبية الحديثة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، ورقلة 2010-2011 ، ص.24

2- ابن منظور : لسان العرب ، الجزء التاسع ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت 1988، ص264.

و يلاحظ أن هذه التعاريف اللّغوية أنها لم تشمل جميع أجزاء جسد الإنسان ، لأنه يخرج من تعريف الأعضاء المتجددة كالدم و الشعر والجلد[1] .

ويُعرّف العضو في اللغة أيضاً بأنه القطعة من اللحم، وكل قطعة من الجسد تُعد عضواً مستقلاً بذاته من حيث التكوين الجسماني ، وهو ما يشير إلى أن المفهوم اللّغوي يركز على الكيان المادي الملموس الذي يمثل قسماً من مجموع البدن، سواء كان ظاهراً للعيان أو باطناً في جوف الإنسان ، وسواء كان له عمل حيوي واحد أو يشترك في عدة وظائف[2] .

كما يمتد هذا التعريف ليشمل الجانب المعنوي أحياناً في الاستخدامات المتأخرة ، لكن في أصله المعجمي يظل مرتبطاً بالتبعيض (أي كون الشيء بعضاً من كل) ؛ فالعضو هو الجزء الذي لا يقوم الجسد بتمامه إلا باجتماع أمثاله معه، وهو ما يميزه عن " الجهاز " الذي يمثل منظومة متكاملة من الأعضاء. وقد أشار اللغويون إلى أن مادة (عضا) تأتي بمعنى القطع ، مما يوحي بأن كل عضو في الجسم البشري ينظر إليه لغوياً كقسيم لبقية الأعضاء ، له حدوده الفيزيائية التي تفصله عما جاوره، وهو ما يتوافق مع الدلالة الجسدية التي تجعل من كل جارحة عضواً قائماً بذاته من الناحية اللغوية[3].

ب- التعريف الاصطلاحي :

يُقصد بالعضو البشـــري : " كل جزء منفصل تشريحياً عن جسم الإنســـان ، يتكوّن من بنيات نسيجية متجانسة تعمل معاً لأداء وظيفة فطرية سخرها الله تعالى لإقامة حياة البدن ، ويتمتع بخصوصية شرعية وقانونية تخرجه عن دائرة الأموال المادية ، بحيث لا يجوز أن يكون محلاً للتملّك أو التعاقد المالي ، وإنما هو حق لصيق بالكرامة الآدمية ومشمول بالحماية من الاعتداء أو الامتهان "[4] .

1- بوساق محمد المدني : موقف الشريعة الإسلامية من نقل الأعضاء بين البشر ، مركز الدّراسات والبحوث ، الرياض ،د.ط، د.ت ، ص251.

2-ابن منظور : مرجع سابق ، ص74-75.

3- الجوهري أبو نصر إسماعيل بن حماد : الصحاح : تاج اللغة وصحاح العربية ، تحقيق : أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين ، بيروت ، ط4 ، 1987م ، ج6 ، ص2428.

4-محمد نعيم ياسين : أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة ، دار النفائس ، عمان ، الطبعة السادسة ، 2012 ، ص 125.

ومن وجهة نظر فقهيـــة معاصرة ، هو : "جزء من البنية الجسدية للإنسان المكرم، يمثل وحدة وظيفية قائمة بذاتها ، ويعدُّ من قبيل الأمانات التي استودعها الخالق في بدن الإنسان ، فلا يملك التصرف فيـــه إلا بما يحقق مصلحة حفظ النفس الضرورية ، وبالضوابط التي قررها الشارع "[1].

يتضح لنا مما سبق أن تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية و مجمع الفقه الإسلامي للأعضاء تعريف واسع وشامل لجميع أعضاء الإنسان و أجزائه فتح الأفاق أمام عمليات نقل وزراعة الأعضاء و أزاح الكثير من العقبات التي من الممكن أن تواجه تلك العمليات ، إلا أنه يؤخذ عليه في الوقت نفسه تضمنه لجميع الأجزاء البشرية ، مع أن الكثير منها لا يعد من الأعضاء فهذا التعريف يعد الدم عضوًا بشريًا ، وهو ما لا يعد دقيقًا من الوجهة اللّغوية و الطبية[2] .

ثانيا– تعريف عمليتي نقل وزراعة الأعضاء :

هي تقنية طبية علاجية استثنائية، تقوم على استقطاع جزء حيوي (عضو، نسيج، أو خلية) من جسم إنسان حي أو ميت (المتبرع) يسمى بالمحل ، ونقله بطريقة جراحيـــة علمية إلى جسم إنسان آخر يسمى بالمتلقي ، بهدف إحلالـــه محل عضو تالف أو ناقص وظيفياً ؛ وهي عملية تستند في مشروعيتها القانونية إلى نظرية الرضا والتبرع ، وفي تأصيلها الشرعي إلى مقصـــــد حفظ النفس وقاعـــدة الاضطرار ، مع خروجها التام عن دائرة المعاوضات المالية اتساقاً مع مبدأ كرامة الجسد البشري"[3] .

و تُعرف عملية نقل وزراعـــة الأعضاء في المفهوم القانوني والطبي المتكامل بأنها ذلك الإجراء الجراحي المركب الذي يهدف إلى استئصال عضو أو نسيج أو جزء منهما من جسم بشري يُسمى " المتبرع "، سواء كان هذا الأخير حياً أو فارق الحياة جراء موت دماغي محقق ، ومن ثـم إعادة غرس ذلك الجزء في جسم إنسان آخر يُسمى "المستقبـــل" أو " المتلقي" الـــذي يعاني من فشل عضوي نهائي يهدد حياته أو يعيق وظائفه الحيوية بشكل جسيم[4]، وهذا الإجراء لا يتوقف

1– عبد السلام عبد الرحيم السكري : نقل وزراعة الأعضاء البشرية من منظور إسلامي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2004 ، ص 34.

2– هيثم حامد المصاروة : التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء ، دار المناهج ، عمان ، د.ت ، ص.18

3– بدران أبو العينين : البحوث الفقهية المعاصرة (في الطب والقانون) ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1994، ص 72.

4– بن الأخضر بن عزوز : النظام القانوني لنقل وزراعة الأعضاء في التشريع الجزائري والمقارن ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2011 ، ص 14.

عند كونه مجرد تقنية طبية متطورة ، بل هو نظام قانوني وأخلاقي يستند في جوهره إلى فكرة "التضامن الإنساني" ومبدأ "الضرورة العلاجية" التي تجيز المساس بحرمة الجسد البشري استثناءً لتحقيق مصلحة أسمى وهي إحياء النفس البشرية[1] .

وتعمقاً في هذا المفهوم ، نجد أن هذه العملية تنقسم إلى مرحلتين متلازمتين من الناحية المادية ومنفصلتين من الناحية الإجرائية؛ فالمرحلة الأولى هي "النقل" أو "الاستئصال" وهي الواقعة التي تثير إشكالات قانونيـــــة حول مشروعيـــــة التصرف في الجسد البشري ومدى أهليّـة المتبرع أو ذويه في منح الموافقة ، خاصة في ظل القواعد الآمرة التي تمنع المتاجرة بالأعضاء البشرية وتؤكد على مجانية التبـرع[2] .

أما المرحلـــة الثانية فهي " الزرع " أو " الغـــرس" وهي العملية التي تهدف إلى دمج العضو الجديد في المنظومة البيولوجية للمتلقي ، حيث يشترط فيها القانون والشرع أن تكون هي الوسيلة الوحيدة المتاحة لإنقاذ المريض ، إعمالاً لقاعـــدة أن " الضرورة تُقـدر بقـدرها "، بحيث لا يُلجأ إلى هذا المساس بجسد الغير إلا إذا استنفدت كافة الوسائل العلاجية الأخرى[3] . وبذلك ، تصبح زراعة الأعضاء عقداً طبياً من نوع خاص ، أطرافه المتبرع والطبيب والمستقبل ومحله " عضو بشري " يخرج عن دائرة التعامل المالي ليدخل في دائرة الهبة الإنسانية تحت رقابة صارمة من المشرع لضمان عدم انتهاك كرامة الإنسان وصيانة حق الفرد في سلامة جسده[4] .

الفرع الثاني : عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية في منظور الشريعة الإسلامية :

اتجه الرأي الغالب في الفقه المعاصر إلى جواز التبرع بأجـزاء جسم الإنسان لإنقاذ حياة أو صحة إنسان آخر ، وقد إنسان آخر ، وقد استند أصحاب هذا الرأي تأييدا لرأيهم إلى أدلة عديدة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة مرتكزين في ذلك على المبادئ و القواعد العامـــة في إباحة زراعة الأعضاء البشرية على النحو التالي :

1- علي شاكر عبد القادر: نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الطب والقانون ، دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2005 ، ص 32.

2- المادة 358 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة (الجزائري) ، التي تنص على منع التنازل عن الأعضاء بمقابل مالي، معتبرة إياها من أعمال التبرع الصرفة.

3- محمد جابر سعد : أحكام نقل أعضاء جسم الإنسان في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2007، ص 58

4- أحمد شرف الدين : الأحكام القانونية للعمليات الجراحية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1986، ص 112.

أولاً : مبدأ الكرامة الإنسانية :

التبرع عمل تتحقق به الكرامة الإنسانية ، كما أن فيه مصلحة عظيمة و إعانة خيرة . فالإنسان مخلوق كريم عند الله في أحسن تقويم وكرمه أعظم تكريم وصوره فأحسن صورته ، و أسجد له ملائكته وسخر له ما في السّموات وما في الأرض ، لذلك يعتز بنفسه و ارتباطه بكل ما في الوجود فيحيا عزيز النفس عالية الهمة ، لقوله تعالى : ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا ﴾ سورة الإسراء 70.

إن التعارض الظاهري بين وجوب صيانة الجسد وحرمة المساس به ، وبين حاجة المريض الماسة للعلاج ، يزول بإعمال قاعدة التيسير ، شريطة ألا يتخذ ذلك ذريعة لإهدار كرامة الإنسان عبر البيع والمتاجرة ، ما جعل الله للإنسان من الكرامة والاحترام ، فإن بيع الأعضاء هو ما يتنافى مع الكرامة الإنسانية و الاحترام ، أما عن التبرع بالأعضاء لغرض إنقاذ المريض من الهلاك و استعمالها في مثل ما استعملت له في أصل خلقتها ، أي بوضعها في موضع تقوم من خلاله بالوظيفة نفسها التي أوجدها ربها جل جلاله عندما خلقها، فهو يتفق مع الكرامة و الإحترام[1]

لقوله تعالى : ﴿ يُرِيدُ الله بِكم اليُسر ولاَ يُرِيد بِكم العُسر ﴾سورة البقرة 185. وقوله صلى الله عليه وسلم : (يسروا و لا تعسروا و بشروا ولا تنفروا)[2] .

يتجلى الربط بين قوله تعالى ﴿يُرِيدُ الله بِكم اليُسر﴾ وبين التوجيه النبوي (يسروا ولا تعسروا) في أن الشريعة الإسلامية جعلت من مصلحة الإنسان وحفظ نفسه مداراً للأحكام. فالتيسير القرآني هو الأصل الذي تتفرع عنه كافة الرخص الطبية ، ومنها نقل الأعضاء ، حيث تصبح الضرورة العلاجية مبرراً شرعياً لرفع العسر عن المريض ، تماشياً مع المنهج النبوي الداعي إلى التبشير بالشفاء ورفع الضيق عن المكلفين ، وهو ما يجعل من عمليات الزرع – عند انعدام البدائل– مظهراً من مظاهر الرحمة الإلهية والتيسير الشرعي."

1–سمير عازار : الموسوعة الصحية الطبية الشاملة ، الأعضاء والأجهزة ،دار النشر والتوزيع – دار نوبليس 2005، ط1، ص.92

2– رواه البخاري في صحيحه : كتاب العلم، باب ما كان النبي صلى الله عليه وسلم يتخولهم بالموعظة والعلم كي لا ينفروا ، ج1،حديث رقم 69. تحقيق : محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، بيروت، ط1، 1422هـ، ص 25 ،

ثانيًا : مبدأ إنقاذ النفوس و إزالة الضرر :

التبــرع عمل يدخل في أنــواع التـداوي حث عليه الشارع الحكيم في إنقـــاذ النفوس من التهلكة لقولـــه تعالى : ﴿ ....وَمَنْ أَحيَاهَا فَكَأَنَمَا أحيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾سورة المائدة32.

بل لا يجوز لمسلم يرى ضـــــررًا و يقدر على إزالته فلا يزيله بحسب وسعه ، وفي القواعد الشرعية المقررة أن الضرر يزال بقدر الإمكان ، ومن أجل هذا شرع إغاثة المضطر و إسعاف الجريح و إطعام الجائع و فك الأسير ومداواة المريض و إنقاذ كل مشرف على الهلاك في النفس أو دونها .

ثالثًا : مبدأ التراحم والتضامن الإنساني و التعاون على البر :

يعتبر الفقـــــه الإسلامي أن جسد الإنسان ملك للخالق سبحانه ، إلا أن بذل جزء منه وفق ضوابط لإنقاذ حياة إنسان آخر يعد من أعلى صـــــور التكافل الاجتماعي. ويتجلى هذا المبدأ في النقاط التالية :

. مفهوم الجسد الواحد : انطلق الفقهاء من الحديث النبوي الشريف الذي يصور المؤمنين كالجسد الواحد ؛ فإذا تعطل عضو في جسد إنسان ، فإن سعي الآخرين لترميم هذا العطل بنقل عضو أو جزء منه هو تجسيد عملي لروح التراحم التي ينبغي أن تسود المجتمع المسلم[1] .

ـ التعاون على البر والتقوى : استدل العلماء بقوله تعالى: ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾المائدة 03، حيث اعتبروا أن إنقاذ مريض أشرف على الهلاك أو يعاني من عجز عضوي مستعصٍ هو من أعظم أبواب "البر". فالمتبرع هنا لا يقدم مادة جامدة ، بل يقدم " هبة الحياة " التي تعين أخاه على عبادة الله واستخلافه في الأرض[2].

ـ الإيثار المطلوب: اعتبرت بعض الاجتهادات الفقهية أن تبرع الإنسان ببعض أعضائه (التي لا تتوقف عليها حياته) في حال حياته، أو وصيته بها بعد وفاته، هو نوع من الإيثار الذي امتدحه القرآن الكريم، مالم يؤدِ ذلك إلى تهلكة المتبرع نفسه ، وذلك عملاً بمبدأ " المصلحة الراجحة "[3] .

1- مسلم بن الحجاج : صحيح مسلم ، كتاب البر والصلة والآداب ، باب تراحم المؤمنين وتعاطفهم وتعاضدهم ، حديث رقم 2586.

2- يوسف القرضاوي : فقه الأولويات : دراسة في الضوابط والآداب ، ط 2 ، مكتبة وهبة ، القاهرة ، 1996، ص 184.

3- مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، القرار رقم 26 (4/1) بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً، مجلة المجمع ، العدد الرابع ، ج 1، ص 89.

عن النعمان بن بشير رضي الله عنهما قـــال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " مَثَلُ الْمُؤْمِنِينَ فِي تَوَادِّهِمْ وَتَرَاحُمِهِمْ وَتَعَاطُفِهِمْ مَثَلُ الْجَسَدِ إِذَا اشْتَكَى مِنْهُ عُضْوٌ تَدَاعَى لَهُ سَائِرُ الْجَسَدِ بِالسَّهَرِ وَالْحُمَّى"[1] .

وجه الاستـــدلال : شبه النبي صلى الله عليه وسلم الأمة بالجسد الواحد ، مما يفتح الباب فقهاً لاعتبار نقل عضو من جسد إلى آخر صورة من صور التكامل لإنقاذ هذا "الجسد الكبير".

عن أبي هريرة رضي الله عنه قـــــال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " مَنْ نَفَّسَ عَنْ مُؤْمِنٍ كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ الدُّنْيَا نَفَّسَ اللَّهُ عَنْهُ كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ يَوْمِ الْقِيَامَةِ "[2].

وجه الاستدلال : تعطل الأعضاء الحيوية (كالفشل الكلوي أو الكبدي) هو من أشد الكربات التي تواجه الإنسان ، والتبرع بالعضو هو وسيلة شرعية لتنفيس هذه الكربة.

عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم : " إِنَّ الأَشْعَرِيِّينَ إذا أَرْمَلُوا في الغَزْوِ، أَوْ قَلَّ طَعامُ عِيالِهِمْ بالمَدِينَةِ ، جَمَعُوا ما كانَ عِنْدَهُمْ في ثَوْبٍ واحِدٍ ، ثُمَّ اقْتَسَمُوهُ بيْنَهُمْ في إناءٍ واحِدٍ بالسَّوِيَّةِ ، فَهُمْ مِنِّي وأنا منهمْ "[3].

وجه الاستدلال : يكرس هذا الحديث مبدأ " المواساة " بالمال والطعام ، وقد قاس عليه الفقهاء المواساة" بالأجزاء " إذا كانت تمنح الحياة للغير ولا تضر المتبرع ضرراً فاحشاً.

رابعًا : حالة الضرورة :

يُعرف الفقهاء الضرورة بأنها : " أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة بحيث يخاف منها حدوث ضرر أو هلاك بالنفس أو بالعضو أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال ، فتبيح له ارتكاب المحظـــور أو ترك الواجب أو تأخيره دفعاً للضرر عنه في حدود شرعية "[4].

وفي سياق نقل الأعضـاء ، هي تلك الحالة التي يبلــغ فيها مرض الإنسان حداً يهدد حياته بالانقطاع ، ولا سبيل لإنقاذه إلا باستبدال العضو التالف بعضو سليم من شخص آخر، وهو ما يقلب الحكم من " الحظر" إلى " الإباحة " استثناءً.

1- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأدب، باب رحمة الناس والبهائم، حديث رقم (6011). وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب التوبة ، باب في سعة رحمة الله تعالى وأنها سبقت غضبه، حديث رقم (2586 / ترقيم عالمي) بلفظ متقارب.

2- رواه مسلم في صحيحة : مرجع سابق ، حديث رقم 2586..

3- أخرجه البخاري في صحيحه : صحيح البخاري ، مرجع سابق ، حديث رقم .2486

4- وهبة الزحيلي: نظرية الضرورة الشرعية ، دراسة مقارنة ، ط 3، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، د.ت ، ص 64.

تعتبر حالة الضـــــرورة المحور الذي تدور حوله أحكام نقل وزراعة الأعضاء ؛ فمن الناحية الفقهية ، استقر الاجتهاد المعاصر على أن جسد الإنسان ، وإن كان محاطاً بسياج من الحرمة والكرامـة يمنع المساس به ، إلا أن هذه الحرمة تتقيد أمام ضرورة " حفظ النفس" التي هي إحدى الكليات الخمس المقصديـة. وينبني هذا التأصيل على قاعدة " الضرورات تبيح المحظورات " ، حيث يُنظر إلى تعطل العضو الحيوي للمريض كخطر حتمي يهدد حياته بالزوال ، مما يرفع الحظر عن فعل الاستقطاع من جسد الغير (سواء كان حياً أو ميتاً) باعتباره الوسيلة الوحيدة المتاحة لدرء مفسدة الموت.

ويطبق الفقهاء هنا موازنة دقيقة بين مصلحتين : مصلحة المحافظة على تكامل الجسد ، ومصلحة إنقاذ حياة إنسان معصوم ، فيُصار إلى ارتكاب أدنى المفسدتين (وهي المساس بالجسد) لتحصيل أعظم المصلحتين (وهي استبقاء الحياة) ، عملاً بقاعدة " الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"[1] .

الفرع الثالث : عمليات نقل وزرع الأعضاء في القانون الجزائري :

يستمد نظام نقـــل وزرع الأعضاء مشروعيته في التشريع الجزائري الحالي من أحكام القانـــــون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، الذي أفرد فصلاً كاملاً لتنظيم هذه العمليات باعتبارها استثناءً مبرراً لغرض علاجي. وقد دلت مواد هذا القانون على إجازة المساس بالتكامل الجسدي لغرض الزرع وفق الضوابط الآتية:

أبـــــاح المشرع نزع الأعضاء من الأحياء أو المتوفين وزرعها لأغراض علاجية حصراً [2] ، مع التأكيـد على أن التبرع عمل تطوعي ومجاني، حيث يمنع منعاً باتاً تقاضي أي مقابل مادي أو الحصول على نفع مزية من أي نوع كان، وتحت طائلة العقوبات الجنائية[3].

1- وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، دار الفكر، دمشق، ص 2611؛ وانظر أيضاً: مجمع الفقه الإسلامي الدولي، القرار رقم 26 (4/1) بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر، مجلة المجمع، ع 4، ج 1، ص 89.

2- المادة 358 من القانون رقم 18-11، المؤرخ في 2 جويلية 2018، المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46، الصادرة بتاريخ 29 جويلية 2018.

3- المادة 359 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

اشترط القانون أن يكون المتبرع بالغاً، عاقلاً، ومتمتعاً بالأهلية القانونية ، وأن يعبر عن رضاه الصريح والحر أمام هيئة طبية متخصصة بعد إعلامه بكافة المخاطر . كما حصر التبرع بين الأحياء في دائرة الأقارب(الأصول ، الفروع ، الإخوة ، والأزواج) حمايةً من المتاجرة[1] .

تبنى المشرع في القانون الحالي مبدأ " الموافقة المفترضة "، حيث يجوز نزع الأعضاء من الشخص المتوفى ما لم يعبر حال حياته عن رفضه الصريح لذلك ، وفي حالة عدم معرفة إرادته ، يتم اللجوء إلى موافقة الورثة[2]

حصر المشرع إجراء هذه العمليات في المؤسسات الاستشفائية العمومية المسجلة والمعتمدة لهذا الغرض ، لضمان الرقابة الصارمة وتوفر الشروط التقنية والأخلاقية اللازمة[3].

يرخص القانون بإباحة الأعمال الطبية في مجال عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية فهناك شروط وقيود قانونية لابد من توافرها للسماح بإجراء عمليات اقتطاع الأعضاء وتجمع جل التشريعات على اعتبارها مبادئ ، والمشرع الجزائري يساير أغلب هذه التشريعات ، وسوف نحاول توضيح ذلك من خلال النقاط التالية :

أ- أن يكون محل التبرع مشروعًا : يُشترط ضرورة المحافظة على حياة المتنازل و سلامة جسمه.

أن لا يعود بالضرر على المتبرع ، فلا يجوز التبرع بالعضو الوحيد في الجسم كالقلب و الكبد لأن هذا الاستئصال يفضي إلى موت صاحبه ، بل التبرع بالعضو المزدوج كالكليتين أو الرئتين شريطة أن يكون العضو المتبقي قادر على القيام بالوظيفة البيولوجية[4].

1- المادتان 361 و362 من نفس القانون.

2- المادتان 365 و366 من نفس القانون. (ملاحظة : هذه المواد تجسد قاعدة الضرورة في أن مصلحة الحي في استعادة صحته مقدمة على حرمة جسد الميت الذي لم يمانع التبرع).

3- المادة 360 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

4- المواد 360 وما بعدها من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018، المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46، الصادرة بتاريخ 29 يوليو 2018.

حيث نجد أن المشـــرع الجزائري نص على الحفاظ على حياة المتبرع وذلك باستقــراء نص المادة 360 من قانـــون الصحة وما بعدها ، والتي تنص على أنه لا يجـــوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر ، وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه ، وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين ، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب ورئيس المصلحة[1].

لقد كرس المشرع الجزائري مبدأ (الغاية العلاجية) كشرط جوهري لمشروعية العمل الطبي في مجال نقل وزرع الأعضاء ، حيث حصر عمليات الاستئصال في الأغراض العلاجية والتشخيصية فقط. وهذا ما أكدتـــه المادة 355 من قانون الصحة 18-11 بقولها : « لا يجوز زرع الأعضاء أو الأنسجة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية ». كما عزز هذا التوجه في المادة 364 من القانـــون ذاتـــه ، والتي اشترطت ألا يتم النزع إلا إذا كان يمثل « الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل وسلامته البدنية ».

ومن خلال استقراء هذه النصوص يتضح جلياً أن المشرع قد استبعد أي أغراض غير طبية ، لاسيما تلك التي تنطوي على المســـاس بكرامة الذات البشرية كالاتجار بالأعضاء ، جاعلاً من (الضرورة العلاجية) المعيار الوحيد لإباحة هذا النوع من العمليات[2].

ب- أن يكون التبرع دون مقابل مادي :

لقد اشتـرط المشرع الجزائري مبدأ مجانيـــة التصرف في الأعضاء البشرية ، وهو المبدأ المكرس بنص المادة 358 من قانـــون حماية الصحة وترقيتها والتي تنص على أنه لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية و لا زرعها موضوع معاملة مالية " أي أن الشخص يتنازل عن عضو من أعضائه بدون مقابل مدادي على وجه الهبة وقد اعتبر المشرع الجزائري هذا المبدأ هو الوحيد والأوحد لعدم خروج هذه العمليات عن غرضها العلاجي[3] .

1- القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018، المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46، الصادرة بتاريخ 29 يوليو 2018.

2- بوضياف عمار : شرح قانون الصحة الجديد 18-11 ، دار جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ، الطبعة الأولى ، 2019 ، ص 142 وما بعدها.

3- أنظر المادة 358من قانون حماية الصحة و ترقيتها .

ومن هذا المنطلق ، نجد أن المشرع الجزائري يرفض صراحةً – بموجب أحكام القانون – أن يكون التعامل في الأعضاء البشرية محلاً للبيع أو المعاوضة؛وهو مبدأٌ تكرس في سائر التشريعات المقارنة، العربية منها والأجنبية على حد سواء. ويستند هـــذا الحظر إلى أن حق الإنسان على جسده ليس حقاً مالياً، مما يجعله خارجاً عن دائرة التعامل التجاري ، ويمنع كونه محلاً للمتاجرة[1] .

كما أن إقحام الاعتبارات الماديــة في هذا المجال يتعارض جوهرياً مع مبدأ الكرامــة الإنسانية ؛ إذ يجب أن تنصرف إرادة المتبــرع نحو تحقيق غايات إنسانيـــة نبيلة ، بحيث يكون التضامن الإنساني ، والتراحم ، والإيثار هي الدوافع الأساسية للتبرع ، بعيداً عن أي سعيٍ لتحقيق الربح أو المنفعة المادية".[2]

أصبحت عمليات نقـــل وزراعــة الأعضاء البشريـــة حقيقة طبية ثابتــة أسهمت بفعالية في إنقاذ أرواح الكثيـــر من المرضى ، ونظراً لكون جسم الإنسان هو الكيان المادي الذي يباشر من خلاله وظائفه الحيوية ، فقد أحيط بحماية قانونيــة مشددة باعتبـــار الحق في سلامــة الجسم من الحقــوق اللصيقـــة بالشخصية التي تلتــزم الدولة بصونها[3].

والأصل وفقاً لمبدأ الشرعيــة الجنائية أن الأفعال كافة تظل على الإباحة ما لم ينص المشرع على تجريمها حمايةً لمصلحة يراها جديرة بالرعاية ؛ غير أن الصفة الإجرامية التي تلحق ببعض الأفعال ليست ثابتــة بصفة مطلقة ، إذ قد تطرأ ظروف يقدر معها المشرع انتفـــاء علة التجريم ، مما يـؤدي إلى زوال المصلحة محل الحماية الجنائية ، فيتحـول الفعل من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة ، وهو ما يترتب عليه إعفاء مرتكبه من المسؤولية الجنائيـــة والمدنية على حد سواء[4].

وعليه ، فإن الفعل الذي لا يتناوله المشرع بالتجريم أصلاً يظل مباحاً إباحة أصلية عملاً بقاعدة " الأصل في الأشياء الإباحة "، أما الفعل الذي يخضع ابتداءً لنص تجريم ولكن المشـرع يسمح به

1- بلحاج العربي : النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول (مصادر الالتزام) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005، ص 168.

2- علي فيلالي : الالتزامات ، الفعل المستحق للتعويض ، دار موفم للنشر ، الجزائر ، 2002 ، ص 94.

3- تنص المادة 34 من الدستور الجزائري على أن "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة جسم الإنسان، ويمنع أي مساس به"، وهو ما يؤصل للحماية الدستورية للجسد قبل الحماية الجنائية.

4- يُقصد بانتفاء علة التجريم هنا هو "سبب الإباحة" الذي يرفع صفة الجريمة عن الفعل ، حيث ينتفي الركن الشرعي للجريمة ويصبح الفعل مشروعاً.

استثناءً إذا وقع في ظروف محددة ، فيعتبر مباحاً إباحة استثنائية . ويكمن معيار التفرقـــة بينهما في مدى مطابقة الفعل للنموذج القانوني للجريمة ؛ فمتى انطبق الفعل على وصف جرمي ثم خضع لسبب من أسباب الإباحة (كالفعل الطبي) كانت الإباحة استثنائية ، أما إذا لم ينطبق عليه النموذج القانوني للجريمة من الأساس فهو مباح إباحة أصلية[1] .

وتتجسد هذه الإشكالية بوضوح في عمليات نقل الأعضاء البشرية ، كونها تمس حقوقاً جوهرية للإنسان متمثلة في حقـــه في الحياة وحقه في التكامـــل الجسدي ، مما استوجب تدخلاً تشريعياً لضبط حدود المساس بهـذه الأعضاء[2] .

وعلى ذلك فإن الفعـل الذي لا يتناوله المشـــرع بالتجريم من الأصل يكون مباحًا إباحة أصلية عملا بقاعدة أن الأصل في الأشياء الإباحة ، أما الفعل الذي يخضع ابتداء القاعدة التجريم ولكن المشرع يسمح به استثناء إذا وقع في ظروف معنية و محـددة يكون مباحًا إباحة استثنائية ومعيار التفرقة بين الإباحة الأصلية والإباحة الاستثنائية هو مدى مطابقة الفعل للنموذج القانوني للجريمـة ؛ فإذا كان هذا الفعل قد جاء مطابقًا لذلك النموذج ، ولكنه لظروف استثنائية خضع لسبب الإباحة فإن الفعل هذا يكون مباحًا إباحة استثنائية ، فإذا لم ينطبق على الفعل النمـــوذج القانوني للجريمة فهو مباح إباحة أصلية ويرجع أصل المشكلة هنا إلى عمليات نقـــل الأعضاء البشرية التي تعتبر حق من الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان وهو حقه في الحياة وحقه في تكامله الجسدي[3] .

الفرع الرابع : مقارنة بين الشريعة والقانون الجزائري في مسألة نقل وزرع الأعضاء :

تتجلى العلاقة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري في مسألة نقل الأعضاء كعلاقة تكاملية وتوافقية ؛ حيث استلهم المشرع الجزائري المبادئ الكبرى من الفقه الإسلامي المعاصر، ويمكن تلخيص أوجه المقارنـــة في النقاط التالية :

1- انظر : أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجنائي العام ، دار هومة ، الجزائر ، الطبعة الخامسة ، 2009 ، ص .164

2- نظم المشرع الجزائري هذه العمليات وشروط إباحتها بموجب القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، لاسيما المواد من 358 إلى 362 منه، والتي تحدد ضوابط نزع الأعضاء من الأحياء أو المتوفين.

3- خالد مصطفى فهمي : النظام القانوني لإجراء التجارب الطبية وتغيير الجنس ومسؤولية الطبيب الجنائية والمدنية ، دار الفكر الجامعي2014 ، ط1، المجلد1، ص214-216.

1- وحدة الغاية (حفظ النفس) : يلتقي الطرفان عند " مقصد حفظ النفس "، حيث تجيز الشريعـــة النقل استناداً لقاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"[1] ، بينما يشرعه القانون الجزائري كحق في العلاج وضمان السلامة الجسدية بموجب قانون الصحة 18-11[2] .

2- حرمــة الجسد ومجانيــة التبرع : يجمع الطرفان على أن جسد الإنســان (حياً أو ميتاً) ليس محلاً للتعاقد المالي. فالشريعة تمنع البيع لعلة "عدم الملكية الآدمية للجسد"، والقانون الجزائـــري يمنع المتاجرة بالأعضاء لعلّة " خروج الجسد عن دائرة التعامل المالي "[3].

- **الموازنة بين المصالح** : يشترط الفقه والقانون ألا يؤدي إنقاذ المريض إلى إلحاق ضرر جسيم بالمتبرع، إعمالاً لقاعدة "الضرر لا يزال بمثله"[4]، وهو ما قننه المشرع الجزائري بفرض رقابة طبية صارمة قبل العملية.

4- نقطة التباين (الموت الدماغي) : يظهر التباين الطفيف في " تحديد لحظة الموت "؛ فبينما يتبنى القانون الجزائري المعيار الطبي الحديث (الموت الدماغي) صراحةً لتسهيل عملية النقل[5]،لا يـــزال جزء من الفقه الإسلامي يتردد في قبول هذا المعيار مفضلاً العلامات التقليدية للوفاة.

المطلب الثاني : بتر الأعضاء وإستئصالها لإنقاذ النفس :

تعتبر سلامة الجسد البشري وحرمته من المبادئ الأصولية التي أحاطتها الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية بسياج متين من الحماية والقدسية[6]. غيــر أن الجسد قد تعرضه عوارض مرضية أو حوادث طارئـــة تضع حياة الإنسان على المحك ، وتجعـــل بقاء عضو فاسد أو مريض سبباً مؤكداً في هــلاك النفس بأكملها. وهنا تبرز الإشكالية الطبية والفقهية والقانونية : هل يجوز التضحية بالجزء من أجل الحفاظ على الكل ؟

1- يوسف القرضاوي : مرجع سابق ، ص 531 .

2- المادة 355 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 جويلية 2018، المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية،2018، العدد 46.

3-انظر: علي فيلالي: الالتزامات : الفعل المستحق للتعويض ، موفم للنشر، الجزائر، 2007، ص 142 .

4- جلال الدين السيوطي : الأشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، د ط ، د.ت ، ص 87.

5- المادة 362 من قانون الصحة 18-11 (التي تفصل في شروط معاينة الوفاة من قبل لجنة طبية مختصة).

6- ينظر : في تأصيل حرمة الجسد البشري في الفقه الإسلامي: القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1964م، ج 10، ص 253 (عند تفسير الآية 70 من سورة الإسراء: "ولقد كرمنا بني آدم").

إن هذا المطلب يسلط الضوء على واحدة من أدق التطبيقات الطبية لـ " قاعدة الضرورة "، حيث يقف الطبيب والمشرع معاً أمـام موازنة دقيقة بين مفسدتين : مفسدة بتـــر عضو من جسد الإنسان وتشويــه بنيته الآدمية ، ومفسدة هلاك النفس الكلية.[1]

وسنحاول من خـــلال هذا المطلب تأصيل هذه المسألـــة عبر رصد التكييف الفقهي الإسلامي لمدى مشروعية بتر الأعضاء كأداة علاجية استثنائيـــة ، مقارنةً بالغطاء القانوني الذي أضفاه المشرع الجزائري على هذه العمليات الجراحية ، وضوابط المسؤولية الطبية المترتبة عليها عند قيام حالة الضـــرورة المعتبرة [2].

الفرع الأول : التأصيل الفقهي لبتر الأعضاء :

يعـــد جسد الإنسان في المنظور الإسلامي أمانة استودعها الله لديه، وليس ملكاً مطلقاً يتصرف فيه كيفما شاء، ولذلك أحاطت الشريعة هذا الجسد بسياج من الحرمة والتعظيم . إلا أن الضـــرورات الصحية قد تفرض واقعاً استثنائياً يضع الفقيـــــه والطبيب أمام خيارين أحلاهما مر : إما إبقاء العضو التالف وما يترتب عليه من هلاك النفس ، أو بتره إنقاذاً لما تبقى من الجسد.

ويقوم التأصيل الفقهي لهذه المسألة على مبدأ " تقديم مصلحة الحي على مصلحة العضو "، فبتر العضو في حقيقته ليس اعتداءً مقصوداً لذاتـــه ، بل هو مسلك اضطراري لاستبقاء الحياة التي هي المقصد الضروري الأول في الإسلام. وقد تضافرت الأدلة الشرعية والقواعد الفقهية الكلية على جواز هذا الإجراء إذا تعين وسيلة وحيدة للشفاء، معتبرين أن فوات " الجزء " أهون بكثير من فوات " الكل"[3]

1- انظر : السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1983م، ص 87 (قاعدة: "إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما").

2- راجع المواد ذات الصلة بحماية سلامة الجسم البشري وضوابط العمل الطبي في قانون الصحة الجزائري رقم 18-11. وينظر أيضاً: بن شيخ لحسين، المسؤولية الطبية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2015م، ص 45 وما بعدها.

3- السيوطي جلال الدين : الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية ، بيروت ،1983، ص 83-84 (شرح قاعدة : الضرورات تبيح المحظورات ، وقاعدة : الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف).

أولاً : موقف المذاهب الفقهية :

لم يقف الفقهاء المسلمون موقفاً جامداً تجاه التطورات الطبية التي تمس جسد الإنسان، بل انطلقوا من مبدأ أن الشريعة الإسلامية جاءت لتحقيق مصالح العباد في العاجل والآجل . ومن هذا المنطلق ، عالجت المذاهب الفقهية (المالكية ، الشافعية ، الحنفية، والحنابلة) مسألة "بتر الأعضاء" أو "القطع العلاجي" ضمن أبواب الجراح والضرورات، واضعين نصب أعينهم القاعدة الأصولية الكبرى وهي"حفظ النفس " كأولى الضروريات الخمس .

وتتجلى عبقرية الفقه الإسلامي في هذا السّياق من خلال التمييز الدقيق بين " الاعتداء على النفس" المحرم قطعاً، وبين "القطع المباح" الذي تمليه الضرورة العلاجية ؛ حيث اعتبر الفقهاء أن العضو الذي فسد وأصبح يهدد حياة الإنسان بسراية الداء منه إلى بقية الجسد ، يأخذ حكم " الشيء الضار" الذي يجب إزالته دفعاً للمفسدة الكبرى (الموت) بالمفسدة الصغرى (فقد العضو)[1]. وبالرغم من اتفاق المذاهب في الجملة على مشروعية البتر عند الضرورة ، إلا أنهم تفاوتوا في تفصيل الشروط ، ومدى إلزام المريض بقبول البتر ، وتكييف مسؤولية الطبيب في حال فشل الجراحة ، وهو ما يستوجب عرض آراء هذه المذاهب بشيء من التفصيل والمقارنة[2] .

فقد اتفقت المذاهب الفقهية الأربعة في الجملة على مشروعية بتر العضو إذا خيف منه على النفس ، تأسيساً على أن الجزء يضحى به في سبيل الكل ، وأن " الضرورات تبيح المحظورات " ، إلا أنهم فصلوا في أحكامها كما يلي :

1-ذهب الحنفية إلى جواز قطع العضو المريض إذا قرر الأطباء أن فيه هلاك النفس.وقد استدلوا بأن "الإنسان يملك التصرف في نفسه فيما يعود عليه بالنفع ". إلا أن للحنفية رأياً دقيقاً في حالة "عدم الإذن"؛ فإذا قطع الطبيب العضو لضرورة دون إذن المريض (في حالة الغيبوبة مثلاً)، اعتبروا ذلك فعلاً مشروعاً من قبيل "الحسبة" أو " الولاية العامة " لإنقاذ الروح ، ولا يضمن الطبيب ما تلف بهذا القطع لأنه فعل مأمور به شرعاً[3].

1- جلال الدين السيوطي : الأشباه و النظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، دار الكتب العلمية ، بيروت 1990، ص.89

2- وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي و أدلته ، المجلد الرابع ، الطبعة الرابعة ، دار الفكر ، دمشق ،ص 260.

3- علاء الدين الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج 7، ص 302. وأيضاً: ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين) ، دار الفكر ، بيروت ، ج 6، ص 754.

