

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة البليدة 2

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: القانون العام

## الحماية الجنائية لحرمة الميت في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون

تخصص: العلوم الجنائية والاجرامية

تحت اشراف الأستاذ الدكتور:

مجاهدي إبراهيم

من اعداد الطالبة:

حمايدي نسرين

السنة الجامعية: 2019-2020

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة البليدة 2

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: القانون العام

## الحماية الجنائية لحرمة الميت في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون

تخصص: العلوم الجنائية والاجرامية

من اعداد الطالبة

حمايدي نسرين

أعضاء لجنة المناقشة

|              |                   |                   |                |
|--------------|-------------------|-------------------|----------------|
| رئيسا        | جامعة البليدة 02  | أستاذ             | عمرو خليل      |
| مقررا ومشرفا | جامعة البليدة 02  | أستاذ             | مجاهدي إبراهيم |
| عضوا مناقشا  | جامعة البليدة 02  | أستاذ محاضر "أ"   | لالو رابح      |
| عضوا مناقشا  | جامعة الشلف       | أستاذ محاضر "أ"   | طبيب عمور محمد |
| عضوا مناقشا  | جامعة الجزائر 01  | أستاذة محاضرة "أ" | التجاني زليخة  |
| عضوا مناقشا  | جامعة خميس مليانة | أستاذ محاضر "أ"   | يعقر الطاهر    |

السنة الجامعية: 2020/2019

## الشكر

الحمد لله والشكر أولاً لمبدع الكون سبحانه وتعالى الأحد الصمد الذي سدد خطاي وأنار سبيلي ويسّر لي إتمام هذا العمل والصلاة والسلام على أفضل المبعوث للعالمين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم خاتم الأنبياء والمرسلين، فاللهم لا تجعلني أصاب بالغرور إذا نجحت وباليأس إذا أخفقت وعلمي دائماً أن الفشل تجربة تسبق النجاح، شكر بالغاً لا تسعه الكلمات ولا تسطره الأقلام ولا تملؤه المعاني يبقى ما بقيت ذكرى هذا العمل يرن وينبض في ذكرياتي.

أشكر الله سبحانه وتعالى الذي وهبني الصبر وحسن التدبير والذي مكنني من تخطي الصعاب بإتمام هذا العمل، وأتقدم بعظيم الشكر والتقدير الى الأستاذ الدكتور "مجاهدي إبراهيم" الذي لم يبخل عليّ بإرشاداته ونصائحه القيمة وصبره الجميل ومواقفه النبيلة طيلة عملي في انجاز هذه الأطروحة، أسأل الله أن يجازيه على جهده ما يجازي به عالم يحرص على أبنائه الدارسين، ويأخذ بيدهم الى الغاية في جد ورفق، وفي اخلاص وصبر، كما أسأل الله العلي القدير أن يحفظه ويرعاه ويسدد خطاه، فكان نعم الأستاذ جزاه الله عني خير الجزاء.

كما أتوجه بعظيم تقديري وثنائي لسادتي الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة، الذين تفضلوا بقبول بذل الوقت والجهد لقراءة هذه الأطروحة ومناقشتها وتقويمها، ولما سيبدونه من ملاحظات وتوجيهات قيمة.

وأخيراً أخص بالشكر الى كل من مدّ لي يد العون من قريب أو من بعيد بإنجاز هذا العمل المتواضع.

فلهم مني خالص الشكر وموفور العرفان.

## الاهداء

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله المنعوت بأكمل الصفات أحمده واستفتح به كل كتاب والصلاة والسلام على صاحب المعجزات نبي الهدى والرحمة على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم أشرف خلق الله وعلى أله وأصحابه الذين أوتوا العلم درجات أما بعد:

أهدي نتيجة تعبى وثمره جهدي الى من كان سببا في وجودي الى أعز ما أملك في الوجود انسانيه لا مثيل لها، الى منبع كل حب ومصدر كل عطف وحنان ورعاية، الى من علمتني أن الدنيا تضحية، والتضحية مثل الحب ممارسة ومعاناة قبل أن تكون ألفاظ وشعارات، الى من وقفت بجانبى في أفراحي وخففت من أحزاني اليك من جعل الله الجنة تحت أقدامك اليك "أمي الغالية".

الى من بعث في نفسي الإرادة والطموح والكفاح، الى من علّمني الجرأة وأعطاني الأمل ومدني بالمساعدة وأفهمني معنى الحياة، وبث في روحي الأدب والأخلاق، الى من أكن له الاحترام والتقدير والذي منحني الدعم والأمان اليك "أبي الغالي".

الى من علّمني أن أتحدى الصعاب ودروب الزمان الى من غرس في قلبي أن العلم سلطان الى من وقف دعما لي وفقه الله وجزاه كل خير، اليك "زوجي" وسندي في الحياة، دون أن أنسى أولادي فلذة كبدي وقرة عيني أصلح الله أمورهم ورعاهم وأنبتهم نباتا حسنا.

الى من تعلمت منهم أن في الوحدة قوة وفي الفرقة ضعف اليكم "إخوتي الأعزاء".

## المخلص

تعتبر حرمة الانسان من أكبر المحرّمات وأوجبها صونا، فهي غير مقيدة بحياته، بل هي باقية في الحياة وبعد الممات، إلا أنه في ظل التطورات الطبية الحاصلة في العالم ازداد التطلع الى الاستفادة من أعضاء وأجزاء جثث الموتى في كثير من الميادين والمجالات الطبية والتعليمية، مما أدى ذلك في كثير من الأحيان الى الاعتداء على حرمتها وانتهاكها.

ومن الأكيد أن حوادث الاعتداء على تلك الحرمة من أهم الموضوعات الجديرة بالبحث والدراسة، وذلك بهدف ابراز الحكم الشرعي والموقف القانوني منها، لاسيما مع كثرة انتشار الانتهاكات والاعتداءات الواقعة على حرمة الموتى وخاصة على أجسادهم وتكرارها بشكل لافت للانتباه.

لذا ونتيجة لكثرة الاعتداءات والأفعال التي أصبحت تتعرض لها المقابر، فقد اتجهت جل التشريعات الوضعية ومن بينها المشرع الجزائري إلى سن نصوص قانونية تجرم هذه الأفعال وتكفل حرمة الأموات وتعزيز الحماية لمقابرهم، حيث رتبت على انتهاك حقوق الميت عقوبات زجرية سواء كان ذلك منصب على جثته أو على قبره وكل ما يتعلق به، وبذلك تكون قد طبقت مقاصد الشريعة الإسلامية السمحة والتي تدعو إلى احترام وتوقير الأموات.

## قائمة أهم المختصرات

أولاً- باللغة العربية

ص: صفحة.

ص ص: من الصفحة إلى الصفحة.

ج: الجزء

ع: عدد

ج. ر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

د. س. ن: دون سنة النشر.

د. د. ن: دون دار النشر.

د. ب. ن: دون بلد النشر.

ط: الطبعة

د. ط: دون طبعة

ثانياً- باللغة الفرنسية

-P: page

- p. p: De la page à la page.

- Op. cit : Ouvrage précédemment cité.

-Ibid : Au même endroit.

-N° : Numéro.

## قائمة المحتويات

شكر وعرفان

الإهداء

ملخص

قائمة المختصرات

قائمة المحتويات

|          |                                                                             |
|----------|-----------------------------------------------------------------------------|
| 11.....  | مقدمة.....                                                                  |
| 19.....  | الباب الأول: الأحكام العامة لحرمة الميت شرعا وقانونا.....                   |
| 21.....  | الفصل الأول: تحديد مفهوم لحظة الوفاة في ضوء أحكام الشرع والقانون والطب..... |
| 23.....  | المبحث الأول: تحديد لحظة الوفاة من الناحية الطبية.....                      |
| 25.....  | المطلب الأول: معيار الموت الظاهري.....                                      |
| 25.....  | الفرع الأول: تعريف الموت الظاهري.....                                       |
| 30.....  | الفرع الثاني: تقييم معيار الموت الظاهري.....                                |
| 33.....  | المطلب الثاني: معيار الموت الدماغي.....                                     |
| 33.....  | الفرع الأول: المقصود بالموت الدماغي.....                                    |
| 37.....  | الفرع الثاني: تشخيص الموت الدماغي.....                                      |
| 42.....  | الفرع الثالث: تقدير معيار الموت الدماغي.....                                |
| 45.....  | المطلب الثالث: معيار الموت الجسدي.....                                      |
| 45.....  | الفرع الأول: المقصود بالموت الجسدي.....                                     |
| 46.....  | الفرع الثاني: تشخيص الموت الجسدي.....                                       |
| 49.....  | الفرع الثالث: تقدير معيار الموت الجسدي.....                                 |
| 51.....  | المبحث الثاني: تحديد لحظة الوفاة من الناحية الشرعية.....                    |
| 52.....  | المطلب الأول: معيار الوفاة عند فقهاء الشريعة القدامى.....                   |
| 55.....  | المطلب الثاني: معيار الوفاة عند علماء الشريعة المعاصرين.....                |
| 56 ..... | الفرع الأول: الاتجاه الفقهي المؤيد معيار موت الدماغ.....                    |

|          |                                                                                                 |
|----------|-------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 61.....  | الفرع الثاني: الاتجاه الفقهي المعارض لمعيار موت الدماغ.....                                     |
| 67.....  | المبحث الثالث: تحديد لحظة الوفاة من الناحية القانونية.....                                      |
| 67.....  | المطلب الأول: مدى ملائمة التدخل التشريعي.....                                                   |
| 68.....  | الفرع الأول: الاتجاه المؤيد لاعتبار تحديد لحظة الوفاة واقعة طبية.....                           |
| 69.....  | الفرع الثاني: الاتجاه المؤيد لتدخل المشرع في تحديد لحظة الوفاة.....                             |
| 72.....  | المطلب الثاني: موقف التشريع والقضاء من تحديد لحظة الوفاة.....                                   |
| 72.....  | الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من تحديد لحظة الوفاة.....                                     |
| 74.....  | الفرع الثاني: موقف القضاء من تحديد لحظة الوفاة.....                                             |
| 79.....  | <b>الفصل الثاني: الحماية الشرعية والقانونية لحرمة الميت.....</b>                                |
| 81.....  | المبحث الأول: مفهوم تشريح جثث الموتى وحكمه الشرعي والقانوني.....                                |
| 81.....  | المطلب الأول: مفهوم التشريح وأصنافه.....                                                        |
| 81.....  | الفرع الأول: المفهوم اللغوي والاصطلاحي للتشريح.....                                             |
| 83.....  | الفرع الثاني: أصناف تشريح جثث الموتى.....                                                       |
| 86.....  | المطلب الثاني: الأحكام الشرعية والقانونية لتشريح جثث الموتى.....                                |
| 86.....  | الفرع الأول: الحكم الشرعي لممارسة تشريح جثث الموتى.....                                         |
| 98.....  | الفرع الثاني: الحكم القانوني لممارسة تشريح جثث الموتى.....                                      |
| 109..... | المبحث الثاني: الحدود الشرعية والقانونية للتصرف في الجثة.....                                   |
| 110..... | المطلب الأول: حدود التصرف في الجثة في الشريعة الإسلامية.....                                    |
| 110..... | الفرع الأول: الاتجاه القائل بعدم مشروعية المساس بالجثة.....                                     |
| 111..... | الفرع الثاني: الاتجاه القائل بالمشروعية المشروطة لعملية المساس بالجثة.....                      |
| 114..... | المطلب الثاني: حدود التصرف في الجثة في القانون الوضعي.....                                      |
| 116..... | المطلب الثالث: كيفية التصرف بالجثة.....                                                         |
| 117..... | الفرع الأول: التصرف بالجثة بناء على الوصية.....                                                 |
| 127..... | الفرع الثاني: التصرف بالجثة عن طريق موافقة الورثة.....                                          |
| 144..... | الباب الثاني: التجريم والعقاب على انتهاك حرمة الميت في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري..... |

|           |                                                                                    |
|-----------|------------------------------------------------------------------------------------|
| 147.....  | الفصل الثالث: تجريم المساس بحرمة الميت في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري      |
| 148.....  | المبحث الأول: الجرائم الاعتداء على حرمة الميت في الشريعة الإسلامية                 |
| 148.....  | المطلب الأول: الجرائم الحدية                                                       |
| 149.....  | الفرع الأول: تجريم وطء الميتة                                                      |
| 154.....  | الفرع الثاني: تجريم قذف الميت                                                      |
| 157.....  | المطلب الثاني: الجرائم التعزيرية                                                   |
| 157.....  | الفرع الأول: مفهوم التعزير                                                         |
| 159.....  | الفرع الثاني: الجرائم التعزيرية المتعلقة بانتهاك حرمة الميت                        |
| 167.....  | المبحث الثاني: تجريم المساس بحرمة الميت في التشريع الجزائري                        |
| 168.....  | المطلب الأول: الجرائم العامة الماسة بحرمة الميت                                    |
| 168.....  | الفرع الأول: تجريم انتهاك حرمة الميت                                               |
| 169.....  | الفرع الثاني: تجريم دفن الجثة أو إخراجها خفية أو بدون ترخيص                        |
| 172.....  | الفرع الثالث: تجريم تدنيس الجثة أو القيام بأي عمل غير مشروع عليها فيه وحشية أو فحش |
| 175 ..... | الفرع الرابع: تجريم إخفاء الجثة                                                    |
| 178.....  | المطلب الثاني: الجرائم الخاصة                                                      |
| 178.....  | الفرع الأول: تجريم انتزاع أعضاء الجثة                                              |
| 181.....  | الفرع الثاني: تجريم انتزاع الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد جثة الميت                |
| 190.....  | الفصل الرابع: الجرائم الماسة بحرمة القبور في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري   |
| 191.....  | المبحث الأول: تحريم انتهاك حرمة القبور في الشريعة الإسلامية                        |
| 193.....  | المطلب الأول: تحريم بناء المساجد على القبور والتمسح بها                            |
| 196.....  | المطلب الثاني: تحريم الذبح عند القبور واتخاذها أعيادا                              |
| 199.....  | المطلب الثالث: تحريم نبش القبور                                                    |
| 213.....  | المبحث الثاني: تجريم المساس بحرمة المقابر في التشريع الجزائري                      |
| 214.....  | المطلب الأول: تجريم الاعتداء على المقابر العامة                                    |
| 215.....  | الفرع الأول: تجريم انتهاك حرمة القبور                                              |
| 217.....  | الفرع الثاني: تجريم هدم أو تخريب أو تدنيس القبور                                   |

|          |                                                           |
|----------|-----------------------------------------------------------|
| 218..... | الفرع الثالث: تجريم سرقة الأكفان والجثث                   |
| 222..... | المطلب الثاني: تجريم الاعتداء على مقابر الشهداء أو رفاتهم |
| 222..... | الفرع الأول: الوضع الخاص لمقابر الشهداء أو رفاتهم         |
| 223..... | الفرع الثاني: جريمة الاعتداء على مقابر الشهداء أو رفاتهم  |
| 230..... | الخاتمة                                                   |
| 235..... | قائمة المراجع                                             |
| 259..... | Résumé                                                    |
| 260..... | Summary                                                   |

## مقدمة

لقد حرص الإسلام على احترام وتكريم الانسان حيا، وراعى كذلك احترامه وتكريمه ميتا، فقد أحاط الموتى بعناية واهتمام بالغين بتشريعهم للعديد من الأحكام الخاصة بهم، والنهي والتحذير من التعدي عليهم أو ايذائهم، سواء كان هذا الاعتداء بالتقصير في الحقوق المتعلقة بتغسيلهم أو تكفينهم.

أو كان الاعتداء بانتهاك فعلي لحرمة هؤلاء الموتى وحرمة قبورهم، سواء تمثل هذا الانتهاك بكسر عظامهم والتمثيل بهم، حيث نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك بقوله "كسر عظم الميت ككسره حيا"<sup>(1)</sup>، أو تمثل في الإهانة كالجلوس على قبورهم فقد ورد النهي عن ذلك فيما ثبت عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "لأن يجلس أحدكم على جمرة، فتحرق ثيابه، فتخلص الى جلده خير له من أن يجلس على قبر"<sup>(2)</sup>. أو بالاعتداء عليهم بسبهم أو قذفهم فقد جاء النهي عن ذلك فيما ورد عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم "لا تسبوا الأموات فانهم قد قضوا الى ما قدموا"<sup>(3)</sup>.

فقد كان تجريم المساس بحرمة الميت يقتصر على الشرائع السماوية ولا نتزايد في القول بأسبقية الشريعة الإسلامية في صون كرامة وحرمة بدن الإنسان، ولكن بسبب كثرة الجرائم الواقعة على الميت، فكان لزاما على الدول أن تتص في تشريعاتها العقابية على تجريم الأفعال غير المشروعة التي تؤدي إلى النيل من حرمة الموتى سواء كان الفعل منصبا على الجثة أو على مكان الدفن، وذلك عن طريق نص قانوني جزائي يحمل في طياته عقوبة كل من يخالفه، فكل فعل يحدث ضررا بالميت يشكل اعتداء عليه ويتحقق ذلك من خلال توفير حماية جنائية له.

- 
- (1)- أخرجه أبو داود في السنن، كتاب الجنائز، (الْحَقَّارِ يَجِدُ الْعُظْمَ هَلْ يَتَنَكَّبُ ذَلِكَ الْمَكَانَ)، حديث رقم 3207، موسوعة الحديث الشريف، الكتب الستة، ج1، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، 1999، ص 1464.
  - (2)- أخرجه صحيح مسلم، كتاب الجنائز، باب النهي عن الجلوس على القبر والصلاة عليه، حديث رقم 971، موسوعة الحديث الشريف، الكتب الستة، ج1، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، 1999، ص 830.
  - (3)- أخرجه البخاري في الصحيح، كتاب الجنائز، باب ما ينهى عن سب الأموات، حديث رقم 1393، موسوعة الحديث الشريف، الكتب الستة، ج1، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، 1999، ص 109.

فان تجريم الاعتداء على حرمة الميت هو في الأصل مراعاة لمشاعر أهل الميت، كما أنه مراعاة للمعتقد الديني، فبانتهاك حرمة لا يقع الضرر على أهل الميت فقط، وإنما يتعداهم إلى المجتمع بأكمله، فحماية حرمة الموتى حماية للنظام العام.

ورغم هذه الأهمية التي يتمتع بها هذا الموضوع إلا أن الدراسات الفقهية فيه تكاد تكون منعقدة، وهذا ما يشجع على دراسته، وهنا تكمن القيمة العلمية للموضوع، أما من الناحية العملية فان قيمته تبرز في توعية الأشخاص بوجوب احترام الموتى.

وبما أن البحث يتعلق بالحماية الجنائية لحرمة الميت، فمن الضروري تحديد المقصود بالحماية الجنائية، ولكن قبل ذلك ينبغي أن نعرّج أولاً على معنى الموت في اللغة والاصطلاح، نعقب ذلك ببيان لحقيقة الموت في العقائد المختلفة.

وعن مفهوم الموت لغة أصله مات ويموت ويمات فهو ميت، والموتان ضد الحياة، وهو من خلق الله تعالى، وقيل الميت الذي مات، والميت والمات الذي لم يمت بعد أو الميت مآلاً<sup>(1)</sup>.

وجاء في مختار الصحاح: الموت ضد الحياة، ومات ويموت فهو ميت مشدداً أو مخففاً، وجمعه قوم موتى أو أموات أو ميتون مخففاً أو مشدداً، وقيل الموت الحنف وجمعه حتوف، ويقال مات فلان حتف أنفه وهو من مات من غير قتل أو ضرب<sup>(2)</sup>.

وأطلق لفظ الموت على كل ما لا روح فيه<sup>(3)</sup> وعلى ذهاب الروح بالآجال، قال تعالى: ﴿إِنَّكَ مَيِّتٌ وَإِنَّهُمْ مَيِّتُونَ﴾<sup>(4)</sup>، أي الموت الذي لا يعود صاحبه به إلى الدنيا.

(1) - ابن منظور، لسان العرب، ط1، ج48، دار صادر، بيروت، د.س.ن، ص 4690، مادة: موت. وكذا قاسم بن عبد الله بن أمير القنوي، أنيس الفقهاء، ط 1، ج 1، دار الوفاء، جدة، 2004، ص42.

(2) - محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، تحقيق محمود خاطر، ج1، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، 1995، ص642.

(3) - أبو الحسن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج2، ص 122.

(4) - سورة الزمر، الآية 30.

وقد أطلق العرب لفظ الموت على السكون، ومات الشيء أي همد وسكن<sup>(1)</sup>. ويجمع أهل اللغة<sup>(2)</sup> على أنه ليس هناك فرق بين لفظ (الموت) ولفظ (الوفاة)، إذ ينصرف معنى الوفاة إلى الموت أو المنية، والوفاة استخلاص الحق من ميت، فالله عز وجل نفخ الروح ليستوفيها بعد أجل من حيث أودعها وتوفية الشيء إذا أخذته كله<sup>(3)</sup>.

في حين يرى البعض<sup>(4)</sup> بوجود فرق بين الإماتة (الموت) وبين الوفاة، ويستدل على ذلك قوله تعالى: ﴿اللَّهُ يَتَوَفَّى الْأَنْفُسَ حِينَ مَوْتِهَا وَالَّتِي لَمْ تَمُتْ فِي مَنَامِهَا فَيُمْسِكُ الَّتِي قَضَىٰ عَلَيْهَا الْمَوْتَ وَيُرْسِلُ الْأُخْرَىٰ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾<sup>(5)</sup> فالتى في المنام يتوفاها الله ولا يميتها.

فبالرغم من تعدد أسماء الموت إلا أنها تؤدي إلى معنى واحد، فالموت هو اللحظة الفاصلة التي ينتقل فيها الإنسان من دار الدنيا إلى دار الآخرة، بمعنى: النهاية والفناء<sup>(6)</sup>.

ويعتبر لفظ الموت أكثر دقة وشمولية من الوفاة، لأن الموت هو مفارقة الروح عن البدن، بحيث لا يبقى جهاز من أجهزة الجسم فيه صفة حياتية. أما الوفاة تصل إلى النفس، فهي تفارق الجسد، ويكون ذلك عند حصول الموت، وبذلك يكون إطلاق لفظ الموت عند موافاة النفس ومفارتها للجسد بشكل نهائي.

كما يعتبر لفظ الوفاة أصح لغة، وذلك لإطلاق لفظ الموت على معان متعددة ومختلفة كما سنرى عند تعريف الموت في الاصطلاح الشرعي، في حين لم يطلق لفظ الوفاة إلا على نهاية الحياة بمعنى الموت الحقيقي هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فالمفهوم من معنى الموت أنه ضد الحياة

(1)- علي بن محمد السيد الجرجاني، التعريفات، ط 2، تحقيق إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، 1984، ص 94.

(2)- ابن منظور، مرجع سابق، ج 15، ص 398.

(3)- أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج 2، المكتبة العلمية، بيروت، د.س.ن، ص 667.

(4)- حسام عبد الواحد كاظم الحميداوي، الموت وآثاره القانونية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، 1999، ص 6.

(5)- سورة الزمر، الآية 42.

(6)- زايد نواف الدويري، بحوث فقهية، الباب الرابع باب القضايا الفقهية المعاصرة، الموت الدماغي فقها وطبا، دار يافا يافا العلمية للنشر والتوزيع، 2007، عمان، ص 219.

بحيث لا يجتمعان في جسد واحد، وبالتالي، لكي يوصف الانسان بأنه ميّت لابد من موت كل الجسم بحيث لا يبقى جهاز من أجهزة الجسم فيه صفة حياتية وهو ما يستند اليه البعض في تحديد لحظة الوفاة وهو أيضا ما لا يمكن الاعتداد به، فمن غير المقبول انتظار تفسخ الجسم وموت جميع أنواع الحياة حتى على مستوى الحياة الخلوية للحكم بموت الانسان، في حين يجسد لفظ الوفاة مفهوم الموت الحقيقي بتوفي النفس ومفارقة للجسد.

وهذا ما يجعلني أقول إن الوفاة أعم من الموت، لأن الوفاة مفارقة الروح للجسد، إما عند المنام هذه المفارقة ليست كلية، وإما عند الموت وهي مفارقة للروح عن البدن مفارقة لا رجعة فيها، وهذا الأخير هو الموت.

أما عن تعريف لفظ الموت اصطلاحاً فهي تفيد معان كثيرة وردت في القرآن الكريم، فمن هذه المعاني ما هو بإزاء القوة النامية الموجودة في الحيوان والنبات قال تعالى: ﴿اعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يُحْيِي الْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَا قَدْ بَيَّنَّا لَكُمُ الْآيَاتِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾<sup>(1)</sup>. وكذلك انصرف لفظ الموت إلى معنى قلة النبات، قال تعالى: ﴿حَتَّى إِذَا أَقَلَّتْ سَحَابًا ثِقَالًا سُقْنَاهُ لِبَلَدٍ مَيِّتٍ﴾<sup>(2)</sup>.

ومن المعاني الأخرى التي انصرف إليها لفظ الموت هي الخوف التي من الأسباب الموجبة للموت، حيث قال تعالى في وصف أصحاب النار: ﴿يَتَجَرَّعُهُ وَلَا يَكَادُ يُسِيغُهُ وَيَأْتِيهِ الْمَوْتُ مِنْ كُلِّ مَكَانٍ وَمَا هُوَ بِمَيِّتٍ وَمِنْ وَرَائِهِ عَذَابٌ غَلِيظٌ﴾<sup>(3)</sup>.

والذي يدخل في نطاق بحثنا من هذه المعاني هو الموت اليقيني الذي لا مفر منه عند حلول الأجل، قال تعالى: ﴿وَلَنْ يُؤَخِّرَ اللَّهُ نَفْسًا إِذَا جَاءَ أَجَلُهَا وَاللَّهُ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ﴾<sup>(4)</sup>.

(1) - سورة الحديد، الآية 17.

(2) - سورة الأعراف، الآية 57.

(3) - سورة إبراهيم، الآية 17.

(4) - سورة المنافقون، الآية 11.

فالموت إذن من الحقائق الحتمية التي لا يختلف عليها اثنان، وعلى الرغم من ذكر لفظ الموت في آيات كثيرة وبمعان متعددة، إلا أنه لم يرد تعريف محدد للموت، وإنما أشارت هذه الآيات على بيان حكمة الموت وتأكيد حقيقته أو معالجة بعض الأحكام المتعلقة به<sup>(1)</sup>.

ومع ذلك فقد عرّف الفقهاء الأوائل الموت بتعريفات عدّة ولكن يغلب على هذه التعريفات صفة عدم تطرقها لحقيقة الموت من الناحية البيولوجية واقتصارها على الجانب التصويري، فعرّف الموت بأنه مفارقة الروح للجسد.

والملاحظ على تعريفات الموت هو تأكيدها على حقيقة واحدة هي أن الموت مفارقة الحياة، وبحلول الموت تغادر الروح الجسد، وتوقف جميع أعضاء الجسم على أداء وظائفها بهذه المفارقة، وأن وجود الروح هو الفارق ما بين الموت والحياة.

أما عن تعريف الحماية الجنائية في القانون على وجه العموم يقصد به "أن يدافع قانون العقوبات عن الحقوق والمصالح والأرواح ويحظر جميع الأفعال غير المشروعة المؤدية إلى النيل منها عن طريق ما يقرره لها من عقوبات".

وعلى وجه الخصوص فإن تعريف الحماية الجنائية لحرمة الميت والتي هي نطاق بحثنا فنعرّفها بقولنا "أن يدافع قانون العقوبات على الميت جميع الأفعال غير المشروعة التي تؤدي إلى المساس بجثته أو بقبره، وذلك عن طريق ما يقرره القانون من عقوبات لكل من تسول له نفسه الاعتداء على حرمة الميت".

واختيار الحماية الجنائية لحرمة الميت كموضوع للبحث له عدة أسباب، منها ما هو موضوعي كعدم وجود دراسات قانونية وشرعية في هذا الموضوع، فجل الدارسين يتطرقون إلى حرمة الميت تكون دراساتهم إما شرعية أو قانونية من دون عقد مقارنة بين الأحكام الشرعية والقانونية، وبيان تكامل هذه الأحكام مجرد إشارات بسيطة. ومنها ما هو ذاتي وذلك لما لاحظته من انتهاكات عديدة ومتكررة للميت سواء تعلق الأمر بالجثة أو بالقبر، فالانتهاكات لم تعد مجرد حالات فردية، وإنما أصبحت ظاهرة منتشرة في المجتمع وبصورة متكررة من دون إعطاء قيمة لحرمة الانسان لحظة كونه ميتا.

(1)- د/ ندى محمد نعيم الدقر، موت الدماغ بين الطب والإسلام، ط 1، دار الفكر، بيروت، 1997، ص 83.

هناك العديد من الدراسات التي تناولت دراسة الجثة بشكل عام، وأغلبها تناولتها من حيث حرمتها ومدى مشروعيتها تشريحها والاستفادة من أجزائها وأعضائها سواء كان ذلك عن طريق التبرع أو عن طريق البيع، وخاصة في ظل التطورات الطبية الحديثة في هذا المجال، والتي جعلت من الجثة مصدرا وفيرا من قطع للأعضاء البشرية والتي تتوقف عليها -في غالب الأحيان- حياة الأشخاص الذين هم في فراش الموت، والتي يطلق عليه بالموت الكلينيكي.

ونهدف من خلال هذه الدراسة لبيان تجليات الحماية الجنائية لحرمة الميت والمقابر في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، بالتطرق إلى مظاهر الحماية التي أولتها الشريعة الإسلامية لحرمة الميت وأبرز الحقوق التي كفلتها له وكذا مختلف صور الاعتداءات التي تعرض لها التشريع الجنائي الجزائري، وبيان أثر الحماية الجنائية التي خص بها المشرع الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي تلك الحرمة على حد سواء من خلال التعرض للجزاء المترتبة على هذه الاعتداءات.

وهذا ما دفعنا لطرح الإشكالية التالية: إلى أي مدى استطاع المشرع الجزائري توفير الحماية الجنائية للميت؟ وهل سائر الشريعة الإسلامية لما ذهب إلى؟ وتتفرع عن هذه الإشكالية العديد من التساؤلات القانونية نذكر منها: متى يعد الإنسان ميتا في نظر الشرع والطب والقانون؟ وفيما تتمثل الأفعال التي اعتبرت كل من الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري انتهاك لحرمة الميت؟ وماهي العقوبات المقررة لحماية الأموات من الاعتداء عليهم؟

وللإجابة على هذه الأسئلة وغيرها اتبعنا المنهج الوصفي الذي من خلاله نستعرض الأحكام الشرعية والنصوص القانونية، والآراء الفقهية التي تناولت الحماية الجنائية والشرعية لحرمة الميت، كما استعملنا المنهج التحليلي ومن خلاله قمنا بتحليل النصوص وتفسيرها واستنباط الأحكام المتضمنة لها، كما حاولنا استخدام المنهج المقارن من خلال عقد المقارنات بين الأحكام الشرعية والوضعية، وبيان تأثير التشريعات الوطنية العربية بأحكام الشريعة الإسلامية في هذا المجال.

لذا ونتيجة لكثرة الاعتداءات والأفعال التي أصبحت تتعرض لها المقابر، فقد اتجهت جل التشريعات الوضعية ومن بينها المشرع الجزائري إلى سن نصوص قانونية تجرم هذه الأفعال وتكفل حرمة الأموات وتعزيز الحماية لمقابرهم، حيث رتبت على انتهاك حقوق الميت عقوبات زجرية سواء

كان ذلك منصب على جثته أو على قبره وكل ما يتعلق به، وبذلك تكون قد طبقت مقاصد الشريعة الإسلامية السمحة والتي تدعو إلى احترام وتوقير الأموات.

وللإجابة عن الإشكالية والتساؤلات القانونية السابقة قسمنا بحثنا الى بابين: الباب الأول تناولنا فيه "الأحكام العامة للحماية الجنائية لحرمة الميت شرعا وقانونا" وفي هذا الإطار قسمناه الى فصلين اثنين: الفصل الأول تم فيه تحديد لحظة الوفاة في ضوء أحكام الشرع والقانون والطب، وقد تطرقنا فيه تحديد لحظة الوفاة من الناحية الطبية والشرعية والقانونية، أما الفصل الثاني انصبت الدراسة فيه على الحماية الشرعية والقانونية لحرمة الميت، حيث تناولنا فيه مفهوم تشريح جثث الموتى وحكمه الشرعي والقانوني، كما تحدثنا عن الحدود الشرعية والقانونية للتصرف بأعضاء الجثة.

وجاء الباب الثاني بعنوان "التجريم والعقاب على انتهاك حرمة الميت في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري" خصصنا الفصل الأول لدراسة الجرائم الماسة بحرمة الميت في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، حيث تطرقنا فيه لجرائم الاعتداء على حرمة الميت في الشريعة الإسلامية، والجرائم الماسة بحرمة الميت في التشريع الجزائري، وتعرضنا الى الجرائم الماسة بحرمة القبور في كل من الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، أما الفصل الثاني من هذا الباب فتمت فيه دراسة العقوبات المترتبة على المساس بحرمة الميت في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، والعقوبات المترتبة عن انتهاك حرمة القبور في كل من الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري.

وأخيرا أنهيت البحث بخاتمة تتضمن النتائج التي تم التوصل إليها من هذه الدراسة وجملة من الاقتراحات التي تهدف إلى توفير المزيد من الحماية لحرمة الميت والآليات للحد من هذه الجرائم.

# الباب الأول

الأحكام العامة لحرمة الميت

شرعا وقانونا

## الباب الأول

### الأحكام العامة لحرمة الميت شرعا وقانونا

قرّرت الشريعة الإسلامية الغراء مبدأ حرمة المساس بجثة المتوفى، ووجوب تكريمها وعدم إهانتها والتعامل معها باحترام وأدب، على أساس احترام القيم الدينية والأخلاقية والمعنوية، وهذا قبل القوانين الوضعية الحديثة بعدة قرون، فإذا كان جسم الإنسان له حرمة حال حياته، فإن له أيضاً حرمة بعد مماته، لأن الآدمي محترم حياً وميتاً في الفقه الإسلامي، وما أكد هذا المبدأ قول الرسول صلى الله عليه وسلم " **كسر عظم الميت ككسره حياً**"<sup>(1)</sup>، وترجع العلة من وراء اقرار مبدأ حرمة الجثة إلى أن جسم الإنسان هو الوعاء الذي يحتوي الروح الإنسانية التي هي هبة الخالق عز وجل لعباده، مما يعد ذلك الجسد جزءاً مكوناً للشخص الطبيعي يشاركه كرامته، وهذه الكرامة ترتبط بجسد الإنسان وتمتد في حالة موته إلى جثته وتأسيساً على ذلك اعتبر مبدأ حرمة الجثة من أقدس وأعرق المبادئ التي تقتضيها حقوق الإنسان بعد وفاته.

ولكن نظراً للتقدم الكبير الذي حدث في مجال علوم الطب، وحاجة المرضى للعلاج، قد اقتضى الأمر الخروج عن مبدأ الحرمة المطلقة للجثة، وذلك في صورة تشريح الجثة لأغراض طبية، أو قانونية أو علمية، أو في نقل الأعضاء من الجثة، التي أصبحت مصدراً أساسياً للحصول على الأعضاء لزرعها للمرضى من أجل انقاذ حياتهم من موت محقق أو مرض خطير، فقد انبعث الجدل بخصوص مبدأ حرمة المساس بجثة الميت، ومن تحديد لحظة الوفاة ومدى مشروعية المساس بالجثة ومن هنا بدأت نقطة الخلاف حول مسألة جوهرية هي تحديد لحظة الوفاة التي تنازعها عدة اعتبارات فنية وعلمية وقانونية وأخلاقية وشرعية، ومدى انعكاس ذلك على نطاق الحماية الجنائية لحرمة الميت، ولبيان ذلك قسمنا هذا الباب إلى فصلين يتناول الفصل الأول تحديد لحظة الوفاة في ضوء أحكام الشرع والقانون، وبدوره قسمناه إلى ثلاث مباحث، حيث يتناول المبحث الأول تحديد لحظة الوفاة من الناحية الطبية، والمبحث الثاني لتحديد لحظة الوفاة من الناحية الشرعية، وخصصنا المبحث الثالث لتحديد لحظة الوفاة من الناحية القانونية، أما الفصل الثاني فقد تعرضنا فيه إلى الحماية الشرعية والقانونية للجثة، والذي قسمناه بدوره إلى مبحثين، يتناول المبحث الأول مفهوم التشريح لجثث الموتى وحكمه شرعاً وقانوناً، أما المبحث الثاني فخصصناه للحديث عن الحدود الشرعية والقانونية للتصرف بأعضاء الجثة .

(1)-أخرجه أبو داود في السنن، مرجع سابق، ص1464.

# الفصل الأول

تحديد لحظة الوفاة في ضوء

أحكام الشرع والقانون والطب

## الفصل الأول

### تحديد لحظة الوفاة في ضوء أحكام الشرع والقانون والطب

لا يبدو التعرف على ظاهرة الموت أمرا ميسورا، لأن الموت ظاهرة من الظواهر المعقدة التي لا يزال العلماء يبحثون في أسرارها ومظاهرها، وهي من مظاهر قدرة الله في الكون فهو خالق الموت والحياة وهو العالم بأسرارهما، فقد عرف الإنسان الموت والحياة منذ أن وجد على هذه الأرض، وتتساوى في ذلك جميع المجتمعات بدائية كانت أو متحضرة، ولئن خلا القرآن الكريم من بيان جوهر الروح، إلا أنه أشار إلى نهاية الإنسان بالموت، فهناك الكثير من الآيات التي أشارت إلى الأجل المحتوم قال تعالى: ﴿اللَّهُ يَتَوَفَّى الْأَنْفُسَ حِينَ مَوْتِهَا وَالَّتِي لَمْ تَمُتْ فِي مَنَامِهَا فَيُمْسِكُ الَّتِي قَضَىٰ عَلَيْهَا الْمَوْتَ وَيُرْسِلُ الْأُخْرَىٰ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾<sup>(1)</sup>، وكذلك قوله تعالى: ﴿وَلَوْ تَرَىٰ إِذِ الظَّالِمُونَ فِي غَمَرَاتِ الْمَوْتِ وَالْمَلَائِكَةُ بَاسِطُو أَيْدِيهِمْ أَخْرِجُوا أَنْفُسَكُمُ﴾<sup>(2)</sup>.

فالروح إذن ظاهرة حقيقية في جسد الإنسان تمده بالحياة، ولكن ليس في مقدور البشر الوقوف على حقيقتها وتحديد كنهها، لأنها من الأمور الغيبية التي لا يمكن لهم في حدود علمهم أن يطلعوا عليها بحواسهم، لأنهم عاجزين عن إدراك حقيقتها، مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا﴾<sup>(3)</sup>.

لذا يقصد بالموت هو خروج الروح من الجسد، وفي هذا يقول الإمام الغزالي "إن الموت معناه تغير حال فقط، وأن الروح باقية بعد مفارقة الجسد، إما معدبة أو منعمة، ومعنى مفارقتها للجسد انقطاع تصرفها عنه بخروج الجسد عن طاعتها"<sup>(4)</sup>.

وهذا المعنى البديهي للموت يتماشى في مضمونه مع التعريف القانوني للقتل وحصول الوفاة، والمتمثل في إزهاق روح إنسان على قيد الحياة، ويتماشى أيضا مع قاعدة السببية التي جعلها الله متحكمة في هذا الوجود، فكل شيء جعله الله متوقفا على سبب لا يكون أي وجود للأول ما لم يوجد

(1)- سورة الأنعام، الآية 93.

(2)- سورة الزمر، الآية 42.

(3)- سورة الاسراء، الآية 85.

(4)- أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، ج 4، دار المعرفة، القاهرة، 2010، ص ص 493 و494.

الثاني، وينطبق الحال نفسه على الموت، فحياة الإنسان مبدئها ترابط الروح بالجسد، لذا فمن المنطقي أن تنتهي هذه الحياة بعكس ما بدأت به.

ولكن إذا كان من المتفق عليه، بأن الموت يتمثل بمفارقة الروح للجسد، إلا أن تحديد لحظة هذه المفارقة لم يكن محل إجماع وقد أثارت هذه المسألة جدلا واسعا بين علماء الطب والشرعية والقانون، بل امتد الجدل والخلاف إلى علماء كل طائفة من هؤلاء من منطلق لا ينكر المفهوم المتقدم للوفاة، وإنما من اللحظة التي يتحقق فيها هذا المفهوم<sup>1</sup>.

ولأجل تسليط الضوء على لحظة الوفاة وكيفية تحديدها والإمام بكافة الجوانب العلمية والشرعية والقانونية، فقد ارتأينا تقسيم هذا الفصل على ثلاث مباحث، نخصص المبحث الأول لبيان التحديد الطبي للحظة الوفاة في ضوء آخر المستجدات العلمية والمعايير المطروحة، ونتطرق في المبحث الثاني لتحديد لحظة الوفاة من وجهة النظر الشرعية ونستعرض فيه الاتجاهات الفقهية والمعاصرة، بينما نتناول في المبحث الثالث كيفية تحديد لحظة الوفاة من الناحية القانونية ونبيّن فيه اتجاهات التشريع والفقه والقضاء وموقف المشرع الجزائري من ذلك.

---

1- د/ صفاء حسن العجيلي، الأهمية الجنائية لتحديد لحظة الوفاة، دراسة مقارنة، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص34، وكذا د/ طارق سرور، قانون العقوبات، القسم الخاص، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 11.

## المبحث الأول

### تحديد لحظة الوفاة من الناحية الطبية

يعتبر الموت ظاهرة من الظواهر التي شغلت بال الإنسان، ذلك أن الموت " مفارقة الروح الجسد"، هذا الأخير بات من الأهمية بمكان معرفته، لما لذلك من الأهمية من ترتيب الأحكام الشرعية والقانونية على الشخص الميِّت.

ومن المؤكد لدى الأطباء أنه ليست هناك لحظة محدّدة ومؤكدة للموت، فهناك تدرج من الموت الإكلينيكي إلى الموت البيولوجي، ثم الموت الخلوي<sup>(1)</sup>، وكل نوع من الأنواع يمثل مرحلة من مراحل الموت من الناحية الطبية.

فالموت الإكلينيكي<sup>(2)</sup> هو المرحلة الأولى، حيث يتوقف جهاز التنفس والقلب عن أداء وظائفهما، وفي مرحلة ثانية توقف الدماغ (خلايا المخ) بعد بضع دقائق من توقف دخول الدم المحمل بالأكسجين للمخ، ما لم تستعمل وبسرعة أجهزة الإنعاش الصناعي، ولكن في هذه المرحلة تظل خلايا الجسم حية لفترات قصيرة جدا لمدة تختلف من عضو لآخر، فالقلب والكلية والعين تظل حية لفترات قصيرة، ويمكن استعمالها في عمليات غرس الأعضاء بنجاح تام، لأن خلاياها ما تزال حية، وفي

---

(1)- الموت الخلوي: هو موت الخلايا والأنسجة المكونة لأعضاء الجسم والذي يبدأ بالتوقف الكامل لأجهزة الجسم نتيجة التوقف النهائي لعمليات التبادل والتحول الكيميائي، وتختلف المدة التي يستغرقها موت الخلايا من عضو لآخر، ويموت خلايا الجسم بالكامل لا يبقى هناك ادنى شك في حصول الوفاة البقية. للمزيد من التفصيل أكثر د/ محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2001، ص 57، وكذا د/حسان حنوت، متى تنتهي الحياة، منشورات الفقه الإسلامي، جدة، 1985، ص 387.

(2)- الموت الإكلينيكي: هو توقف الدورتين الدموية والتنفسية عن العمل والذي يعقبه توقف باقي أجهزة الجسم، وفي هذه الحالة يعتبر الشخص في عداد الموتى، وبعد الوفاة تبدأ خلايا الجسم تباعا في الموت في مرحلة تسمى مرحلة "موت الخلايا"، وتختلف الفترة التي تبقى خلالها الخلية حية بعد وفاة الشخص باختلاف نوع الخلية، فالمعروف أن خلايا الجهاز العصبي هي أسرع أنواع الخلايا في الوفاة تليها خلايا القرنية، أما خلايا الكلية فإنها تبقى عدة ساعات بعد الوفاة وتعتبر خلايا الكبد هي أطول الخلايا عمرا، للمزيد من التفصيل في هذا الموضوع أنظر د/ علي محمد علي أحمد، معيار تحقق الوفاة، وما يتعلق بها من قضايا حديثة في الفقه الإسلامي (الموت الرحيم)، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 50.

المرحلة الثالثة والأخيرة للموت تموت خلايا أعضاء الجسد وأنسجته شيئاً فشيئاً وتدرجياً، فيحدث ما يسمى بالموت الخلوي، وهو الموت التام الحقيقي والكامل للإنسان<sup>(1)</sup>.

وبناء على ما تقدم يتضح لنا بأن الموت ليس حدثاً لحظياً وإنما سلسلة من العمليات المتعاقبة<sup>(2)</sup>، وليس هناك لحظة زمنية محددة تحدث فيها الوفاة، فتحديد لحظة الموت أصبحت مهمة جداً في ظلّ التطور الحاصل في المجال الطبي لكن لا يزال محلاً للنزاع والجدال، وذلك لتباين آراء الفقهاء والأطباء في هذا الصدد.

ومن المعلوم لدى الفقهاء والأطباء، أن التوقف النهائي للجهاز التنفسي والقلب والدورة الدموية، لتحقيق موت الإنسان، وأمام التطورات الحاصلة في المجال الطبي، وجد ما يسمى بنزلة الموت الدماغي.

من هنا كان لزاماً على الأطباء والفقهاء أن يحددوا اللحظة الحاسمة للموت، لأن حكمهم عليه بالموت معناه صيرورة الإنسان جثةً هامةً، فيترتب على ذلك تدخل أهل الاختصاص (الأطباء)، من أجل التصرف في الجثة لمصلحة شخص حي، وهذا التدخل إذا كان قبل تحديد لحظة الوفاة، فإنه يعتبر قتلاً عمداً يستوجب -لمن أقدم عليه- العقوبة إذا أفضى ذلك إلى الموت<sup>(3)</sup>.

هذا ولم يكن تشخيص الموت عسيراً في العهود السابقة، فقد كان مجرد توقف القلب عن النبض وانقطاع النفس تعد مؤشرات كافية لاعتبار الشخص ميتاً، إلا أن التطور الكبير الحاصل في المجال الطبي أفرز عاملين رئيسيين، كان لهما دوراً كبيراً في إعادة النظر في تحديد لحظة الوفاة، ويتمثل العامل الأول في ظهور وسائل الإنعاش الصناعي التي مكنت من إعادة النبض إلى القلب واستمرارية عملية التنفس، وأما العامل الثاني يتمثل في تطور الكبير في نطاق عمليات نقل الأعضاء البشرية

(1) - د/ بلحاج العربي بن أحمد، الأحكام الشرعية والطبية للمتوفى في الفقه الإسلامي، مقال منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، ع 42، الرياض، 1999، ص 26، وكذا فايز الظفيري، نقل وزرع الأعضاء من منظور جنائي، مجلة الحقوق، ع 02، السنة 25، الكويت، ربيع الأول 1422 هـ، الموافق 5 يونيو 2001، ص 148.

(2) - د/ إبراهيم صادق الجندي، الموت الدماغي، ط1، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2001، ص 10.

(3) - رقية أسعد صالح عرار، أحكام التصرف بالجثة في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، مقدمة الى كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2010، ص 15.

والذي أدى إلى التفكير في إمكانية الاستفادة من جثث الموتى حديثي الوفاة ، واتساع هذه العمليات ونجاحها لاسيما عمليات نقل القلب<sup>(1)</sup>.

وعليه نتساءل إن كان الموت يتحقق بمجرد توقف القلب والرئتين وهو ما يطلق عليه الموت الظاهري، أم أن الموت يتحقق بموت خلايا المراكز العصبية المركزية في الدماغ، وهو ما يسمى الموت الدماغي، أم أن الأمر يتطلب توقف الأجهزة الحيوية في الجسم جميعا، وهو ما يطلق عليه الموت الجسدي. وأمام تعدد معايير لحظة الموت نجد ضرورة بحث كل منها في مطلب مستقل حيث نتناول في المطلب الأول مفهوم الموت الظاهري، وفي المطلب الثاني معايير الموت الدماغي، وفي المطلب الثالث معايير الموت الجسدي.

## المطلب الأول

### معايير الموت الظاهري

قبل التطرق لمعيار الموت الظاهري وتحديد مفهومه، لابد أن نحدد المقصود من الموت الظاهري والعلامات التي يستدل بها عليه، ومن ثم نبحت في إمكانية اعتماده كمعيار لتحديد لحظة الوفاة في الفرع الأول، ثم تقديره في الفرع الثاني.

### الفرع الأول: تعريف الموت الظاهري

تعددت مسميات الموت الظاهري بين أوساط المهتمين بإيجاد معيار محدد للموت، فهناك من يطلق عليه المعيار التقليدي للوفاة، وهناك من يعرفه بالموت الإكلينيكي، وهناك من يسميه بالموت الظاهري، وأيا كانت التسمية، فجميع هذه المسميات تتفق في المضمون<sup>(2)</sup>.

(1) - د/سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزراعة الأعضاء بين الشرع والقانون، ط1، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص259. وكذا د/ جهاد محمود عبد المبدى، عمليات نقل وتأجير الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون، 2014، ص 152.

(2) - د/محمود أحمد طه، مرجع سابق، ص 28.

ويقصد بالموت الظاهري توقف جريان السوائل والغازات الحيوية "الدم والهواء" وعدم وصولها إلى جميع أعضاء الجسم، مما يؤدي إلى موت تلك الأعضاء بصورة تدريجية، ويشخص هذا التوقف من خلال التأكد من غياب نبض القلب بواسطة تخطيط كهربائي القلب مع ملاحظة في انقطاع التنفس<sup>(1)</sup>.

وبمجرد توقف القلب والرئتين عن العمل يعتبر الشخص ميتاً وفقاً لهذا المعيار، حيث أنه بمجرد هذا التوقف يصاب المخ بصورة تلقائية بالتوقف وخلال بضعة دقائق، وعندئذ يتحول الإنسان إلى جثة هامدة، وذلك لأن الأعضاء مرتبطة مع بعضها ارتباطاً وثيقاً، يجعل توقف أحدها عن العمل يتبعه مباشرة وخلال دقائق تتوقف الأعضاء الأخرى، ثم يتبعه بقية أعضاء الجسم، وكل عضو منها يقوم بدور محدد وتختلف أهمية تلك الأعضاء من عضو لآخر، فعجز بعض هذه الأعضاء لا يؤدي بالضرورة إلى وفاة الإنسان، بخلاف البعض الآخر التي لا تدوم حياة الإنسان إذا ما حصل عجز في أداء وظائفها، ويأتي في مقدمة هذه الأعضاء القلب فهو عضو الحياة المهم والمضخة التي يضمن استمرار عملها حياة الإنسان. ووفقاً لهذا المعيار تتمثل الوفاة بالتوقف النهائي للقلب والدورة الدموية وانقطاع التنفس بتوقف الرئتين عن العمل.<sup>(2)</sup>

ويتم تشخيص توقف القلب (الدورة الدموية) والجهاز التنفسي من خلال التأكد من غياب نبض القلب بواسطة تخطيط كهربائية القلب مع ملاحظة إنقطاع التنفس، وبمجرد توقف الدورة الدموية يؤدي ذلك إلى حرمان جميع أعضاء الجسم من الغذاء اللازم لها، مما يؤدي إلى حدوث تغييرات كيميائية تنتهي بموت خلايا تلك الأعضاء، فتوقف القلب يتبعه مباشرة فقدان الوعي وتوقف التنفس، وهما من صميم وظائف المخ الذي لا يتحمل بدوره توقف الدورة الدموية إلا لثواني قليلة، فتتوقف خلاياه عن العمل، ولكنها تظل حية لبضعة دقائق وما تلبث أن تموت، يلي موت خلايا المخ موت خلايا الكبد والكلية.

---

(1)- د/ محمد سعيد رمضان البوطي، بداية ونهاية الحياة، بحث مقدم إلى مؤتمر الطب والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1998، ص 56، وكذا د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 35.

(2)- د/ أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 117 وكذا د/ محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، ط1، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، الاسكندرية، 1997، ص 223 وكذا د/ علي محمد علي أحمد، مرجع سابق، ص 49.

أما خلايا العظام والجلد والعضلات فمن الممكن أن تبقى لفترة أطول قد تصل إلى يوم كامل في ظل درجات الحرارة العادية<sup>(1)</sup>.