2- يرى المالكية أن بتر العضو المريض (كالآكلة) جائــز بل قد يصل إلى الوجوب إذا تعين وسيلة لإنقـــاذ النفس. ويشترط المالكيـــة أن يكون البتر بتقدير أهل الخبرة (الأطباء) ، فإذا غلب على الظن هلاك النفس ببقاء العضو، جاز قطعه. وقد ناقش المالكية مسألة " الإكراه على العلاج "، فذهب بعضهم إلى أن المريض لا يُجبر على البتر إذا كانت نسبة النجـاح غير محققة ، لأن" الأصل في جسد المسلم الحرمــة " ولا يُنتهك إلا بمصلحة محققة[1].

3-توسع الشافعية في تأصيل المسألة من خلال قاعدة " تزاحم المصالح والمفاسد".ويرى الشافعية أنه إذا وقعت الآكلة في عضو ، فإنه يجوز قطعه استبقاءً للروح. ويشترطون أن يكون النفع المرجو من القطع أعظم من الضرر المترتب عليه. كما يتميز الشافعية بدقة البحث في "سراية الجرح " ؛ فإذا بتر الطبيب العضو بإذن المريض ووفق الأصول الطبية ثم مات المريض، فلا ضمان على الطبيب لأن "الأمر بالشيء إذن في لوازمه"[2] .

4- يتفق الحنابلة مع الجمهور في جواز البتر للضرورة ، وقد صرحوا في كتبهم بأنه "إذا وقعت الآكلة في عضو، فله قطعه إذا خاف سريانها إلى بقية جسده". ويشترط الحنابلة "رجحان السلامة"؛ أي أن يكون الظن الغالب أن البتر سيؤدي فعلاً لإنقاذ المريض، أما إذا كان الهلاك واقعاً بالبتر أو بدونه، فإنهم يميلون إلى المنع صيانةً لحرمة الجسد من العبث دون فائدة[3].

ثانيًا : القواعد الفقهية الناظمة للبتر :

إنَّ إقدام الطبيب الجرّاح على قطع جزء من جسد المريض الآدمي لا ينطلق من محض إرادة تحكمية أو ممارسة طبية مجردة، بل يستند فقهياً إلى منظومة من القواعد الكلية التي تضبط تصرف المكلف عند تزاحم المصالح والمفاسد، وتعد مسألة بتر الأعضاء لإنقاذ النفس نموذجاً

1- أبو عبد الله محمد بن أحمد عليش : منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ج 9، ص 418. وأيضاً: القرافي، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ج 13، ص .290

2- أبو زكريا محيي الدين النووي : روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت، ج 9، ص 166. وأيضاً : الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي، ج 9، ص 14.

3-موفق الدين ابن قدامة المقدسي : المغني ، دار عالم الكتب، الرياض ، ج 11، ص 580. وأيضاً: منصور بن يونس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، دار الكتب العلمية ، ج 6 ، ص 175.

تطبيقياً حياً لمرونة الفقه الإسلامي وعنايته بالكليات الخمس وفي مقدمتها "حفظ النفس". وتتجلى هذه العناية من خلال قاعدتين رئيستين :

*** قاعدة "الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف" وتطبيقاتها في البتر :**

تعتبر هذه القاعدة فرعاً من القواعد الفقهية الكبرى الكاشفة عن مقاصد الشريعة في موازنة الأضرار[1]. ومفادها أنه إذا تعارضت مفسدتان أو ضرران في واقعة واحدة، ولم يكن هناك سبيل للخلاص منهما معاً، فإنه يُصار إلى ارتكاب أدناهما مفسدةً لدفع أعظمهما؛ لأن تفويت أدنى المصلحتين وتحمل أخف الضررين هو الواجب عقلاً وشرعاً [2].

-وعند تنزيل هذه القاعدة على نازلة بتر الأعضاء، نجد أن الطبيب يقف أمام ضررين حقيقيين :

1- الضرر الأول (الأخف): هو إزالة العضو المريض أو الفاسد (كاليد أو الرِجل الآكلة/الغرغرينا)، وهو ضرر ينطوي على تشويه الخِلقة والتعطيل الجزئي للمنافع الجسدية.

2- الضرر الثاني (الأشد) : هو ترك العضو الفاسد ليتمدد الداء في الجسد، مما يؤدي حتماً إلى هلاك النفس الكلية وموت المريض.

بناءً على ذلك ، يُكيَّف بتر العضو فقهياً بأنه "ضرر أخف" يُتحمَّل في سبيل اتقاء ضرر الموت الذي هو " الأشد والأعظم " ؛ نظرًا لأن تفويت الجزء أهون بكثير من تفويت الكل ، فبقاء الإنسان حياً مع فقد بعض أطرافه أولى من موته بكامل أعضائه [3].

*** قاعدة " الضرورات تبيح المحظورات" وحدود رخصة البتر :**

أجمع الفقهاء على أنَّ جسد الإنسان معصوم ، وأنَّ المساس به بالقطع أو الشق أو التشويه يُعد في الأصل "محظوراً" شرعاً، وموجباً للمسؤولية الجنائية والدنيوية [4]. غير أن هذا الحظر المطلق ينقلب إلى إباحة استثنائية عند حلول "حالة الضرورة" التي تُهدد المكلف بالهلاك؛ عملاً بقاعدة "الضرورات تبيح المحظورات" المستمدة من النصوص القرآنية المبيحة للمحرمات عند الإكراه أو المخمصة[5].

1-ترجع هذه القاعدة إلى القاعدة الكبرى "الضرر يزال ".ينظر جلال الدين السيوطي ،الأشباه والنظائر ،دار الكتب العلمية،بيروت ط1 ،1983،ص83.

2-ابن نجيم زين الدين،الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة،دار الكتب العلمية،بيروتن1999،ص87.

3- ينظر:محمد علي البار ،المسؤولية الطبية وأخلاقيات الطبيب في الفقه الإسلامي،دار القلم،دمشق، ط1995،1،ص12.

4- الكاساني علاء الدين،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،دار الكتب العلمية ،بيروت،ط2، 1986،ج7،ص233.

5-الزحيلي محمد مصطفى،القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، ط1، 2006، ج1، ص289وما بعدها.

وفي سيّاق العمليات الجراحية الاستئصالية ، طرأ على آراء الفقهاء تدرج أحكامي ينقسم إلى اتجاهين رئيسين :

1 – الاتجاه الأول (الإباحة والرخصة) : ويرى أصحابه أن قطع العضو المتآكل رخصة للمريض إن شاء فعل وإن شاء ترك، تيسيراً عليه ورفعاً للحرج عنه، لكنهم لم يلزموه بها بناءً على أن الشفاء بالبتر أمر ظني غير مقطوع به، وللمرء الحق في صون جسده من القطع التخيلي[1].

2– الاتجاه الثاني (الوجوب والعزيمة) : وهو الرأي الراجح والمعتمد لدى المذاهب الفقهية المتأخرة، ويدعمه بقوة واقع الطب المعاصر القائم على القطع العلمي؛ حيث ذهبوا إلى أن بتر العضو لإنقاذ النفس ينقلب من مجرد "إباحة" إلى "وجوب عيني" على المريض والطبيب معاً [2].

– ويستند هذا الوجوب إلى أن حفظ النفس مقصِد قطعي لا يجوز التراخي في حمايته ، والتفريط فيه بترك العضو الفاسد يقتل صاحبه يُعد في التكييف الفقهي المعاصر نوعاً من الإعانة على النفس أو الانتحار المقنع، وهو ما نهت عنه الشريعة صراحة.

الفرع الثاني : التكييف القانوني للبتر في التشريع الجزائري :

يحيط المشرع الجزائري جسم الإنسان بحماية جنائية صارمة، حيث جعل من المساس بسلامته أو بتر أعضائه جريمة عمدية تستوجب العقاب وفقاً لأحكام قانون العقوبات ، والتي قد تكيف على أنها جناية جرح عمدي أدى إلى بتر عضو أو عاهة مستديمة، غير أن هذه الحماية ليست مطلقة ، بل تتقيد بمقتضيات الممارســـة الطبية التي تهدف إلى صيانة " الحق في الحياة " ؛ ومن هنا يبرز التكييف القانونـــي للبتر ليس كفعل اعتداء ، بل كفعل مشروع يستمد شرعيته من " أسباب الإباحة " المتمثلة في ممارسة مهنة ينظمها القانون وفق أصول فنية محددة[3] .

1–ابن قدامة موفق الدين ، المغني ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1985،ج9،ص355.

2–انظر: البوطي محمد سعيد رمضان،ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ،مؤسسة الرسالة ،بيروت،ط6، 2001، ص241.– قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي القرار رقم 26(1/4)بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا.

3–راجع المواد 264 وما بعدها من قانون العقوبات الجزائري المتعلقة بجرائم الضرب والجرح العمدي لاسيما الحالات التي تؤدي إلى بتر أعضاء أو فقد استعمالها .

ويرتكـــــز التكييف القانوني لعمليات البتـر والاستئصال في التشريع الجزائـــري على ثنائية " الضرورة الطبية "و " الترخيص القانوني" ؛ إذ إن الطبيب حينما يقرر بتر عضو مريض ، فإنه يتحرك في إطار ما تسمح به الأصول العلمية المستقرة وما يمليه قانون الصحة 18-11، متسلحاً بحالة الضرورة التي ترفع عنه المسؤوليـــة الجنائية متى كان الفعل هو الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياة المريض[1] .

وبناءً عليه ، ينتفي القصد الجنائي لدى الطبيب في هذه الحالة، لأن إرادته لم تتجه إلى إلحاق الأذى بالمريض، بل اتجهت إلى تحقيق مصلحة علاجية أسمى ، وهو ما يجعل الفعل يخرج من دائرة "نصوص التجريم" ليدخل في دائرة "الواجب المهني" الذي يفرضه القانون وأخلاقيات المهنة[2].

يستند الطبيب في إباحة فعله إلى المادة 39 من قانون العقوبات الجزائري ، التي تتحدث عن إذن القانون ، والمادة 48 التي تتحدث عن حالة الضرورة[3] ، فحالة الضـــرورة هنا هي تصادم مصلحتين : مصلحة سلامة الجسم و مصلحة البقاء على قيد الحياة ، والقانون يرجح دائمًا الأكبر وهي الحياة .

أكد المشرع الجزائري في قانون الصحة الجديد على بروتوكول صارم للتدخلات الطبية الجسمية :

* التشخيص الطبي المؤكد : يجب أن يكون البتر هو الحل الأوحد المتاح علميًا .

* عنصر الاستعجال و الرضا : تنص المادة 47 على وجوب رضا المريض ، ولكن المادة 162

من نفس القانون رفعت هذا القيد في حالات الخطر الوشيك الذي يهدد حياة المريض إذا كان غائبًا عن الوعي أو تعذر الحصول على موافقته أو موافقة ذويه ، وهنا يحل الواجب المهني محل الرضا الشخصي[4] .

1-أحسن بوسقيعة،الوجيز في القانون الجنائي العام،دار هومة ،الجزائر،د ط،2020،ص.164.

2-انظر :منصور رحماني ، القانون الجنائي لمهنة الطب،دار العلوم للنشر والتوزيع،الجزائر،2006، ص88.- بوبشير محند أمزيان، المسؤولية المدنية للطبيب في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر ،ص.112.

3-انظر المواد 39،48 من قانون العقوبات الجزائري الصادر بموجب الأمر 66-156 المعدل والمتمم .

4-القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 ، المتعلق بـ الصحة ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 46 ، الصادر بتاريخ : 29 يوليو2018.

الفرع الثالث : المقارنة بين الشريعة والقانون الجزائري في مسألة بتر الأعضاء :

من خـــــلال الدّراسة المقارنة بين الشريعة والقانون الجزائري في مسألة بتر الأعضاء لإنقاذ النفس، نخلص إلى النتائج الجوهرية التالية :

* وحدة الغاية واختلاف المنطلق : يتفق الفقه والقانون على مشروعية البتر كخيار استثنائي لإنقاذ الحياة ؛إلا أن الشريعة تنطلق من قاعدة "حفظ النفس" كواجب شرعي ، بينما ينطلق القانون الجزائري من "حالة الضرورة" كسبب من أسباب الإباحة التي ترفع الصفة الجرمية عن فعل الطبيب .

* معيار المفاضلة : يجمع الطرفان على قاعدة التضحية بالمصلحة الأدنى (العضو) لحماية المصلحة الأعلى (الحياة) . فالبتر في هذا السياق ليس اعتداءً بل هو "جراحة ضرورة" تهدف لدفع هلاك محقق بضرر أخف جسامة .

* شرط الرضا والاستعجال : الأصل في القانون والشريعة هو "الرضا المستنير". لكن المشرع الجزائري في المادة 344 من قانـــون الصحة 18- 11 ، والفقهـاء في باب الضرورات ، أجازوا تجـــاوز رضا المريض في حالات الاستعجال القصوى أو الغيبوبة ، تغليباً لمصلحة البقاء على مصلحة السلامة الجسدية المؤقتة .

* نفي المسؤولية : لا تقوم المسؤولية الجنائية أو المدنية على الطبيب ما دام قد التزم بـ "الأصول العلمية" وحصل على الرضا (أو توفرت الضرورة)، وكان القصد هو " العلاج" لا غير. فإذا انتفى القصد العلاجي أو وقع خطأ مهني جسيم ، عاد الفعل إلى أصله الجرمي .

إن مسألة بتر الأعضاء واستئصالها لإنقاذ النفس تمثل نقطة التـــوازن الدقيقة بين حقين أصيلين هما الحق في السلامة الجسدية والحق في الحياة ، حيث يتفق الفقه الإسلامي والقانون الجزائري على أن الأصل هو حرمة جسد الإنسان ، ولكن هذه الحرمة تتراجع أمام ضرورة إنقاذ النفس ؛ فالبتر في هذا السياق لا يعد اعتداءً جرمياً، بل هو فعل مشروع يهدف لدفع ضرر أكبر وهو الموت بضرر أصغر وهو فقد العضو، تطبيقاً لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات شرعاً .

المطلب الثالث : التداوي بالنجس أو المحرم :

إنَّ من القواعد المستقرة في الشريعة الإسلامية أنَّ التكليف منوط بالاستطاعة ، وأنَّ المشقة تجلب التيسير، غير أنَّ هذا التيسير لا يأتي منفلتاً بل منضبطاً بضوابط الشرع والمقاصد. وتعد مسألة " التداوي بالنجس أو المحرم " من أدق النوازل الفقهية والطبية ؛ إذ يتقاطع فيها مقصد "حفظ الدين" (الذي يوجب اجتناب الخبائث والمحرمات) مع مقصد "حفظ النفس" (الذي يوجب دفع الهلاك والمرض عن الجسد الآدمي) [1].

وتكمن أهمية هذا المطلب في تكييف مدى مشروعية استخدام العقاقير والأمصال المعاصرة التي تدخل في تركيبها مواد محرمة أو نجسة في الأصل (كالعقاقير المستخلصة من الخنزير ، أو الكحول كمذيب ، أو الأجنة الإنسانية المسقطة) ، وبحث مدى انطباق " رخصة الضرورة " عليها عند غياب البديل الطاهر.

تعد مسألة التداوي بالأعيان النجسة (كالخمر أو أجزاء المحرمات) من أدق التطبيقات الطبية لقاعدة " الضرورات تبيح المحظورات".

ولتفكيك هذه المسألة ، سنعالجها عبر الفروع التالية :

الفرع الأول : التأسيس الأصولي والمقاصدي للمسألة :

تنطلق هذه المسألة أصولياً من تزاحم مصلحتين : مصلحة حفظ النفس (وهي كليّة مقصود استبقاؤها) ، ومصلحة حفظ الدين والعقل (باجتناب الخبائث والمحرمات) [2].

* الجانب الأصولي : يندرج التداوي بالمحرم تحت باب "الرخص الشرعية"، وهي الأحكام التي شرعت لعذر طارئ بناءً على دليل ، مع بقاء السبب الأصلي للمنع [3]. والضرورة هنا تُقاس بقدرها؛ إذ لا يجوز الانتقال إلى الرخصة إلا إذا تعين المحرم طريقاً وحيداً لإنقاذ النفس من الهلاك أو التلف الشديد.

1-ينظر في الموازنة بين المصالح والمفاسد في التداوي: العز بن عبد السلام، أبو محمد عز الدين، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار المعارف، بيروت، د.ت، ج 1، ص 91.

2- أبو حامد الغزالي : المستصفى في علم الأصول، تحقيق: محمد مصطفى أبو العلا، مكتبة الجندي القاهرة، د.ت، ج 1، ص 174.

3- أبو إسحاق الشاطبي : الموافقات، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، الدمام: دار ابن القيم، ط1، 1997، ج 1، ص 461.

* الجانب المقاصدي : إن الشريعة الإسلامية مبنية على جلب المصالح ودرء المفاسد. وحفظ النفس يتقدم – في حال الاضطرار– على مفسدة تناول المحرم؛ لأن مفسدة فوات النفس كلية ودائمة، بينما مفسدة تناول النجس جزئية ومؤقتة[1]. وبذلك يكون الترخيص بالتداوي بالنجس عند انعدام البديل الطاهر تحقيقاً لـ " مآلات الأفعال" التي تتوخى بقاء الإنسان مكلفاً معافى.

أولا : الاتجاهات الفقهية في المسألة :

اختلف الفقهاء في حكم التداوي بالنجس أو المحرم على ثلاثة أقوال رئيسية :

* القول الأول : المنع والتحريم مطلقاً : وهو مذهب الحنابلة وقول عند المالكية[2].

أدلتهم : استدلوا بحديث النبي صلى الله عليه وسلم : « إِنَّ اللَّهَ أَنْزَلَ الدَّاءَ والدَّوَاءَ ، وجَعَلَ لِكُلِّ دَاءٍ دَوَاءً ، فَتَدَاوَوْا، ولَا تَدَاوَوْا بحَرَامٍ »[3]. قالوا: والنهي يقتضي الفساد والتحريم، ولأن المحرم لا بركة فيه ولا شفاء.

* القول الثاني : الجواز مطلقاً (بشرطين) : وهو مذهب الحنفية ووجه عند الشافعية[4].

أدلتهم : استدلوا بعموم آيات الاضطرار كقوله تعالى :(فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ)البقرة: 173. وبحديث العرنيين حيث رخص لهم النبي صلى الله عليه وسلم بالتداوي بأبوال الإبل [5].

شروطهم : 1) علم الطبيب أو المريض بأن فيه شفاءً.

2) ألا يقوم مقامه دواء طاهر.

ثانيا : الرأي الراجح في المسألة.

* القول الثالث : التفصيل بين النجس والخمر : وهو المعتمد عند الشافعية وجمهور المالكية [6].

1–العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، (بيروت: دار المعارف، د.ت)، ج 1، ص 85.

2– ابن قدامة المقدسي، المغني، (القاهرة: دار الحديث، ط1، 2004)، ج 9، ص 413؛ وأبو الوليد ابن رشد (الجد)، المقدمات الممهدات، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط1، 1988)، ج 1، ص 490.

3– أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطب، باب في الأدوية المكروهة، رقم الحديث (3874).

4– ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، (بيروت: دار الفكر، ط2، 1992)، ج 1، ص 210؛ والنووي، المجموع شرح المهذب، (القاهرة: دار العاصمة، د.ت)، ج 9، ص 50.

5– أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوضوء، باب أبوال الإبل والدواب والغنم، رقم الحديث (233).

6– الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1994)، ج 5، ص 518؛ والقرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (القاهرة: دار الكتب المصرية، ط2، 1964)، ج 2، ص 223.

بيانهم : يجوز التداوي بالنجس (كأبوال الإبل أو الجلود النجسة) عند فقد الطاهر، بينما يُمنع التداوي بالخمر الصرفة ؛ لورود نص خاص فيها وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « إنَّها ليسَتْ بدَوَاءٍ، ولَكِنَّهَا دَاءٌ »[1].