يمكن توضيح المدة التقريبية لبقاء العضو سليماً بدون تروية دموية من خلال الجدول الآتي<sup>(2)</sup>:

| العضو     | مدة بقاء العضو بدون تبريد | مدة بقاء العضو بعد التبريد |
|-----------|---------------------------|----------------------------|
| الدماغ    | مدة أقصاها 4 دقائق        | عدة ساعات                  |
| القلب     | بضع دقائق                 | ساعتان                     |
| الكبد     | 8 دقائق                   | 8 ساعات                    |
| الكلى     | 45 دقيقة                  | 72 ساعة                    |
| البنكرياس | 20 دقيقة                  | 12 سا و 72 سا لجزء منه     |
| الجلد     | 24 ساعة                   | /                          |
| العظام    | 24 ساعة                   | /                          |
| القرنية   | 24 ساعة                   | بالتجميد يبقى لفترة طويلة  |

وعليه فإن الموت محدد بتوقف القلب والدورة الدموية والتنفس قد يؤدي الى موت الكثير من الأعضاء المهمة في الجسم، حيث تصبح غير صالحة للنقل و للزرع في شخص آخر، فعلى سبيل

(1) - د/ عامر القيسي، تحديد لحظة موت الانسان، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني، مجلة المختار للعلوم الإنسانية، ع 2، جامعة عمر المختار، ليبيا، 2004، ص 09، وكذا د/ فيصل عبد الرحمن شاهين، تعريف الموت، بحث مقدم الى ندوة التعريف الطبي للموت، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت، 1997، ص 2.

(2) - د/ محمد علي البار، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية نقل وزرع الأعضاء، ط1، دار القلم، ط2، دمشق، 1994، ص 30، وكذا د/زهير محمد السباعي ود/محمد علي البار، الطبيب آدابه وفقهه، ط 2، دار القلم، دمشق، 1998، ص 217.

المثال يفسد القلب ويبدأ في التحلل بعد بضع دقائق فقط من توقفه بدون تنليج، أما الأعضاء التي يمكن أن تبقى لحين استئصالها بعد توقف الدورة الدموية توقفا نهائيا، فهي القرنية والجلد والعظام التي يمكن أن تبقى صالحة في جسم الميت بعد عدة ساعات من الوفاة، والتي تقدر بـ 24 ساعة اذا كانت الجثة في غرفة باردة ويمكن الاحتفاظ بهذه الأعضاء بالتبريد مدة طويلة قد تصل الى عدة أشهر وربما أكثر. (1).

وللمحافظة على كل عضو بعد نقله من الجسم خلال فترة نقص التروية، لابد من حفظ هذه الأعضاء لتبقى صالحة لعملية الغرس وذلك بطريقتين، وتتمثل الطريقة الأولى في الحفظ بالتبريد وذلك بوضع محاليل ومواد تمنع تخريب الخلايا فيها وتوفير الأكسجين اللازم بتقنيات وأساليب خاصة، أما الطريقة الثانية تكمن في الحفظ بالتجميد وذلك بوضع الأعضاء المراد حفظها في مواد واقية، ثم يتم تجميدها في درجات معينة، وإذا مر الوقت دون أن يتم زرع هذه الأعضاء أو الأنسجة في جسم المريض، أو حتى حفظها في المكان المناسب لها، فان ذلك سوف يؤدي الى تلفها نهائيا (2).

وعلى الرغم من استمرارية العمل بهذا المعيار، إلا أنه حاول الأطباء ايجاد الوسائل التي تتيح لهم التأكد من حصول الوفاة، فقاموا في كمرحلة أولى بوضع كرة زجاجية على صدر المشكوك في وفاته مرتبطة بعتلات إلى الخارج، بحيث أن أدنى حركة في صدر المصاب ستسمح بدخول الهواء وتحرك العلم المرتبط بها لتتذر الآخرين بأنه حي، أو وضع ورقة مبلولة بمحلول الرصاص أمام أنف المصاب، وبالتالي فان انبعاث الهواء سوف يؤدي إلى حصول تفاعل مع المحلول الموجود في الورقة، مما يؤدي إلى تغير لونها والدلالة على بقاء الشخص على قيد الحياة (3).

وقد توصل الأطباء للعديد من العلامات التي يمكن أن يستدل بها على وفاة الشخص أهمها:

- 
- (1)- د/ محمد علي البار، الموقف الفقهي والأخلاقي، مرجع سابق، ص 89.
  - (2)- د/ محمد عبد الجواد الننتشة، المسائل الطبية المستجدة في ضوء الشريعة الإسلامية، المجلد الثاني، إصدارات دار الحكمة، بريطانيا، 2001، مرجع سابق، ص 113.
  - (3)- وإن من الوسائل التي استعان بها الأطباء لمساعدتهم في إثبات حالة الموت هي حقن شريان المصاب المشكوك في حياته بمادة الفلوروسين، فإن كان الشخص لازال حيا اصطبغ جلده باللون الأصفر ولا يحدث هذا مع الأموات د/عبد الهادي الخليلي، الموت وموت الدماغ، مقال منشور في مجلة دراسات قضائية، ع 4، السنة الثانية، بيت الحكمة، بغداد، 2000، ص 78، وكذا د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 36، وكذا د/علي محمد علي أحمد، مرجع سابق، ص 50.

### أولاً-ارتخاء العضلات:

ما يتبعه من تفرطح رمي الأجزاء الملاصقة للأرض، وعدم استجابة الجثة لأي تنبيه، و بروز حدقة العين وعدم تأثرها بالضوء الشديد، كما يبرد جسم الميت حتى تصير درجة حرارة الجثة كدرجة حرارة الجو المحيط به<sup>(1)</sup>.

### ثانياً-الزرقة الرمية:

وهي الزرقة الناتجة عن توقف الدورة الدموية وخاصة في الأجزاء السفلية من الجثة، بسبب اتساع الأوعية الدموية السفلية وامتلائها بالدم بتأثير الجاذبية الأرضية، وذلك خلال ثمان ساعات الأولى بعد الوفاة<sup>(2)</sup>.

### ثالثاً-التيبس الرمي:

ويبدأ بعد ساعتين من الوفاة، وينتهي بعد 12 ساعة من الوفاة، وسببه غير معروف على وجه الدقة، ويحدث نتيجة تفاعلات كيميائية، ويبدأ في عضلات الفك الأسفل والجفنين ثم ينتشر في الوجه والعنق والصدر والذراعين والجذع، وأخيراً في الأرجل، ثم يبدأ بالاختفاء بنفس الترتيب الذي مر به، في مدة 24 ساعة<sup>(3)</sup>.

### رابعاً-التعفن الرمي:

وهو تحلل أنسجة الجسم بواسطة ميكروبات التعفن وخاصة في الأحشاء، وينتهي التعفن بامتصاص جميع الأنسجة المتحللة بتأثير الديدان والبكتيريا والحشرات التي تتغذى على هذه الجثة،

(1)- منير رياض حنا، الطب الشرعي، دار الفكر الجامعي، ط2، الإسكندرية، 2014، ص 438.

(2)- د/ علي محمد علي أحمد، مرجع سابق، ص53، وكذا د/ اسماعيل غازي مرحبا، الموت الدماغى، جامعة الجنان، لبنان، 2013، ص 181.

(3)- د/ حسني علي شحرور، الطب الشرعي مبادئ وحقائق، مكتبة نرجس، القاهرة، 1999، ص 33 و 34.

ويبدأ في الجو الحار بعد مرور 24 ساعة من الوفاة ويتأخر عن ذلك في الشتاء، كما يتأخر كثيرا في المناطق الباردة جدا، وبهذا أمر الإسلام بإكرام الميت وذلك بتعجيل دفنه، حتى لا يتعفن<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: تقدير معيار الموت الظاهري

تم الاعتماد على هذا المعيار مدة طويلة للحكم على لحظة وفاة الانسان، وذلك لسهولة التعرف على علاماته من جهة وعدم التطور الطبي في هذا المجال من جهة أخرى، فقد كان انذاك يتعذر على الطبيب إثبات حياة الشخص في حالة انخفاض الوظائف الجسمانية لأجهزة الجسم إلى الحد الأدنى، وما ذلك إلا لعدم قدرته على سماع ضربات القلب الضعيفة بسماعته، كما لا يمكنه الإحساس بها بواسطة أصابعه عند الرسغ، ونفس الأمر ينطبق على الحركات التنفسية والمنعكسات العصبية، إذ كان غياب جميع مظاهر الحياة بتوقف وظائف الحياة الأساسية بشكل عام يمثل العامل الأساسي في التشخيص.

وفي ظل التطور الطبي الكبير أثبت أن توقف جهازي القلب والتنفس عن العمل لا يعني بالضرورة تحقق الوفاة، لذلك فان هذا المعيار وإن كان يتماشى مع الأزمنة السابقة، إلا أنه لا يمكن الإعتماد عليه في الوقت الراهن لتعرضه للانتقادات التي لا يمكن تجاوزها ومن أبرزها:

**أولاً-** إن تحديد لحظة الوفاة لا تتحقق إلا بتوقف الأجهزة الحيوية الرئيسية في الجسم وتشمل القلب والمخ والرئتين، وهو عادة ما لا يحدث في لحظة واحدة، إذ قد يستغرق توقف المخ عن العمل متأثراً بتوقف التنفس والدورة الدموية بضع دقائق من لحظة انقطاع وصول الدم المحمل بالأوكسجين إليه<sup>(2)</sup>.

**ثانياً-** وقد انتقد هذا المعيار لإفتقاره الى الدقة، فالتوقف النهائي للقلب والدورة الدموية يعني الموت الظاهري وليس الموت الحقيقي، نظرا لظهور إمكانية عودة هذه الأعضاء لحيويتها مرة ثانية عن طريق استخدام وسائل الانعاش الصناعية المتطورة مثل تدليك القلب أو الصدمة الكهربائية، من خلال جهاز منظم ضربات القلب أو حقنة مادة الأدرينالين وإيقاظ مراكز الإحساس في القلب باستخدام الصدمات

(1) - د/هدى محمد دياب وآخرون، الطب الشرعي والسموميات، منظمة الصحة العالمية، المكتب الإقليمي لشرق البحر المتوسط، 1998، ص 20 وما بعدها وكذا د/زهير محمد السباعي ود/محمد علي البار، مرجع سابق، ص 186 وما بعدها.

(2) - د/ محمود أحمد طه، مرجع سابق، ص 31، وكذا د/صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 31.

الكهربائية، كذلك إمكانية إعادة عملية التنفس بواسطة جهاز التنفس الصناعي، لذا فان توقف القلب والتنفس قد لا يؤدي بالضرورة إلى الوفاة متى كان التدخل الطبي سريعا للتعويض عن وظائف القلب والرئتين بواسطة أجهزة الإنعاش الصناعي<sup>(1)</sup>.

**ثالثا -** كما أن هذا المعيار أصبح غير كاف لتحديد لحظة الوفاة، خاصة في الحالات التي يستمر فيها القلب والجهاز التنفسي في العمل، بينما تكون خلايا المخ قد ماتت، وهنا يدخل الشخص في حالة غيبوبة نهائية (التوقف النهائي لوظائف المراكز العصبية العليا)، يستحيل معها عودته إلى حياته الطبيعية، نتيجة لإصابة المخ بتلف كبير غير القابل للعلاج، فهل يعتبر هذا الشخص حيا في ظل استمرار عمل القلب والرئتين بفعل أجهزة الإنعاش الصناعي<sup>(2)</sup>.

هذا ونجد العديد من الحالات التي اعتبرت بالاستناد إلى هذا المعيار في عداد الأموات عادت إلى حياتها الطبيعية، مما يشير إلى أن معيار موت القلب وتوقف الدورة الدموية والجهاز التنفسي وهذا ما جعل معيار الموت الحقيقي غير قاطع في تحديد لحظة نهاية الحياة الإنسانية<sup>(3)</sup>.

كما قد أصبح من الممكن إعادة القلب والرئتين للعمل مرة أخرى بعد توقفهما تماما لمدة ساعة أو أكثر عن العمل من خلال تبريد الجسم وخفض حرارته إلى 15 درجة مئوية ثم رفعها بعد ذلك، ويظهر ذلك جليا في عمليات القلب المفتوح السائدة حاليا<sup>(4)</sup>.

ومن جهة أخرى، فإن الإعتماد على هذا المعيار يؤدي الى استحالة إجراء عمليات نقل الأعضاء الحيوية المنفردة مثل القلب والكبد، لأن هذا النوع من الأعضاء تتطلب السرعة في نقلها،

---

(1) - د/ علي محمد علي أحمد، مرجع سابق، ص 58 و 59، وكذا د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 32.

(2) - د/ أحمد محمد بدوي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، ملتزم بالطبع والنشر سعد سمك للمطبوعات القانونية والاقتصادية، القاهرة، 1999، ص 106، وكذا د/ حسن عودة زعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، ط1، الدار العلمية الدولية، عمان، 2001، ص 115، وكذا د/ صفاء السيد لولو الفار، خلاصة الآراء في الكلام عن موت جذع المخ وزراعة الأعضاء، المجلد 1، ع 31، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية، الاسكندرية، د. س. ن، ص 204.

(3) - د/ منذر الفضل، التصرف القانوني بالأعضاء البشرية، ط 1، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، 2002، ص 144، وكذا د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 40.

(4) - د/ عامر القيسي، مرجع سابق، ص 10 وكذا د/ محمود أحمد طه، مرجع سابق، ص 31، وكذا د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 39.

حتى يمكن الحفاظ على قيمتها من الناحية البيولوجية<sup>(1)</sup>، فالقلب إذا ماتت خلاياه أصبح غير صالحا لزرعه في جسد شخص آخر، أما الكبد فلا توجد أجهزة تستطيع أداء وظيفته مؤقتا اذا لم يتم نقله بسرعة من الجسد، في حين يستلزم وفقا لهذا المعيار التأكد من موت القلب، بالإضافة إلى توقف التنفس لاعتبار الإنسان ميتا<sup>(2)</sup>.

وفي ضوء الانتقادات السابقة الموجهة إلى معيار الموت الظاهري والتي ثبت صحتها علميا في ضوء التطور الطبي الكبير، يمكننا القول بأن الموت الظاهري لا يتعدى عن كونه حالة احتضار يمر بها المريض ولا يمكن تشخيصه بأنه موت حقيقي، لأن معنى ذلك منح الأطباء الحق في قتل إنسان حي أو على الأقل ما بين الموت والحياة دون مسائلتهم جنائيا<sup>(3)</sup>.

ومما يؤيد هذا القول ما ثبت مؤخرا من أن للعضلة القلبية جهاز عصبي ذاتي والتي تجعل القلب لا يموت إلا بعد مرور ساعتين من بداية التوقف عندما يموت الجهاز العصبي الذاتي للعضلة القلبية، وبهذا يفقد القلب قدرته على التقلص والانبساط فقا مطلقا، فالقلب السليم يمتلك جهازا عصبيا ذاتيا يمكنه أن يعمل منفصلا عن الجسد بشكل تلقائي، خاصة إذا تم حقنه بالإتروبين أو الأدرينالين ولفترات محدودة، فمن الناحية النظرية يمكن للقلب في الجسد أن يستأنف عمله في أي لحظة بعد توقفه قبل مرور الساعتين وتساعد في ذلك وسائل الإنعاش المختلفة<sup>(4)</sup>.

وأمام فشل معيار الموت الظاهري في التأكد من موت الانسان وتحديد لحظة الوفاة فان التساؤل يبقى مطروحا في هذا الصدد عن المعيار الحقيقي لتحديد لحظة الوفاة، الأمر الذي أدى إلى البحث عن معيار آخر أكثر دقة لاسيما في الأوساط الطبية<sup>(5)</sup>.

(1) - د/ أحمد نمور أحمد أبو جويد، الموت الدماغى، دراسة فقهية مقارنة، المجلة الأردنية للعلوم التطبيقية، مجلد 20، العدد 1، الأردن، 2018، ص 05، د/ صفاء السيد لولو الفار، مرجع سابق، ص 204.

(2) - د/ سمير عايد الديات، مرجع سابق، ص 264، وكذا د/ علي محمد علي أحمد، مرجع سابق، ص 59.

(3) - د/ أحمد محمود طه، مرجع سابق، ص 30، وكذا د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 40.

(4) - د/ محمد الحاج علي، الموت من الناحية الطبية، بحث مقدم إلى مؤتمر الطب والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1998، ص 127، وكذا د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 41.

(5) - د/ أحمد محود طه، الاساليب الطبية المعاصرة وانعكاساتها على المسؤولية الجنائية للطبيب وتحديد لحظة الوفاة، دار الفكر والقانون، القاهرة، 2015، ص 34.

## المطلب الثاني:

### معيار الموت الدماغي

بسبب الانتقادات التي تعرض لها معيار الموت الظاهري، وبعد ازدياد العلوم والتقنيات الحديثة تقدماً وتوافر أجهزة الانعاش المتطورة، واجهت الأطباء حالة لم تكن معروفة من قبل، وهي حالة تعرف بموت الدماغ، وبهذا ظهر معيار جديد للموت يطلق عليه معيار الموت الدماغي أو (موت جذع الدماغ) أو (المعيار الحديث للوفاة)، وقد أثار جدلاً ونقاشاً واسعاً لما يتعلق به من إشكاليات سواء من الناحية الطبية والشرعية والقانونية.

ولتسليط الضوء على هذا المعيار وبحث كافة جوانبه فقد قسمنا هذا المطلب إلى ثلاث فروع نتناول في الفرع الأول المقصود من الموت الدماغي، وفي الفرع الثاني نبين كيفية تشخيصه والعلامات الدالة عليه، ونخصص الفرع الثالث لتقدير معيار الموت الدماغي مستعرضين فيه أهم المزايا والانتقادات التي وجهت إليه.

### الفرع الأول: المقصود بالموت الدماغي

إن أول من نبّه إلى الموت الدماغي المدرسة الفرنسية<sup>(1)</sup> عام 1959 فيما أسمته "مرحلة ما بعد الإغماء"، ثم أعقبها المدرسة الأمريكية المتمثلة في لجنة (أدهوك) من جامعة Harvard عام 1968. وقد أخذت الأبحاث بعدها تتسع وتنتشر مبيّنة تكوين الدماغ، ومفهوم موته، وعلاماته، والخلاف بين الأطباء في كون موت الدماغ نهاية للحياة الإنسانية<sup>(2)</sup>.

(1)- د/جهاد حمد حمد، الأحكام الشرعية في ضوء المستجدات الطبية والبيولوجية المعاصرة، ط 2، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2017، ص 247، وكذا د/ عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مدى مشروعية الانتفاع بأعضاء الادمي حياً أو ميتاً في الفقه الإسلامي، الطبعة 1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2005، ص 108 و 109.

(2)- د/ دعيح بطحي أدحيلان المطيري، الموت الدماغي وتكييفه الشرعي، دراسة فقهية طبية مقارنة، كلية الشريعة، جامعة الكويت، 1996، ص 28 وكذا د/ أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، موسوعة جامعة للأحكام الفقهية وفي الصحة والمرض والممارسات الطبية، ط 1، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2000، ص 883.

وقد عقدت لهذا الموضوع عدة مؤتمرات وندوات دولية وفي كثير من الأحيان كانت تحت اشراف المنظمات الدولية المتخصصة. وقد عرّف الأطباء الموت الدماغي بأنه توقف الدماغ<sup>(1)</sup> تماما عن أداء وظائفه وعدم قابليته للحياة، وإن اختلف أنصار هذا الاتجاه في تحديد أي جزء من المخ يتوقف، فقد انقسموا فيما بينهم حول مفهوم الموت الدماغي، وانتهى انقسامهم على ثلاثة آراء.

الرأي الأول يرى أن موت الدماغ هو الفقد الدائم للوظائف المتكاملة للخلايا العصبية على اعتبار أن موت خلايا المخ، يؤدي إلى توقف عمل المراكز العصبية التي تتحكم بوظائف الجسم الرئيسية كالدورة الدموية والتنفس وغيرها من وظائف أعضاء الجسم الأخرى<sup>(2)</sup>.

وهذا ما تأخذ به المدرسة البريطانية التي ترى أنه من السهل فحص المصاب سريريا دون الحاجة إلى أجهزة معقدة، مثل رسم الدماغ الكهربائي، وحقق شرايين الدماغ، لإثبات توقف الدورة الدموية فيها أو استخدام المواد المشعة، لإثبات عدم وجود دورة دموية في الدماغ<sup>(3)</sup>.

(1) - يطلق لفظ الدماغ على الجهاز العصبي المركزي الذي يتألف من الأقسام الأساسية التالية:  
أ -المخ: وهو أكبر جزء في الدماغ ويحتوي على مراكز الحس والحركة الإرادية والذاكرة والتفكير والوعي والادراك.  
ب-المخيخ: وهو ثاني أقسام الدماغ وظيفته المحافظة على توازن الجسم.  
ج-جذع المخ: يعد الجزء الأساسي في الدماغ وهو يمثل حلقة الوصل الأساسية بين المراكز العلوية في الدماغ وهي المخ، والمخيخ، وبين النخاع الشوكي، وبقيّة أجزاء الجسد، وكل ما يصل إلى المخ من إشارات حسية عصبية، أو يخرج منه من إشارات عصبية حركية فلا بد أن يمر من جذع المخ، وهو يحتوي على مركز تنظيم ضربات القلب، ومركز التنفس، وتنظيم ضغط الدم، والدورة الدموية، ومركز تنشيط الحركة وتنظيمها، والسيطرة على الذاكرة، والسلوك، كما أنه يحتوي على ما يسمى بالتكوين الشبكي الذي ثبت أن له دورا مهما في الحفاظ على الوعي واليقظة، وله تأثير على وظائف المخ مثل امتصاصه للأوكسجين، وكمية الدم الواصلة إليه. للمزيد من التفصيل، د/ سعد عبد العزيز الشويرخ، مرجع سابق، ص252.

د-النخاع الشوكي: ويقع في القناة الشوكية داخل العمود الفقري ويتحدد عمله في انه حلقة الوصل بين الدماغ العلوي وبقيّة أعضاء الجسم ما عدا الرأس كما يضم معظم مراكز الانعكاسات العصبية الاضطرابية ولا يتضمن عمله اي فعل اختياري على الاطلاق. للمزيد من التفاصيل أنظر وكذا د/محمد علي البار، موت القلب أم موت الدماغ، الدار السعودية للنشر والتوزيع، الرياض، 1986، ص13، وكذا د/صفاء السيد لولو الفار، مرجع سابق، ص 213، د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 42.

2- د/ صفاء السيد لولو الفار، مرجع سابق، ص 232، د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 43.  
(3) - د/ خضر محمد ادم أحمد الزاكي، أثر الموت الدماغي على الحقوق والتزامات، دراسة مقارنة، جامعة سنار، 2010، ص12، وكذا د/رقية أسعد صالح عرار، مرجع سابق، ص 16 و 17.

أما الرأي الثاني عرّف الموت الدماغي بأنه التلف الدائم في الدماغ، والذي يؤدي إلى توقف دائم لجميع وظائفه بما فيها وظائف جذع المخ، وهذا ما اشترطته المدرسة الأمريكية لتعريف موت الدماغ<sup>(1)</sup>.

في حين يعرّف الرأي الثالث موت الدماغ بموت الوظائف العليا للمخ وهي حالة الحياة النباتية، ويقصد بها فقدان القدرة على التمييز والإحساس والإدراك<sup>(2)</sup>.

ويذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن الوفاة عملية Process، وليست حدثاً وقتياً Event فتوقف بعض الأعضاء مثل القلب والرئتين قد يحدث في مدة زمنية محددة، بينما موت المخ يكون تدريجياً ويستغرق بعض الوقت حسب الأحوال، فقد يبدأ التوقف بالجزء الأمامي ثم ينتقل إلى جذع المخ Brain stem، وفي هذه اللحظة يتحقق الموت النهائي للمخ<sup>(3)</sup>.

ولا خلاف في حالة تحقق وفاة المخ كاملاً عقب توقف وظائف القلب والرئتين، فالموت محقق بإجماع الآراء، إنّما الخلاف ينحصر في حالة الأخذ بالمعيار الحديث أي بتوقف وظائف المخ كلياً من دون توقف القلب والرئتين.

ووفقاً للآراء الطبية الغالبة فإن العبرة في تحديد الوفاة بالتوقف الكامل لوظائف المخ، ولا سيما جذع الدماغ، فلا تحدث بعد ذلك أي عودة لمظاهر الحياة أو الشعور أو الإدراك، وقد أكد مؤتمر كليات الطب الملكية الذي عقد في المملكة المتحدة عام 1976م، إن موت المخ يتحقق عند توقف وظائف المخ كافة وبصفة نهائية لا عودة فيها، وهذا ما أكدته التقرير الأول الذي قدّمته اللجنة المشكّلة عام 1968م لدراسة الموضوع نفسه، حيث أكدت هذه اللجنة أن الوفاة ترتبط بحالة الغيبوبة الكاملة التي لها صفة الدوام، وفي عام 1976م صدر في بريطانيا تقرير يحدد قواعد تشخيص الوفاة،

(1) - د/ الشربيني عصام الدين، الموت والحياة بين الأطباء والفقهاء، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع 3، ج 2 ص 584، وكذا د/ عبد الله يوسف أحمد الأنصاري، موت الدماغ بين الوصف الطبي والتخريج الفقهي، د.د.ن، د.س.ن، ص 397.

(2) - د/ علي محمد علي أحمد، مرجع سابق، ص 63، وكذا د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 44.

(3) - د/ شعبان أبو عجيلة عصارة، الإنعاش الصناعي وتحديد لحظة الوفاة، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والشرعية، ع 7، جامعة ليبيا، ديسمبر 2015، ص 170.

وصاغت هذا التقرير لجنة ضمّت ممثلين عن الكليات الجامعية، ومراكز البحوث المختصة واستندوا إلى المعيار الحديث في تقرير موت الدماغ<sup>(1)</sup>.

وقد اتجهت الآراء في الولايات المتحدة الأمريكية إلى تأكيد المعيار الحديث، وفي هذا الخصوص أقرت لجنة Ad-Hoc committee في جامعة هارفرد عام 1968 مواصفات محددة لموت الدماغ، وأخذت معظم الولايات والمحاكم هناك بتعريف هذه اللجنة لموت الدماغ<sup>(2)</sup>.

وفي عام 1981 م أصدر الرئيس الأمريكي رونالد ريغان أمراً بتكوين لجنة من كبار الأطباء والقانونيين وعلماء الدين لدراسة موضوع موت الدماغ، وأقرت هذه اللجنة بعد دراسات مستفيضة اعترافها بمعيار موت الدماغ، ووافقت عليه قانونياً خمس وعشرون ولاية أمريكية<sup>(3)</sup>.

وقد اعترفت معظم الدول بمفهوم موت الدماغ تدريجياً، إما اعترافاً قانونياً كاملاً، وإما اعترافاً بالأمر الواقع، حيث أوكلت إلى الأطباء مهمة تشخيص الوفاة.

وهكذا بدأت منذ الثمانينات حقبة جديدة في مجال تشخيص الوفاة لبعض الحالات الخاصة، والتي لم يتم فيها الموت نتيجة توقف القلب والدورة الدموية، بل نتيجة موت الدماغ<sup>(4)</sup>.

وفي عام 1992 م أكد التقرير المقدم من بعض الأطباء إلى النيابة العامة في مصر بمناسبة التحقيق مع فريق الأطباء الذين قاموا بنقل أعضاء من المحكوم عليهم بالإعدام قبل توقف القلب عن النبض.

إن العبرة في تحديد الوفاة هي بتوقف جذع المخ عن العمل، إذ يعد الإنسان في هذه الحالة قد توفي على الرغم من عمل القلب الذي سيتوقف حتماً نتيجة لعدم ورود إشارات إليه من جذع المخ<sup>(5)</sup>.

(1) - د/صالح بن علي الشمراني، أثر القول باعتبار الموت الدماغي موتاً حقيقياً على الأحكام الفقهية، مقال منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، ع 89، مارس-أبريل-مايو، جامعة أم القرى، 2011، ص 9.

(2) - د/ بلحاج العربي بن أحمد، مرجع سابق، ص 25.

(3) - د/ شعبان أبو عجيلة عصارة، مرجع سابق، ص 171.

(4) - د/ محمد علي البار، مرجع سابق، ص 36.

(5) - د/ شعبان أبو عجيلة عصارة، المرجع السابق، ص 170.

وبمجرد موت خلايا جذع المخ يدخل الشخص في حالة الغيبوبة الكبرى أو النهائية ( Deep coma)، وإبقاء المريض مرتبط بأجهزة الإنعاش ليس سوى إطالة لعذاب للمريض وأسرته وحرمان المرضى من الاستفادة من هذه الأجهزة، بالإضافة إلى التكاليف الباهظة التي يتحملها ذوي المريض.

وهذه الغيبوبة تختلف عن الغيبوبة العميقة (prolong coma) التي تبقى فيها خلايا الدماغ حية باستثناء خلايا القشرة الخارجية من المخ، مما يبقى على حياة الإنسان، ويبصر فيها الاستمرار في استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي لضمان عدم تلف خلايا الدماغ بالكامل.

وعليه فإن حياة الإنسان تنتهي عندما تموت خلايا مخه حتى ولو ظلت خلايا قلبه حية، فمتى ماتت خلايا المخ بصورة نهائية فإنه يستحيل عودته الى الحياة مرة أخرى، وبالتالي، يستحيل عودة الإنسان إلى وعيه وإلى حياته الطبيعية، وهكذا استقر رأي الأطباء أخيراً أن موت خلايا المخ الذي يؤدي الى توقف عمل المراكز العصبية العليا التي تتحكم في وظائف الجسم مثل الوعي، والكلام، والحركة، والذاكرة، والتنفس، والسمع، والبصر، والدورة الدموية، وتنظيم وظائف الأعضاء المهمة كافة، وهذا هو الحد الفاصل بين الموت والحياة<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: تشخيص الموت الدماغي

لابد من تشخيص موت الدماغ بشكل قطعي لترتيب آثاره عليه، واستبعاد الحالات التي لا ينطبق عليها موت الدماغ، وبعد تشخيص الموت الدماغي مهما للغاية، من الناحية الطبية والشرعية والقانونية، فمن الناحية الطبية يوفر التكاليف الباهظة التي ستدفع إذا استمر الإنسان تحت الأجهزة والعناية الفائقة والمركزة، فضلاً عن إعطاء الفرصة لمريض آخر يمكن إنقاذه، كما يمكن الاستفادة من أعضاء ذلك الميت، خاصة الأعضاء التي لا يمكن التبرع بها حال الحياة، وتبرز أهمية ذلك التشخيص من الناحية الشرعية، لأجل إعلان الوفاة والأحكام المترتبة عليه، وبيان حكم رفع الأجهزة والتبرع بالأعضاء، وأحكام الإرث والعدة والطلاق والتلقيح الصناعي وغيره، ومثل ذلك من ناحية

(1)- طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة مقارنة، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 64 وكذا د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 44، وكذا د/ صفاء السيد لولو الفار، مرجع سابق، ص 232.

قانونية: فيما يترتب عليه من أحكام القانون، ومعرفة الجرائم التي يعاقب عليها، إذا استقطع منه جزء ونحو ذلك (1).

ولمنع الخطأ في تشخيص موت الدماغ، وتلافيا للمفاسد المتعلقة بالتلاعب أو المتاجرة بأعضاء المصابين بموت الدماغ، فإنه يجب وضع المعايير الطبية التي تحدد التعريف الدقيق لمصطلح موت الدماغ وتشخيصه، وتكليف لجنة طبية شرعية من أصحاب الاختصاص لدراسة هذه الحالات، وإصدار التقارير الطبية الخاصة بها، والاشراف على عمليات زراعة الأعضاء بعد وضع الضوابط اللازمة لذلك (2)، في هذا الإطار نبين أسباب الموت الدماغي أولاً، ثم التطرق إلى علامات الموت الدماغي وشروط تشخيصه المسبقة ثانياً ونتعرض بعدها إلى الفحوص التشخيصية لموت الدماغ ثالثاً، وذلك على النحو التالي:

#### أولاً-أسباب الموت الدماغي:

لا يعتبر تشخيص موت الدماغ إلا إذا كان المصاب في غيبوبة عميقة لا يمكن استفاقته منها، ومعرفة سبب الغيبوبة له أهميته في الحكم على المصاب بكون دماغه ميتاً، ولعل من أهم أسباب موت الدماغ هي:

أ-الاصابات المباشرة على الرأس: وهو ما يحدث غالباً في حوادث اصطدام السيارات، وحوادث المرور، وحوادث العمل، وحالات السقوط من الأماكن المرتفعة، أو القفز في المسابح فيؤدي لارتطام الرأس بما هو صلب، وتشكل هذه الحالات نصف حالات الإصابة بموت الدماغ.

(1)-/ محمد علي محمد عطا الله، موت الدماغ وما يتعلق به من أحكام، دراسة فقهية مقارنة، ع 15، ج 1، أسيوط، 2016، ص 858 و 859. وكذا حمد محمد الهاجري، موت الدماغ بين الفقهاء والأطباء، ع 24، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، 2006، وكذا د/ عبد السميع إبراهيم محمد، الموتة الدماغية، مجلة كلية أصول الدين والدعوة، ع 34 ج 2، أسيوط، د.س.ن، ص 1265.

(2)-/ أحمد محمد كنعان، مرجع سابق، 884.

ويعتبر التوقف الفجائي للقلب أو التنفس من الأسباب النادرة لموت جذع الدماغ، لأن بعد انقاز هذه الحالات قد تموت المناطق المخية العليا من الدماغ، بينما يبقى جذع الدماغ حيا، وهو ما يؤدي إلى ظهور الحالات النباتية (1).

**ب-نزيف الدماغ الداخلي:** قد يحصل بسبب التوقف القلبي والتنفسي الذي يؤدي إلى الموت الدماغي بوصفه مرحلة ثانوية بعد الوفاة الإكلينيكية (توقف القلب والرئتين)، أو عن انفجار الأكياس الشريانية بالأوعية الدموية الدماغية لدى الشباب ومتوسطي الأعمار، وهذا يمثل ما يقارب ثلاثين بالمئة من حالات موت الدماغ.

**ج- بعض الأمراض التي تصيب الدماغ وخراج الدماغ والالتهاب السحائي، ومن الأسباب النادرة لموت الدماغ هي عملية الشنق الذي يحدث فيه كسر أو خلع لفقرات الرقبة العليا، حيث يوجد جزء من جذع الدماغ، مما يؤدي إلى تمزقه وتوقف التنفس التلقائي نتيجة لإصابة مركزة في جذع الدماغ وتشكل حوالي العشرين بالمائة الباقية (2).**

#### ثانيا-الشروط المسبقة لتشخيص الموت الدماغي والاستثناءات الواردة عليها:

هناك شروط مسبقة واحتياطات لابد التأكد من توافرها قبل البدء بتشخيص حالة المصاب على أنها موت دماغي، بالإضافة إلى بعض الاستثناءات التي يجب استبعادها قبل التشخيص، ويمكن بيان هذه الشروط والاستثناءات من خلال ما يأتي:

##### أ-الشروط المسبقة لتشخيص موت الدماغ:

من الشروط المسبقة لتشخيص موت الدماغ والتي يجب التأكد منها قبل تشخيصه وإثباته، نذكر:

1- أن يكون المصاب في الغيبوبة الكاملة، بحيث يكون الطبيب على يقين من عدم عودة الوعي والإدراك، وفقدان المريض القدرة على الحركة الاختيارية، وغياب الاستجابة الحركية لكافة المحفزات.

(1) - د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 49، وكذا د/صفاء السيد لولو الفار، مرجع سابق، ص 233، وكذا د/ علي محمد أحمد علي، مرجع سابق، ص 68 و 69.

(2) - د/ دعيح بطحي أدحيلان المطيري، مرجع سابق، ص 13، وكذا د/صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 50.

- 2- انقطاع التنفس التلقائي، بحيث يتنفس المريض عن طريق جهاز التنفس الصناعي، وعلى الطبيب أن يتأكد من أن استخدام جهاز التنفس الصناعي ما كان إلا بسبب توقف التنفس وعدم انتظامه.
- 3- أن يكون قد مضى على دخول المريض في حالة الغيبوبة مدة ست ساعات على الأقل، يصاحبها انفرط لعقد النظام والتنسيق بين الأجهزة العضوية بعضها مع البعض الآخر.
- 4- وجود سبب للحالة المرضية، كوجود إصابة تشريحية بالدماغ ويمكن التأكد منها بكافة وسائل التشخيص المتاحة<sup>(1)</sup>.

### ب-الاستثناءات الواردة على تشخيص موت الدماغ:

- أما عن الارشادات والاستثناءات والاحتياطات التي يجب اتخاذها أيضا قبل تشخيص الموت الدماغي فتتمثل في:
- ينبغي التأكد من أن الغيبوبة لم تكن نتيجة تسمم، أو ناجمة عن تعاطي العقاقير المنومة أو المخدرة أو العقاقير المرخية للعضلات.
- التأكد من أن الغيبوبة لم تحدث بسبب الانخفاض الشديد في درجة الحرارة، أو بسبب مخفضات نشاط النظام العصبي المركزي، ويجب أن تكون درجة حرارة الجسم أكثر من 35 درجة مئوية.
- استبعاد بعض العوامل التي قد تؤدي إلى الغيبوبة لدى الأفراد كاضطرابات الغدد والاضطرابات المستقبلية ، ويتم ذلك بقياس مستوى الجلوكوز بالدم، والكتروليتات البلازما وغيرها<sup>(2)</sup>.

### ثالثا-الاختبارات التشخيصية لموت الدماغ:

من أهم العلامات التي يمكن للطبيب الاستعانة بها لتشخيص الموت الدماغي أبرزها:

- 1- د/ محمد كريدي، التحديد الطبي الإسلامي في مفهوم الدماغ، بحث مقدم لندوة التعريف الطبي للموت، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت، 1997 ص 1، وكذا د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 51، وكذا د/ ابراهيم صادق الجندي، مرجع سابق، ص 52.
- (2)- د/محمد علي البار، ما الفرق بين الموت الإكلينيكي والموت، بحث مقدم لندوة التعريف الطبي للموت، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت، 1997، ص 36 و 37. وكذا د/علي محمد علي رمضان، موت الدماغ بين الحقيقة والوهم، المكتبة المصرية، الإسكندرية، 2003، ص 51، وكذا د/ ابراهيم صادق الجندي، ص 53.

1- تعرض المريض للغيبوبة العميقة مع انعدام تام للوعي والإدراك، وعدم الاستجابة لأي مؤثر خارجي يستخدم لتنبية المريض مهما كانت وسائل ذلك المنبه قوية ومؤلمة.

2- عدم إعطاء جهاز الرسم الكهربائي (Electro Encephalograms) <sup>(1)</sup> لأي إشارة تدل على نشاط كهربائي في الدماغ وذلك بظهور المخطط مسطحاً.

ومما تجدر الإشارة إليه أن غياب النشاط الكهربائي للدماغ لا يثبت بالضرورة اختفاء الحياة على مستوى الخلية في المخ، إذ أن ظهور المخطط بهذا الشكل يعتبر حالة شائعة في حالة الغيبوبة العميقة الناتجة مثلاً عن استخدام العقاقير المثبطة لعمل الجهاز المركزي العصبي، فهؤلاء المرضى في الغيبوبة لا تبدي أدمغتهم أي نشاط كهربائي في بادئ الأمر، ولكن مع مرور الوقت يسترد هؤلاء الأشخاص وعيهم بالكامل.

3- غياب الأفعال المنعكسة الدالة على وجود نشاط كهربائي في جذع الدماغ والحبل الشوكي، وتتمثل في اتساع حدقتي العين وثباتهما وعدم تأثرهما بتغيير شدة الضوء، وغياب منعكس القرنية ويتم التأكد منه من خلال لمس القرنية بشكل خفيف وملاحظة عدم تأثر الجفنين نتيجة لذلك وغيرها من العلامات.

4- انعدام قدرة المريض على التنفس التلقائي لمدة تتراوح من 3-4 دقائق بعد إبعاد جهاز التنفس الصناعي وعدم وجود أي حركة تنفسية بعد القيام باختبار الاختناق.

5- عدم تغيير النتائج السريرية ونتائج رسم المخ الكهربائي لمدة 24 ساعة على الأقل <sup>(2)</sup>.

---

(1) -جهاز رسم المخ الكهربائي: هو عبارة عن جهاز يتم توصيله بمخ الإنسان ويقوم برصد النشاط الكهربائي الصادر عن حركة الخلايا العصبية في صورة ذبذبات كهربية، فإذا انعدمت هذه الذبذبات انعكس ذلك على هيئة خطوط مستقيمة مما يعني توقف المخ عن العمل ولو ظل القلب والتنفس يعملان. للمزيد من التفصيل فاذا انظر د/ محمود أحمد طه، مرجع سابق، ص 37، وكذا د/أحمد العمر، موت الدماغ، المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2007، ص 12 وكذا د/ محمد علي محمد عطا الله، مرجع سابق، ص 852.

(2) - د/ إبراهيم صادق الجندي، مرجع سابق، ص 55 وكذا د/ سعد الشويرخ، مرجع سابق، ص ص 273، وكذا د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص ص 52 و 53.

### الفرع الثالث: تقدير معيار الموت الدماغي

لقد ظهر معيار الموت الدماغي عن التطورات الطبية الكبيرة في مختلف مجالاته سواء في مجال أجهزة الإنعاش الصناعي أو عمليات نقل الأعضاء، مما جعله في الوسط الطبي المعيار الرئيسي لتحديد لحظة الوفاة وبدلاً عن معيار الموت الظاهري.

وبالرغم من التأييد الذي حاز عليه هذا المعيار إلا أنه تعرض للعديد من الانتقادات سواء من قبل الأطباء أو من علماء الشريعة ورجال القانون، وقد أكد أنصار معيار الموت الدماغي على أن موت الدماغ يعبر عن موت محقق لا رجعة فيه، وأن استمرار قلبه وورثته في العمل من خلال استخدام أجهزة الإنعاش الصناعية، فهي ليست دليلاً على حياة الإنسان الحقيقية، إنما هي مظهر للحياة الصناعية، فأما كانت الوسائل المستخدمة لاطالة مدة الحياة الصناعية، فإنها لا تؤدي إلى عودة الحياة مرة أخرى للميت دماغياً طالما أن المراكز العصبية التي يحتويها جذع الدماغ توقفت عن أداء وظائفها توقفاً نهائياً<sup>(1)</sup>، ومن أهم الانتقادات الموجهة له ما يلي:

**أولاً-** لقد أثبتت بعض الدلائل العلمية، أن بعض الحالات التي توقف فيها المخ عن العمل قد أفادت من الغيبوبة في فترات مختلفة، وعودة الشخص بعدها إلى الحياة الطبيعية، وليس أدل على ذلك من استمرار الحمل لدى بعض السيدات الحوامل اللاتي قضين مدة زمنية طويلة تحت أجهزة الإنعاش، إذ استمر نمو الجنين، على الرغم من غيبوبة الأم حتى تمت الولادة لأطفال بأوزان طبيعية، ومن البديهي أنه لكي ينمو الجنين، وينبض بالحياة فإنه لا بد أن يستمد وجوده من جسد أمه الحي<sup>(2)</sup>.

**ثانياً-** يرفض بعض الأطباء اعتبار موت الدماغ موتاً فعلياً للإنسان، فالموت الحقيقي لدى الأطباء المناصرين لمعيار الموت التقليدي، لا يتحقق إلا بالتوقف النهائي للقلب وجهاز التنفس عن العمل، وعجزها عن أداء وظائفها. ويحتجون لذلك بأن المريض الذي يتنفس بواسطة الأجهزة الصناعية وشخصه الأطباء بأنه ميت دماغياً، يعتبر إنساناً حياً لأن جسمه لا يزال يحتفظ بالوظائف الحيوية، بدليل وجود الروح التي تبعث الدفء والحرارة في جسده وتحفظه من التحلل والتعفن إذا طالت مدة بقاؤه

(1)- د/ صفاء حسن العجيلي، المرجع السابق، ص 54.

(2)- د/ أحمد العمر، مرجع سابق، ص 13. وكذا د/ شعبان أبو عجيبة عصارة، مرجع سابق، ص 174.

على أجهزة الإنعاش، وهذا ما تؤكد استمرار أعضاء الجسم الأخرى في أداء وظائفها الطبيعية كالتمثيل الغذائي وغيرها<sup>(1)</sup>.

**ثالثاً -** إن جهاز الرسم الكهربائي للمخ لا يصلح كوسيلة إثبات حاسمة لتوقف خلايا المخ عن العمل في بعض الحالات مثل حالات انخفاض الحرارة الى ما دون معدلاتها الطبيعية لدى الانسان، وحالات التسمم الخطيرة، وحالات الغيبوبة، فقد تظهر في هذه الحالات بأنها موت المخ، كما أنه لا يعكس من نشاط المخ إلا ذلك النشاط الخاص بالمراكز العصبية، فقد لا يعطي معلومات كافية عن نشاط المراكز العصبية العميقة المتواجدة في جذع الدماغ الذي يضم مركز التنفس والدورة الدموية، لذا فان توقف جهاز رسم المخ عن تسجيل أي إشارات لا يعني بالضرورة التوقف النهائي لجميع المراكز العصبية<sup>(2)</sup>.

وعليه من الضروري الانتظار مدة ما بين عدم إعطاء جهاز رسم المخ الكهربائي لأي إشارة وبين إعلان الوفاة رسمياً، وهذه المدة تتراوح ما بين ثماني ساعات وسبعين ساعة تبعا لسبب الغيبوبة في كل حالة<sup>(3)</sup>.

**رابعاً -** يؤكد بعض الأطباء ضرورة عدم اعتماد معيار الموت الدماغي كمعيار للوفاة بالنسبة للأطفال ما دون الخامسة، لأن للأطفال القدرة على استعادة وظائف المخ أكثر من غيرهم من البالغين، مما يشكك في مدى صلاحية هذا المعيار كمعيار في إثبات وفاة الإنسان .

**خامساً -** إن لجوء الأطباء إلى تخدير الجثة عند القيام بعمليات استئصال الأعضاء دليل قاطع على استمرار الحياة في أجساد موتى الدماغ وإلا لما كانت هناك حاجة لتخديرهم، لأن جثة الإنسان الميت لا تشكل عائق للقيام بالعمليات الجراحية<sup>(4)</sup>.

**سادساً -** قد يختلف المقصود من موت الدماغ من بلد إلى آخر، بحيث يمكن أن تعتبر بعض الحالات موتاً دماغياً في بلد معين، في حين لا تعد كذلك في بلد آخر، وهناك بعض البلدان لا تأخذ

(1) - د/ أحمد شرف الدين، الحدود الإنسانية والشرعية والقانونية للإنعاش الصناعي، مجلة العدالة، العدد 35، السنة العاشرة، جامعة الكويت، 1983، ص53، وكذا د/ أحمد العمر، المرجع سابق، ص12.

(2) - د/ محمود أحمد طه، مرجع سابق، ص 43، وكذا د/ علي محمد علي، مرجع سابق، ص 71 و72.

(3) - د/ صفاء السيد لولو الفار، مرجع سابق، 246، وكذا د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص57.

(4) - د/ محمود أحمد طه، مرجع سابق، ص 45.

بمعيار موت الدماغ ولا بعمليات نقل الأعضاء كاليابان، بل وحتى ضمن البلد الواحد قد تكون معايير التشخيص مقبولة في منطقة وغير مقبولة في أخرى، ففي الولايات الأمريكية توجد تشريعات مختلفة في كل من هارفارد وفيلادلفيا ومينيسوتا<sup>(1)</sup>.

**سابعاً-** إن الأخذ بهذا المعيار يفتح المجال أمام استغلال الأطباء للمرضى الراقدين في المستشفيات بالتعجيل بإثبات حالة الوفاة لنقل الأعضاء منهم إلى غيرهم من الأحياء.

**ثامناً-** إن إقرار أنصار الموت الدماغي بتطبيق بعض أحكام الموت كرفع أجهزة الانعاش الصناعي أو الامتناع عن تركيبها على الموت الدماغي وتأجيل بقية الأحكام لحين توقف جميع الأجهزة الرئيسة بالجسم خير دليل على إطمئنانهم إلى هذا المعيار والإعتماد عليه في بناء الأحكام الفقهية والقانونية<sup>(2)</sup>.

وفي ضوء الانتقادات التي وجهت إلى معيار الموت الدماغي التي يمكن أن توصف بأنها أقوى من تلك التي وجهت إلى معيار الموت الظاهري، والشكوك التي أثارت حول اختبارات التشخيص ومدى إمكانية الاعتماد عليها للتحقق من الوفاة، يمكنني القول بأنه لا يمكن التعويل على معيار الموت الدماغي في إعلان الوفاة، بالرغم من أن مسألة تفضيل معيار على آخر مسألة فنية بحثة تدخل في صميم عمل الأطباء وتخرج بطبيعة الحال عن اختصاص رجال القانون، إلا أن ما تؤكد الوقائع الطبية التي استند إليها المعارضون من الأطباء، بقولهم باستمرار التنفس ونبض القلب وحفاظ الجسم على حرارته، كل هذه العلامات تدل على وجود نوع من الحياة في جسم موتى الدماغ، حتى وإن دلت الأجهزة الطبية على فقدان الجهاز العصبي لخواصه الوظيفية، والإنسان بهذا الاعتبار لا يمكن اعتباره ميتاً<sup>(3)</sup>.

(1) - د/ صفوت حسن لطفي، مرجع سابق، ص 3، وكذا د/ صفاء حسن العجيلي، المرجع السابق، ص 59.

(2) - د/ صادق إبراهيم الجندي، مرجع سابق، ص 62.

(3) - د/ محمود أحمد طه، مرجع سابق، ص 50، وكذا د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 60.

## المطلب الثالث:

### معيّار الموت الجسدي

إن الانتقادات التي تعرض لها معيار الموت الدماغي خاصة من الناحية الدينية والمشاكل القانونية التي تسبب بها، احتاج الأطباء الى معيار أكثر دقة و يقينية في تحديد لحظة وفاة الإنسان ومفارقته للحياة، والذي أطلق عليه معيار الموت الجسدي، وسنتناول هذا المعيار في ثلاث فروع، نخصص الأول لبيان المقصود منه، ونبحث في الثاني عن كيفية تشخيصه، ونتطرق في الثالث لتقييم معيار الموت الجسدي من الناحية الطبية، مستعرضين أهم مميزاته ومآخذه.

### الفرع الأول: تعريف الموت الجسدي

يعرّف الموت الجسدي من الناحية الطبية، توقف كافة الأجهزة الحيوية الثلاثة في الجسم عن العمل بصورة نهائية غير قابلة لإعادتها إلى الحركة من جديد فترة من الزمن تكفي لحدوث تغيرات في الجسم، وتقدر هذه الفترة من 10-30 دقيقة<sup>(1)</sup>.

فان الموت الجسدي يحدث بالتوقف النهائي لوظائف المراكز العصبية الحيوية بجذع المخ بعد توقف التنفس التلقائي ونبض القلب والدورة الدموية بصورة نهائية لا رجعة فيها<sup>(2)</sup>. وذلك لأن توقف الدورة الدموية يؤدي إلى موت خلايا جذع الدماغ خلال دقائق بسبب نقص الأوكسجين الناتج عن توقف جريان الدم، وبالتالي تتوقف عملية التنفس التلقائي بشكل نهائي.

إلا أنه بمجرد موت القلب وتوقف التنفس، يتبعه لا محالة موت جذع المخ بعد مدة تتراوح بين 4-5 دقائق، وذلك لانقطاع ونقص الأوكسجين في الدم، إلا أن التأخر في الإنعاش الصناعي يؤدي لموت جذع الدماغ وينتج عنه تلف في القشرة الدماغية، لأن خلاياها سريعة التأثر قياسا بالخلايا الأخرى من الدماغ، فإذا توقفت الحالة عند هذا الحد نشأ عنها موت القشرة المخية أو ما يعرف بالحالة النباتية حيث يظل المصاب معتمدا فيها على أجهزة الإنعاش الصناعي، ومع ذلك قد يستمر نبض

(1)- د/ منذر الفضل، مرجع سابق، ص 143، وكذا د/ محمود أحمد طه، مرجع سابق، ص 50.

(2)- د/ إبراهيم صادق الجندي، مرجع سابق، ص 27.

القلب في الخفقان لمدة قد تصل إلى أكثر من 30 دقيقة، حيث أن قدرة احتمال القلب على نقص الأوكسجين تفوق بكثير قدرة جذع الدماغ<sup>(1)</sup>.

وبما أن جذع المخ هو المتحكم في جهازي التنفس والدورة الدموية، فإن توقفه أولاً عن أداء وظائفه يؤدي لا محالة إلى توقف التنفس والدورة الدموية، وبالتالي توقف نبض القلب وموت خلايا الدماغ بصورة كاملة. لذلك يرى أنصار هذا المعيار أن الموت الجسدي يوازي الموت الدماغي بشرط أن يكون الموت الدماغي نتيجة ثانوية لتوقف التنفس والدورة الدموية، بخلاف ما يتجه إليه أنصار الموت الدماغي من أن موت جذع المخ الذي يضم المراكز العصبية الأساسية يعد كافياً لاعتبار الشخص ميتاً وفقاً لاختبارات التشخيص المعتمدة. ولقد حظي هذا المعيار بالتأييد ولكن ليس بالمستوى الذي حاز عليه معيار الموت الدماغي<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: تشخيص الموت الجسدي

إن تشخيص الموت الجسدي ذو أهمية عملية أكثر من المعايير السابقة، وخاصة في مرحلته الأولى (الموت الإكلينيكي)، إذ يمكن بواسطة وسائل الانعاش الصناعي المتطورة كتنشيط القلب والتنفس الصناعي ووسائل التغذية الصناعية يمكن إعادة القلب والتنفس إلى العمل بواسطة تلك الأجهزة الاصطناعية قبل موت خلايا المخ.