إن الرأي الراجح هو الجواز المشروط بضوابط الضرورة الشرعية، تماشياً مع قاعدة " الضرورة تقدر بقدرها "، ويمكن صياغة الترجيح كالتالي :

" نرى رجحان القول بالجواز نظراً للتطور الطبي المعاصر؛ حيث تُستخلص الكثير من الأمصال والأدوية الحيوية (كالأنفلوينزا ، وبعض الهرمونات ، والجيلاتين) من أعيان قد تصنف فقهياً بأنها نجسة أو محرمة. والقول بالمنع المطلق فيه تضييق وحرج ينافي مقاصد الشريعة ، بشرط أن يقرر طبيب مسلم عـــدل حاذق تعين هـــــذا الدواء وانعدام البديل الطاهر المستخلص من النباتات أو الحيوانات المذكاة ".

الفرع الثاني : ضوابط إعمال قاعدة الضرورة في التداوي بالنّجس والمحرم :

إن القول بأن " الضرورات تبيح المحظورات " في المجال الطبي ليس شيكاً على بياض للمريض أو الطبيب ، بل هو استثناء محاط بسياج من الضوابط المنهجية التي تمنع التوسع في المحرمات بغير حق. وتتمثل هذه الضوابط فيما يلي :

* يشترط لإباحة التداوي بالمحرم أن يكون المريض في حالة ضرورة حقيقية، بحيث يخشى على نفسه الموت ، أو فوات عضو ، أو زيادة المرض وتفاقمه بشكل يعجـــز معه عن أداء وظائفه الأساسيـــة[2] .

وقد ألحق الفقهاء المعاصرون " الحاجة الشديدة " بالضرورة في هـذا المطلب ، خاصة في الأمراض المزمنة التي تؤدي إلى مشقـة لا تُحتمل، إعمالاً لقاعدة : « الحاجة تنزل منزلة الضرورة ، عامة كانت أو خاصة »[3].

1- أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الأشربة، باب تحريم التداوي بالخمر، رقم الحديث (1984).

2- يحيى بن شرف النووي : منهاج الطالبين وعمدة المفتين ، دار الفكر ، بيروت ، ط1، 2005م ، ص 321.

3- جلال الدين السيوطي : الأشباه والنظائر ، مرجع سابق، ص 88.

* لا يجوز اللجوء إلى الدواء النجس أو المحرم إلا إذا بذل الطبيب والمريض جهداً في البحث عن دواء طاهر مباح فلم يجداه ، أو وجداه ولكن بفعالية ضعيفة لا تدفع الخطر[1] . فإذا وجد دواء مستخلص من مادة طاهرة (كجيلاتين نباتي بدلاً من جيلاتين الخنزير) بطلت الضرورة فوراً وعاد التحريم إلى أصله ، عملاً بقاعدة: « إذا زال المانع عاد الممنوع »[2] .

* يجب أن يكون الشفاء في هذا الدواء المحرم مظنوناً ظناً غالباً بناءً على التجربة الطبية أو الأبحاث العلمية الرصينة، أما إذا كان الدواء " تجريباً " أو مشكوكاً في فاعليته، فلا يجوز انتهاك حرمة النجاسة لأمر موهوم [3] . وهذا الضابط يحمي المريض من أن يكون حقل تجارب للمواد المحرمة دون طائل طبي حقيقي.

* تطبق هنا قاعدة : « ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها»؛ فإذا كانت الضرورة تندفع باستعمال المادة النجسة "خارجياً " (كالمرهم) فلا يجوز تناولها "داخلياً "، وإذا كانت تندفع بجرعة يسيرة حرم الزيادة عليها[4] .

والهدف هنا هو حصر مفعول الرخصة في نطاق "دفع الضرر" فقط دون التوسع في الاستمتاع بالمحرم.

* لا يُترك تقدير الضرورة لهوى المريض، بل لا بد من قرار فني يصدر عن طبيب ثقة (عدل في دينه وعمله)، يقرر أن الحالة تقتضي هذا الدواء بعينه[5] . وفي العصر الحديث ، تقوم الهيئات الرقابية والمجامع الفقهية الطبية مقام "الطبيب العدل" في إصدار فتاوى عامة للأدوية التي لا بديل لها[6] .

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من التداوي بالنجس والمحرم :

لم يتعرض المشرع الجزائري في قانون العقوبات أو قانون الصحة 18-11 إلى مسألة "نجاسة الدواء" بمفهومها الفقهي، ولكنه عالجها من خلال :

1- محمد أمين ابن عابدين : حاشية رد المحتار ، دار عالم الكتب ، الرياض 1423هـ-2003 م ،ج 6 ، ص 389.

2- ابن نجيم المصري : الأشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان 1419 هـ- 1999م ، ص 73.

3- وهبة الزحيلي : مرجع سابق ، ص 214.

4- مصطفى أحمد الزرقا : المدخل الفقهي العام ، دار القلم ، دمشق ، 1418هـ - 1998 م ، ج 2 ، ص 996

5- ابن قدامة المقدسي : المغني ، دار عالم الكتب ، الرياض ، 1417هـ -1997 م ،ج 9 ، ص 339

6- انظر : توصيات الندوة الفقهية الطبية الثامنة ، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ، الكويت ، 1995م.

– حالة الضـــرورة كسبب إباحة : اعتبرت المادة 48 من قانون العقوبات الجزائري حالة الضرورة مانعاً من المسؤولية الجزائية [1]. وعليـــه ، فالطبيب الذي يصف دواءً يحتوي على مشتقات محرمة لإنقاذ حياة المريض ، أو المريض الذي يتناوله، لا تترتب عليهما مسؤولية جنائية.

– المادة 21من قانون الصحة 18–11: والتي تلزم الطبيب بوصف العلاج الأكثر ملاءمة لحالة المريض ، مع مراعاة المعطيات العلمية المقررة [2]. فإذا أثبتت المعطيات العلميـة تفوق دواء معين (ولو احتوى على نجس) وإنقاذه للحياة ، فإنه يُصبح واجباً طبياً.

لا ينفصل المشرع الجزائري في توجهاته العامة عن المرجعية القيمية للمجتمع، ولكنه يصوغها في قوالب قانونية وتقنية تضبط الممارسة الطبية. ويمكن استقراء موقف القانون الجزائـــري من استخدام المواد المحرمة أو النجسة(كالمشتقات الحيوانية الجدلية أو المواد الكحولية) من خلال المحاور التالية :

1. تكريس الحق في حفظ النفس وتلقي العلاج :

اِعتبر الدستور الجزائري أن حفظ حياة الإنسان وصحته أولوية قصـــوى ، وهو ما تكرس في قانون الصحة 18–11 ، حيث تنص المادة 12 منه على أن الدولة تسهر على وقايـة الأشخـاص من الأمـــراض وعلى استمرارية العلاج[3] .

هذا التوجه يمنح المشروعية القانونية لاستخدام أي وسيلة علاجية إذا كانت هي السبيل الوحيد لإنقاذ حياة المواطن ، تماشياً مع قاعدة الضرورة.

1–الأمر رقم 66–156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، المعدل والمتمم.

2– القانون رقم 18–11 المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق 2 جويلية 2018، المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46.

3– الدستور الجزائري لعام 2020، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 82. وانظر: المادة 12 من القانون رقم 18–11 المؤرخ في 2 يوليو 2018، المتعلق بالصحة.

2. ضوابط استخدام المواد ذات الأصل الحيواني والبشري :

فيما يخص المواد التي قد تدخل في خانـــة " المحرم أو النجس" (مثل الأعضاء ، الأنسجة ، والمشتقات الحيوية) ، وضع المشـــرع الجزائـــري قيوداً صارمة في قانون الصحة لضمان عدم المساس بكرامة الإنسان أو مخالفة النظام العام. فالمادة 354وما بعدها من قانون الصحة تنظم عملية نزع وزرع الأعضاء والأنسجة، وتشترط "الضرورة الطبية القصوى" كشرط أساسي للجوء إلى هذه العمليات[1] .

أما بخصوص الأدوية التي تحتوي على مشتقات خنزيرية (مثل بعض أنواع الجيلاتيـــن أو الهيبارين)، فإن القانون الجزائري عبر الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية يخضع هـــذه الأدوية لرقابة تقنية مشددة. الموقـــف القانوني هنا يميل إلى "الإباحة التنظيمية" بناءً على شهادة الفعالية الطبية وانعدام البديل ، وهو ما يلتقي مع شرط "فقدان البديل الطاهر" في الفقه الإسلامي[2].

3. أخلاقيات المهنة و" الضرورة الطبية " :

تنص مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية على أن الطبيب يجب أن يلتزم بصون حياة الإنسان في كل الظروف، وأن يستخدم الوسائل العلاجية الضرورية[3]. فإذا قرر الطبيب أن دواءً معيناً (رغم احتوائه على مادة محرمة) هو الخيار الوحيد لإنقاذ المريض، فإن القانون يحميه تحت طائلة "حالة الضرورة" التي تعفي من المسؤولية الجنائية وفق المادة 48 من قانون العقوبات، والتي تنص على أنه: «لا مسؤولية جزائية على الشخص الذي اضطرته لارتكاب الجريمة ضرورة حالية لدفع خطر حال...» [4].

4. اشتراط الموافقة المستنيرة :

من أهم جوانب موقف القانون الجزائري هو إلزام الطبيب بإعلام المريض بطبيعة العلاج (المادة 25 من قانون الصحة). فإذا كان الدواء يحتـــوي على مشتقات محرمة شرعاً ،يفرض القانون

1- القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة ، المرجع سابق ، المادة 354وما بعدها .

2- بلقاسم بلعباس : المسؤولية الطبية في القانون الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، 2015 ، ص .84

3- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 6 يوليو 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب في الجزائر ، المادة 08 و 09.

4- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، المعدل والمتمم ، المادة 357

أخلاقياً وقانونياً إعلام المريض لضمان حقه في " الموافقة المستنيرة "، إلا في حالات الاستعجال القصوى التي يغيب فيها وعي المريض، هنا تُقدم حياة المريض على أي اعتبار آخر[1] .

الفرع الرابع : المقارنة بين الشريعة والقانون الجزائري في مسألة التداوي بالنّجس والمحرم :

من خلال استقراء النصوص الفقهية والمواد القانونية، نجد أن هناك نقاط تلاقٍ جوهرية ونقاط افتراق منهجية في معالجة هذه المسألة، نوجزها فيما يلي :

1. من حيث الفلسفة والمنطلق (نقاط التلاقي) :

– يلتقي النظامان الفقهي والقانوني في الجزائر على أن "حفظ حياة الإنسان " هو الغاية الأسمى.

* في الشريعة : النفس هي إحدى الضروريات الخمس التي تجب صيانتها، وقاعدة "الضرورات تبيح المحظورات" هي المخرج الشرعي عند التزاحم.[2]

* في القانون : الحق في الصحة والحياة حق دستوري مطلق ، وقانون الصحة يجعل من " إنقاذ الشخص في حالة خطر" واجباً مهنياً وقانونياً يتجاوز طبيعة الوسيلة المستخدمة[3] .

2. من حيث مصطلح "المحرم والنجس" (نقاط الافتراق) :

– في الشريعة : المنطلق تعبدي أخلاقي ؛ حيث يتم تصنيف المواد إلى (طاهر ونجس) أو (حلال وحرام) بناءً على نصوص الوحي، ويظل الوصف بالتحريم قائماً حتى في حال الإباحة للضرورة[4] .

ـ في القانون:لا يستخدم القانون الجزائري مصطلحات"النجس"أو"المحرم"،بل يستخدم مصطلحات تقنية مثل: "مواد غير مطابقة "، "مواد صيدلانية ذات أصل حيواني"، أو "مواد تخضع لرقابة خاصة ". فالمنع القانوني يرتبط بـ " السلامة الصحية " و " النظام العام " لا بالنجاسة العينية[5].

1–خيرة بلخيري : الحماية القانونية للمريض في القانون الجزائري ، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، المجلد 12، العدد 01، 2019، ص 112.

2– أبو إسحاق الشاطبي : الموافقات ، مرجع سابق ، ج 2، ص 31.

3– المادة 02 و 34 من القانون رقم 18–11 المتعلق بالصحة ، الجريدة الرسمية رقم 42 لسنة 2018.

4– وهبة الزحيلي : نظريّة الضرورة الشرعيّة ، مرجع سابق ، ص 64.

5– ينظر: المادة 207 من قانون الصحة 18–11 (حول مراقبة المواد الصيدلانية).

3. من حيث شروط الإباحة والضرورة :

هناك تطابق كبير في الضوابط الإجرائية بين النظامين :

– انعدام البديل : تشترط الشريعة فقدان الدواء الطاهر، ويشترط القانـــون الجزائري عبر لجان الصيدلة والطب أن يكون الدواء هو الخيار الوحيد المتاح تقنياً والمصادق عليه[1] .

– تقديـــر المختص : الشريعة تُحيل التقدير للطبيب العدل ، والقانون يُحيلها لأخلاقيات المهنة والبروتوكـــول الطبي ، وكلاهما يتفق على أن المريض ليس هو من يقـــرر الضـــرورة بل أهل الاختصاص.

4. من حيث المسؤولية والجزاء :

– في الشريعة : التـــداوي بالمحرم عند انعدام الضرورة يترتب عليه " الإثم الشرعي" والمحاسبة الأخروية ، وقد يترتب عليه تعزير إذا خالف سياسة ولي الأمر.

– في القانون : الطبيب الذي يستخدم مادة محرمة (أو غير مرخصة) دون وجود حالة ضرورة قصوى قد يتعرض للمتابعة التأديبية من " مجلس أخلاقيات الطب " أو المتابعة الجزائيـــة بتهمة المساس بالسلامة الجسدية للمريض[2] .

أما في حالة الضرورة ، فالمادة 77 من قانون العقوبات الجزائري تعد "حالة الضرورة" سبباً من أسباب الإباحة التي ترفع المسؤولية الجنائية تماماً[2] .

يمكن القـــول إن القانـــون الجزائـــري يمثل " التنزيل الإجرائي" لروح القاعـــدة الفقهية ؛ فالمشرع الجزائري لم يتصادم مع الأحكام الفقهية ، بل جعل من " الضرورة الطبيـــة " مظلة قانونية تبرر استخـدام كل ما من شأنه إنقاذ النفس ، وهو عين ما ذهب إليه فقهاء الشريعة في باب الرخصة الطبية.

1– بلقاسم بلعباس : المسؤولية الطبية في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص .102

2– المادة 77 من الأمر 66–156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري.

3– يوسف جمعة يوسف حداد : المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء ، منشورات الحلبي ، لبنان 2003 ، ص10.

المبحث الثاني : المحظورات المتعلقة بحفظ النسل :

المطلب الأول : الإجهاض العلاجي :

الفرع الأول – تعريف الإجهاض :

* **الإجهاض لغةً** : هو إسقاط الجنين قبل أوانه بحيث لا يعيش[1] ، فيقال أجهضت المرأة أي أسقطت حملها، والجهيض معناه الولد السقط الذي تم إلقاؤه قبل تمام خلقه[2] ، كما يُطلق الإجهاض في اللغة على التخديـج والانزلاق قبل الوقت المفترض للولادة[3] .

وكلمـــة إجهاض مصطلح من فعل أجهض ، يجهض ، إجهاضا ، ويقال الناقة و المرأة ولدها إجهاضا ، أي أسقطتـــــه ناقص الخلق ، فهي جهيض ومجهضته بالهاء ، وقد تحذف الإجهاض بالكسر اسم منه وصاد الجارحة الصيد فأجهضناه عنه ، أي نحيناه وغلبناه على مصدر أجهض ، بمعنى المرأة أسقطت حملها[4] .

وقد اقر مجمع اللّغة العربية إطلاق كلمة إجهـاض على خروج الجنين قبل الشهر الرابع وكلمة الإسقاط على إلقائه ما بين الشهر الرابع و السابع .

* **الإجهاض اصطـــــلاحًا :**

أ–التعريف الطبي للإجهاض :

الإجهاض من الوجهة الطبية هو " خروج محتويات الرحم قبل مرور ثمانية وعشرين أسبوعا "[5]

وعرفه بعض الأطباء على انه " انقطاع استمرار نمو الحمل وخروج محتويات الرحم قبل أن يتم الجنين الشهر السادس الفترة التي يكون الجنين فيها قابلا للحياة ، حتى ولو بعد الشهر السادس ، كما تسمى بالولادة المبكرة أو الخديج ذو " سبعة أشهر "[6].

1– ابن منظور : مرجع سابق ، ص .133

2– مرتضى الزبيدي : تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق : مجموعة من المحققين، دار الهداية، مادة (جهض)، ج 18، ص .115

3– الفيروز آبادي : القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، مادة (جهض) ، ص .634

4– مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي : معجم القاموس المحيط ، إشراف مكتب البحوث والدراسات ، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت ، لبنان 2005، ص.574

5– إبراهيم رحيم ، أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي ، إصدارات الحكمة ، السعودية،ط1423،1هـ.2002م ص.83

6– يحي بن لعلي : الخبرة في الطب الشرعي ، د ط، قرقي للنشر والتوزيع ، الجزائر ، ص130.

و عرفه الطبيب محمد البار بأنه " خروج محتويات الحمل قبل ثمانية و عشرين أسبوعا تحسب من آخر حيضه حاضتها المرأة ، و أغلب حالات الإجهاض تقع في الأشهر الثلاثة الأولى من الحمل عندما يقذف الرحم محتوياته بما في ذلك الجنين و أغشيته ، ويكون في أغلب حالاته محاطا بالدم ، أما الإجهاض في الشهر الرابع فيشبه الولادة ، إذ تتفجر الأغشية أولا وينزل منها الحمل ثم تتبعه المشيمة "[1].

وعرفه بعضهم بأنه " إنهاء حالة الحمل قبل أن يكون الجنين قادرا على الحياة خارج الرحم إما أن يكون تلقائيا أو مفتعلا ، فإذا نزل قبل أن يتم (20 أسبوعًا) في بطن أمه أو كان وزنه أقل من (500 غراما) سمي سقطا ولا يكون قابلا للحياة ، أما إذا نزل بين (24 و 36 أسبوعا) فيسمى خديجا ، ويكون في الغالب قابلا للحياة ، ولكنه يحتاج غالبا لعناية طبية جيدة "[2].

و عرفه أطباء آخرون على أنه إخراج محتويات الرحم قبل 22 إلى 28 أسبوعًا من آخر حيضة حاضتها المرأة أو 20 أسبوعًا من لحظة تلقيح البويضة بالحيوان المنوي[3].

ب- تعريف الإجهاض في الفقه الإسلامي :

الناظر في كلام الفقهاء يجد أن كلامهم بالنسبة للإجهاض لا يخرج عن المعنى اللغوي ، وهو إسقاط الحمل أو إلقائه قبل أوانه ، وكثيرا ما تجد الفقهاء يعبرون عن الإجهاض بمرادفته مثل : (الإلقاء و الإسقاط و الإخراج والإملاص و الإجهاض)[4].

ولقد عرفه بعض الفقهاء و المعاصرين الإجهاض بقولهم " إلقاء المرأة جنينها قبل أن يستكمل مدة الحمل ميتا أو حيا دون أن يعيش وقد استبان بعض خلقه بفعل منها كاستعمال دواء أو غيرها أو بفعل من غيرها "[5].

1- يحي بن لعلي : مرجع سابق ، ص.130

2- محمد إبراهيم سعد النادي : الإجهاض بين الحظر والإباحة ، ط1، دار الفكر الجامعي للنشر والتوزيع ، مصر 2001 ، ص21- 22.

3- شحاتة عبد المطلب حسن أحمد : الإجهاض بين الحظر والإباحة في الفقه الإسلامي ، د.ط، الإسكندرية 2008،ص.10

4- عبد الفتاح بهيج عبد الدايم : إجهاض الأجنة المشوهين ، دراسة فقهية ومقارنة ، دار الثمين ، في بيان الحكم ، كليه الشريعة والقانون بأسيوط 2001،ص.236

5- عبد الفتاح بهيج عبد الدايم : مرجع سابق ،ص237.

أو هو إنزال الحمل من أول العلوق بالرحم إلى ما قبل الولادة بساعة ، أو بعبارة أخرى هو إنزال الحمل ناقصًا[1].