وعلى الطبيب عند تشخيصه للموت الجسدي أن يستعين بكافة الوسائل والأجهزة الطبية المتاحة للتحقق من توقف الأجهزة الحيوية الثلاث في الجسم بصورة نهائية، ومن العلامات الأساسية للموت الجسدي<sup>(3)</sup> ما يلي:

#### أولاً-علامات الموت الجسدي:

ترتبط هذه العلامات بتوقف الأجهزة الرئيسية في الجسم، ومن العلامات الأساسية في إثبات الموت الجسدي ما يلي:

(1) د/ إبراهيم صادق الجندي، مرجع سابق، ص 27، وكذا د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق ص 62.

(2) د/ أحمد العمر، مرجع سابق، ص 20، وكذا د/ إبراهيم صادق الجندي، المرجع السابق، ص 28.

3- د/ إبراهيم صادق الجندي، مرجع سابق، ص 28.

أ-علامات توقف الدورة الدموية والنبض، يجب على الطبيب التأكد من توقف الدورة الدموية ونبض القلب توقفا تاما لبضع دقائق (5-10)، عن طريق إحساس النبض بوضع طرف أصابع اليد على الشريان الكعبري أسفل الساعد أو الشريان الثباتي بالرقبة أو على القلب مباشرة، أو بواسطة جهاز رسم القلب الكهربائي وظهور مخطط رسم القلب مسطحا ويتحقق ذلك عند شعور المريض بنعاس ناتج عن توقف تدفق الدم مع شحوب في الأجزاء العليا من الجثة، على أن تستبعد الحالات التي يكون فيها التوقف مؤقتا، أو تكون فيها نبضات القلب ضعيفة جدا إلى الحد الذي لا يمكن أن يحس بها، ويحدث هذا غالبا في حالة التسمم بالمواد المنومة، وحالات الصدمة والهستيريا، وحالات الصعق بالتيار الكهربائي.

ب-علامات توقف الجهاز التنفسي، يمكن للطبيب التأكد من توقف التنفس التلقائي توقفا تاما لبضع دقائق، بواسطة فحص الصدري بالسماعة الطبية لجميع أجزاء الصدر وخاصة الحنجرة، والفحص الطبي العيني الدقيق للصدر والبطن وملاحظة الحركات التنفسية بعضلات الصدر والبطن، كما قد يكون سبب توقف التنفس الاختناق وامتلاء الرئتين بالماء وهذا ما يحدث في حالات الغرق، مما يستوجب إسعاف الشخص بدلا من اعتبار توقف التنفس علامة من علامات الموت الجسدي.

ج-علامات توقف الجهاز العصبي المركزي ونشاط الدماغ، من العلامات التي يستدل بها على توقف وظائف الدماغ توقفا تاما، من خلال التوقف التام للنشاط الكهربائي للدماغ وظهور مخطط رسم المخ الكهربائي مسطحا، وفقدان الحس والإدراك والحركة، ودخول المريض في غيبوبة عميقة لا يستجيب فيها لأي مؤثر خارجي، وغياب كامل لجميع منعكسات جذع الدماغ كمنعكس القرنية والمنعكس البصري والسمعي وغيرها<sup>(1)</sup>.

## ثانيا-الاختبارات التأكيدية:

وتتمثل هذه الاختبارات فيما يلي:

---

1-د/محمد عبد الوهاب الخولي، مرجع سابق، ص 223، وكذا د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 64، وكذا د/ ابراهيم صادق الجندي، مرجع سابق، ص 31، وكذا د/ طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص 63.

أ- يجب فحص الجسم بالاستماع إلى ضربات القلب والأقسام المحيطة به وفحص النبض الشرياني الصدعي.

ب- التأكد من الانعدام التام للأفعال التنفسية.

ج- التأكد من عدم وجود نشاطات عصبية (انعكاسات حدقية)

د- فحص جهاز الدوران (القلب) عن طريق جهاز رسم القلب الكهربائي

هـ- فحص الجهاز العصبي عن طريق عمل أشعة فوق الصوتية على المخ.

ز - الانتظار فترة زمنية تتراوح بين 10-30 دقيقة على توقف الأجهزة الرئيسية الثلاثة في الجسم عن العمل للتأكد من عدم قابليتها للعمل ولو بطريق الإنعاش بظهور علامات الرمية على الجثة<sup>(1)</sup>.

ويعتمد هذا المعيار في تشخيص الموت بالخصوص على الفحص السريري للتأكد من توقف القلب عن الخفقان والانعدام التام للجهاز التنفسي، إضافة إلى الفحوص التكميلية ومنها استخدام الوسائل العلمية الحديثة للتأكد من موت خلايا المخ (الجهاز العصبي المركزي)، باستخدام جهاز رسم المخ الكهربائي والذي يمكن من خلاله تسجيل أي ارسال أو استقبال أي دذببات كهربائية<sup>(2)</sup>.

وهذا يعني توقف العمليات الحيوية لدى جسم الإنسان والمركزة في جهاز الدورة الدموية والجهاز التنفسي والجهاز العصبي، فالوفاة طبقاً لهذا المعيار حدث فجائي يؤثر على جميع أجزاء الجسم في آن واحد<sup>(3)</sup>.

---

(1) - د/ أحمد محمود طه ، مرجع سابق، ص 51 وكذا د/ ندى محمد نعيم الدقر، مرجع سابق، ص 350، وكذا د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 65.

(2) - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزور الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012، ص 394.

(3) - ليلي بعتاش، الإشكالات القانونية التي تنثيرها عمليات نقل وزراعة الأعضاء من الأموات إلى الأحياء، مجلة الشريعة والاقتصاد، ع 2، المجلد الأول، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2012، ص 210 .

### الفرع الثالث: تقدير معيار الموت الجسدي

بمجرد توقف الأجهزة الحيوية في الجسم عن أداء وظائفها بشكل نهائي تتحقق لحظة الوفاة، ولكن مع ظهور أجهزة الإنعاش الصناعي فقد أصبح بالإمكان إعادة القلب والرتتين إلى العمل والحيلولة دون تلف خلايا المخ، لذلك يجب أن توجه عناية خاصة ورعاية طبية مكثفة إلى مثل هذه الحالات قبل إقرار الموت الجسدي، فلا بد من استخدام وسائل الإنعاش الصناعي في الحالات المشكوك فيها بأقصى سرعة ممكنة لكي نمنع الضرر الذي قد يصيب خلايا الدماغ، ويجب الاستمرار في عملية الإنعاش لفترة طويلة وألا نتخلى عنها إلا بعد ثبوت موت خلايا الدماغ وظهور علامات الموت.

إلا أن هذا لا يعني عدم تعرض هذا المعيار للانتقاد، بل تعرض للانتقادات لكنها أقل أهمية من الناحية الموضوعية مما وجه إلى المعايير السابقة، ومن أبرز هذه الانتقادات نذكر الآتي:

أولاً - يرى بعض الأطباء أن الموت الحقيقي لا يتحقق إلا بموت الخلايا في الجسم (معيار الموت الخلوي)<sup>(1)</sup>، وهو ما لا يحدث في الموت الجسدي، فكل ما يحدث فيه هو توقف الأجهزة الرئيسية في الجسم دون موت الخلايا والأنسجة في كافة الجسم، لذا فهم يقترحون معياراً جديداً هو معيار الموت الخلوي.

ولا يمكن الاعتماد على الموت الخلوي كمعيار لتحديد لحظة الموت، لعدم تطابق مصطلح المعيار على الموت الخلوي بالمعنى الدقيق، إنما يمثل مرحلة متأخرة للموت، ولا يكفي مجرد إقرار بعض الفقهاء القدامى وجوب ترك الشخص الميت حتى يتغير أو يخشى عليه من التغير، إنما يكون ذلك في الحالات المشكوك فيها في فترة لم تكن علومهم تسعفهم بقطع الشك باليقين إلا بهذه الوسيلة، وهذا كله ما يتعارض مع مفهوم المعيار، فالمعيار قاعدة عامة تنطبق في كل الحالات والأوقات وليس في وقت الضرورة فقط.

(1) - د/ رياض الخاني، شرعية تشريح جثة الإنسان للتعليم الطبي، دراسة مقارنة، ج1، كلية القانون، جامعة قار، تونس، 1986، ص 98، د/ أحمد محمود طه، مرجع سابق، ص 57، وكذا د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 63.

ثانياً- قد يتم الخطأ في إثبات الموت الجسدي في بعض حالات المرضى المتوقع وفاتهم مثل مرضى الفشل الكلوي أو مرضى غيبوبة السكر والحكم عليهم بالوفاة بصورة مبكرة، وكذلك الحال بالنسبة للأشخاص الذين يبدوون بصحة جيدة ثم يحصل هبوط حاد نتيجة فشل القلب (الوفاة الفجائية)، وكذلك حالات نقص الأوكسجين عند حديثي الولادة. وهذا الانتقاد مردود لأن إعلان الوفاة وفقاً لهذا المعيار لا يتم إلا بعد اتخاذ الإسعافات الأولية اللازمة مع استخدام أجهزة الإنعاش المناسبة وتكرار الفحوصات بفترات زمنية منتظمة حتى يتم التأكد من توقف الأجهزة الحيوية بشكل مستديم، مما يقطع الشك بإمكانية عودة الحياة في جسم المتوفى جسدياً.

ثالثاً- إن من شأن الأخذ بهذا المعيار إغلاق الباب أمام الانتقاع بأعضاء الأموات، على أساس أن الانتظار لحين توقف الحياة وعدم الاكتفاء بموت جذع الدماغ كما يتجه أنصار معيار الموت الدماغى يفوت فرصة الانتقاع بالأعضاء حال كونها صالحة للنقل والاستفادة منها من قبل المرضى الذين هم بأمرس الحاجة إليها<sup>(1)</sup>.

ويجاب على ذلك بأن الأخذ بمعيار الموت الجسدي لا يفوت فرصة الانتقاع بأعضاء الموتى بصورة مطلقة، ذلك بأن بعض أعضاء جسم الإنسان تبقى خلاياها حية لفترة معينة بعد إثبات الموت الجسدي مما يتيح استئصالها وغرسها في أجساد مرضى آخرين<sup>(2)</sup>.

بالإضافة إلى الخشية من أن يتحول هذا القول ذريعة يتخذها الأطباء للتعجيل بإعلان وفاة الشخص بغية الحصول على أعضاء تزداد فرص نجاح عمليات نقلها وزرعها، مع الأخذ بعين الاعتبار تساوي الأنفس جميعاً، ومن ثم فلا يجوز التعجيل بالحكم بوفاة شخص من أجل إنقاذ شخص آخر.

وبناء على ما تقدم من الانتقادات نرى بأن معيار الموت الجسدي أقرب المعايير للحقيقة وأكثرها انسجاماً مع مفهوم الوفاة ونهاية الحياة الإنسانية. وبما أن حياة الإنسان تتمثل في مجموعة من الأفعال الحيوية تعمل بمجموعها على حفظ كيان الجسم ودوام حيويته وضمان استمرارية وظائفه الطبيعية، واستمرار هذه الأفعال يعتمد بصورة مباشرة على سلامة أجهزة الحيوية في الجسم وهي جهاز

(1) - د/ محمود أحمد طه، مرجع سابق، ص 56، وكذا د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 66 و 67، وكذا د/ إبراهيم صادق الجندي، مرجع سابق، ص 3.

(2) - محمد عبد الجواد الننتشة، مرجع سابق، ص 113، وكذا د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 68.

الدورة الدموية والجهاز التنفسي والجهاز العصبي المركزي، ومع توقف هذه الأجهزة عن أداء وظائفها بشكل نهائي يفقد الجسم قدرته على مواصلة القيام بالوظائف الطبيعية بمختلف صورها من حس وإدراك وحركة إرادية كحركة عضلات الجسم المختلفة، أو لا إرادية كحركة القلب والمعدة وغيرها من الأعضاء وبهذا يكون قد فارق الحياة<sup>(1)</sup>.

## المبحث الثاني

### تحديد لحظة الوفاة من الناحية الشرعية

إن تحديد لحظة الوفاة من الناحية الشرعية لا تقل صعوبة عن تحديدها من الناحية الطبية، وذلك لعدم وجود نص في القرآن الكريم أو السنة النبوية يمكن اتخاذه أساساً لبحث هذه المسألة بخلاف تحديد لحظة بداية الحياة الإنسانية<sup>(2)</sup>.

فإذا كانت النصوص القرآنية أفادت أن الموت يحدث بخروج الروح من الجسد، إلا أننا لم نجد فيها تفاصيل تتعلق بكيفية حدوث الموت ومراحله، وهو الأمر الذي يرجع فيه حسب قواعد الشرع إلى أهل الذكر وأهل الاختصاص وهم الأطباء<sup>3</sup> لقوله تعالى: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾<sup>(4)</sup>، دون إغفال لدور علماء الشريعة على اعتبار أن مدى مشروعية المعيار من الناحية

(1)- د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 68.

(2)- لقد استعرض سبحانه وتعالى مراحل خلق الإنسان وبداية حياته في القرآن الكريم والسنة النبوية في شريط متكامل يبدأ من مرحلة الطين وينتهي بالموت في أكثر من موضع وأكثر من سورة منها ما بيّنته سورة المؤمنون حيث قال تعالى ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سَلَالَةٍ مِنْ طِينٍ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نَظْفَةً فِي قرارٍ مَكِينٍ ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مَضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمَضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾. كما جاء في السنة الشريفة ما يبين بداية خلق الإنسان، في الحديث الصحيح ما رواه ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: ﴿إِنْ أَحْدَكُمْ يَجْمَعُ فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَرْبَعِينَ يَوْماً نَظْفَةً، ثُمَّ يَكُونُ عَلَقَةً مِثْلَ ذَلِكَ ثُمَّ يَكُونُ مَضْغَةً مِثْلَ ذَلِكَ، ثُمَّ يُرْسَلُ إِلَيْهِ مَلَكٌ فَيَنْفُخُ فِيهِ الرُّوحَ...﴾ متفق عليه. ومن المعلوم أن الحياة تدب في جسم الإنسان بعد مائة وعشرين يوماً، فالروح هي التي تعطي الحياة للجسد. ولمزيد من التفاصيل انظر أبو عبد الله محمد سلامة الغنيمي، أطوار خلق الإنسان في القرآن بين الإعجاز التربوي والإعجاز العلمي، الإعجاز العلمي في القرآن والسنة، عمان، 2014، ص 11، وكذا د/ محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ط 4، دار السعودية للنشر والتوزيع، جدة، 1983، ص 16 و 18، وكذا د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 69.

(2)- د/ أسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص 98 و 99.

(4)- سورة النحل، الآية 43.

الشرعية هو الذي يحدّد مستوى تقبل الرأي العام له، ولتحديد لحظة الوفاة من الناحية الشرعية، لابد لنا أن نعرض ابتداء لموقف فقهاء الشريعة القدامى من تحديد لحظة الوفاة وهو ما سنتناوله في المطلب الأول، ونخصص المطلب الثاني لبيان موقف الفقه المعاصر من هذه المسألة<sup>(1)</sup>.

## المطلب الأول

### معيّار الوفاة عند فقهاء الشريعة الإسلامية

على الرغم من كثرة الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة حول كلمة الموت أو خروج الروح، إلا أنها لا تفسر المقصود منها ولا تحدد اللحظة التي تعد الوفاة قد تحققت بحلولها<sup>(2)</sup> ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي﴾<sup>(3)</sup> وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾<sup>(4)</sup>.

لذلك، ومع غياب نص قرآني أو حديث شريف، عرّف الفقهاء الأوائل الموت تعريفات عدّة، ولو أن هذه التعريفات في حقيقتها لم تركز على الناحية الطبية، لأن هذا ليس من اختصاصهم، وإن كانوا قد حاولوا تعريفه من الناحية التصويرية، ومن ناحية علاماته وآثاره.

فقد عرّف الموت على أنه صفة وجودية خلقت ضد الحياة، أو أنه زوال الحياة، وقيل إنّه يؤدي إلى نهاية الحياة الطبيعية<sup>(5)</sup>، كما قيل إنّه يحدث بخروج الروح، ويرفض بعضهم الخوض في هذا الأمر، لأن الروح من علم الله تعالى وجاء في المجموع شرح المذهب للنووي، على أن هناك علامات واضحة للموت، كاسترخاء قدميه، وانخساف صدغيه، واعوجاج أنفه، وامتداد جلدة وجهه، ثم

1- د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 69.

(2) -فايز الظفيري، مرجع سابق، ص143.

(3)- سورة الإسراء، الآية 85.

(4)- سورة الإسراء، الآية 33.

(5)-محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مرجع سابق، ص642.

قال "إن الروح إذا فارقت البدن لم يكن بعد حياة"، وزاد جماعة منهم، "تتقلص خصيتاه مع تدني الجلدة"، فإذا ظهر هذا علم موته فيبادر حينئذ إلى تجهيزه<sup>(1)</sup>.

وجاء في حاشية رد المختار لابن عابدين أن "الموت: صفة وجودية خلقت ضد الحياة، وعلامته استرخاء قدميه، واعوجاج منخره، وانخساف صدغيه"<sup>(2)</sup>.

وفي شرح الخرشي على مختصر خليل الموت هو "كيفية وجودية خلقت تضاد الحياة... وعلامات الموت أربع: "انقطاع نفسه، واحتداد بصره، وانفراج شفثيه فلا ينطبقان وسقوط قدميه فلا ينتصبان"<sup>(3)</sup>.

ويرى محمد يوسف بن أطفيش في كتاب شرح النيل وشفاء العليل، الموت هو خروج روح الانسان بسكون" عرق "متحرك بين كعبيه وعرقوبه، وببرودة جسمه، وتغير لونه، وانقطاع نفسه<sup>(4)</sup>، ويرى أحمد بن يحيى بن المرتضى في كتاب البحر الزخار، ولا يدفن حتى تظهر فيه العلامات وهي: استرخاء القدمين، وميل الأنف، وانخلاع الكف، وانخساف الصدغ، وامتداد جلدة الوجه، ويتأني في الغريق ونحوه، وبعد التيقن يعجل تجهيز الميت ودفنه<sup>(5)</sup>. ويمكن إجمال علامات الموت التي أوردها الفقهاء في النقاط الآتية<sup>(6)</sup>:

1- استرخاء الأطراف كاليدين والقدمين فلا تنتصبان، اعوجاج الأنف، وميلانه وهذا عند الحنفية والشاعفية والحنابلة.

(1)- يحيى ابن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، ج 5، طبعة إدارة الطباعة المنيرية، القاهرة، د.س.ن، ص 253.

(2) - محمد ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، ج 2، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، 2003، ص 201.

(3)- أبو عبد الله محمد، شرح الخرشي على مختصر خليل، ط 2، ج 2، دار الفكر للطباعة، بيروت، 2010، ص 113 وما بعدها.

(4)- محمد يوسف بن أطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، ج 2، دار الفتح، بيروت، 1973، ص 556 و 557.

(5)- أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار الجامع لعلماء الامصار، دار الكتاب الاسلامي، ج 3، القاهرة، 1967، ص 88 و 89.

(6)- د/ محمد أحمد حلمي، الموت الشرعي والطبي والأحكام الفقهية المترتبة عليهما، المجلد 1، ع 31، حواية كلية الدراسات الاسلامية والعربية، الاسكندرية، د.س.ن ص 578، وكذا د/ ندى قياسية، الموت الدماغى بين الطب والدين، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 26، العدد 1، دمشق، 2010، ص 484.

2- انخساف صدغي الميت وهذا عند الحنفية والشافعية.

3- تقلص الخصيتين الى فوق مع امتداد الجلدة وهذا عند الحنفية والحنابلة.

4- انقطاع نفسه وبرودة جسمه، انفراج شفثيه، وشخص بصره وتغير لونه وهذا عند المالكية.

وإذا كانت هذه العلامات تمثل القاعدة العامة عند أولئك الفقهاء، فإن هناك استثناء يرد عليها أشار إليها بعض الفقهاء في بعض الحالات التي يشك فيها بحصول الوفاة<sup>(1)</sup>، كمن مات فجأة من غير علّة، واحتمل أن يكون به سكتة، فإنه ينتظر حتى تظهر فيه العلامة اليقينية، وهي تغير الرائحة، فقد جاء في حاشية ابن عابدين "والصارف عن وجوب التعجيل الاحتياط للروح الشريفة، فإنه يحتمل الاغماء، وقد قال الأطباء: أن كثيرين ممن يموتون بالسكتة ظاهراً يدفنون أحياء، لأنه يعسر إدراك الموت الحقيقي بها الا على أفاضل الأطباء، فيتعين التأخير فيها الى ظهور اليقين بنحو التغير".

وجاء في بداية المجتهد "ويستحب تعجيل دفنه لورود الآثار بذلك، الا الغريق، فإنه يستحب في المذهب تأخير دفنه مخافة أن يكون الماء قد غمره، فلم تتبين حياته، ...، حتى لقد قال الأطباء: أن المسكوتين لا ينبغي أن يدفنوا إلا بعد ثلاث".

وجاء في شرح منتهى الارادات: "وينتظر بمن مات فجأة، أو شك في موته، لاحتمال أن يكون عرض له سكتة، حتى يعلم موته يقيناً".

وبهذا يتبين أن للموت علامات، منها ما هو ظني، ومنها ما هو قطعي، ويكتفي بالعلامات الظنية للحكم بموت الانسان في الأحوال العادية، أما عند الشك، فلا بد من الانتظار حتى يتيقن موته بظهور الرائحة، مخافة ألا يكون قد مات<sup>(2)</sup>.

(1) - فقد أورد صاحب كتاب المغني أنه "من مات فجأة كالمصعوق أو خائفاً من حرب أو سبع أو تردى من جبل انتظر به هذه العلامات حتى يتيقن موته". وما قال الشافعي في الأم "وإذا كان الميت مصعوقاً، أو ميتاً غماً، أو محمولاً عليه عذاب، ... استؤني بدفنه، وتعاهد حتى يستقين موته... ولو يوماً، أو يومين، أو ثلاثة، ما لم يبين به الموت". وللمزيد من التفصيل أنظر محمد ادريس الشافعي، الأم، ط2، ج2، دار المعرفة، بيروت، 1990، ص460. وكذا د/ عبد الله بن قدامة المقدسي، المغني، ط3، دار عالم الكتب، الرياض، 2010، ص367.

(2) - د/ سعد بن عبد العزيز الشويرخ، مرجع سابق، ص ص 264 و 265.

من خلال ما سبق نستنتج بأنه لا يفيدنا التعويل على تلك التعريفات، لأنها لا تضع معياراً علمياً محدداً لتعريف الموت، كما أن جانباً من الأفكار التي استند إليها بعض الفقهاء قد تخطاها العلم الحديث. والأخذ ببعض هذه العلامات قد لا يعكس حالة موت حقيقي كاسترخاء القدمين واحداد البصر وغيرها، بالإضافة إلى أن بعض هذه العلامات هي علامات لاحقة على حصول الوفاة كبرودة جسم الميت وتغير لون جلده.

وفي هذا الإطار لا يمكن القول باعتماد الفقهاء القدامى لمعيار محدد في هذه الشأن دون غيره، وإنما كان الأساس لديهم في تشخيص الوفاة والتيقن من حصولها بمختلف العلامات<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني

### معيار الوفاة عند علماء الشريعة المعاصرين

نظراً لأهمية تحديد المعيار الواجب الالتزام به في هذا الخصوص، فقد بدأت الكثير من الدول الإسلامية تفكر جدياً في إيجاد معيار علمي موحد لتحديد لحظة الوفاة، وطرح هذا الموضوع على المؤتمرات والندوات العلمية، وعلى المجامع الفقهية، وقد تعددت الآراء بهذا الصدد.

ولكن قبل اللوج إلى هذا المعتبرك الفقهي المحتدم بين العلماء وبيان الحجج والأسانيد التي اعتمدها أصحاب كل رأي، نجد من الضروري أولاً تحديد نقاط الإجماع والاختلاف بينهم فأقول:

أولاً- اتفق الفقهاء في حالة موت جذع الدماغ وتوقف القلب ونبضه وتوقف التنفس التلقائي يعتبر الإنسان ميتاً بإجماع الفقهاء.

ثانياً- توجد بعض الحالات تموت فيها بعض أجزاء المخ دون موت جذع الدماغ، كما في حالات الغيبوبة الناشئة عن إصابة الدماغ أو الأدوية المنبهة والعقاقير السامة، وموت القشرة المخية (الحالة النباتية) وهذه الحالات كلها وما شابهها لا يجوز الحكم بوفاة الإنسان، لأنه لازال على قيد الحياة بإجماع الفقه<sup>(2)</sup>.

(1)- د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 72، د/ عبان أبو عجيلة عصار، مرجع سابق، ص 178.

(2)- د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 72، وكذا د/ ابراهيم صادق الجندي، مرجع سابق، ص 27، وكذا د/ شعبان أبو عجيلة عصار، مرجع سابق، ص 179.

الا أنه قد اختلف حول حالة موت جذع الدماغ أو الدماغ بأجمعه وفقاً للأصول الطبية المعتمدة على استمرار نبض القلب وعملية التنفس ولو عن طريق الأجهزة، فمن الفقهاء من يصف هذه الحالة بأنها "حالة وفاة"، وهم أنصار معيار الموت الدماغى، ومنهم من يذهب إلى خلاف ذلك رافضاً عدّ هذه الحالة وفاة حقيقية، ويصمم على التآني والانتظار لحين توقف الأجهزة الحيوية في الجسم يضمنها جهاز الدوران والجهاز التنفسي، لذا فان الفقه انقسم إزاء هذه المسألة في اتجاهين، وسنبين كل من هذين الاتجاهين حججهم من خلال الفرعين الآتيين<sup>1</sup>:

### الفرع الأول: الاتجاه الفقهي المؤيد لمعيار موت الدماغ

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الشخص الميت الدماغياً إنساناً ميتاً، وتحدد لحظة الوفاة بموت جذع الدماغ وذلك بحسب المعايير الطبية، وهذا الرأي يمثله المجمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي، وتبناه جمع من العلماء المعاصرين وهم: الأستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين<sup>(2)</sup> والدكتور محمد سليمان الأشقر<sup>(3)</sup>، والأستاذ الدكتور أحمد شرف الدين<sup>(4)</sup> ويستند هؤلاء في رأيهم إلى عدة حجج وأسانيد أهمها:

أولاً- وهو أن حياة الإنسان تنتهي عندما يصبح الجسد الإنساني عاجزاً عن خدمة الروح والإنفعال لها، فالحياة تنتهي بعكس ما بدأت به، فحيث بدأت بتعلق هذا المخلوق (الروح) فأنها تنتهي بمفارقة هذا المخلوق للجسد<sup>(5)</sup>.

(1)- د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 73.