الفرع الثاني : الإجهاض العلاجي :

هو إيقاف سير الحمل إنقاذًا لحياة الأم الوالدة ، أي أنه علاج لحالة مرضية أصابت الحامل ، بحيث أصبح الحمل يهدد حياتها أو سلامتها[2] . أي هو إنهاء لحمل قائم وقد يكون إراديًا أو عفويًا قبل موعده الطبيعي لولادته سواء ميتًا أو غير قابل للحياة .

كما أن الإجهاض يتم لدواعي صحية تقتضيها ظروف المرأة الحامل أو جنينها مع كادر طبي مؤهل ومختص وفي ظروف معينة صحية وضوابط وشروط تحددها القوانين المعمول بها[3] .

لقد نص المشرع على إباحة الإجهاض وعدم المعاقبة عليه في حالات الضرورة المتعلقة بالأم ، كما جاء في المادة 308 من قانون العقوبات الجزائري " لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبته ضرورة إنقاذ حياة الأم من خطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إبلاغه السلطة الإدارية "[4] .

في هذه الحالة يكون الإجهاض ضروري لإنقاذ حياة الأم ولا يكون هناك عقوبة ، ولكن بتوفر شروط معينة ، وهي أن يكون الهدف من الإجهاض هو إنقاذ حياة الأم أو دفع الخطر عنها و أن يقوم بالإجهاض كادر طبي مؤهل و مختص ، وهو من يبرر وضع الخطر وحالة الأم ولا يكون من شخص آخر ، وأن يبلغ السلطات ، كما نصت مدونة أخلاقيات الطب في المادة 33 على " لا يجوز للطبيب أن يجري عملية لقطع الحمل إلا حسب الشروط المنصوص عليها في القانون"[5].

1- أميرة عدلي أمير : جريمة إجهاض الحامل في التقنيات المستحدثة ، منشأة المعارف ،الإسكندرية 2006، ص.16.

2- محمد بن يحي بن حسين النجيمي : الإجهاض أحكامه وحدوده في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، الرياض ، السعودية ، ط1، 2011، ص.19.

3- باسم محمد الشرجي : الإجهاض بين التجريم والإباحة ، كلية الحقوق ، جامعة البحرين ، المركز العربي للنشر والتوزيع ، د.س، ص.201.

4- المادة 308 من الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون العقوبات المعدل المتمم ، الصادر بالجريدة الرسمية ، العدد 49، المؤرخة في : 1966./06/11

5- المادة 33 من المرسوم التنفيذي 276/92 المؤرخ في 1992/07/06 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب ، الصادر بالجريدة الرسمية العدد 52 المؤرخة في : 1992/07/08.

ونصت المادة 72 من القانـون 05/85 المؤرخ في 1985/02/16 المتعلق بحمايــة الصحة وترقيتها على ما يلي " يُعد الإجهاض لغرض علاجي إجراء ضروريًا لإنقـــاذ الأم من الخطر أو للحفاظ على توازنها الفيزيولوجي أو العقلي المهدد بخطر بالغ "[1].

نلاحظ أن المشرع في هذه المادة أضاف الحالة الفيزيولوجية والعقلية للأم بعد أن كانت مقتصرة على حياتها ، كما أن قانــون حماية الصحة وترقيتها وضع شروط إجراء الإجهاض و مكـــان إجرائها و إعفائها من صفة التجريم بتوفر حسن النية و تحقيق هدف معين كالاعتقاد بأن الفعل ضروري لإنقاذ حياة الأم ، وتوفر الخبرة والتأهيل كطبيب نساء، وقد تم تعديل هذه المـــادة بموجب قانون الصحة الجديد ، حيث نصت المادة 77 من القانـــون 11/18 المتعلق بالصحة على أنه " يهدف الإيقاف العلاجي للحمل إلى حماية صحة الأم عندما تكون حياتها أو توازنها النفسي والعقلي مهددين بخطر بسبب الحمل[2].

وقد أحالت الفقرة الثانية من نفس المادة إلى التنظيم لتبيين كيفية تطبيق هذه المادة ، كما أن المشرع اِشترط أن يتم الإجهاض في المؤسسات العمومية الاستشفائية ، حيث نصت المادة 78 من القانون 11/18 على أنه " لا يمكن إجراء الإيقاف العلاجي للحمل إلا في المؤسسات العمومية الاستشفائية "[3] .

الفرع الثالث : تأصيل إباحة الإجهاض العلاجي في التشريع الإسلامي :

يقوم موقف التشريع الإسلامي من الإجهاض العلاجي على الموازنة بين "حياة محققة " (الأم) و"حياة محتملة" (الجنين) ، مع مراعاة مراحل تكوين الجنين.

1- المادة 72 من قانون رقم 05/85 المؤرخ في 1985/02/16 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها ، الصادر بالجريدة الرسمية العدد 08 المؤرخة في 1985./02/17

2- المادة 77 من قانون رقم 11/18 المؤرخ في 2018/07/02 يتعلق بالصحة ، الصادر بالجريدة الرسمية ، العدد 46 المؤرخة في 2018./07/29

3- المادة 78 من قانون رقم 11/18 المؤرخ في 2015/07/02 يتعلق بالصحة الصادر بالجريدة الرسمية ، العدد 46 المؤرخة في 2018/07/29.

أ- حكم الإجهاض العلاجي قبل نفخ الروح :

اتفق جمهور الفقهـــاء المعاصرين والمجامع الفقهيـــة على إباحة الإجهاض في هذه المرحلة (قبل 120 يوماً في الراجح) إذا وجد مبرر طبي قاهر[1].

إذا ثبت بتقرير طبي موثوق أن استمرار الحمل يشكل خطراً حتمياً على صحة الأم ، أو يؤدي إلى وفاتها[2] .

وقد استند الفقهاء إلى قاعدة "المشقة تجلب التيسير"، وقاعدة " الضرورات تبيح المحظورات "، حيث يعتبر الحفاظ على حياة الأم (الأصل) مقدماً على الحفاظ على الجنين (الفرع) في هذه المرحلة[3] .

ب : حكم الإجهاض العلاجي بعد نفخ الروح :

هذه هي الحالة الأشد دقة ، حيث يعتبر الجنين " نفساً " لها حرمتها ، والأصل هو الحرمة المطلقة للإجهاض بعد 120 يوماً.

* **استثناء الضرورة القصوى** : ذهب عامة الفقهاء وهيئات الفتوى (منها لجنة الفتوى بوزارة الشؤون الدينية الجزائريـــة) إلى أنه إذا تعارضت حياة الجنين مع حياة الأم بحيث لا يمكن إنقاذهما معاً ، وأن موت الأم محقق باستمرار الحمل ، فإنه يجوز الإجهاض إنقاذاً للأم[4].

* **القاعدة الفقهية المطبقة** : استند العلماء هنا إلى قاعدة "ارتكاب أخف الضررين لتفادي أشدهما"، وقاعدة " يُضحى بالفرع لسلامة الأصل" ؛ فبقاء الأم التي هي عماد الأسرة ولها حياة مستقرة أولى من جنين لم تكتمل حياته بعد.

1- ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي، بجدة، القرار رقم 55 (7/6) بشأن القضايا الطبية المعاصرة، مجلة المجمع، العدد السابع، ج3، ص 563.

2- السيوطي جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر : مرجع سابق ، ص 764

3- وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته ، الجزء الرابع ، دار الفكر ، دمشق ، الطبعة الرابعة ، ص .264

4- الندوي علي أحمد : القواعد الفقهية : مفهومها، نشأتها، تطورها، دراسة مؤلفاتها، أدلتها، مهمتها، تطبيقاتها، دار القلم، دمشق – سوريا، الطبعة الخامسة، 1418هـ – 1998م ، ص 345.

الفرع الرابع : الأساس القانوني للإجهاض العلاجي في التشريع الجزائري :

يعتبر المبـــــدأ العام في القانون الجزائــري هو حظر الإجهاض وتجريمـــه حمايةً للحق في الحياة ، إلا أن المشـــرع واستجابةً لاعتبارات تقنية وطبية، أقر استثناءً وحيداً يُعرف بـ "الإجهاض العلاجي" أو " الضرورة الطبيـــــة "، وقد استند في إباحته إلى نصين أساسيين: قانون العقوبات وقانون الصحة.

أولاً : الإباحة في قانون العقوبات (حالة الضرورة) :

يُجرم المشرع الجزائري الإجهاض في المواد 304 إلى 313 من قانون العقوبات ، لكنـــه أورد نصاً صريحاً يرفع الصفة الإجرامية عن الفعل إذا كان الغرض منه إنقاذ حياة الأم.

المادة 308 : تنص هذه المادة على أنه: " لا عقوبة على الإجهاض إذا كان تدبيراً ضرورياً لإنقاذ حياة الأم متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إخطار السلطة الإدارية "[1] .

يستند هذا الإعفـاء من العقاب إلى "حالة الضـــرورة " كسبب من أسباب الإباحـــة ، حيث يتم التضحية بمصلحة (حياة الجنين) في سبيل إنقاذ مصلحة أولى بالرعاية وهي (حياة الأم) التي تعتبر الأصل[2] .

ثانيًا : الضوابط الواردة في قانون الصحة 18-11 :

جاء قانون الصحة الجديد ليعيد تنظيم المسألة بأكثر تفصيل ، حيث انتقل من مفهوم " إنقاذ الحياة " الضيق إلى مفهوم " الحماية الصحية " الأوسع نوعاً ما.

المادة 77 من قانون الصحة : أجازت هذه المادة اللجوء إلى الإجهاض إذا كان استمرار الحمل يهدد حياة الأم بخطر جسيم ، أو كان توازنها النفسي والعقلي مهدداً بشكل خطير[3].

1-الأمر رقم : 66-156 المؤرخ في 18 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات الجزائري ، المعدل والمتمم.

2- منصور رحماني : القانون الجنائي الخاص (الجرائم الواقعة على الأشخاص)، دار العلوم للنشر والتوزيع ، الجزائر، 2006 ، ص 84.

3- القانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال عام 1439هـ الموافق 2 يوليو سنة 2018م، المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46، الصادر بتاريخ 29 يوليو 2018م، ص 16.

اشترط القانـــون أن يتم هذا الإجراء في المؤسسات الاستشفائيـة العمومية أو الخاصة المعتمدة ، وبناءً على قرار طبي جماعي معلل ، مما يضفي صبغة الرقابة التقنية على عملية الإجهـــاض لضمان عدم الانحراف بها عن مقاصدها العلاجية[1] .

الفرع الخامس : الإجهاض العلاجي بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري :

يجمع التشريع الإسلامي والقانون الجزائري على مبدأ " حماية الحق في الحياة " كأصل عام ، حيث يُحظـــر الإجهاض ويُجرم في كلا النظامين ، إلا أنهما يتفقان في استثناء وحيد وهو " الإجهاض العلاجي". ويقوم هذا الاستثناء على فلسفة "الموازنة بين المصالح "، حيث تُقدم حياة الأم (الحياة المحققة والأصل) على حياة الجنين (الحياة المحتملة والفرع) عند التعارض الحتمي الذي لا يندفع إلا بإنهاء الحمل.

وتتجلى وحدة المنهج بينهما في استناد المشرع الجزائري إلى "حالة الضرورة " كسبب للإباحة في المـــادة 308 من قانون العقوبات ، وهو ما يقابل القواعد الفقهية الكبرى مثل " الضرورات تبيح المحظـورات" و "ارتكاب أخف الضررين". ومع ذلك ، يظهر تقارب أكثر مرونة في قانون الصحة الجديد (18-11) الذي وسع نطاق الإباحة ليشمل " التوازن النفسي والعقلي للأم " إذا كان مهدداً بخطر جسيم، وهو ما ينسجم مع آراء الفقهاء المعاصرين الذين لا يحصرون الضرورة في الموت الفعلي بل في الضرر البليغ الذي لا يُحتمل.

المطلب الثاني : التلقيح الاصطناعي :

التلقيح الاصطناعي مصطلح مركب لذلك سنعمد إلى تعريف لفظيه المركبين له ثم محاولة الجمع بينهما.

1- القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 جويلية سنة 2018م، المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46، الصادر بتاريخ 29 جويلية 2018م، ص 16. تنص المادة 77 منه على: " لا يمكن القيام بالإجهاض إلا إذا كان يهدف إلى إنقاذ حياة الأم من خطر جسيم أو الحفاظ على توازنها النفسي والجسدي الذي يهدده الخطر بشكل خطير".

الفرع الأول : تعريف التلقيح الاصطناعي :

ـ لغـــــة : في القاموس المحيط كما يلي : يقال لُقحت الناقة لقحًا ولقاحًا وكذلك الشجرة و ألقح الفحل الناقة . ولقاحا ، قبلت اللقاح فهي لاقح ، من لواقح ، و إلقاح النخلة : تلقيحها لقحًا ، والريح السحاب[1] ﴿ وَ أَرْسَلنَا الرِّيَاحَ لَوَاقِحَ ﴾سورة الحجر 22.

ـ اصطـــلاحًا : التلقيح الاصطناعي يعني التناسل بمساعدة التكنولوجيا الحديثـــة ، التي يلجأ إليها الأطباء المتخصصون لمعالجـــة الأزواج الذين يُعانون من مرض العقـم ، وذلك عن طريق إدخال الحيامن[2] الجنسية الذكرية إلى الحيامن الجنسية الأنثوية إلى الجهـاز التناسلي بغير عملية الجماع الطبيعي ويمتزجان ويختلطان ليكونا اللقيحة التي تنمو في رحم الزوجة ، أو هو إدخال مني الرجل في رحم امرأة بطريقة آلية[3].

يقـــول سبحانه وتعالى : ﴿ خُلقَ مِنْ مَاءٍ دَافِقٍ ، يَخْرُجُ مِنْ بَينِ الصُّلبِ وَ التَّرَائِبِ ﴾سورة الطارق 07.وقولـــه تعالى : ﴿ إِنَّا خَلَقنَا الإِنْسَانَ مِن نُطفَةٍ أَمْشَاجٍ ﴾سورة الإنسان 02.

وقيل أن التلقيح الاصطناعي هو " عملية تجرى لعلاج حالات العقم عند المرأة ، وذلك بالتحقق من إدخال إلى الزوجة أو شخص أجنبي في عضوها التناسلي بغير اتصال جنسي "[4] .

كما عُرف التلقيح الاصطناعي بأنه " الإنجاب بغير تلاق بين الزوجين ، إذ هو عبارة عن وسيلة تقنية تساعد الزوجين على الإنجاب دون حصول أي اتصال جنسي بينهما ، و هو تكوُّن النطفة الأمشاج نتيجة التقاء النطف الذكرية بالبويضات الأنثوية عن غير طريق الجماع أي بغير الطريق المعتاد ، سواء في الرحم أو في أنبوب الاختبار ثم إعادتها إلى الرحم "[5].

1- الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب : مرجع سابق ، ص .252

2- الحيامن الجنسية : هي الخلايا التناسلية المسؤولة عن التكاثر، وتتمثل في الحيامن (النطاف) لدى الذكر، والبويضات لدى الأنثى ، أنظر : البار محمد علي، خلق الإنسان بين الطب والقرآن ، الدار السعودية للنشر والتوزيع ، جدة ، ط4، 1991، ص 142.

3- علي محي الدين القرة داغي ، علي يوسف المحمدي : فقه القضايا الطبية المعاصرة –دراسة فقهية مقارنة ، د.ط ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت2005،ص.564

4- بوغزالة آمال : النظام القانوني للمساعدة الطبية على الإنجاب في القانون الجزائري والمقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية – مصر، 2018م، ص 65.

5- سارة الهاجري : الأحكام المتصلة بالعقم والإنجاب ومنع الحمل ، ط01، دار البشائر الإسلامية ، بيروت 2007، ص331.

الفرع الثاني : أنواع التلقيح الاصطناعي :

ينقسم التلقيح الاصطناعي إلى نوعين : داخلي و خارجي .

أولا : التلقيـــــــــح الاصطناعي الداخلي : يقصد به : الإخصاب بمنويات الرجل داخل رحم المرأة ، وعرفه الدكتور حسني إبراهيم أحمد بأنه " مجموعة من الأعمال الطبية التي تتم عن طريق إدخال ماء الرجل في الموضع المخصص له عند الزوجة بغية الإنجاب ، وذلك لضرورة علاجية وبضوابط لابد من توافرها [1].

وهذا النوع من التلقيح يُعتبر الأسلوب الأول ظهورا في تقنية الإخصاب الصناعي ، وفي الغالب يلجأ إليه في حالة كون سبب العقم مستحكم في الزوج دون الزوجـــة ، إذ تمنعه أحد الأسباب التي سبق عرضها عن إيصال مائه إلى الموضـــــع الأصلي للإخصاب بالطريق الطبيعي للتكاثر ، فيعمد إلى التدخل الطبي لإنجاح العملية عن طريق تولي الطبيب المختص سحب خلايا الجنسية من الزوج ثم حقنها في رحم الزوجة ، ليتم الإخصاب ونمـــو الجنين بالصورة المعهودة[2] .

ثانيًا : التلقيح الاصطناعي الخارجي : هو جمع الحيوانات المنوية مع البويضات في أنبوب مختبري في وسط مهيأ اصطناعيًا وبعد الالتحام تنقل البويضة الملقحة إلى الرحم [3].

وقيل هو التلقيح بين مني الرجل وبويضة الأنثى في وسط خارج الرحم كأنبوب اختبار أو أي وعاء مختبري ، وبعد أن يحدث الانقسام المناسب بعد اجتماع الحيوان بالبويضة تعاد اللقيحة إلى رحم المرأة سواء كانت هي صاحبة البويضة أم غيرها [4].

1- زياد أحمد سلامة : أطفال الأنابيب بين العلم و الشريعة ، الطبعة الثانية ، الدار العربية للعلوم ، الأردن 1998، ص.58

2- حسني إبراهيم أحمد : المسؤولية المدنية للأطباء عن أخطاء المهنة في ضوء التطور العلمي الحديث (دّراسة مقارنة) ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2004، ص .418

3- المرجع نفسه ، ص 415.

4- أقروفة زوبيدة: الاكتشافات الطبية والبيولوجية و أثرها على النسب" دراسة فقهية قانونية"دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص62.

الفرع الثالث : موقف الفقه الإسلامي و القانون الجزائري من التلقيح الاصطناعي :

سندرس أولا موقف الفقه الإسلامي ثم نعرج على موقف القانون الجزائري .

أولاً : موقف الفقه الإسلامي من التلقيح الاصطناعي :

شهدت مسألة التلقيـــح الاصطناعي (أو المساعدة على الإنجاب) نقاشاً فقهياً واسعاً بين العلماء المعاصـــرين نظراً لجدة المسألة وتداخلها مع مقاصد الشريعة الإسلامية ، وخاصة مقصد حفظ النسل والنسب. ويمكن تقسيم الآراء الفقهية في هذه المسألة إلى اتجاهين رئيسيين :

*** الاتجاه الأول : الرفض والمنع :**

ذهب فريق من العلماء إلى منع التلقيح الاصطناعي منعاً باتاً، أو التوسع في حظر معظم صوره . واستند أصحاب هذا الرأي إلى الحجج التالية :

1- شبهة اختلاط الأنساب : خاصة في الصور التي يتم فيها الاستعانة بطرف ثالث (متبرع بنطفة أو بويضة، أو رحم ظئر ، بديل) .[1]

2 - الاعتداء على الفطرة البشرية : واعتبار هذه العمليات نوعاً من التغيير في خلق الله والتدخل في الطريقة الطبيعية للإنجاب.[2]

3-كشف العورات : ما تتطلبه هذه العمليات من كشف للعورات المغلظة أمام الأطباء دون ضرورة ملحة ترقى لمرتبة إنقاذ الحياة[3].