(2) - د/ محمد نعيم ياسين، بداية الحياة ونهايتها، بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، ع 4، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، السنة 8، ديسمبر 1985، ص 184 وما بعدها.

(3) - د/ محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، ط 1، دار النفائس، الأردن، 2006، ص 89.

(4)- د/ أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 160 و170.

(5)- الإمام أبو حامد الغزالي، مرجع سابق، ص 494.

فضلاً عن ذلك أن روح المخلوق يمكن للإنسان البحث فيه من حيث خصائصه وأنشطته وآثاره في البدن وتأثره ووقت تعلقه به ووقت مفارقاته له<sup>(1)</sup>.

وعليه يمكننا القول بأن فقدان الإحساس والحركة الاختيارية تورث غلبة ظن بوصول الإنسان إلى الموت، ذلك لأن ملازمة الروح للجسد الإنساني مرهونة بصلاحية هذا الجسد لقبول آثار الروح من حس وحركة إرادية، فإذا أستطاع أهل الطب أن يحددوا بيقين الوقت الذي يصبح فيه الجسد عاجزاً بصورة نهائية عن الإحساس وعن القيام بأية حركة إرادية، كان ذلك وقت مفارقة الروح للبدن ووقوع الموت فإذا صح ما قرره بأن العجز النهائي ثمرة لموت الدماغ وأستطاعوا عندئذ القول بحدوث الوفاة عند موت الدماغ<sup>(2)</sup>.

**ثانياً -** لا يوجد نص شرعي القرآن من السنة يعرف الموت وعلاماته تعريفاً محدداً، وهذا معناه أن الشارع بحكمته قد تركها للاجتهاد البشري والخبرة البشرية القابلة للتطور مع تطور المعرفة البشرية، ولأهل الاختصاص من الأطباء في هذا الشأن، وبما أن هؤلاء قد قرروا اعتبار موت الدماغ موتاً حقيقياً لذا وجب الاعتداد بذلك.

والقول بعدم ورود نص شرعي من القرآن الكريم أو السنة النبوية، مما يستوجب ترك المسألة لأهل الاختصاص من الأطباء هو قول سليم ابتداء، لكن ينبغي ألا يؤخذ به على الإطلاق ونفي أي دور للفقه، لأنه لا بد للفقه من أن يقول كلمته في المسائل التي يلتبس فيها الأمر على الأطباء من الناحية الشرعية، لاسيما وأن مسألة موت الدماغ غير مجمع عليها طبياً، قبل أن تكون محل اختلاف من الناحية الشرعية<sup>(3)</sup>.

**ثالثاً -** يعتبر العقل هو محل التكليف، والمخ مورد العقل، ويقول أحمد شوقي إبراهيم "... الوعي والادراك والفكر والعقل، وأن القلب إذا توقف عن النبض، فلا يعني هذا انتهاء العقل والادراك أو إنهاء

(1) - د/محمد نعيم ياسين، حكم التبرع بالأعضاء في ضوء الأحكام الشرعية، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد 3، الكويت، 1988، ص54، وكذا د/ نهلة عاشور منسي، أحكام الموت الدماغية، مجلة العلوم الإسلامية، العدد 8، العراق، 2014، ص 161.

(2) د/محمد صلاح الدين إبراهيم، حكم نقل وزرع أعضاء الإنسان بين الإباحة والتحريم، دراسة مقارنة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص276، وكذا د/ سعد الشويرخ، مرجع سابق، ص 289.

(3) - د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص73، وكذا د/ محمد علي محمد عطا الله، مرجع سابق، ص868.

الحياة ... إلى أن يقول: وأما نهاية الحياة الإنسانية فهو بموت المخ نفسه موتاً نهائياً ، لأن المخ هو آلة الوعي والعقل والفهم والادراك"، فإذا تعطل المخ أو ماتت خلاياه سقط عن الإنسان التكليف وأصبح كالحيوان سواء بسواء، وبذلك تسقط عنه الصفة البشرية<sup>(1)</sup>.

وفي الحقيقة لا يمكن الأخذ بهذا القول وإن كان صحيحاً أن العقل محل التكليف، وذهاب العقل يؤدي إلى سقوط التكليف عن الإنسان، إلا أن سقوط التكليف عن الإنسان بموت دماغه لا يستتبع سقوط الصفة الآدمية عنه وزوال حرمة، فمؤدى هذا القول إباحة دماء المجانين وصغار السن من غير المميزين وهذا ما يأباه العقل طبعاً<sup>(2)</sup>.

**رابعاً -** أن الفقهاء حكموا بموت الشخص بالجنائية عليه إذا نفذت إلى مقاتله، ولم يوجبوا القصاص على من جنى عليه في تلك الحالة مع وجود الحركة الاضطرارية، وإنما أوجبوه على الجاني الأول، ومما يثبت ذلك ما قاله الإمام بدر الدين الزركشي، يقول: " الحياة المستقرة هي أن تكون الروح في الجسد، ومعها الحركة الاختيارية، دون الاضطرارية كالشاة إذا أخرج الذئب حشوتها وأبانها، حركتها حركة اضطرارية، فلا تحل إذا ذبحت، كما لو كان إنساناً لا يجب القصاص في قتله في هذه الحالة، لهذا لو طعن إنسان، وقطع بموته بعد ساعة أو يوم، وقتله إنسان في هذه الحالة وجب القصاص"<sup>3</sup>.

وقولهم أن من جنى على رجل أو أوصله إلى حركة المذبوح بأن لم يبق فيه إبطار ونطق وحركة اختيارية إلى غير رجعة ثم جنى عليه آخر، فالأول قاتل لأنه أفضى به إلى حالة الموت، ومن ثم

(1) د/ أحمد شوقي إبراهيم، نهاية الحياة البشرية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع3، ج2، جدة، 1987، ص99، وكذا محمد عبد الجواد الننتشة، مرجع سابق، ص29.

(2) -سمر الأشقر، مركز القانوني للميت دماغياً، بحث مقدم إلى نقابة المحامين الأردنيين لنيل إجازة المحاماة، الأردن، 2004، ص54، وكذا د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص75.

3- أبي عبد الله بدر الدين الشافعي الزركشي، المنثور في القواعد فقه الشافعي، ط1، ج2، دار الكتب العلمية، الكويت، 2000، ص106، وكذا د/ سعد الشويرخ، مرجع سابق، ص291.

أعطى حكم الميت، ويعزّر الثاني لهتكه حرمة الميتما أخذت به كتب الجمهور من الحنفية (1) والشافعية (2) والحنابلة (3).

فقد فرق الفقهاء بين من وصل إلى حركة المذبوح بسبب مرض ومن وصلها بسبب الجناية عليها، فأوجبوا القصاص على الأول دون الثاني.

ويجاب عنه: أن الفرق بين من وصل إلى حركة المذبوح بسبب الجناية عليه، وبين من وصلها بسبب موت دماغه فرق غير مؤثر، فكلاهما صار في حكم الميت، وإنما اختلفا في السبب الذي أوصلهما إلى ذلك، والنتيجة واحدة، فبأي وجه وصل إلى حركة المذبوح فهو في حكم الميت، سواء وصلها بالجناية عليه أو بموت دماغه، والمعنى الموجود في المذبوح، وهو كونه لا يعيش متحقق في الميت دماغيا ومن ثم فلا وجه للتفريق بينهما (4).

لقد اعتبر الفقهاء فقد الحس والنطق والإبصار والحركة الاختيارية علامات تفيد بوصول المجني عليه إلى مرحلة الحياة غير المستقرة، وأن بقاء الحركة الاضطرارية لا تدل على بقاء الروح.

ومن هنا يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أنه يمكن قياس حالة من مات دماغه ولم يمت جسمه على حالة المصاب الذي وصل إلى الحياة غير المستقرة أو إلى حركة المذبوح التي تحدث عنها الفقهاء، وأعطوا صاحبها حكم الميت مما يدل على صحة معيار الموت الدماغي شرعا (5).

(1) - حيث جاء في حاشية ابن عابدين، "إن من قطع عنقه وبقي من الحلقوم قليل وفيه روح فلا قول عليه أنه في حكم الميت، ولو قتله وهو في حالة النزاع قتل به إلا إذا كان يعلم أنه لا يعيش" للمزيد من التفصيل أنظر محمد ابن عابدين، مرجع سابق، ص 110.

(2) - حيث يقول النووي، "... وإن قطع أحدهما حلقومه ومريئه أو شق بطنه أو أخرج حشوته ثم حرّ الآخر رقبته، فالقاتل هو الأول لأنه لا تبقى بعد جنايته حياة مستقرة وإنما يتحرك حركة مذبوح". للمزيد من التفصيل أنظر محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، ط1، تحقيق محمود مطرحي، دار الفكر، بيروت، 1997، ص 368.

(3) - إذ يقول ابن قدامة المقدسي في المغني، "ولو شق بطنه فأخرج حشوته فقطعها فأبأنها منه ثم ضرب عنقه آخر فالقاتل هو الأول. ولو شق بطنه ثم ضرب آخر فالثاني هو القاتل لأن الأول لا يعيش مثله، والثاني قد يعيش مثله". ينظر ابن قدامة، ج 9، مرجع سابق، ص 683.

(4) - أبي عبد الله بدر الدين الشافعي الزركشي، مرجع سابق، ص 107، وكذا د/ سعد الشويرخ، مرجع سابق، ص 292.

(5) - د/ محمد سليمان الأشقر، نهاية الحياة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع3، ج2، جدة، 1987، ص ص 670 و 671، وكذا د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 76.

وما يؤخذ أن في هذا الرأي جانب من الصواب وذلك للأسباب التالية:

أ- أن الفقهاء لم يلحقوا المريض المحتضر بالمجني عليه الذي وصل إلى حركة المذبوح، لأن علامات النزاع في وقتهم لم تكن كافية لتغليب الظن أن المريض قد انتقل إلى حالة المذبوح، ويشهد لهذا أن حالات كثيرة يوصف فيها الشخص بأنه وصل إلى حالة النزاع، ثم يعيش بعد ذلك.

ب- أن قياس الميت دماغيا على من وصل إلى حركة المذبوح قياس مع الفارق، لأن الميت دماغيا حياته مستقرة، ولم يصل إلى حركة المذبوح، فإن قلبه ودورته الدموية، وسائر أعضائه لا تزال تؤدي وظائفها، كما أنه يتحرك والتي أكد الفقهاء فيها على ضرورة الانتظار لحين التيقن من موته<sup>(1)</sup>.

ج- إن إقرار الفقهاء بحدوث الحياة غير المستقرة بفقد الإحساس والإبصار والنطق والحركة الاختيارية لم يكن مقصودا به إعطاء حكم الميت، بل كان المقصود منه محاولة لتحديد علامات الوفاة، بدليل أن الفقهاء لم يحكموا بالموت على جميع أنماط فقدان الإحساس والإبصار وغيرها، بل استثنوا جملة من الحالات كحالة الملقى من شاهق<sup>(2)</sup>، ومن حرّت بعض أوداجه لاحتمال أن يعيش هنيهة قبل الموت<sup>(3)</sup>.

ويمكن التساؤل هل من الممكن أن تكون حياة ميت الدماغ حياة مستقرة؟ فليس كل من فقد النطق والإبصار والحركة الاختيارية وصل إلى الحياة غير المستقرة التي أعطاها الفقهاء حكم الميت.

خامسا- ذهب البعض إلى أنه لا يوجد من الفقهاء من أفتى بحرمة نقل الأعضاء من رجل قطع رأسه بالسيف بعد قطعه مباشرة، وإن أفتى بعضهم بعدم الجواز فإنما كان ذلك على أساس حركة الميت لا على أساس بقاء الحياة في هذا الشخص.

(1) - د/ سعد الشويرخ، مرجع سابق، ص 293، وكذا د/ صفاء العجيلي، مرجع سابق، ص 76.

(2) - ينظر مثلا ابن قدامة في المغني حيث يقول، "إذا ألقى رجل من شاهق فتلقاه آخر بسيف فقتله فالحقاص على من قتله لأنه فوّت حياته قبل المصير إلى حال يئسوا فيها من حياته..." ابن قدامة، ج 9، مرجع سابق، ص 683.

(3) - إذ أشار الإمام الشافعي إلى حالة من حرّ من الحلقوم دون المريء أو المريء دون الحلقوم، وحصل تأكيد أهل الاختصاص من الأطباء أنه قد يعيش يوما أو نصف يوم، فهذه حياة مستقرة، بعكس ما لو قرر الأطباء أنه في هذه الحال سيموت في ساعة أو أقل وأن ما فيه بقايا روح، فهنا تكون الحياة غير مستقرة. د/ الإمام محمد بن إدريس الشافعي، مرجع سابق، ص 460.

وعليه لا فرق بين من مات بالسيف ومن مات بموت جذع الدماغ ما دام الأطباء قد قرروا بموت خلاياه وإن كان عدم وضوح الموت في الحالة الثانية واضحاً إلا لأهل الاختصاص<sup>(1)</sup>.

والذي يمكن التسليم به بأن موت جزء من الدماغ أو الدماغ بأكمله لم يرق بعد إلى مرتبة الموت الحقيقة العلمية الثابتة، وبالتالي، لا يمكن الاعتداد بهذا الموت، ولا أدل على ذلك من اختلاف الأطباء أنفسهم بشأن هذه المسألة.

ولقد أيد جانب كبير من الفقه المعاصر كالـدكتور يوسف القرضاوي<sup>2</sup> و الدكتور محمد علي البار<sup>3</sup> معيار موت الدماغ وأفتوا بأن ميت الدماغ ميت شرعاً، فضلاً عن العديد من المؤتمرات والندوات العلمية التي ساهمت في هذا الاتجاه<sup>(4)</sup>.

### الفرع الثاني: الاتجاه الفقهي الراض لمعيار موت الدماغ

يؤكد بعضهم ضرورة الالتزام بالمعيار التقليدي لتحديد الوفاة، وهو المعيار الذي اعتنقه الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة، ويرى هذا الاتجاه أن الموت الذي تبني عليه الأحكام الشرعية من إرث، وقصاص، ودية وغيرها، لا تتحقق إلا بمفارقة الروح للجسد، ولا يعد الإنسان ميتاً إلا إذا زالت عنه علامات الحياة كافة، وبخاصة ظواهرها العضوية، وبدت على الميت علامات جسدية قاطعة في حدوث الموت، وفي مقدمتها توقف عضلة القلب والرئتين.

وأما موت الجهاز العصبي فليس دليلاً قاطعاً على حدوث الوفاة، واستمرار التنفس وعمل القلب إلا دليل على استمرار الحياة في الجسد واستقرارها، وإن دلت أجهزة الإنعاش الصناعي على توقف الجهاز العصبي وكامل الدماغ لخواصه الوظيفية<sup>(5)</sup>.

(1) - د/ محمد نعيم ياسين، نهاية الحياة الإنسانية في ضوء علماء المسلمين والمعطيات الطبية، ع 3، ج 2، مجلة الفقه الإسلامي، جدة، 1987، ص 658، وكذا د/صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 76 و 77.

(2) - د/ يوسف القرضاوي، فتاوى معاصرة ط 1، دار الوفاء للطباعة والنشر، القاهرة، ص 529.

(3) - د/ محمد علي البار، أجهزة الإنعاش، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع 3، ج 2، جدة، 1987، ص 444 و 445.

(4) - للمزيد من التفصيل أنظر د/صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 78، وكذا د/ صفاء السيد لولو الفار، مرجع سابق، ص 260.

(5) - د/ شعبان أبو عجيبة عصارة، مرجع سابق، ص 180.

فلم يعتبر أصحاب هذا الاتجاه الفقهي موت الدماغ نهاية للحياة الإنسانية، بل لابد من أمارات للموت يحصل به اليقين بالموت، وهذا الرأي يمثل المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي، وعليه فتوى وزارة الأوقاف الكويتية<sup>(1)</sup>، وقد قال بهذا الرأي مجموعة من الفقهاء<sup>(2)</sup>، وقد استندوا في ذلك بالاستدلال بالقرآن الكريم و ببعض الأحكام والقواعد الفقهية، وذلك على النحو التالي:

#### أولاً-الاستدلال من القرآن الكريم:

وذلك بقوله تعالى: ﴿أَمْ حَسِبْتَ أَنَّ أَصْحَابَ الْكَهْفِ وَالرَّقِيمِ كَانُوا مِنْ آيَاتِنَا عَجَبًا (9) إِذْ أَوَى الْفِتْيَةُ إِلَى الْكَهْفِ فَقَالُوا رَبَّنَا آتِنَا مِنْ لَدُنْكَ رَحْمَةً وَهَيِّئْ لَنَا مِنْ أَمْرِنَا رَشَدًا (10) فَضَرْبْنَا عَلَى آذَانِهِمْ فِي الْكَهْفِ سِنِينَ عَدَدًا (11) ثُمَّ بَعَثْنَاهُمْ لِنَعْلَمَ أَيُّ الْحِزْبَيْنِ أَحْصَى لِمَا لَبِثُوا أَمَدًا﴾<sup>(3)</sup>.

ووجه الدلالة من الآية هو قوله تعالى: "ثم بعثناهم" أي أيقظناهم بعد موتهم بمعنى أن مجرد فقد الإحساس والشعور لا يعتبر وحده دليلاً كافياً للحكم على موت الإنسان، فأصحاب الكهف فقدوا الإحساس والشعور لأكثر من ثلاثمائة عام ولم يعتبروا أمواتاً مع طول الفترة الزمنية التي مرت على ذلك، فمن باب أولى ألا يعتبر فقد المريض للإحساس والشعور بضعة أيام بسبب موت الدماغ وتلفه كافياً للحكم بموته<sup>(4)</sup>.

#### ثانياً-الاستدلال بالقواعد الفقهية:

لقد أستدل أصحاب المعيار الحديث في تأييدهم له ببعض المبادئ الفقهية والمتمثلة بمبدأين:

(1)- وردت هذه الفتوى من اللجنة في جلستها المنعقدة في 18 صفر 1402 هـ الموافق ل 14/12/1981 وكذلك وردت في بحث د/ محمد سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص ص 665 و 666.

(2) -وممن قال بذلك: فضيلة الشيخ بكر أبو زيد، مرجع سابق، ص 234، وكذا د/محمد سعيد رمضان البوطي، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً، قضايا فقهية معاصرة، ط 2، مكتبة الفارابي، دمشق، 1994، ص 127. وكذا الشيخ بدر المتولي عبد الباسط في بحثه، نهاية الحياة الإنسانية في نظر الاسلام، مقال منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع 3، ج 2، جدة، 1987، ص 682.

(3)- سورة الكهف، الآية من 9 إلى 12.

(4)- د/ توفيق الواعي، حقيقة الموت والحياة في القرآن والأحكام الشرعية، مقال منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع 3، ج 2، جدة، 1987، ص 473، وكذا د/ حمد محمد الهاجري، مرجع سابق، ص ص 317 و 318.

أ-قاعدة اليقين لا يزال بالشك<sup>(1)</sup>: وجه الاستدلال: أن اليقين في هذه الحالة المختلف فيها هو حياة المريض، لأن قلبه ينبض، أم الشك في موته، لأن دماغه ميت؟ فوجب علينا اليقين الموجب للحكم بحياته، حتى نجد يقينا مثله يوجب علينا الحكم بموته، فأحكام الشرع لا تبنى على الشك<sup>(2)</sup>.

ب-الأصل بقاء ما كان على ما كان<sup>(3)</sup>:

تدل هذه القاعدة على أن الأصل بقاء الحياة، ويجب أن نبقى على هذا الأصل ولا نحكم بضده، واستصحاب الأصل باستمرار الحياة هو أقوى دليل على الحكم بحياته، أي الأصل بقاء الروح وعدم خروجها فنحن نبقى على هذا الأصل ونعتبره<sup>(4)</sup>، وفي المسألة محل البحث فإن الأصل فيها بقاء الروح، وموت الدماغ لا يعتبر دليلاً يقينياً على ذهاب الروح وحصول الوفاة لذا فإن المصاب بموت الدماغ يبقى حياً حتى يحصل اليقين بموته<sup>(5)</sup>.

ثالثاً-الاستدلال بالاستصحاب<sup>(6)</sup>:

أن حالة المريض قبل موت دماغه متفق على اعتباره أنه حي، فنحن نستصحب الحكم الموجود فيها إلى الحالة التي اختلفنا فيها، ونقول إنه حي وروحه باقية لبقاء نبضه، وفي حالة موت دماغه لا يوجد دليل ثابت على انتهاء حياته، فالجسد ما زال حياً ويتقبل الغذاء، ولم يتغير لونه، فهو حي

(1)- جلال الدين بن عبد الرحمن بن الكمال أبي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1990، ص50.

(2) - د/ محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، ط3، مكتبة التابعين القاهرة، 2004، ص 348. وكذا د/ صالح بن علي الشمراني، أثر القول باعتبار الموت الدماغي موت حقيقياً أو لا في الأحكام الفقهية، مقال منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، مقال منشور في مجلة علمية محكمة متخصصة في الفقه الإسلامي، ع 29، السنة 22، جامعة أم القرى، 2011، ص16.

(3)- الشيخ زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999، ص 57.

(4) - د/ محمد محمد المختار الشنقيطي، المرجع السابق، ص 348. وكذا د/ صالح بن علي الشمراني، المرجع السابق، ص 17.

(5)- محمد عبد الجواد الننتشة، مرجع سابق، ص 31.

(6)- الاستصحاب هو: الحكم بثبوت حكم في الزمان الحاضر، بناء على أنه كان ثابتاً في الزمن الماضي إلى أن يوجد الدليل المغير. للمزيد من التفصيل أنظر د/ محمد الشنقيطي ومحمد الأمين بن محمد بن المختار الجكني، أضواء البيان في إيضاح القرآن، مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، 1995، ص 143.

بالاستصحاب، والاستصحاب من مصادر الشرع المعتبرة إلا إذا قام دليل على خلافه<sup>(1)</sup>، والقواعد الفقهية المذكورة تندرج تحت قاعدة الاستصحاب.

#### رابعاً-الاستدلال بالنظر:

وجه الاستدلال: أن حفظ النفس يعتبر من مقاصد الشريعة الإسلامية التي بلغت مرتبة الضروريات التي يجب المحافظة عليها، واعتبار موتى الدماغ أحياء فيه محافظة على النفس وهو ما انسجم مع مقاصد الشريعة الإسلامية.

ولذا فإن تحقيق هذا المقصد في إنسان ما زالت فيه حياة نابضة منظورة قوية- الإنسان الذي مات دماغه - يحكم عليه أنه حي، وهذا يتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية والعكس بالعكس<sup>(2)</sup>.

#### خامساً-الاستدلال بنصوص الفقهاء المعاصرين:

استدل القائلون بعدم اعتبار موت الدماغ نهاية للحياة الإنسانية بعدد من نصوص الفقهاء المعاصرين منها:

1-إن بعض الفقهاء<sup>(3)</sup> -رحمهم الله - قرروا في كتبهم أن التنفس يعتبر دليلاً على الحياة، بحكم حركة التنفس، لأن الصدر يتحرك مع النبض، وهذا ما يدل على حياة صاحب الجسد<sup>(4)</sup>.

2- إن الفقهاء - رحمهم الله - ذكروا في كتبهم العلامات المعتبرة للحكم بموت الإنسان، كل ذلك حرصاً منهم على أن لا يحكم بموت الإنسان إلا بعد فقدان جسمه للحياة.

وقد حاز هذا الاتجاه على التأييد من علماء الشريعة المعاصرين على غرار الاتجاه الأول، وذلك سواء على المستوى الفردي أو الجماعي.

(1) - د/ بكر بن عبد الله أبو زيد، أجهزة الإنعاش وحقيقة الوفاة بين الفقهاء والأطباء، مقال منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع 3، ج 2، جدة، 1987، ص 535.

(2) - د/ توفيق الواعي، مرجع سابق، ص 712. وكذا د/ صالح بن علي الشمراني، مرجع سابق، ص 17.

(3)- المرداوي أبو الحسن علي بن سليمان، الإنصاف، تحقيق، محمد حامد الفقي، ج 7، دار إحياء التراث، بيروت، 1957، ص 330.

(4)- د/ توفيق الواعي، مرجع سابق، ص 713.

فعلى المستوى الفردي، يرى البعض بأن اعتماد موت الدماغ كمعيار للوفاة، فيه نوع من العجلة، والتي قد تكون بهدف الحصول على أعضاء بشرية، وهي في حالة جيدة، فذهب إلى القول " بأن الموت الدماغي لا يمثل حالة موت حقيقية، ولا يحكم بموت ميت الدماغ، ولا يستعجل عليه وينتظر حتى يموت موتاً لا شك فيه، وهذا عجلة من بعض الأطباء حتى يأخذوا منه قطعاً أو أعضاء ويتلاعبوا بالموتى وهذا كله لا يجوز شرعاً".

ويرى جانب آخر من الفقه بأن: " موت الدماغ لا يعد وحده في ميزان الشريعة الإسلامية دليلاً قاطعاً على حلول الموت فعلاً، بل هو في أكثر الأحيان نذير موت محقق...ولعدم الاعتبار بهذا الدليل الطبي قدم الشريعة الإسلامية سببين هما:

- 1- أن أحكام الموت تترتب على وقوعه الفعلي التام لا على توقعاته مهما كانت يقينية جازمة.
- 2- إن هذه الدلالات أو التوقعات مهما استندت إلى اليقين العلمي، فإن انتعاش المريض وعودته مرة أخرى للحياة ليس مستحيلاً عقلياً<sup>(1)</sup>.

أما على المستوى الجماعي فنجد أن مجمع البحوث الإسلامية المنعقد في الأزهر بتاريخ 1992/06/25 قد رفض الأخذ بمعيار موت الدماغ، وقضى بأن من يقوم بانتزاع الأعضاء في أي جسد لم يزل ينبض ولم تنزل فيه بقية للحياة يعتبر قاتلاً لنفس حرم الله قتلها إلا بالحق، وتجب محاكمته جنائياً<sup>(2)</sup>.

وبعد عرض أقوال الفقهاء في المسألة وما استدلووا به يظهر لي أن الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني من أن الموت لا يتحقق بموت الدماغ أو جذعه فقط، وذلك لما يأتي:

أولاً -لصحة ما ذكره أصحاب هذا القول من الأدلة النقلية والعقلية.

ثانياً-أن الأصل في الإنسان أنه حي، حتى يتيقن خلاف ذلك، وما ذكره أصحاب القول الأول ليس بيقين ولا في حكم اليقين وهي ما يعرف (بغلبة الظن)، وذلك لما ثبت في حوادث مختلفة في اثبات

(1)-محمد بن ناصر بن محمد المسعد، القرارات الجنائية الطبية لهيئة كبار العلماء، مذكرة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2003، ص 183، وكذا د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 81.