*** الاتجاه الثاني : الإجازة والقبول :**

ذهب جمهور الفقهاء المعاصرين والمجامع الفقهية (كمجمع الفقه الإسلامي الدولي ومجمع البحوث الإسلامية) إلى إجازة التلقيح الاصطناعي، ولكن في نطاق ضيق جداً وبصور محددة[4]. واستدلوا بـــ :

1- التداعي والمشروعية : اعتبار العقم مرضاً، والاستعانة بالتلقيح الاصطناعي نوعاً من التداوي

1- يوسف القرضاوي : مرجع سابق ، ص .531

2- محمد المختار السلامي : التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب من منظور إسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، العدد الثالث، 1987، ج1، ص .415

3- بكر بن عبد الله أبو زيد : فقه النوازل ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط1، 1996، ج1، ص .221

4- انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي، القرار رقم 16 (3/4) بشأن أطفال الأنابيب والتلقيح الاصطناعي، 1986.

المأمور به شرعاً، لقوله صلى الله عليه وسلم : « تَدَاوَوْا عِبَادَ اللَّهِ »[1].

2- تحقيق مقصد حفظ النسل : وهو أحد الكليات الخمس في الشريعة الإسلامية، وتلبية غريزة الأمومة والأبوة الفطرية[2].

3- القواعد الفقهية : مثل قاعدة " المشقة تجلب التيسير " وقاعدة " الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة "[3].

ثانيًا : الرأي الراجح والضوابط الشرعية :

*** الرأي الراجح :**

ما استقر عليه رأي المجامع الفقهية المعاصرة هو جواز التلقيح الاصطناعي في صورتين فقط (التلقيح الداخلي بذات ماء الزوج ، أو التلقيح الخارجي في الأنبوب ثم الرد إلى رحم الزوجة)، مع التحريم القطعي لأي صورة تشمل طرفاً ثالثاً (نطفة غير الزوج ، بويضة غير الزوجة ، أو رحم امرأة أخرى/ تأجير الأرحام) [4].

وحتى تكون العمليات الجائزة مشروعة ، وضع الفقه الإسلامي ضوابط صارمة يجب التقيّد بها :

1- قيام الزوجية الفعّلة : أن تتم العملية بين زوجين مؤهلين وأثناء قيام العلاقة الزوجية الحقيقية (فلا يجوز التلقيح بعد الطلاق البائن أو بعد وفاة الزوج).[5]

2- الضرورة الطبية : أن يثبت تقرير طبي موثوق تعذر الإنجاب بالطرق الطبيعية، وأن هذه الطريقة هي الوسيلة المجدية المتبقية[6].

1- أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الطب، باب ما جاء في الدواء والحث عليه، رقم (2038).

2- وهبة الزحيلي: مرجع سابق ، ص .522

3- جلال الدين السيوطي: مرجع سابق، ص .83

4- قرار مجمع الفقه الإسلامي بالمنظمة، مرجع سابق، القرار رقم .16

5- عبد الرحمن بن ناصر السعدي : تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2000، ص 540 (بالمقايسة على أحكام العدة والنسب).

6- عارف علي عارف : أحكام الهندسة الوراثية في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان، ط1، 2001، ص 114.

3- أمن الفتنة والخلط : اتخاذ أقصى درجات الحيطة والحذر الطاعن في الخطأ، لضمان عدم اختلاط النطاف أو البويضات في المختبرات بأي شكل من الأشكال.[1]

4- مراعاة ستر العورات : أن يشرف على العملية طبيبة مسلمة ثقة إن أمكن ، فإن تعذر فطبيب مسلم ، ثم طبيبة غير مسلمة، ولا يلجأ للطبيب الرجل غير المسلم إلا عند الضرورة القصوى وبقدر الحاجة[2].

ثالثًا : موقف المشرع الجزائري من التلقيح الاصطناعي :

لقد اعترف لمشرع الجزائري بالتقيح الاصطناعي كتقنية طبية حديثة للإنجاب بالتعديل الحاصل بموجب الأمر رقـــم : 02/05 والذي أحدث قفزة نوعية في موقف المشرع الجزائري مقارنة بما كان عليه ، وقد سلك المشرع الجزائري ما سلكته الكثير من التشريعات العالمية التي أقرت تقنية التلقيـــح الاصطناعي ؛ حيث أجاز المشـــرع الجزائري صراحة هذه التقنية بنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 ، و وضع لها إطارًا قانونيًا وضوابط تتماشى و أحكام الشريعة الإسلامية ، ومن خلال نص المادة 45 مكـــــــرر فإننا نلاحظ أن المشرع قد أورد فيها حكم التلقيح و شروطه وما يمنعه .

لقد ورد بشأن هذه المسألة العبارة التالية في المادة 45 مكرر ، الفقرة الأولى :" يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي" يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية :

1- أن يكون الزواج شرعيًا : وذلك لأن الزواج الشرعي هو أساس النظام الأسري حسب مفهوم المادة 04 من قانون الأسرة التي جاء فيها : " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعـــي ، فمن أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب ".

1- محمد علي البار: استبدال الأرحام وأطفال الأنابيب، دار المنارة، جدة، ط1، 1999، ص 87.

2- أحمد شرف الدين : الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1984، ص 156.

فيُشترط في التلقيح الاصطناعي وقوعـــه ضمن رابطة زوجية صحيحة ، أخذ بنص المـادة 45 مكرر سالفة الذكر ، حيث يمكن تشبيهه في هـذه الحالة بالتلقيح الناتج عن الجماع الطبيعي بين الزوجين[1]

2- أن يكون التلقيح الاصطناعي برضا الزوجين و أثناء حياتهما :

إن إجراء عملية التلقيـــح الاصطناعي على النحو السابق يستلزم بالضـــرورة رضا كل من الزوجين ، و يوجب الرضا سليما خاليًا من عيوب الإرادة ، كأن يلجأ أحد الزوجين لإحدى الطرق الاحتيالية ، اتجاه الزوج الآخر لإجراء عملية التلقيح ويجب كذلك أن يكون هذا التلقيح أثناء حياة الزوجين ، لأن التلقيح الاصطناعي بمني الزوج بعد الوفاة يتعارض مع أحكام الميـــراث ، وذلك بخلاف ما إذا تم التلقيح مات الزوج ،فينسب الولد لأبيه[2].

3- أن يتم التلقيح الاصطناعي بمني الزوج و بويضة من زوجته : ويتم التلقيح خارجيًا ، ثم نزع اللقيحة في رحم الزوجة .

4- لا يجـــوز اللجوء إلى التلقيح باستعمال الأم البديلة : لقد كان لظهور اصطلاح " الحمل لصالح الغير " ، أو " إيجار الرحم " أثـــر في بروز مشكلة تحديد صفة الأم الحقيقة للطفل ، أي تحديد ما إذا كانت هذه الصفـة تقرر لأم صاحبة البويضة المخصبة . أم أنها تتوافر في تلك التي تم نقل البويضة المخصبة إلى رحمها وقيامها بحملها لها لغاية الوضع[3] .

ودرءًا لهذا الإشكال منع المشرع الجزائري استعمال الأم البديلة على اعتبار أن الأمومة ليست فقط علاقـــــة بيولوجية ، بل إن معناها يكمن في الحمل أساسا وذلك لقوله تعالى : ﴿ وَوَصَّيْنَا الإِنْسَانَ بِوَالِدَيهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ ﴾ سورة لقمان 14.

1- مروك نصر الدين : الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية ،ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2003،ص423.

2- العربي شحط عبد القادر: الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الصناعي/ دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة وهران 1999-2000 ص 209.

3- العربي شحط عبد القادر: المرجع نفسه ، ص 229.

وقوله تعالى أيضًا :

﴿ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرهًا وَ حَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاَثُونَ شَهْرًا ﴾ سورة الأحقاف 15.

الفرع الرابع : مقارنة بين الشريعة والقانون الجزائري في مسألة التلقيح الاصطناعي :

1- أوجه التشابه (نقاط الاتفاق) :

يلتقي القانون الجزائري مع الفقه الإسلامي في المبادئ الجوهرية التي تحمي الأنساب ، وهي :

* اشتراط الزوجية القائمة : يتفق الطرفان على ضرورة وجود عقد زواج شرعي وصحيح وقت إجراء التلقيح[1].

* حظر الطرف الثالث : يُجمع الفقه والقانون على منع اللجوء إلى " التبرع بالنطاف " أو " البويضات " أو" الأجنة "، واعتبار ذلك مساساً بقدسية الرابطة الأسرية[2].

* بطلان تأجير الأرحام : يرفض الفقه والقانون ما يسمى بـ " الأم البديلة "، حيث يمنع المشرع الجزائري ذلك صراحة تحت طائلة العقوبات الجنائية[3] .

* المبدأ العلاجي : كلاهما يعتبر التلقيح الاصطناعي "استثناءً" لا يُلجأ إليه إلا في حالات العقم أو الضرورة الطبية التي تقررها الخبرة المختصة.

2- أوجه الاختلاف (نقاط التباين) :

تتجلى الفروق أساساً في الصياغة الإجرائية وبعض التفاصيل الفنية :

* المصدر والسلطة : يستمد الفقه أحكامه من الأدلة الشرعية (الكتاب والسنة والقواعد الكلية كقاعدة الضرورة) ، بينما يستمد القانون قوته من النصوص التشريعية الصادرة عن السلطة التشريعية[4] .

1- محمد أبو زهرة : تنظيم الأسرة وتنظيم النسل، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1976، ص 112. (وانظر أيضاً: المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري).

2- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في عمان (الأردن) عام 1986، القرار رقم 16 (3/4) بشأن "أطفال الأنابيب"، الفقرة الثانية.

3- بلحاج العربي : مرجع سابق ، ص .188

4- بن شويخ رشيد : المسؤولية الطبية في القانون الجزائري ، دار هومة ، الجزائر، 2014 ، ص 205.

* الجزاء : الجزاء في الفقه قد يكون أخروياً (إثماً) أو دنيوياً (تعزيراً)، بينما يحدد القانون الجزائري عقوبات سالبة للحرية (الحبس) وغرامات مالية مشددة في قانون الصحة الجديد[1] .

* التوثيق الإداري : يشترط القانون الجزائري إجراءات إدارية وموافقة كتابية رسمية مودعة لدى مراكز طبية معتمدة ، بينما يكتفي الفقه باشتراط تحقق الرضا والأمانة الطبية.

نستنتج في ختام هذه الدراسة المقارنة أن القانون الجزائري لم يكن بمعزل عن هويته الإسلامية في هذه المسألة الحساسة ، بل نجح في تحويل الأحكام الفقهية التكليفية إلى نصوص قانونية إجرائية ملزمة ، مما حقق توازناً دقيقاً بين مواكبة التطور العلمي الطبي (التلقيح كعلاج للعقم) وبين الحفاظ على الثوابت الأخلاقية والدينية للمجتمع الجزائري.

المطلب الثالث : تحديد جنس الجنين :

تتجلى مرونــة الشريعــة الإسلامية ومواكبتها للنوازل الطبية في قدرة قواعدها المقاصدية الكبرى على ضبط المستجدات العلمية وموازنتها بميزان المصلحة والمفسدة، وهي ذات الفلسفة التشريعية التي يسعى المشرع الجزائري للاسترشاد بها عند صياغة المنظومة القانونية الحمائية المرتبطة بالحق في الحياة وسلامة الجسد الإنساني.

وتعــد مسألـة " تحديد جنس الجنين " عبر تقنيات الهندسة الوراثية والمساعدة الطبية على الإنجاب من أدق المسائــل المعاصرة ارتباطاً بكليات المقاصد ؛ إذ يتقاطع فيها حق الوالدين في الاختيار مع الواجب الشرعي والقانوني لحفظ النفس والنسل من الاختلال. فالأصل العام الذي ينطلق منه الفقه والقانون هو حظر التدخل البشري لتوجيه جنس الجنين لما ينطوي عليه من مفاسد اجتماعية وطبيعية ، بيد أن هذا الحظر يصطدم في حالات خاصة بضرورات علاجية قاهرة ، تتمثل في وقاية الجنين المستقبلي من أمراض وراثية فتاكة مرتبطة بجنسه ، مما يستدعي تفعيل الاستثناء القائم على قاعدة " الضرورات تبيح المحظورات " تفعيلاً لمقصد " حفظ النفس " من الهلاك.

1- انظر: المادة 410 وما بعدها من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018، المتعلق بـ الصحة (الذي يعاقب بالحبس من سنة إلى 5 سنوات لكل من يقوم بعملية مساعدة طبية على الإنجاب خارج الشروط القانونية).

الفرع الأول : موقف الشريعة :

وقد انقسم الفقه الإسلامي المعاصر أمام هذه النازلة إلى اتجاهين ؛ ذهب الأول إلى المنع المطلق والتحريم ، تأسيساً على أن السعي لتحديد الجنس ينطوي على محاذير شرعية جسيمة ، منها ما يراه هؤلاء من اعتداء على التفرد الإلهي في تدبير الخلق ، استناداً لقوله تعالى: ﴿ لِّلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ ۚ يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذُّكُورَ ﴾ سورة الشورى49 ، كما حذروا من مغبة فتح هذا الباب لما قد يسببه من اختلال في التوازن الديموغرافي والاجتماعي، وتغيير للفطرة البشرية التي قامت على العفوية في الهبة الربانية، فضلاً عما تتطلبه هذه العمليات من كشف للعورات وهتك للخصوصية دون وجود مسوغ طبي قاهر في كثير من الأحيان[1] .

وعلى النقيض من ذلك ، ذهب الاتجاه الثاني – وهو الذي تبنته المجامع الفقهية الكبرى كالمجمع الفقهي الدولي – إلى تبني منهج " التفصيل والتقييد " بناءً على الموازنة بين المصالح والمفاسد ؛ حيث قرروا أن تحديد جنس الجنين يظل في دائرة الحظر إذا كان الدافع إليه مجرد الرغبة الشخصية في التمييز بين الذكور و الإناث أو إشباع تطلعات اجتماعية محضة ، لما في ذلك من تكلفة مادية وجهد طبي وصناعة مخبرية لشيء لا تتطلبه الضرورة.

لكنهم في المقابل ، وبناءً على قاعدة " الضرورات تبيح المحظورات "، أجازوا اللجوء لهذه التقنية في حالات " الضرورة العلاجية " القصوى، وتمثل ذلك أساساً في وجود أمراض وراثية فتاكة مرتبطة بجنس دون آخر (مثل الهيموفيليا أو عمى الألوان أو ضمور العضلات) التي تنتقل عبر الكروموسومات الجنسية ، ففي هذه الحالة يصبح تحديد جنس الجنين وسيلة مشروعة للوقاية من ولادة أطفال يعانون من إعاقات دائمة أو أمراض لا يرجى برؤها، وهو ما ينسجم مع مقصد الشريعة في إيجاد نسل قوي وسليم[2] .

1-بكر بن عبد الله أبو زيد : فقه النوازل، مؤسسة الرسالة، بيروت، ج1، 1996، ص 57.

2- مجمع الفقه الإسلامي الدولي، القرار رقم 179 (5/19) بشأن اختيار جنس الجنين، الدورة التاسعة عشرة، الشارقة، 2009.

ويمكن تقسيم موقف الشريعة إلى اتجاهين أساسيين ، يحكمهما سياق الغرض من العملية :

اتفقت المجامع الفقهية (مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، وهيئة كبار العلماء) على أن الأصل في تحديد جنس الجنين هو المنع والحظر إذا كان الدافع " اختيارياً " أو لمجرد الرغبة في صنف معين ، وذلك للعلل الآتية :

1- منازعة مقتضى الربوبية : إن الانفراد بخلق ما في الأرحام وتصويره هو حق إلهي مطلق ، لقوله تعالى :﴿ هُوَ الَّذِي يُصَوِّرُكُمْ فِي الْأَرْحَامِ كَيْفَ يَشَاءُ ﴾سورة آل عمران: 06.

2- درء مفسدة الاختلال الاجتماعي : إن إباحة الاختيار دون ضوابط قد تؤدي إلى " طغيان جنس على آخر" في المجتمعات التي تفضل الذكور، مما يخل بالتوازن الديموغرافي الذي أقامه الله [1] .

3- قاعدة "الوسائل لها أحكام المقاصد" : بما أن الوسيلة (التلقيح الاصطناعي ، كشف العورات ، العبث بالأجنة) تنطوي على محظورات، والمقصد هنا (مجرد شهوة الاختيار) ليس ضرورياً ، فإن الوسيلة تبقى على التحريم[2] .

يرتكز القول بالحضر في غير حالات الضرورة على عدة ركائز أصولية مقاصدية :

* بُعـــد مقاصدي (حفظ النســـل) : المقصد من النسل ليس مجرد الإيجاد ، بل الحفاظ على " توازنه "و " كرامته ".

التدخل في الجنس دون حاجة طبية يؤدي إلى اختلال التوازن الديموغرافي (تفضيل الذكور في بعض المجتمعات) ، وهو ما يناقض مصلحة النوع البشري[3] .

* بُعد أصولي (تغيير خلق الله) : يُكيف الفقهاء اختيار الجنس للرفاهية بأنه نوع من التدخل في القدر والاختيار الإلهي ، ويُلحق بباب " تغيير خلق الله " المنهي عنه ، لأن الوسائل المستخدمة (مثل فصل الأجنة) تتضمن إتلافاً لأجنة من الجنس الآخر دون مسوغ[4] .

1- يوسف القرضاوي : مرجع سابق ، ص .542

2- محمد علي البار : تحديد جنس الجنين : رؤية طبية شرعية ، دار المنارة، جدة، 1990، ص .78

3-يوسف القرضاوي ، مرجع سابق ،ص545.

4 ابن قيم الجوزية : إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الكتب العلمية، بيروت، 1991، ج 3، ص 135

* انتهاك حرمة الذات البشرية : إن عمليات التحديد تتطلب " التلقيح الاصطناعي" و"التشخيص الوراثي قبل الزرع " ، وهي وسائل لا يجوز اللجوء إليها في الفقه الإسلامي إلا عند تعذر الوسائل الطبيعية ، لأنها تنطوي على كشف العورات وملامســـة الأرحام ، وهي محظورات لا تُستباح إلا لضرورة محققة [1].

الفرع الثاني: موقف القانون الجزائري :

ومن الناحية القانونية والواقعية ، فإن هذه الإباحة المقيدة لا تعني إطلاق العنان للمختبرات الطبية، بل تظل محكومة بضوابط صارمة تمنع تحول " تحديد الجنس" إلى تجارة أو ظاهرة عامة ؛ إذ يجب أن يقتصر الأمر على الحالات التي يقرر فيها الطب وجود خطر وراثي حقيقي ، مع مراعاة عدم خلط الأنساب في أنابيب الاختبار أو التعامل مع بنوك الأجنة المجمدة التي قد تثير شبهات شرعية. وبناءً عليه، فإن القاعدة الحاكمة لهذا المطلب هي أن الأصل في تحديد الجنس هو المنع، والاستثناء هو الإباحة للضرورة الطبية، مع التأكيد على أن " الضرورة تقدر بقدرها "، فلا يتوسع في هذا الاستثناء بما يخرج بالعمل الطبي عن نبل غايته العلاجية إلى نطاق العبث بالتكوين البشري[2] .

لقد وضع المشرع الجزائري ترسانة قانونية تضبط هذه العملية ضمن المواد المتعلقة بـ "المساعدة الطبية على الإنجاب " و" أخلاقيات الطب " :

* شرط الغرض العلاجي : تنص المادة 370 من قانون الصحة 18-11 صراحة على أن الغرض يجب أن يكون "علاج عقم" أو "تجنب انتقال مرض وراثي خطير". وهذا يعني قانوناً أن أي عملية تحديد جنس لغرض "الموازنة العائلية" (تعديل كفة الذكور والإناث في الأسرة) تعتبر غير مشروعة[3].

1- بكر بن عبد الله أبو زيد : فقه النوازل ، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، 1996، ج 1، ص 241.

2- د. إقروفة زوبيدة : مرجع سابق ، ص 62 وما بعدها.

3- المادة 370 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 جويلية 2018، المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46.

* الترخيص الطبي المسبق : لا يترك الأمر لتقدير الطبيب المنفرد، بل يجب أن يتم التشخيص الوراثي (DPI) ضمن مؤسسات استشفائية مرخص لها ، وتحت إشـــراف لجان طبية متخصصة تثبت وجود الخلل الجيني المرتبط بالجنس[1].