(2)- د/ محمود أحمد طه، مرجع سابق، ص 41، وكذا د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 82.

الأطباء لموت الدماغ وحكمهم بوفاة المريض، ثم يعود إلى الحياة ثانية، ويقول الدكتور الشيخ بكر أبو زيد "حكم جمع من الأطباء على شخصية مرموقة بالوفاة لموت جذع الدماغ، لديه وأوشكوا على انتزاع بعض الأعضاء منه، لكن ورثته منعوا ذلك، ثم كتب الله له بعودته إلى الحياة".

ثالثاً- أنه ثبت وجود أطفال ولدوا (عديمي الدماغ) بدون مخ، وعاش بعضهم على حالته هذه أكثر من عشر سنوات، وهذا يدل دلالة واضحة على أن موت الدماغ لا يعتبر موجباً للحكم بالوفاة، إذ لو كان كذلك، لما عاش الإنسان لحظة بدون المخ الذي يعتبر أساس الحياة، وبموت الدماغ يكون موت الإنسان حتماً (1).

وقد أفتى الدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد بشأنهم أنه لا يجوز لأحد والدي هذا المولود الإنز لأبي طبيب بنزع عضو منه لزرعه في طفل آخر يحتاج إليه، فإذا كانت الحياة موجودة في حال فقد المخ بالكلية، فإنه لا مانع من أن يحكم بوجودها في حال موت الدماغ وبقاء القلب نابضاً.

رابعاً- إن الأطباء الذين يعتبرون موت الدماغ علامة على الوفاة يسلمون بوجود أخطاء في التشخيص وأن الحكم بالوفاة استناداً على هذا الدليل يحتاج إلى فريق طبي، وفحص دقيق، وهذا لا يتوافر في كثير من المستشفيات، ففتح الباب للقول باعتبار هذه العلامة موجبة للحكم بالوفاة سيؤدي إلى الاستهانة بالأرواح، لاسيما وقد فتحت أبواب للزراعة والنقل في هذا العصر، مما يجعل للهوى دوراً في الحكم بموت من مات مخه أو اشتبه في ذلك، فيجب قفل هذا الباب صيانة للأرواح والأجسام التي يعتبر حفظها مقصداً ضرورياً من مقاصد الشريعة الإسلامية (2).

وأخيراً لا يعتبر موت الدماغ وحده علامة يمكن على أساسها الحكم بنهاية الحياة الإنسانية بل لابد بالإضافة إلى ذلك من توقف القلب وتوقف النفس التلقائي، أي غياب جميع الأفعال الحيوية بتوقف الأجهزة الرئيسية الثلاث في الجسم ليحكم بوفاة الإنسان، أخذاً بما تقرره القواعد الفقهية والمعقول الذي يقضي بالمحافظة على النفس بوصفها مقصداً من مقاصد الشريعة.

(1) د/ صالح بن علي الشمراني، مرجع سابق، ص 19 و 20، وكذا د/ رقية أسعد صالح عرار، مرجع سابق، ص 25 و 26.

(2) د/ بكر بن عبد الله أبو زيد، حكم الانتزاع لعضو من مولود حي عديم الدماغ، مقال منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع 6، ج 3، جدة، 1990، ص 1942 و 1943.

وبالتالي فإن أي اعتداء على شخص ميت دماغيا يعد اعتداء واقعا على إنسان حي، وليس اعتداء على جثة، وبالتالي، فمن المتصور وقوع جريمة قتل على مثل هذا الشخص إذا ما اقترن سلوك الجاني بنية قتله<sup>(1)</sup>.

### المبحث الثالث

#### تحديد لحظة الوفاة من الناحية القانونية

قبل أن نتعرض إلى الموقف القانوني من مسألة تحديد لحظة الوفاة، هناك تساؤل يطرح في هذا الصدد حول ما إذا كانت مسألة تحديد لحظة الوفاة تعد شأنا طبيا محضا، وبالتالي وجوب ترك المسألة برمتها إلى أهل الاختصاص من الأطباء ليتولوا الحكم فيها ووضع المعيار المناسب لها، أم أن للسلطة التشريعية نصيب من تنظيم هذه المسألة وتقنينها انطلاقا من الدور الذي يلعبه القانون بوصفه المرجعية الأولى في رسم ووضع الحدود بين المحظور والمباح.

لذا سنتعرف في هذا المبحث على مدى ملائمة التدخل التشريعي في تحديد لحظة الوفاة في المطلب الأول، ثم نتطرق في المطلب الثاني إلى موقف التشريعات من تحديد هذه اللحظة، أما المطلب الثالث فقد أفرد لبيان موقف القضاء ومدى اعتماده على أي من المعايير المطروحة<sup>(2)</sup>.

#### المطلب الأول

##### مدى ملائمة التدخل التشريعي

هذه المسألة يتنازعها اتجاهان، فيذهب البعض إلى أن الوفاة مسألة قانونية يتعين تدخل المشرع لإيجاد تعريف لها، و تحديد معيار مقبول من الجهات العلمية للوفاة ، فيما يذهب البعض الآخر إلى أن تحديد لحظة الوفاة مسألة طبية يختص الأطباء بها و بتحديدوها وفق ظنهم الطبي والعلمي، لذا سنحاول التطرق لكل من الاتجاهين على التوالي من خلال الفرعين المواليين:

1-د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص ص 82 و 83.

2- نفس المرجع، ص 84.

## الفرع الأول: الاتجاه المؤيد لاعتبار تحديد لحظة الوفاة واقعة طبية

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه لا يجوز للقانون التدخل في هذه المسألة التي تعتبر أساساً من اختصاص الطب<sup>(1)</sup>، فقد قال أحمد فتحي سرور في كلمة ألقاها حول أخلاقيات العلوم البيولوجية في المجمع العلمي بالقاهرة بتاريخ 14 جانفي 2004 أنه: "لا يمكن أن يتورط القانون في تحديد لحظة الوفاة، فهذه مسألة طبية يحسمها الطبيب ويتحمل مسؤوليتها الجنائية إن هو أخطأ في التقدير"<sup>(2)</sup>. وقال الشيخ علي الطنطاوي: "إن الذي يحكم بأن فلانا قد فارق الحياة مفارقة تامة هم السادة الأطباء النفاة المتخصصون في هذا الشأن دون سواهم"<sup>(3)</sup>.

كما أوصى مؤتمر بروجيا الذي عقد في إيطاليا عام 1969 أنه لا يقع على رجال القانون مع الأخذ بعين الاعتبار التقدم الملحوظ الذي تمر به مهنة الطب وضع تعريف قانوني لوقت الوفاة، وتحديد الطرق والوسائل التي يمكن بها التأكد من الوفاة، بل هذه الأمور تبقى للأطباء ضمن اختصاصهم ودراستهم... وعلى الطبيب أن يكون ملماً بأحدث معطيات علم الطب<sup>(4)</sup>، فضلاً عن أن العلم يتطور ويكتشف الجديد في هذا المجال، فما كان يعد موتاً -الموت الظاهري- لم يعد كذلك مع التقدم العلمي المستمر، بينما النصوص القانونية بطيئة اللاحق بهذا التقدم مما يستوجب عندها تعديل التشريع<sup>(5)</sup>.

فقد تعرض على القاضي مسألة لها جانب قانوني وآخر طبي، فيترك القاضي الجانب الطبي لأصحاب الخبرة ويستعين برأيهم قصد الوصول إلى تطبيقات للجانب القانوني.

(1) - تدرست كريمة، تحديد لحظة الوفاة والمسؤولية الجنائية للطبيب، مقال منشور بالمجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص رقم 1، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 375.

(2) - محمد عبد اللطيف عبد العال، مرجع سابق، ص 190.

(3) - د/ محمد السيد عبد المعطي خيال، مرجع سابق، ص 51.

(4) - د/ رمضان جمال كمال، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط 1، شركة ناس للطباعة، القاهرة، 2005، ص 153.

(5) - د/ مهند صلاح العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002، ص 47 و 48. وكذا د/ سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 280.

يلاحظ أن هذا الرأي يتمسك بقاعدة أن القانون وإن كان لا يعرّف الموت إلا أنه يساهم في إرساء بعض القواعد والمبادئ التي تمكن من تسهيل مهمة الأطباء، وأدائهم لواجباتهم والمسؤوليات الملقاة على عاتقهم عن طريق صدور التعليمات من الجهات الطبية المعنية<sup>(1)</sup> التي تتضمن بعض المعايير التي يجب على الأطباء الاسترشاد بها للتأكد من الوفاة.

بمعنى أن ينص القانون على بعض الإجراءات والقواعد لكي تسهل مهمة الأطباء في تحديد حقيقة الموت وتوفر الطمأنينة للمرضى، وحماية للأطباء من المسؤولية عندما يتعلق الأمر بإيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعية أو الاستئصال من الجثث، فبصدور تلك اللوائح يطمئن المرضى الموجودين تحت رعاية الأطباء وفي ذلك حماية للأطباء أنفسهم<sup>(2)</sup>.

ولقد ساهمت بعض القوانين هذا الاتجاه منها التشريع الإماراتي الخاص بنقل وزراعة الأعضاء رقم 15 الصادر سنة 1993<sup>(3)</sup>. وكذلك التشريع اللبناني رقم 109 لعام 1983 بشأن أخذ الأنسجة والأعضاء البشرية لحاجات طبية وعلمية<sup>(4)</sup>.

### الفرع الثاني: الاتجاه المؤيد لتدخل المشرع في تحديد لحظة الوفاة

تمسك أصحاب هذا الاتجاه بضرورة وضع تشريع ينظم مسألة تحديد لحظة الوفاة، بغض النظر على المعيار المعتمد في ذلك التحديد، وذلك وإن كان من المسلم به بأن الأطباء هم من يناط بهم تحديد لحظة الوفاة من الناحية الفنية، إلا أن ذلك لا يعني بحال انتفاء الأهمية من وجود تحديد قانوني لهذه المسألة.

(1) - د/ منير رياض حنا، مرجع سابق، ص 493.

(2) - د/ حسني عودة الزعال، مرجع سابق، ص 108.

(3) - حيث تنص المادة 15 من التشريع الاماراتي الخاص بنقل وزراعة الأعضاء المعدل بموجب القانون رقم 2016/5 ج.ر، ع 601، سنة 46 بتاريخ 2016/08/15 على أنه: {أن يتم اثبات الوفاة بواسطة لجنة تتشكل من ثلاثة أطباء متخصصين من بينهم طبيب متخصص في الأمراض العصبية، على ألا يكون من بينهم وقت اعداد التقرير الطبيب الموكل اليه تنفيذ عملية نقل الأعضاء والأنسجة، أو مالك المنشأة الصحية التي ستجرى فيها العملية، أو أحد الشركاء فيها}.

(4) - إذ تنص المادة 6 من التشريع اللبناني رقم 109 لعام 1983 بشأن أخذ الأنسجة والأعضاء البشرية لحاجات طبية وعلمية على أنه: {تحدد بمراسيم بناء على اقتراح وزير الصحة العامة اصول وقواعد اخذ الانسجة والاعضاء البشرية من الأحياء والأموات، والأسس المعتمدة عمليا لإثبات الوفاة وتشريح الجثث، والمستشفيات التي يحق لها اجراء العمليات ونوعها وذلك بعد أخذ رأي لجنة من الاطباء الاختصاصيين}.

وينطلق أنصار هذا الاتجاه في رأيهم من عدة مسوغات أهمها:

**أولاً-** إن من شأن تنظيم مسألة تحديد لحظة الوفاة إشاعة نوع من الاطمئنان لدى المرضى من أن يقعوا ضحية لاستغلال الأطباء ضعاف النفوس، وكذلك الأمر بالنسبة للأطباء فتقنين هذه المسألة أمر يحبذه الأطباء، وذلك لتخوفهم وقلقهم من التعرض إلى المسائلة الأخلاقية والقانونية، فالطبيب يرغب دائماً أن يعلم مدى مشروعية الأعمال التي يقوم بها (1).

**ثانياً-** إن تنظيم مسألة تحديد لحظة الوفاة من خلال قواعد مهنة الطب وآدابها هو تنظيم غير كاف، ذلك لأن هذه القواعد لا تحظى من قبل أفراد المجتمع بذات التقدير والاحترام الذي يكتسبه لها رجال الطب، ولأن لمسألة تحديد لحظة الوفاة أبعادها الأخلاقية والدينية والقانونية، لذا بات من الضروري معالجة هذه المسألة في إطار تشريع مستوحى من الضمير الاجتماعي والإنساني، ومراعي الاعتبارات الطبية والقانونية.

**ثالثاً-** أنه من غير الممكن إفساح المجال أمام الأطباء بشكل مطلق في مسألة تحديد لحظة الوفاة، فقد تختلف الضوابط والمعايير المتبناة من قبلهم، وهم بصدد تحديد هذه اللحظة، تبعاً للأهداف التي يرمون إلى تحقيقها، كأن تكون الرغبة في سحب أجهزة الإنعاش وتركيبها على شخص آخر، أو لغرض الاستفادة من أعضاء المريض ونقلها إلى الغير، أو القيام ببعض التجارب الطبية، فغريزة تحقيق سبق الطبي والشهرة قد تقود أحياناً إلى الالتفاف حول مسألة التأكد من لحظة الوفاة واستئصال العضو، لاسيما القلب من إنسان لا يزال على قيد الحياة. هذه الأهداف بمجموعها قد تشكل دافعا على تبني هؤلاء معياراً مرناً، قد يختلف بحسب كل حالة مما يثير بعض المشاكل القانونية، لذا لابد من تحديد قانوني لمسألة لحظة الوفاة يبين المعيار الواجب الإلتباع ووسائل التثبيت منه.

**رابعاً-** ويذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أنه لا يستبعد القانون مطلقاً في هذا المجال، بل يرون بأن القانون وإن كان لا يختص بتعريف الموت، إلا أنه يسهم في إرساء بعض القواعد والمبادئ التي تمكن من تسهيل مهمة الأطباء عن طريق صدور الأنظمة من الجهات الطبية المعنية (2)، ولقد أخذت بهذا

(1)- د/ شعبان أبو عجيلة عصارة، مرجع سابق، ص26، وكذا د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص87.

(2)- د/ شعبان أبو عجيلة عصارة، مرجع سابق، ص27، وكذا د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص88، وكذا

د/ مهدي صلاح العزة، مرجع سابق، ص4.

الاتجاه العديد من التشريعات منها قانون رقم 21 لعام 1997 المعدل بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية القطري<sup>(1)</sup>.

وبما أن مسألة تحديد لحظة الوفاة مسألة في غاية الأهمية، لا يجب أن يوكل الحسم فيها إلى الأطباء وحدهم، وذلك للخشية من تباين مواقف هؤلاء الأطباء بشأن هذه المسألة، اخذين في الاعتبار أمرا أساسيا وهو أن تحديد لحظة الوفاة محل اختلاف بين الأوساط الطبية، وأن من شأن ترك هذه المسألة لتقدير الأطباء تمكينهم من الاعتداء على حق الإنسان في الحياة ومن دون إثارة مسؤولية قانونية اتجاههم.

ولا تقتصر خطورة تحديد لحظة الوفاة على النواحي الطبية، بل تمتد آثارها إلى تطبيق القواعد القانونية الخاصة بالمسؤولية الجنائية عن جرائم الاعتداء على حياة الإنسان وسلامة بدنه، بحيث قد تتوقف المسؤولية الجنائية عن جريمة القتل، على ما يقرره الأطباء من اعتبار الشخص المجني عليه ميتا أو لا يزال على قيد الحياة، بحسب ما يطبقونه من المعايير التي تحكم مسألة تحديد لحظة الوفاة.

فلو اعتدى مثلا-شخص على آخر بالضرب مسببا للمجني عليه تلفا في خلايا الدماغ، فإذا ما قرر الأطباء تبني معيار الموت الدماغي عدّ مرتكب الجريمة قاتلا، ولو كانت سائر أعضاء جسم المجني عليه لا تزال تؤدي وظائفها الطبيعية، أما إذا ارتأى تطبيق معيار الموت الظاهري أو الجسدي، كنا بصدد شروع في جريمة قتل، وشتان ما بين الأمرين.

وصفوة القول من الأفضل ألا يلقى بهذه المهمة على الأطباء وحدهم نظرا لما يفضي إليه هذا النهج من اختلال في تطبيق القواعد القانونية خصوصا ما يتعلق منها بالمسؤولية الجنائية، ناهيك عن الجوانب الأخرى، بل لابد أن يتصدى المشرع لهذه المسألة، ويضع بعض قواعد السلوك التي يسترشد بها الأطباء في تحديد لحظة الوفاة، وتساعدهم في عملهم، وتوفر لهم الطمأنينة والحماية، لاسيما عندما يتعلق الأمر ببعض الأعمال الطبية المهمة مثل استئصال الأعضاء من الجثة، ولا يخشى من

---

(1)- حيث أشار هذا القانون المعدل بموجب القانون رقم 15 لعام 2015 بشأن تنظيم نقل الأعضاء البشرية الصادر بتاريخ 2015/8/19، ج.ر.ع 16 تاريخ نشرها 2015/9/30 الى معيار الوفاة في المادة الأولى منه والتي تحصل بأحد الأمرين: توقف القلب والتنفس نهائيا أو تعطل وظائف الدماغ تعطلا لا رجعة فيه (الموت الدماغي).

ذلك أن يتخلف القانون عن التقدم الطبي، فلا مانع من تعديل التشريعات بما ينسجم مع التطورات العلمية في أي مجال كان<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني

### موقف التشريع والقضاء من تحديد لحظة الوفاة

اختلفت نظرة التشريعات إلى مسألة تحديد لحظة الوفاة بين اعتبارها مسألة طبية فنية لا دخل للقانون في تحديدها، أو اعتبارها واقعة قانونية تتطلب تدخل من قبل المشرع. فمنها من نظم هذه المسألة وحدد لها معايير وإجراءات يجب إتباعها على خلاف موقف التشريعات الأخرى التي التزمت الصمت مقررّة ترك هذه المسألة لذوي الاختصاص من الأطباء كالمشرع الجزائري، وسنتناول مواقف هذه التشريعات من خلال الفرعين التاليين:

#### الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من تحديد لحظة الوفاة

لقد تعرضنا إلى تحديد لحظة الموت من الناحية الطبية والشرعية والقانونية، غير أن ما استقر عليه الطب الحديث أن موت خلايا المخ هو الموت الحقيقي، إلا أن التساؤل الذي يطرح هنا، ما هو موقف المشرع الجزائري من كل ذلك؟

إن المشرع الجزائري لم يهتم بتحديد لحظة الوفاة، فقد اعتبرها واقعة قانونية يلزم قانون الحالة المدنية بالإبلاغ عنها خلال 24 ساعة<sup>(2)</sup>.

لذلك بالرجوع إلى الفقرتين 1 و 2 من المادة 79 من قانون الحالة المدنية<sup>(3)</sup> يتم تبليغ الوفاة بناء على تصريح من أحد الأقارب المتوفيين أو أحد الأشخاص الذين وقعت الوفاة عنده، وذلك خلال

1-د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 89، وكذا د/ شعبان أبو عجيلة عصار، مرجع سابق، ص 27.

(2) - فقد نصت المادة 26 من قانون المدني الجزائري الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق ل 13 مايو 2007 على أنه " تثبت الولادة والوفاة بالسجلات المعدة وإذا لم يوجد هذا الدليل، أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات، يجوز الإثبات بأية طريقة حسب الإجراءات التي ينص عليها قانون الحالة المدنية".

(3) -راجع الأمر 20/70 المؤرخ في 19/02/1970، المتعلق بالحالة المدنية ج.ر.ع 21، الصادر بتاريخ 27/02/1970، معدل ومتمم بالقانون رقم 08/14 المؤرخ في 13 شوال عام 1435 الموافق في 9 أوت عام 2004

24 ساعة ويختص ضابط الحالة المدنية التابع للبلدية التي حدثت بها الوفاة بتلقي التصريح بالوفاة، وتسجيلها وقيدتها في التسجيلات المعدة لذلك، وتحرّر شهادة الوفاة بدون أن يكون ملزماً بالتحقيق من صحتها، غير أن التصريح بالدفن حسبما جاء في نص المادة 78 لا يمكن أن يسلم من ضابط الحالة المدنية إلا بشهادة صادرة من الطبيب المكلف بالتحقق من الوفاة، أما في حالة حدوث الوفاة في المستشفيات فيجب إخطار ضابط الحالة المدنية خلال 24 ساعة من حدوثها مع ضرورة تنقله للتأكد من الوفاة وتحريره لشهادة الوفاة.

يتّضح من خلال هذه المواد، أن قانون الحالة المدنية لم يضع تعريفاً محدداً للوفاة ولا حتى معايير التحقق من الوفاة، بل اعتبر المسألة من اختصاص الطب، واختص هو فقط بوضع الإجراءات وكيفية التصريح وتحرير شهادة الوفاة، ومع ذلك قد أخذ بمعيار الموت الدماغي وهذا يستشف من خلال المادة 362 من قانون الصحة الجزائري<sup>(1)</sup> قد نصت على أنه "لا يمكن نزع الاعضاء أو الأنسجة البشرية من اشخاص متوفين بغرض الزرع إلا بعد معاينة طبية وشرعية للوفاة وفقاً لمعايير علمية يحددها الوزير المكلف بالصحة".

فيتبين من خلال هذه المادة بأن المشرع الجزائري لم يتعرض صراحة لوضع تعريف محدد للوفاة ولا معايير لتحقيق من حدوثها بل أحال المسألة للجنة الطبية المحددة في نص المادة 362/3 والتي عليها أن تتأكد من تحقق الوفاة معتمدة على المقاييس أو المعايير التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية، مع ضرورة اثبات الوفاة من طرف الفريق الطبي المكلف بالنزع.

كما نص المشرع الجزائري من أجل ضمان ونزاهة هذه العمليات وعدم استغلال الأشخاص والاعتداء عليهم، ضرورة أن لا يكون الطبيب الذي عاين الوفاة من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع وهذا ما نصت عليه المادة 2/363 من قانون الصحة<sup>(2)</sup> "يجب ألا يكون الطبيب الذي قام بمعاينة وإثبات وفاة المتبرّع من الفريق الذي يقوم بالزرع".

=الجريدة الرسمية 2014/49 والمعدل بموجب القانون 03/17 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1438 الموافق 10 يناير عام 2017 الجريدة الرسمية 2017/02.

(1)- قانون رقم 11/18 المؤرخ في 18 شوال سنة 1439 الموافق 2 يوليو سنة 2018، يتعلق بالصحة.

(2)- قانون رقم 11/18 المؤرخ في 18 شوال سنة 1439 الموافق 2 يوليو سنة 2018، يتعلق بالصحة.

بناء على ما تقدم، يتبين أن المشرع الجزائري ترك مسألة تحديد لحظة الوفاة للأطباء، وأن وزير الصحة هو المكلف بتحديد المعايير الأساسية التي يتم الاستناد عليها لتقرير الوفاة قانونيا. وفي هذا الصدد يرى الدكتور العربي بلحاج اعتبار الموت الدماغي حسب المعايير العلمية الحديثة المعمول بها، على أنه يجب أن ينتظر الأطباء بعد نزع الأجهزة المركبة مدة مناسبة للتأكد من توقف قلبه وجهازه التنفسي قبل إعلان الوفاة الشرعية لتسري عليه أحكام الميت<sup>(1)</sup>.

لكن نظرا للانتقادات الموجهة لهذا المعيار ولصعوبة تشخيص موت المخ الذي يتطلب وسائل تقنية وطبية عالية، إضافة إلى الشكوك الكثيرة التي أثارها الأطباء في مدى صحة هذا المعيار وفعالته كوسيلة للتحقق من الوفاة، كان على المشرع الجزائري أن يحتاط للأمر فيأخذ بالمعيارين معا عند تحديد لحظة الوفاة، فيكون بذلك قد وفر الحماية للجنة من كل محاولة يراد النيل من أجسامهم، وكذا تجاوز الأطباء المحتمل في تصرفاتهم<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: موقف القضاء من تحديد لحظة الوفاة

بعد أن تعرضنا لموقف الطب والفقه، والقانون من تحديد لحظة الوفاة والمعيار المتبع في ذلك، نرى ضرورة بحث الموقف القضائي من هذه المسألة ومدى اعتماده لأي من المعايير السابقة؟

ففي عام 1981 م تعرضت الدائرة الجنائية لمحكمة الاستئناف الإنجليزية لبحث حالتين، نستنتج منها اتجاه القضاء نحو تأييد المعيار محل البحث، وهما موضوع الدعويين حالة جريمة قتل، R.V. steel وحالة R.V. malcherk وكانت المجني عليها في الحالتين قد نقلت إلى المستشفى عقب الاعتداء عليها بالضرب المبرح، مما أدى إلى إصابتها في الرأس إصابات جسيمة، ترتب عليها أضرار كبيرة بالمخ أدت إلى توقف وظائفه في كلا الحالتين، ووضعت تحت أجهزة الإنعاش

(1) د/ بلحاج العربي، الحماية القانونية للجنة وفقا لأحكام الفقه الإسلامي والقانون الطبي الجزائري، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص92.

(2) د/ مروك نصر الدين، مرجع سابق، ص99.

الصناعي، ثم رفعت هذه الأجهزة بعد إثبات حدوث الوفاة نتيجة لموت المخ في الحالتين وبعد استئصال بعض الأعضاء منها<sup>(1)</sup>.

لقد وجهت في الحالتين إلى الطبيب تهمة القتل العمد لرفع وإيقاف أجهزة الإنعاش عنها، واستند الاتهام إلى أن إيقاف العمل بتلك الأجهزة كان سبباً مباشراً لإحداث الوفاة.

وكان رأي المحكمة نفي التهمة، إذ استندت إلى انتفاء الأدلة عن استمرار حياة المجني عليها لحظة رفع أجهزة الإنعاش، إذ يكفي لنفي التهمة حدوث الوفاة قبل سحب الأجهزة المشار إليها، ولو استمرت بعض الأعضاء بالعمل بسبب تلك الأجهزة.

وأكد القضاة أنه وفقاً لرأي جانب كبير من الأطباء وهم أصحاب الاختصاص في هذا المجال، فإن هناك اختباراً حقيقياً واحداً عن حدوث الوفاة، وهو الموت النهائي لجذع المخ، الذي يحكم الوظائف الأساسية في الجسم، وفي حالة توقف تلك الوظائف، يكون ذلك دليلاً قاطعاً على حدوث الوفاة، حتى وإن استمرت بعض الأعضاء الأخرى بالعمل نتيجة توقف استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي<sup>(2)</sup>.