* المسؤولية الجزائية : إن مخالفة هذه الضوابط (كأن يقوم طبيب بتحديد الجنس بناءً على رغبة الوالدين فقط) يعرضه للمسؤولية الجزائية والمدنية، لكونه خالف "النظام العام الصحي" وخرج عن مقتضيات الضرورة التي حددها القانون[2].

الفرع الثالث : تطبيق قاعدة " الضرورات تبيح المحظورات " في مسألة تحديد جنس الجنين :

تعتبر قاعدة " الضرورات تبيح المحظورات " المحور الذي يرتكز عليه التكييف الفقهي والقانوني لنازلة تحديد جنس الجنين ؛ إذ إن الأصل المستقر في الشريعة الإسلاميـــة والقوانين الوضعية هو حظر التدخل في المكونات الجينية للبشر أو العبث بمستودعات الأنساب صيانةً للفطـــرة ومنعاً للاختلال الديموغرافي ، وهو ما يُعبر عنــه بـ " الأصل في الأشيـاء المنـع " إذا مست الكليات الخمس ومنها حفظ النسل . إلا أن هذا الحظر يصطدم في الواقع الطبي بحالات استثنائية يترتب على تركها مفاسد أعظم من مفسدة التدخل الطبي نفسه ، وهنا يتجلى دور قاعدة "الضرورة " كأداة استصلاحية ترفع الحرج وتجيز المحظور لتحقيق مصلحة راجحة، وهي حفظ النفس من الهلاك أو المرض المزمن[3].

ومع ذلك ، فـــإن إعمال هذه القاعدة في مجـال تحديد الجنس يظل مقيداً بضوابط صارمة تمنع انزلاقها نحو" التحسينيات " أو الرغبات الاجتماعية المحضة ؛ فالضرورة التي تبيح المحظور هي الضرورة القائمة والمحققة التي يقررهـا الأطباء العدول ، وليست الضرورة المتوهمة القائمة على تفضيل الذكر على الأنثى أو العكس. ولذلك ، يؤكد الفقهاء والقانونيون على ضرورة استحضار

1- انظر المواد من 372 وما بعدها من القانون 18-11 المتعلق بالصحة، والتي تفصل في شروط المساعدة الطبية على الإنجاب.

2- بن عبيدة عبد القادر، المسؤولية الطبية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2014، ص .89

3- جلال الدين السيوطي : مرجع سابق ، ص 84

القاعدة المكملة وهي " الضرورة تقدر بقدرها "، مما يعني أن الإباحة هنا ليست صكاً مفتوحاً ، بل هي استثناء يضيق في حدوده الدنيا ؛ فلا يُلجأ لتحديد الجنس إلا إذا كانت هناك خشية حقيقية من مرض وراثي فتاك لا يمكن تلافيه بوسائل أخرى أخف ضرراً .

وهذا التوازن هو ما يحفظ للمجتمع توازنــه البيولوجي ويمنع تحول العلم إلى أداة لتغييـر خلق الله لغير غرض شرعي معتبر ، مع التأكيد على أن الغاية من هذا الاستثناء هي " حفظ النسل " بجعله نسلاً سليماً قوياً، وهو مقصد كلي يتوافق مع روح الشريعة ونصوص القانون التي تسعى لحماية الإنسان من العلل والأسقام [1].

وبناءً على ذلك ، فإن التطبيق العملي لهذه القاعدة في مذكرات الفقـه والقانون المعاصر يشترط اقتــران " الضرورة " بتقرير طبي فني يثبت تعذر الإنجاب السليم بالطرق الطبيعيــة ، أو يثبت انتقال جينات مرضية لا عــــلاج لها ، ليكون قرار تحديد الجنس حينها قراراً اضطرارياً تمليه المصلحة العليا للجنين والأسرة ، وليس قراراً اختيارياً تمليه الرغبة الفردية. وبذلك يستقيم تطبيق القاعدة بما يدرأ المفسدة (المرض والضياع) ويجلب المصلحة (النسل السليم)، مع بقاء عين الرقيب الشرعي والقانوني حاضرة لضمان عدم تجاوز هذه الحدود الاستثنائية التي فُتحت فقط لرفع المشقة وحفظ النفس البشرية[2] .

تتحقق الضرورة التي تبيح هذا المحظور في صورة واحدة رئيسة، وهي " الضرورة الوقائية " من الأمراض الوراثية.

* صورة الضرورة : توجد أمراض وراثية مرتبطة بالجنس ، ينتقل جينها عبر الأم ويصاب بها الذكور فقط ، مثل: " مرض دوشين لضمور العضلات " أو " مرض الهيموفيليا (نزف الدم) "[3] .

1- محمد علي البار : الأمراض الوراثية وهندسة الجينات: رؤية إسلامية، الدار للنشر والتوزيع، جدة، السعودية، 1987، ص 92.

2- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، القرار رقم 159 (7/17) بشأن اختيار جنس الجنين، المنعقد في عمان، المملكة الأردنية الهاشمية، 2007. (وانظر أيضاً إقروفة زوبيدة ، مرجع سابق ، ص 65).

3- الهيموفيليا (Hemophilia): هي خلل وراثي جيني يسبب نقصاً في البروتينات المسؤولة عن تجلط الدم، مما يؤدي إلى نزيف حاد وصعب السيطرة عليه. تكمن صلتها بموضوع "تحديد الجنس" في كونها تنتقل وراثياً للذكور دون الإناث في الغالب، مما يجعل اختيار جنس الجنين (الأنثى) في هذه الحالة ضرورة طبية وقائية لحماية النسل من المرض.(محمد علي البار: أمراض الدم الوراثية: فقر دم البحر الأبيض المتوسط ، الدار السعودية للنشر والتوزيع، جدة، ط2، 1998، ص 65-68.)

* تكييف الضرورة : هنا نطبق قاعدة " الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف " ؛ فمفسدة التدخل الطبي لتحديد جنس الجنين (الأنثى في هذه الحالة) هي أقل من مفسدة ولادة طفل مريض بمرض عضال يؤدي لموته أو إرهاق كاهل الأسرة والمجتمع بعلاجه[1] .

* شرط الضرورة : يشترط الفقهاء المعاصرون أن تكون هذه الضرورة " محققة لا موهومة "، أي بناءً على تقرير طبي من لجنة مختصة تثبت أن هذا المرض سينتقل حتماً للنسل[2] .

الفرع الرابع : المقارنة بين الشريعة والقانون الجزائري في مسألة تحديد جنس الجنين :

يتفق كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري على أن الأصل هو " الحظر " والاستثناء هو " الإباحة للضرورة " ، إلا أن هناك فوارق في أدوات الضبط والإلزام.

أولاً : من حيث المرجعية والأساس :

* في الشريعة الإسلامية : تنبثق المرجعيـــة من مبدأ "حفظ النسل" كضرورة مقاصدية ، ومنع التغيير في خلق الله. فالإباحة هنا هي "رخصة" شرعية لدفع ضرر أعظم (المرض الوراثي) [3] .

* في القانون الجزائري : المرجعيـــة هي " النظام العـام الصحي" وأخلاقيات المهنة الطبيـة. فالمشرع في قانون الصحة 18-11 يعتبر التلاعب بالجنس خارج الإطار العلاجي مساساً بالكرامة البشرية وجريمة يعاقب عليها القانون[4].

ثانياً : من حيث نطاق " الضرورة الطبية " :

كلاهما يحصر الإباحة في "الأمراض الوراثية المرتبطة بالجنس". فلا إباحة في الشريعة ولا في القانون الجزائري لمجرد الرغبة في التوازن العائلي (اختيار ذكر بعد عدة إناث مثلاً) [5].

1- ابن نجيم : مرجع سابق ، ص 85 .

2- عارف علي عارف : أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، 2001، ص 156.

3- محمد المختار السلامي : الأدلة الشرعية في أحكام القضايا الطبية المستجدة،دس. دط. ص 118.

4- المادة 434 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 جويلية 2018، المتعلق بالصحة، الجزائر ، الجريد الرسمية الجزائرية ، العدد 46،بتاريخ 29جويلية.2018

5- يوسف القرضاوي: مرجع سابق ، ص 546.

إنّ المتأمل في ضوابط الإباحة يجد أن كلاً من الفقه الإسلامي والمشرع الجزائـــري قد تبنيا موقفاً صارماً في حصر نطاق التدخل الطبي لاختيار جنس الجنين في دائرة " الأمراض الوراثية المرتبطة بالجنس" دون سواها. وهذا الحصر لم يكن عفوياً، بل جاء نتيجة إدراك عميق للمآلات الاجتماعية والأخلاقية التي قد تترتب على فتح هذا الباب؛ حيث يُنظر إلى "الضرورة الطبية" هنا بصفتها ضرورة وقائيـــة تهدف إلى دفع ضرر محقق يتمثل في ولادة طفل يعاني من علل جينية فتاكة (كالهيموفيليا[1] وضمور العضلات[2])، وهـــو ما يجعل الفعل يندرج ضمن مقصد "حفظ النفس" و"حفظ النسل" من الضياع والضعف[3] .

وبناءً على هذا التأصيل ، فلا إباحة في الشريعة الإسلاميـــــة ولا في القانون الجزائري (لاسيما في ظل قانون الصحة 18-11 وقانون الأسرة) لما يسمى بـ " التوازن العائلي" أو الرغبة في اختيار نوع المولود تلبيةً لتطلعات الوالدين الشخصية، كاختيار ذكر بعد عدة إناث أو العكس. فالشريعة تنظر إلى هذا النوع من الاختيار على أنه خروج عن مبدأ الرضا بالقسمة الإلهية، وذريعة قد تؤدي إلى خلل
ديموغرافي جسيم يهدد توازن المجتمع وتركيبته الفطرية. فالمصلحة الفردية للأسرة في الحصول على "ذكر" لا ترقى لمستوى "الضرورة" التي تبيح محظور التدخل في الأجنة وكشف العورات، بل هي "حاجة" تحسينية تصطدم مع مصلحة الجماعة في استبقاء الفطرة على عفويتها[4] .

1-الهيموفيليا:سبق التعريف به انظر ص 81 من هذا البحث

2- ضمور العضلات :عِلّة يصيب العضلاتِ فيها وهنٌ ونقصٌ في حجمها وقوتها، مما يؤدي إلى تراجع القدرة الحركية للمريض تدريجياً، وينقسم طبياً إلى ضمور ناتج عن قلة الحركة، وضمور عصبي، وضمور وراثي (كضمور العضلات الشوكي أو الدوشيني)، وتترتب عليه أحكام فقهية تتعلق بمدى قدرة المكلف على القيام بالعبادات أو تأثيره على الأهلية والمسؤولية الجنائية بحسب درجة التضرر العضلي والعصبي /د. محمد مسعد ياقوت :أثر الأمراض العصبية والعضلية في الأهلية والمسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2018، ص 142-145.

3- د. محمد علي البار : مرجع سابق ، ص .95

4- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، القرار رقم 179 (5/19) بشأن اختيار جنس الجنين، الدورة التاسعة عشرة، الشارقة، 2009.

أما من الناحية القانونية الجزائية، فإن المشرع كان حاسماً في المادة 44 من قانون الصحة 18-11، حين رهن أي تدخل في الأجنة بوجود " أغراض علاجية " محضة. وهذا يعني أن أي ممارسة طبية تهدف لتحديد الجنس خارج إطار الوقاية من الأمراض الوراثية تُعد خروجاً عن نطاق الترخيص القانوني، وقد تضع القائم بها تحت طائلة المسؤولية المدنية والجزائية؛ لأن القانون لا يعترف بالرغبة الاجتماعية كمسوغ للعبث بالخريطة الجينية أو انتقاء الأجنة. فالضرورة في المنظور القانوني الجزائري هي ضرورة بيولوجية إنقاذية وليست رغبة اختيارية، وهو ما يحقق الانسجام التام بين النص القانوني والمقصد الشرعي في حماية كيان الأسرة من الانزلاق نحو "تسليع" الأجنة أو إخضاعها للمزاج البشري[1] .

ثالثاً : من حيث الرقابة والجزاء :

* في الشريعة : الرقابة تبدأ من "الوازع الديني" للطبيب والوالدين ، والجزاء أخروي في الأصل، مع إمكانية وضع عقوبات تعزيرية يقررها ولي الأمر (الحاكم)[2] .

* في القانون الجزائري : الرقابة مؤسساتية صارمة. فقد وضع المشرع الجزائري عقوبات جزائية (حبس وغرامات) للممارسين الطبيين الذين يخالفون ضوابط المساعدة على الإنجاب، وقد تصل العقوبة إلى المنع من ممارسة المهنة، وهو ما يجسد حماية فعلية لقاعدة "الضرورة" من التمييع[3] .

نخلص من خلال المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري في مسألة تحديد جنس الجنين إلى تطابق جوهري في الفلسفة التشريعية وتكامل إجرائي في التنفيذ، ويتجلى ذلك في النقاط الآتية:

1- وحدة الأصل والمنطلق : يتفق الطرفان على أن الأصل هو " الحظر والمنع " حمايةً للفطرة البشرية (شرعاً) وصيانةً للنظام العام والأخلاق الطبية (قانوناً) ، ورفضاً لجعل الجنس محلاً للاختيار الشخصي أو الترف الاجتماعي.

1- المادة 374 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 جويلية 2018، المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46.

2- وهبة الزحيلي : مرجع سابق ، ص .669

3- انظر المواد431 وما بعدها المتعلقة بالعقوبات في قانون الصحة 18-11 (الفصل الخاص بالأحكام الجزائية)، والمادة 226 وما يليها من قانون العقوبات الجزائري (فيما يخص المساس بالأنساب).

2- حصر الاستثناء في الضرورة : تلتقي الشريعة والقانون في إعمال قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"، بجعل "الضرورة الطبية الوقائية" (الأمراض الوراثية الفتاكة) هي المسوغ الوحيد والضيق
لإباحة تحديد الجنس، عملاً بمبدأ دفع الضرر الأشد بالضرر الأخف.
3- التكامل بين الوازع والزاجر : بينما تركز الشريعة على الضابط المقاصدي والوازع الديني في حماية النسل، قام المشرع الجزائري في قانون الصحة 18-11 بـ "قوننة" هذه الضوابط وتحويلها إلى نصوص إجرائية ملزمة، مدعومة بجزاءات جنائية رادعة تمنع الانحراف بالاستثناء الطبي عن مقصده الأخلاقي.

وختاما فإن القانون الجزائري في هذه المسألة ليس إلا تجسيداً وضعياً للمقاصد الشرعية ، حيث نجح في تطويع التقدم العلمي لخدمة " حفظ النسل " مع وضع سياج قانوني يمنع العبث بالهوية الجينية للإنسان.

يقدم هذا الفصل دّراسة تطبيقية لموازنة مصالح الشريعة والقانون الجزائري مع الحالات الطبية الحرجة وفق ضابط " الضرورة تقدر بقدرها "، مركزاً على كليتي النفس والنسل.

في مبحث حفظ النفس ، يبيح الفقه الإسلامي المعاصر نقل وزراعة الأعضاء لإنقاذ النفوس كعمل تبرعي إنساني يمنع المتاجرة بالبشر ، وهو ما يتوافق مع قانون الصحة الجزائري الذي اشترط المجانية التامة ، والتعبير الحر عن الرضا، وحصر التبرع بين الأقارب الأحياء مع إقرار الموافقة المفترضة للمتوفى، رُغم وجود خلاف فقهي حول اعتماد الموت الدماغي كمعيار للوفاة. وفي مسألة بتر الأعضاء ، اتفقت المذاهب الأربعة على مشروعيته بناءً على قاعدة "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف "، بل واعتبره الفقه واجباً عينياً صيانةً للروح ، بينما يكيفه القانون الجزائري كواجب مهني للطبيب يبيح له التدخل دون إذن المريض في الحالات الاستعجالية التي تغيب فيها الأهلية أو الوعي. أما التداوي بالمواد النجسة أو المحرمة، فيجيزه جمهور الفقهاء رخصةً عند الضرورة بشرطين : تحقق الشفاء بها وانعدام البديل الطاهر، وهو ذات المنحى التنظيمي للقانون الجزائري الذي يبيح استخدامها بناءً على الفعالية الطبية مع إلزامية إعلام ا لمريض بمكونات العلاج.

وفي مبحث حفظ النسل، يستعرض الفصل مفهوم الإجهاض العلاجي لغوياً وطبياً باعتباره إنهاءً للحمل وإفراغاً لمحتويات الرحم قبل اكتماله وقبل صلاحية الجنين للحياة مستقلاً، معتمداً على معايير الأطباء الدقيقة في تحديد عمر الجنين ووزنه للتمييز بين حالات السقط .

الخاتمـــــة

الخاتمـــــــــــــــة :

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ، وبعد :

في ختام هذه الدّراسة التي تناولت " قاعـــدة الضـــرورات تبيــح المحظـورات وتطبيقـاتها في المجـــال الطبي دّراســة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري "، نصل إلى الحقيقة الجوهرية التي مفـــادها أن الشريعة الإسلامية والقانون الجزائـــــري يلتقيان في هـــدف واحد ، وهو حماية النفس البشرية وتغليب مصلحة الحياة على الجمود النصي في الحالات الاستثنائية.

فقد شملت هذه الدّراسة استقصاءً فقهياً وقانونياً لواحدة من أهم القواعد الكلية التي يقوم عليها صرح التشريع الإسلامي والوضعي ، ومحاولة إسقاطها على النوازل الطبية المعاصرة التي تزدحم بالتعقيدات الأخلاقية والقانونية.

ومن خلال هذه الرحلة البحثيـــــة المقارنة بين الشريعة الغراء والقانون الجزائري ، خلصنا إلى جملة من النتائج والتوصيات نوردها فيما يلي :

أولاً: أهم النتائـــج :

* قاعدة الضـــرورة هي "صمام أمان " في الممارسة الطبية ، تمنح الطبيب الغطاء الشرعي والقانوني للتدخل لإنقاذ الأرواح في حالات الاستعجال التي قد تتعارض مع أصل المنع.

* التكامل بين الفقه والقانون :حيث يوجد تقارب كبير بين ضوابط الضرورة في الفقه الإسلامي (مثل شرط عدم وجود بديل مباح) وبين شروط حالة الضرورة في القانون الجزائري، مما يعزز الثقة في المنظومة التشريعية الوطنية.

* :أكدت الدراسة أن الضرورة لا تعني الفوضى؛ بل هي مقيدة بشرطين أساسيين :

أن تكون الضرورة قائمة وحقيقية، وأن يُقتصر في الفعل المحظور على قدر الحاجة فقط (الضرورة تقدر بقدرها).

* استيعاب المشـرع الجزائري للكثير من المستجدات الطبيـــة ، إلا أنه ترك بعض التفاصيل لاجتهاد القضاء وبناءً على القواعد الفقهية الكلية.

ثانياً : التوصيـــــات :

* الدقة في المصطلحات : نوصي المشرع الجزائري بوضع تعريفات أكثر دقة لمفهوم " الضرورة الطبية " و"حالة الاستعجال " لتجنب التأويلات المختلفة التي قد تضع الطبيب تحت طائلة المسؤولية.

* التوعية القانونية للأطباء : ضرورة تنظيم دورات تدريبية للأطقم الطبية لتعريفهم بالحدود القانونية والشرعية لاستخدام قاعدة الضرورة ، لضمان ممارسة طبية آمنة.

* الاجتهاد الجماعي : الدعوة إلى تكثيف اللقاءات بين رجال القانون والفقهاء والأطباء للخروج بضوابط موحدة في القضايا الطبية المعقدة (مثل الموت الدماغي أو التداوي بالمحرمات).

* إثراء المكتبة القانونية : نوصي الباحثين بالتعمق أكثر في دّراسة " المسؤولية المدنية والجزائية" المترتبة على تجاوز حدود الضرورة في العمل الطبي.

وأخيراً ، نرجو أن نكون قد وفقنا في تسليط الضوء على هذا الموضوع الحيوي ، مذكرين بأن النفس البشرية هي أغلى ما نملك ، وأن التشريعات إنما وُجدت لخدمتها وصيانتها.

وفي ختام هذه الدراسة المتواضعة ، نخلص إلى أن كلاً من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري قد أسسا نظاماً دقيقاً يوازن بين الحفاظ على قدسية الجسد البشري وبين ضرورة التدخل لإنقاذ الأرواح في الظروف الاستثنائية. وقد تبين لنا من خلال المقارنة أن قاعدة الضرورة ليست رخصة مفتوحة، بل هي استثناء محكوم بضوابط صارمة تمنع التجاوز، حيث تظل مقيدة بقدر الحاجة الفعلية فقط.

وبناءً على ما توصلنا إليه ، نوصي بضرورة صياغة نصوص قانونية أكثر تفصيلاً تتماشى مع التطوّرات الطبية الحديثة ، مع تكثيف التنسيق بين الفقهاء ورجال القانون لضبط الاجتهاد في النوازل الطبية المعقدة. ونأمل أن يكون هذا البحث لبنة تساهم في إثراء المكتبة القانونية ، وتفتح آفاقاً جديدة للباحثين لتعميق دّراسة المسؤولية الطبية في ظل مقاصد الشريعة والتشريع الجزائري ، سائلين الله التوفيق والسداد.

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية

الآية القرآنية الكريمة	اسم السورة ورقم الآية	رقم الصفحة
﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ﴾	البقرة: 29	09
﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ﴾	البقرة : 173	11، 15، 24
﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيـدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾	البقرة : 185	16، 35
﴿ هُوَ الَّذِي يُصَوِّرُكُمْ فِي الْأَرْحَامِ كَيْفَ يَشَاءُ ﴾	آل عمران: 06.	78
﴿ فَمَن اضْطُرَّ فِي مَخمَصَةٍ غَيرَ مُتَجَانِفٍ لإِثْمٍ فَإِنَّ اللهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾	المائدة 03	18،37
﴿ ....وَمَنْ أَحيَاهَا فَكَأَنَمَا أحيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾	المائدة: 32	36
﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾	الأنعام : 119	15
﴿ قُل لَّا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَن يَكُونَ مَيْتَةً....﴾	الأنعام: 145	09
﴿ وَمَا كَانَ عَطَاءُ رَبِّكَ مَحْظُورًا ﴾	الإسراء: 20	10
﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾	الحج: 78.	16
﴿ وَ أَرْسَلنَا الرِّيَاحَ لَوَاقِحَ ﴾	الحجر 22.	69
﴿ وَوَصَّيْنَا الإِنْسَانَ بِوَالِدَيهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ ﴾	لقمان 14.	74
﴿ خُلِقَ مِنْ مَاءٍ دَافِقٍ ، يَخْرُجُ مِنْ بَينِ الصُّلبِ وَ التَّرَائِبِ ﴾	الطارق 07.	62
﴿ لِّلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ ۚ يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذُّكُورَ ﴾	الشورى49	77
﴿ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرهًا وَ حَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاَثُونَ شَهْرًا ﴾	الأحقاف 15.	74
﴿ إِنَّا خَلَقنَا الإِنْسَانَ مِن نُطفَةٍ أَمْشَاجٍ ﴾	الإنسان .02	69

فهرس الأحاديث النبوية

الحديث	تخريج الحديث	رقم الصفحة
" الحلال ما أحل الله في كتابه ، والحرام ما حرم الله في كتابه ، وما سكت عنه فهو مما عفا عنه "	أخرجه الترمذي وابن ماجه	09
" إنَّ اللهَ وضَع عن أُمَّتي الخطأَ والنِّسيـــــانَ وما استُكرِهوا عليه"	أخرجه ابن ماجه	11، 15
(يسروا و لا تعسروا و بشروا ولا تنفروا)	أخرجه البخاري	35
" مَثَلُ الْمُؤْمِنِينَ فِي تَوَادِّهِمْ وَتَرَاحُمِهِمْ وَتَعَاطُفِهِمْ مَثَلُ الْجَسَدِ إِذَا اشْتَكَى مِنْهُ عُضْوٌ تَدَاعَى لَهُ سَائِرُ الْجَسَدِ بِالسَّهَرِ وَالْحُمَّى"	أخرجه البخاري	37
" مَنْ نَفَّسَ عَنْ مُؤْمِنٍ كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ الدُّنْيَا نَفَّسَ اللَّهُ عَنْهُ كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ يَوْمِ الْقِيَامَةِ "	أخرجه مسلم	38
" إنَّ الأشْعَرِيّينَ إذا أرْمَلُوا في الغَزْوِ، أوْ قَلَّ طَعامُ عِيالِهِمْ بالمَدِينَةِ ، جَمَعُوا ما كانَ عِنْدَهُمْ في ثَوْبٍ واحِدٍ ، ثُمَّ اقْتَسَمُوهُ بيْنَهُمْ في إناءٍ واحِدٍ بالسَّوِيَّةِ ، فَهُمْ مِنِّي وأنا منهمْ "	أخرجه البخاري	38
« إِنَّ اللَّهَ أَنْزَلَ الدَّاءَ والدَّوَاءَ ، وجَعَلَ لِكُلِّ دَاءٍ دَوَاءً ، فَتَدَاوَوْا، ولَا تَدَاوَوْا بحَرَامٍ »	أخرجه البخاري	54
«إنَّها ليسَتْ بدَوَاءٍ، ولَكِنَّهَا دَاءٌ»	أخرجه مسلم	55
« تَدَاوَوْا عِبَادَ اللَّهِ »	أخرجه الترمذي	72

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم .

ثانيًا : الكتب

01- ابن الأخضر بن عزوز: النظام القانوني لنقل وزراعة الأعضاء في التشريع الجزائري والمقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011م.

02ـ إبراهيم رحيم ، أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي ، إصدارات الحكمة السعودية ،ط1، 1423هـ ..2002م

03ـ إبراهيم مصطفى : المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر، 2004م.

03- الآمدي سيف الدين : الإحكام في أصول الأحكام، دار الكتاب العربي ، بيروت ،.

05- البار، محمد علي: الأحكام الفقهية للأعمال الطبية، دار القلم، دمشق ، ط 1، 1987م.

06- البخاري محمد بن إسماعيل : صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، بيروت، ط1، 1422هـ.

07ـ بلحاج شرف الدين : المسؤولية المدنية للطبيب في القانون الجزائري، الدار الجامعية، الإسكندرية.

08-بلحاج العربي : النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول (مصادر الالتزام)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005م.

09- البورنو محمد صدقي : الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة، بيروت.

10-بوساق محمد المدني، موقف الشريعة الإسلامية من نقل الأعضاء بين البشر، مركز الدراسات والبحوث، الرياض.

11ـ بوسقيعة أحسن : الوجيز في القانون الجزائي العام، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط15، 2016م.

12ـ بوسقيعة أحسن : الوجيز في القانون الجنائي الخاص، دار هومة، الجزائر، طبعة 2020م.

13ـ بوضياف عمار : شرح قانون الصحة الجديد 18-11، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2019م.

14ـ الترمذي أبو عيسى محمد : سنن الترمذي، كتاب اللباس، باب ما جاء في لبس الفراء، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
15ـ الجديع يعقوب : تيسير علم أصول الفقه، المكتبة الشاملة، مؤسسة للطباعة والنشر، ط1، بيروت، 1997م.
16ـ الجوهري، أبو نصر إسماعيل بن حماد : الصحاح: تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط 4، 1987م.
17ـ الجيزاني محمد : حقيقة الضرورة الشرعية، مكتبة دار المنهاج، الرياض
18- حمد حسين منصور : المسؤولية الطبية ، دار الجامعة الجديد ة، الإسكندرية ، 2004م.
19-حيدر علي:درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، تحقيق: المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت.
20-ابن رجب الحنبلي : القواعد، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، 1999م.
21- رحماني منصور: القانون الجنائي العام (الجريمة) ، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006م.
22-رشدي محمد السعيد : المسؤولية المدنية والجنائية للأطباء والصيادلة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006م.
23-الروكي محمد: القواعد الفقهية من خلال كتاب التمهيد لابن عبد البر، دار القلم، دمشق1998، ط.1
24-الزحيلي وهبة : أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، 1986م.
25-وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق ، ط4 منقحة ، د ت .
26- الزحيلي محمد مصطفى : القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، 2006م.
27- الزحيلي وهبة :نظرية الضرورة الشرعية:دراسة مقارنة مع القانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1997م.
28- السدلان صالح : القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، دار بلنسية للنشر والتوزيع، 2006م

29-السيوطي جلال الدين عبد الرحمن : الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983م..

30- الشاطبي أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي : الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط 1، 1997م

31- شرف الدين إبراهيم : المسؤولية الطبية في الفقه الإسلامي والقانون، دار النفائس، الأردن.

32-شرف الدين أحمد: الأحكام القانونية للعمليات الجراحية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1986م.

33-عازار سمير : الموسوعة الصحية الطبية الشاملة ، الأعضاء والأجهزة ، دار نوبليس للنشر والتوزيع ، 2005م.

34- ابن عاشور محمد الطاهر: تفسير التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984م.

35-ابن عبد السلام العز عبد العزيز: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الكتب العلمية، بيروت

36-عبد الله أوهابية : شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، دار هومة للنشر، الجزائر، 2005م. 37- عودة عبد القادر : التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج 1، دار الكتاب العربي، بيروت.

38- علي شاكر عبد القادر : نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الطب والقانون، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2005م.

39-أبو العينين بدران: البحوث الفقهية المعاصرة (في الطب والقانون)، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1994م.

40- الغزالي أبو حامد محمد بن محمد : المستصفى من علم الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت.

41- ابن فارس أحمد بن زكريا : معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت، 1979م.

42-الفراء محمد بن الحسين: العدة في أصول الفقه، تحقيق: أحمد بن علي سير المباركي، ط 2، 1990م.

43-الفراهيدي، الخليل بن أحمد: كتاب العين، تحقيق: د. مهدي المخزومي، دار ومكتبة الهلال.

44- فهمي خالد مصطفى: النظام القانوني لإجراء التجارب الطبية وتغيير الجنس ومسؤولية الطبيب الجنائية والمدنية، دار الفكر الجامعي، ط 1، 2014م.
45-الفيروز آبادي مجد الدين يعقوب: القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2005م.
46- فيلالي علي : الالتزامات ، الفعل المستحق للتعويض ، دار موفم للنشر، الجزائر، 2002م.
47-الفيومي أحمد بن محمد: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمية، بيروت.
48- القره داغي علي محي الدين : فقه القضايا الطبية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، بيروت.
49- القرطبي محمد بن أحمد الأنصاري : الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، ج 2، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1964م.
50-ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل: تفسير القرآن العظيم، ، دار طيبة للنشر والتوزيع، 1999م.
51- محمد جابر سعد : أحكام نقل أعضاء جسم الإنسان في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2007م.
52-محمد رأفت عثمان : الحق في سلامة الجسد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة.
53- محمد عثمان شبير: القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، دار النفائس، الأردن، ط2، 2007م.
54- منذر الفضل : المسؤولية الطبية في القانون المدني : دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، ط1، 1995م.
55-منصور مجدي محب الدين : المسؤولية الطبية في القانون الجزائري والمقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012م
56-منصور عمر طرفة :المسؤولية الطبية بين الشريعة والقانون ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، 2011م.

57-ابن منظور، جمال الدين محمد مكرم: لسان العرب، دار صادر / دار إحياء التراث العربي، بيروت.

58-ياسين محمد نعيم : أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس ، عمان، الطبعة السادسة، 2012م.

59- هيثم حامد المصاروة : التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء ، دار المناهج ، عمان.

ثانيا : المقالات والمذكرات العلمية :

57- الأشهب العندليب فؤاد: الحماية الجنائية لحرمة جسم الإنسان عن الأعمال الطبية الحديثة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2010-2011م.

58- بن فنتوري سارة : المسؤولية الجزائية للطبيب في القانون الجزائري، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة سعيدة، الجزائر.

ثالثا : النصوص القانونية :

40- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، المعدل والمتمم (المواد: 48). القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري .1985

41- قانون حماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم بالقانون رقم 88-15 والمؤرخ في 06 ماي 1988، والقانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 جويلية 1990.

42- القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 جويلية 2018، المتعلق بالصحة (الجزائري)، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46 (المواد المستند إليها: 46، 162، 163، 164، 185، 191، 358، 359، 360، 361، 362، 365، 366، 368).

43- المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب (الجزائري) (المادة: 34).

فهـــــرس الموضوعات

- شكـــر وعرفـــان
- الإهـــــــــــداء
- مقدمـــــة ..... (أ)
ـ **الفصل الأول :الإطار النظري لقاعدة الضرورات تبيح المحظو**رات 01
- **مدخـــل** : 02
-**المبحث الأول** : التعريف بالضرورة والإباحة والمحظور 03
* **المطلب الأول** : الضرورة..... 03
الفرع الأول :في السياق اللغوي والشرعي..... 03
الفرع الثاني :في السياق الطبي 05
الفرع الثالث:في السياق القانوني..... 06
* **المطلب الثاني** : الإباحة 07
الفرع الأول :تعريف الإباحة.....07
الفرع الثاني :مشروعيةالإباحة.....08
الفرع الثالث:الإباحة في المنظور القانوني.....08
* **المطلب الثالث** : المحظور..... 10
الفرع الأول :تعريف المحظور..... 10
الفرع الثاني :التأصيل الشرعي للمحظور..... 11
الفرع الثالث:التأصيل القانوني للمحظور..... 12
* **المطلب الرابع** : المعنى الإجمالي للقاعدة.....13
- **المبحث الثاني** : التأصيل الشرعي لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات وأهميتها و القواعد المندرجة تحتها..... 15
* **المطلب الأول** : التأصيل الشرعي للقاعدة..... 15
* **المطلب الثاني** : أهمية قاعدة " الضرورات تبيح المحظورات "..... 17
* **المطلب الثالث** : القواعد الفقهية المندرجة تحت قاعدة " الضرورات تبيح المحظورات 19
- **المبحث الثالث** : الضوابط الشرعية و القانونية المقيدة للضرورة ومستثنياتها..... 23

* **المطلب الأول** : الضوابط الشرعية للضرورة..... 23
* **المطلب الثاني** : الضوابط القانونية للضرورة 25
* **المطلب الثالث** : مستثنيات قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات" 26
خلاصة الفصل الأول..... 28
ـ **الفصل الثاني:تطبيقات قاعدة الضرورات تبيح المحظورات في المجال الطبي**.....29
– **مدخـــل**:..... 30
– **المبحث الأول** : المحظورات المتعلقة بحفظ النفس.....31
* **المطلب الأول** : نقل وزراعة الأعضاء..... 31
الفرع الأول :تعريف العضو البشري وعمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية..... 31
الفرع الثاني :عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية في منظور الشريعة الإسلامية 35
الفرع الثالث: عمليات نقل وزراعة الأعضاء في القانون الجزائري.....39
الفرع الرابع :مقارنة بين الشريعة والقانون الجزائري في مسألة نقل وزراعة الأعضاء.....44
* **المطلب الثاني** : بتر الأعضاء واستئصالها لإنقاذ النفس 45
الفرع الأول :التأصيل الفقهي لبتر الأعضاء..... 46
الفرع الثاني :التكييف القانوني للبتر في التشريع الجزائري.....50
الفرع الثالث:المقارنة بين الشريعة والقانون الجزائري في مسألة بتر الأعضاء.....52
* **المطلب الثالث** : التداوي بالنّجس أو المحرم 53
الفرع الأول :التأسيس الأصولي والمقاصدي للمسألة..... 54
الفرع الثاني : ضوابط إعمال قاعدة الضرورة في التداوي بالنجس أو المحرم.....56
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من التداوي بالنجس أو المحرم.....57
الفرع الرابع:المقارنة بين الشريعة والقانون الجزائري في مسألة التداوي بالنجس أو المحرم..... 59
– **المبحث الثاني** : المحظورات المتعلقة بحفظ النسل..... 62
* **المطلب الأول** : الإجهاض العلاجي..... 62
الفرع الأول: تعريف الإجهاض.....62
الفرع الثاني: الإجهاض العلاجي..... 64

الفرع الثالث: تأصيل إباحة الإجهاض العلاجي في التشريع الإسلامي.....66
الفرع الرابع:الأساس القانوني للإجهاض العلاجي.....67
الفرع الخامس:الإجهاض العلاجي بين الشريعة والقانون الجزائري.....68
* **المطلب الثاني** : التلقيح الاصطناعي 69
الفرع الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي.....68
الفرع الثاني: أنواع التلقيح الاصطناعي..... 70
الفرع الثالث: موقف الفقه الإسلامي والقانون الجزائري من التلقيح الاصطناعي 71
الفرع الرابع: مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري في مسألة التلقيح الاصطناعي...75
***المطلب الثالث** : تحديد جنس الجنين 76
الفرع الأول:موقف الشريعة من تحديد جنس الجنين..... 77
الفرع الثاني:موقف القانون الجزائري من تحديد جنس الجنين..... 79
الفرع الثالث:تطبيق قاعدة الضرورات تبيح المحظورات في مسالة تحديد جنس الجنين..... 80
الفرع الرابع:مقارنة بين الشريعة والقانون الجزائري في مسألة تحديد جنس الجنين.....82
خلاصة الفصل الثاني.....85
الخاتمـــــــــة.....88
فهرس الآيات 91
فهرس الأحاديث.....92
– قائمة المصادر والمراجع.....94
فهرس الموضوعات..... 100

ملخص البحث :

تتناول هــذه الدّراسة واحدة من أهم القواعد الفقهية الكلية وهي قاعدة " الضــرورات تبيح المحظورات " ، وتسعى إلى تبيـــان مدى مرونتها وقـــدرتها على استيعـــاب المستجدات في المجال الطبــي . تهدف المذكـــرة إلى إيجاد التوازن الدقيق بيــن الحفاظ على مقاصد الشريعة (حفظ النفــس والنســل) وبين الالتــزام بـ : النصوص القانونية في التشريع الجزائري (قانون الصحة 18-11 وقانون العقوبات). قسمت الدراسة إلى فصلين؛ الأول نظري ركز على تأصيل القاعدة وضوابطها الشرعية والقانونية ، والثاني تطبيقي تنــاول قضايا حيوية مثل: نقل وزراعة الأعضاء ، بتر الأعضاء ، الإجهاض العلاجي ، والتلقيح الاصطناعي. خلصت الدّراسة إلى أن القانون الجزائري ينسجم في جوهره مع روح الشريعة الإسلامية في إعتبار الضرورة الطبيــة سبباً من أسباب الإباحة التي ترفع المسؤولية عن الطبيب ، بشرط التقيد بقاعدة " الضرورة تقدر بقدرها " لضمان عدم المساس بكرامة الجسد البشري إلا لغرض إنقاذ الحياة.

ـالكلمات المفتاحية : الضرورة الطبية ـ المسؤولية الطبية ـ الفقه الإسلامي ـ القانون الجزائري ـ حفظ النفس ـ نقــل الأعضاء ـ الإجهاض العلاجي.

research Summary :

This study explores one of the fundamental Islamic legal maxims : "Necessity overrides prohibition ," specifically its practical applications within the medical field. The research provides a comparative analysis between Islamic Jurisprudence and Algerian Law (notably the Health Law 18-11 and the Penal Code), seeking to balance the preservation of the Higher Objectives of Sharia (preservation of life and progeny) with contemporary legal frameworks. The thesis is structured into two main chapters: a theoretical framework establishing the legal basis of necessity and its constraints , and a practical chapter addressing critical issues such as organ transplantation, limb amputation, therapeutic abortion, and artificial insemination. The study concludes that Algerian legislation is fundamentally aligned with Islamic principles, recognizing "medical necessity" as a ground for justification that absolves medical practitioners of liability. However , this is strictly governed by the rule that "necessity is determined by its extent," ensuring that the sanctity of the human body is only bypassed to the minimum degree required to save a life.

Keywords : Medical Necessity.Medical Liability.Islamic Jurisprudence. Algerian Law . Preservation of Life . Organ Transplantation.Therapeutic Abortion