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فإن المعيار المعمول به في الفترة السابقة لتحديد لحظة الوفاة، هو المعيار التقليدي (الموت الظاهري) أي توقف القلب والتنفس، ففي قضية Douglas.v. South western life ins Co التي تتلخص وقائعها بأن رجلاً أصيب في حادث نقل على أثره إلى المستشفى وتبين أنه مصاب بتلف في الدماغ، وجرى إنعاشه عن طريق الأجهزة الصناعية، واتضح أن المصاب مؤمن على حياته لدى إحدى شركات التأمين، وأن المدة الباقية على انتهاء عقد التأمين هي 90 يوماً من تاريخ الإصابة، ولسوء الحظ أن المصاب توقف قلبه وتنفسه وفارق الحياة بعد انتهاء مدة العقد.

وعند رفع الدعوى أمام محكمة تكساس ضد شركة التأمين للمطالبة بالتعويض رفضت الدعوى وردت المحكمة بعدم أحقية الورثة بالتعويض على أساس أن المؤمن له - المتوفى - قد فارق الحياة

(1) - جابر مهنا الشبل، مدى مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، بغداد، 1991، ص 247، وكذا د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 101.

(2) - M. Brazier, medicine patients and the law , penguin book ,London, 1989, p438.

عند لحظة توقف القلب والرئتين، أي بعد انتهاء مدة عقد التأمين، مما يفيد أن المحكمة تبنت المعيار التقليدي (الموت الظاهري).

وبلاحظ أن القضاء الأمريكي تراجع عن موقفه السابق وأخذ بالمعيار الحديث في تحديد لحظة الوفاة (موت جذع الدماغ)، ففي قضية Tucker.V. Lower أدين الطبيب الجراح بتهمة استئصال قلب المصاب بتوقف الدماغ، إلا أن القاضي حذر المحلفين من الاعتماد على المعيار التقليدي، وحاول توجيههم نحو المعيار الحديث لتحديد الوفاة، وفعلاً اتبع المحلفون هذا المعيار، وأصدروا قرارهم لصالح الطبيب على أساس أن الاستئصال جرى بعد موت المصاب، أي موت دماغه.

وهكذا نلاحظ بأن القضاء بدأ تدريجياً يتجه نحو المعيار الحديث، فأغلب الأحكام جعلت من واقعة موت المخ وسيلة لإثبات الوفاة، بحيث أن إثبات العكس يتطلب أدلة قوية يتعذر الوصول إليها في إطار معطيات العلوم الطبية الحديثة، كما أنه لا توجد أسباب كافية لأن تحيد المحاكم عن معيار موت الدماغ، على الرغم من بعض الملاحظات، واحتمال المخاطر التي تصاحب الأخذ بالمعيار محل البحث<sup>(1)</sup>.

وعليه استخلاصاً لما سبق وبعد التطرق الى تعريف الوفاة من الناحية الطبية والشرعية والقانونية فقد تبين أن تعاريف الفقهاء تقاربت وخلصوا الى أن الموت هي مغادرة الروح للجسد، وبالنسبة لتحديد لحظتها قد كانت محل خلاف بين اتجاهين، أحدهما تقليدي يعتمد في تحديد لحظة الوفاة عن توقف جميع الأجهزة الحيوية للإنسان عن العمل النهائي، حيث يكون الإعلان عن الموت بعد التحقق منها، عن طريق تشخيص أعراض الموت التي يختص بها رجال الطب، باعتبار المسألة تتعلق بالجانب البيولوجي للوفاة، ومن ثم تكون مسألة تحديد لحظة الوفاة طبية، تخضع في تقديرها الى الاعتبار العلمية الطبية.

ومن خلال ما سبق يتبين أن الاتجاه التقليدي لتحديد لحظة الوفاة يقتصر فقط على الموت المتمثل في توقف القلب والتنفس عن العمل فهو موت غير حقيقي، ومن هنا يمكن القول بأن هذا المعيار أصبح غير كاف.

(1) - إيهاب يسر أنور علي، المسؤولية المدنية والجناحية للطبيب، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1994، ص 575، وكذا د/ شعبان أبو عجيبة عصارة، مرجع سابق، ص 188، وكذا جابر مهنا الشبل، مرجع سابق، ص 254.

لذلك ظهر اتجاه آخر حديث لتحديد لحظة الوفاة حيث أثبتت البحوث الطبية أن المخ هو مركز قيادة العمليات والوظائف الحيوية بجسم الانسان، ومن ثم فان توقفه عن العمل بشكل شبه كامل يعد الشخص ميتا، ومن هنا فان المخ هو الحد الفاصل بين الحياة والموت.

ويتم التحقق من ذلك عن طريق جهاز الرسم الكهربائي للمخ الذي يستعمل قبل الإعلان عن الموت بعد ملاحظة انعدام الوعي التام ورد الفعل مما يدل على انهيار الجهاز العصبي، وانعدام التوتر عند تمدد الحذقة، وانعدام الحركات العضلية اللاشعورية والمتعلقة بالتنفس الا عند استعمال الأجهزة، وانعدام أي أثر لنشاط المخ في جهاز رسم المخ الكهربائي.

وبالرجوع الى التشريعات القانونية نجد أن المشرع الجزائري قد ترك مسألة تحديد لحظة الوفاة للأطباء، وبالنظر الى المعايير التي تم تحديدها في قرار 2002 يفهم أن المشرع الجزائري قد أخذ بموت المخ كأساس لتحديد لحظة الوفاة، حتى ولو لم ينص على ذلك صراحة في قانون حماية الصحة وترقيتها، لكن نظرا للانتقادات الموجهة لهذا المعيار ولصعوبة تشخيص موت المخ الذي يتطلب وسائل تقنية وطبية عالية، إضافة الى الشكوك الكثير التي أثارها الأطباء في مدى صحة هذا المعيار وفعاليته كوسيلة للتحقق من الوفاة، كان على المشرع الجزائري ان يحتاط للأمر فيأخذ بالمعيارين معا عند تحديد لحظة الوفاة، فيكون بذلك قد وفر الحماية للجثة من كل محاولة يراد النيل منها، وكذا تجاوز الأطباء المحتمل في تصرفاتهم.

## الفصل الثاني

### الحماية الشرعية والقانونية

#### لحرمة الميت

## الفصل الثاني

### الحماية الشرعية والقانونية لحرمة الميت

لقد كَرَّمَت الشريعة الإسلامية جسد الأدمي حيا وميتا، قال تعالى في معرض التكريم له حيا: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾<sup>(1)</sup>.

وهذا التكريم لم يقتصر على الانسان في حياته فقط بل يمتد معه بعد وفاته، فقد نهت الشريعة الاسلامية الغراء عن ابتذاله وتشويهه أو الاعتداء عليه بأي شكل من أشكال، ومن مظاهر التكريم معاملته برفق أثناء احتضاره، وتلقيه الشهادة، والصبر عليه مدة حتى تصعد الروح إلى بارئها، وحرمت المساس بجثته في هذه الفترة ثم أمرت بتغسيله وتكفينه والصلاة عليه ودفنه.

وقد نهى رسول الله عن المثلة بالميت، لما في ذلك من الالهانة بإنسانية الميت، في الحديث الذي رواه احمد عن عمران بن الحصين قال: "كان النبي صلى الله عليه وسلم يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة".

وما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أمر أميرا على جيش قال: "اغزوا ولا تغلوا ولا تمثلوا"<sup>(2)</sup>.

وبعد دفن الميت يحظر المساس برفاته، فقد جاء في الحديث الذي رواه جابر بن عبد الله أنهم خرجوا في جنازة فأخرج الحفار عظما ساقا، أو عضدا، فذهب ليكسرها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم "لا تكسرها فان كسرك إياه ميتا ككسرك إياه حيا، ولكن دسه في القبر"<sup>(3)</sup>.

ومن هذه الآيات والأحاديث ندرك عظمة التشريع الإسلامي في تكريم الإنسان في حياته وعند مماته، ويستنتى من ذلك حالة الضرورة التي تدعو إلى العلاج أو التداوي.

(1)-سورة الإسراء، الآية 70.

(2)-رواه مسلم في الصحيح، مرجع سابق، ص 150.

(3)-الفتاوى الإسلامية، دار الإفتاء المصرية، المجلد 4، وزارة الأوقاف، مصر، 1983، ص 1331.

إلا أنه في ظل التطور الطبي الحاصل في الآونة الأخيرة تم التطلع الى الاستفادة من أجساد الموتى وأعضائهم في العديد في المجالات الطبية والتعليمية مما قد يمثل اعتداء عليهم، كإجراء التجارب الطبية والتشريح لتعلم الطب، أو نقل أعضائهم الى أجساد بعض المرضى ممن هم في حاجة اليها لتعويضهم عما فقدوه منها أو انقاذاً لحياتهم، فكيف يتلاءم ذلك مع موقف الشريعة الإسلامية الداعي الى احترام الميت والاهتمام بحقوقه الخاصة وعدم اهانتة أو التعدي عليه؟ وما موقف المشرع الجزائري من ذلك؟

وعليه فإن عمليات المساس بالجثة، بما فيها عمليات التشريح، ونقل الأعضاء من جثث الموتى، لضرورة علاجية أو لأغراض علمية من أبحاث وتجارب، كلها مسائل شرعية قد تمثل اعتداء على حرمة الموتى، وتثير العديد من المشاكل التي يجب التصدي لها، وبيان الحكم الشرعي والقانوني لهذه المسائل. في إطار هذا الفصل نتعرض الى تحديد مفهوم التشريح لجثث الموتى وحكمها الشرعي والقانوني في المبحث الأول، ثم نبيّن الحدود الشرعية والقانونية للتصرف بأعضاء الجثة في المبحث الثاني.

## المبحث الأول

### الحكم الشرعي والقانوني لتشريح الجثة

إن ممارسة تشريح أجساد الأموات تعد إحدى متطلبات الحصول على أعضائها، فمن المستحيل الحصول على أي عضو منها قبل أن يتم تشريحها أولاً، فهل الممارسة الطبية لتشريح الجثث جائزة شرعاً وقانوناً؟ وهل يعتبر ذلك اعتداءً عليها أم أنه مصلحة يبيحها الشرع والقانون؟

للإجابة عن هذه التساؤلات يقتضي بيان المقصود بالتشريح قبل الولوج في بيان أحكامه الشرعية والقانونية<sup>(1)</sup>، وعلى ذلك ومن أجل الوصول إلى المقصود بالتشريح، سوف نبين مفهومه لغة واصطلاحاً في المطلب الأول، ثم نبين أحكامه الشرعية والقانونية في المطلب الثاني.

#### المطلب الأول

##### مفهوم التشريح وأصنافه

قبل البدء بدراسة تشريح الجثة بالفقه الإسلامي وبيان الأحكام المتعلقة بهذا العلم والتفصيل فيه، لا بد أن نبين معنى التشريح من الناحية اللغوية والاصطلاحية ومن ثم نبين أهم أصنافه، وذلك ضمن الفروع الآتية :

#### الفرع الأول :المفهوم اللغوي والاصطلاحي للتشريح

من أجل الوصول لمفهوم التشريح لا بد من البحث في تعاريف هذه الممارسة في اللغة والاصطلاح وذلك على الوجه الآتي:

##### أولاً-تعريف التشريح لغة:

للتشريح من الناحية اللغوية عدة معاني منها:

---

(1)- علياء طه محمود، المسؤولية الطبية الجنائية عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، العراق، 2013، ص 78.

-معنى الكشف والإبانة والتفسير، يقول شرحت الغامض: إذا كشفته وفسرته، والمراد هو إظهار الشيء بعد خفائه<sup>(1)</sup>.

-وقال الرازي عن التشريح: أصله شَرَحَ أي كشف، ومنه تشريح اللحم، والقطعة منه شريحة، وكل سمين من اللحم ممتد، فهو شريحة وفي المعجم الوسيط: شرح اللحم شرحاً: قطعه قطعاً طويلاً رفاقاً<sup>(2)</sup>، والتشريح هو التبسيط وتشريح اللحم تقطيعه، فصل بعضها عن بعض للفحص العلمي<sup>(3)</sup>.

ومن هذه التعريفات اللغوية يتضح أن التشريح في اللغة: يطلق على قطع اللحم بعضه عن بعض، وفصله عن العضو، أو العظم، وجعله شرائح رقيقة، بحيث يتضح ما بداخله من حقائق<sup>(4)</sup>.

### ثانياً-تعريف التشريح في الاصطلاح:

من خلال البحث في الكتب الفقهية المعاصرة لم أجد معنى التشريح من الناحية الاصطلاحية الشرعية، غير أن هذه الكتب اقتصرَت على التعاريف الطبية للتشريح فقط، من دون الإشارة لباقي التعاريف الأخرى، باعتبار التشريح علم له تعاريفه الخاصة.

غير أن التشريح لا يخرج عن معنيين الأول: هو العلم الذي يبحث في تركيب الأجسام العضوية وكيفية تقطيعها، أما الثاني: فهو تقطيع الجسم علمياً، وتشقيقه للفحص الطبي<sup>(5)</sup> وهذا ما سنقوم ببيانه في الفقرتين الآتيتين:

(1)- عادل عبد المجيد الفجال، ضوابط استئصال الأعضاء البشرية من الجثث الآدمية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2010، ص 163، وكذا د/ عبد الغفور بونس صالح، حكم وضوابط تشريح الجثث بين الشريعة والقانون العراقي، المجلد 5، ع 21، سنة 14، العراق، 2019، ص 347.

(2)- إبراهيم مصطفى وأحمد الزيات، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ج 1، دار الدعوة، القاهرة، 1989، ص 477 و 478.

(3)- أ/ محمد جاسم عبد العيساوي، تشريح الجثث ضوابطها وأحكامها في الفقه الإسلامي، مقال منشور في مجلة العلوم الإسلامية، ع 28، السنة 7، جامعة الأنبار، ص 4، وكذا نايف بن سعد بن عبد الرحمن الشنيفي، أحكام تشريح جثة الآدمي وتطبيقاته القضائية، بحث تكميلي لنيل مذكرة الماجستير في قسم الفقه المقارن، المملكة العربية السعودية، 2005، ص 12.

(4)- عايد بن معافى بن جمعان الجدعاني، مرجع سابق، ص 136 وكذا د/ بلحاج العربي، الحماية القانونية للجثة وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي والقانون الطبي الجزائري، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 150.

(5)- د/ محمد علي البار، علم التشريح عند المسلمين، ط 1، السعودية، جدة، 1987، ص 7.

### أ-المعنى العلمي لتشريح الجثة:

يعد التشريح من الناحية العلمية هو أحد العلوم الأساسية في الطب، فالأخير يحتاج لدراسة وتركيب بنية الإنسان، ومعرفة وظائف أعضائه المختلفة ومواقعها، وكيفية اتصالها ببعضها، ليتمكن الطبيب الجراح على ضوءه من ممارسة مهنته، وهو على بينة من أمره، إذ تترسّخ معلوماته، وتزداد معرفته إذا ما قام بنفسه بممارسة هذا الفن فضلا عن قراءة علم التشريح<sup>(1)</sup>.

### ب-المعنى العملي لتشريح الجثة:

إن ممارسة تشريح الجثة تعد وسيلة يتم من خلالها الكشف عن أسباب الوفاة عندما تكون نتيجة لأسباب غير عادية، كما أنها تعد مدخلا لتشخيص بعض الأمراض الخطيرة والتي تؤدي إلى الوفاة، فالتشريح يكشف عن أسباب الجريمة المحاطة بالشبهات ويكشف عن سبب الوفاة عندما يشتبه في حدوثها نتيجة اعتداء غير مشروع<sup>(2)</sup>.

ومن خلال ما تقدم من التعريفات اللغوية والاصطلاحية يتضح لنا أن هناك ترابط بينهما، إذ أن كلاهما يدلان على اظهار ما خفي من أسباب مؤدية للوفاة.

### الفرع الثاني: أصناف تشريح جثث الموتى

تتعدد أنواع التشريح نظرا للغرض من اجرائه إلى ثلاث أنواع، الأول يتمثل في التشريح الجنائي الذي يتم بغرض الكشف عن الجريمة وملابساتها وسبب الوفاة في البحث الجنائي وقضايا الإحرام، أما التشريح الثاني يتمثل في التشريح المرضي وبه يتم الكشف عن الأمراض والأوبئة للحد من انتشارها والإسراع في معالجتها<sup>(3)</sup>، والثالث يكمن في التشريح العلمي الذي يتم في نطاق دراسة الطب بغرض تطوير العلوم الطبية.

(1)- علياء طه محمود، مرجع سابق، ص 79.

(2)- د/ أنور أبو بكر كريم هواني الجاف، مدى شرعية تشريح جثة الإنسان، دراسة قانونية مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2010، ص ص 140 -142 وكذا علياء طه محمود، مرجع سابق، ص 79.

(3)- علياء طه محمود، المرجع السابق، ص 79.

## أولاً-التشريع الجنائي:

وهو تشريح جسم الإنسان الميت بسبب الاعتداء عليه، وهو من اختصاص الطب الشرعي، والذي يعتبر فرعاً من فروع علم الطب، ومن العلوم المساعدة لعلم الإجرام الذي يهتم بالكشف عن أسباب الجريمة<sup>(1)</sup>، والمقصد الأساسي من هذا التشريح هو الوقوف على أسباب الوفاة لكشف ملابسات واقعة حتى يتبين الحق والعدل فيها<sup>(2)</sup>. فالطب الشرعي يساعد في التعرف على حقيقة وجود الجريمة أو نفيها، كما يساعد على معرفة أسباب الوفاة المجهولة إضافة إلى مساعدة رجال الأمن والقضاء في معرفة هوية الجثث المجهولة، أو التي لم يتبق منها إلا عظام قليلة<sup>(3)</sup>، وهذا كله يكون تحقيقاً لمصلحة الجاني في نفي الجناية عنه ولمصلحة المجني عليه في معرفة قاتله، أو لمصلحة المجتمع في الوصول إلى الحقيقة ومتابعة الخارجين عن القانون<sup>(4)</sup>.

وبعد هذا النوع من التشريح خير وسيلة في سبيل ضبط الأمن والمحافظة عليه من خلال ردع كل من تسوّل له نفسه ارتكاب جريمة خفية<sup>(5)</sup>.

## ثانياً-التشريح المرضي:

وهو تشريح علاجي للبحث عن العلة والداء وما إذا كان المرض المسبب للوفاة يعد وباء يخشى انتشاره بين أفراد المجتمع، لكي تقوم الجهات المختصة بعمل الإجراءات الوقائية اللازمة للحد من انتشار هذا المرض<sup>(6)</sup>، لكن لا يمكن معرفة الأمراض وأنواعها إلا بعد تشريح جثة المتوفى للحصول على سبب الوفاة وطبيعة المرض، وعلاقته بمختلف الأعضاء وأجهزة الجسم، وهذه المعرفة لازمة

(1)- بوشي يوسف، مرجع سابق، ص 433.

(2) -عادل عبد الحميد الفجال، مرجع سابق، ص 166 وكذا ومحمد بن سليمان بن عبد الله العمرو، مرجع سابق، ص ص 177 و178.

(3) -جمال مهدي الأكنشة، تشريح جثة الإنسان بين الحظر والإباحة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ع 1، مقال منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2010، ص 19، وكذا رقية أسعد صالح عرار، مرجع سابق، ص 144.

(4)-د/ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 148.

(5)- أ/ حيدرة محمد، تشريح الجثث والانتفاع بأعضاء الميت في الشريعة الإسلامية والقانون الطبي الجزائري، مقال منشور في مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، ع 6، جامعة مستغانم، الجزائر، 2011، ص ص 58 و59، وكذا علياء طه محمود، مرجع سابق، ص 127.

(6)- محمد بن سليمان بن عبد الله العمرو، المرجع السابق، ص 177.

للتعرف على الأمراض وكيفية علاجها قبل أن تؤدي إلى الوفاة وهذا سوف يؤدي إلى تقدم علم الطب<sup>(1)</sup>.

فهذا النوع من التشريح يعد ضروريا لتعليم الطب بمعرفة جثة الإنسان وأعضاء الجسم الظاهرة والباطنة، بقصد تعليمي وتربوي لتشخيص مختلف الأمراض<sup>(2)</sup>.

### ثالثا- التشريح التعليمي أو العلمي:

وهو عبارة عن قيام طلبة الطب بتشريح الجثث الآدمية في مشاح كلية الطب، تحت إشراف الأطباء المدرسين، ليضطلعوا علميا ويكونوا على دراية بأعضاء الجسم ووظائفه الظاهرة والباطنة، وذلك للنهوض بهم علميا وعمليا، وإعدادهم لخدمة المجتمع في مختلف الجوانب الصحية.

يقتضي علم الطب وجود علم التشريح لمعرفة الداء والدواء، ولمعرفة أعضاء الجسم ووظائفها الظاهرة والباطنة، ولتطوير البحث الطبي علميا وعمليا<sup>(3)</sup>، لذلك ومن خلال بيان أقسام التشريح يتبين أن التشريح يلعب دورا مهما وفعالا في تطوير العلوم الطبية، من خلال اكتشاف الأمراض والقضاء عليها عن طريق إجراء تجارب وأبحاث طبية على الجثث، وكذلك باكتشاف أسباب الوفاة في مجال القضايا الجنائية. ونظرا لهذه الأهمية العلمية والعملية الذي يلعبه التشريح في مجال تطوير العلوم الطبية، فقد أصبح محل اهتمام الفقهاء والتشريعات المقارنة.

(1)- رقية أسعد صالح عرار، مرجع سابق، ص 135.

(2)- محمد جاسم عبد العيساوي، مرجع سابق، ص 09، وكذا نايف بن سعد بن عبد الرحمن الشنيفي، مرجع سابق، ص ص 7 و8، وكذا علياء طه محمود، مرجع سابق، ص 127.

(3)- أ/ حيدرة محمد، مرجع سابق، ص 58، وكذا عادل عبد الحميد الفجال، مرجع سابق، ص 167 وكذا د/ بلحاج العربي، الحماية القانونية للجثة الآدمية، مرجع سابق، ص 148 وكذا محمد بن سليمان بن عبد الله العمرو، مرجع سابق، ص 177.

## المطلب الثاني

### الأحكام الشرعية والقانونية لتشريح جثث الموتى

نظرا لتعارض ممارسة تشريح جثث الموتى مع مبدأ حرمة الجثة الذي أقرته الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية كافة، فقد حظيت ممارسة التشريح التي أصبحت لا تقتصر على أغراض علمية أو قضائية فحسب، وإنما لأغراض علاجية متمثلة في نقل الأعضاء للدراسة والبحث من قبل علماء الشريعة والقانون، في سبيل الوصول إلى وضع أهم الأحكام القانونية والشرعية التي تنظمها، وعلى ذلك سوف نتناول عرض هذه الأحكام الشرعية والقانونية الخاصة بتشريح جثث الموتى في إطار الفرعين التاليين:

#### الفرع الأول: الحكم الشرعي لممارسة تشريح جثث الموتى

لقد أوجبت الشرائع السماوية تكريم جثة الميت وعدم اهانتها والتعامل معها بقسدية واحترام، وهذا قبل القوانين الوضعية الحديثة بعدة قرون، فالأصل شرعا أن للميت كرامة وحرمة كحرمته حيا، فلا يعتدي عليه بشق أو كسر أو غير ذلك<sup>(1)</sup>. ولكن بالرجوع إلى مؤلفات علماء الشريعة الإسلامية وجدنا بأن هناك تطبيقات أدرجت على سبيل الاستثناء على هذا الأصل، وهما مسألتان الأولى: بجواز شق بطن الأم الميتة لإخراج ولدها الحي الذي يضطرب في أحشائها<sup>(2)</sup>، أما الثانية فهي مسألة جواز

(1) - د/ محمد بن سليمان بن عبد الله العمرو، مرجع سابق، ص 187 وكذا د/ بلحاج العربي، الحماية القانونية للجثة الادمية، مرجع سابق، ص 157.

(2) - إذ أقر جمهور الفقه الإسلامي جواز شق بطن الأم الميتة التي ماتت حاملا والجنين يتحرك في أحشائها وترجى حياته، بعد إخراجها، فبالنسبة لفقهاء الحنفية فقد جاء في حاشية ابن عابدين بأنه: (حامل ماتت وولدها حي شق بطنها من الأيسر ويخرج ولدها ولو بالعكس وخيف على الأم بأن مات في بطنها الولد وهي حية - قطع وأخرج...). كما صرحت بذلك كتب فقهاء الشافعية والحنابلة، فقد جاء في المجموع للنووي: (وان ماتت امرأة وفي جوفها جنين حي شق جوفها لأنه استبقاء حي بإتلاف جزء من الميت. وجاء في مغني المحتاج للشربيني الخطيب: (انه لو دفنت امرأة في بطنها جنين ترجى حياته بأن يكون له ستة أشهر فأكثر نبشت وشق جوفها وأخرج تدركا للواجب، لأنه يجب أن يشق بطنها قبل الدفن، وإذا لم ترجى حياته لم تنبش). للمزيد من التفصيل أنظر د/ محمد علي البار، التشريح علومه وأحكامه، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، ع8، السنة6، ط4، مكة المكرمة، 2004، ص 177.

شق بطن الميت لاستخراج المال الثمين الذي ابتلعه قبل الموت بارتكاب أخف الضررين<sup>(1)</sup>، فهل يستنتج من هاتين المسألتين أن علماء الشريعة الإسلامية قد أقرّوا بجواز التشريح بأنواعه العلمي (الطبي) والجنائي والمرضي أو بصورة مطلقة<sup>(2)</sup>.

انطلاقاً من هذا، اختلف الفقهاء المعاصرين بشأن تشريح الجثث لمختلف الأغراض بين مجيز ومانع لها، وذلك لعدم وجود نص قطعي في القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة يقضي بتحريم التشريح أو إباحته. وهذا ما نحاول مناقشته في الأحكام التالية:

### أولاً-حكم التشريح التعليمي (الطبي):

لقد انقسم علماء الشريعة الإسلامية بصدد مشروعيته إلى قسمين أحدهما يمنعه والآخر يجيزه وفي ذلك ثلاث آراء :

#### أ-الرأي الأول يقول بالجواز المطلق:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه يجوز تشريح جثة الانسان بعد موته عند الضرورة، إذا حصلت الموافقة من ذوي المتوفى أو أوصى المتوفى قبل موته، ولم يكن هناك تمثيل بالجثة، وهذا ما ذهب إليه جمهور العلماء المعاصرين، فقد أفتى به فضيلة الشيخ عبد المجيد سليم مفتي الديار المصرية في الفتوى رقم 639 في 26 شعبان 1356 هـ، وقد اتبعته في ذلك فتوى من اللجنة الدائمة للبحوث العلمية

(1)- لقد انتهى جمهور الفقه الإسلامي إلى جواز شق بطن الميت الذي ادخل في جوفه-بابتلاع ونحوه-مالاً ثميناً من لؤلؤة أو جوهرة أو قطعة ذهبية أو فضية ونحوها، مما يبقى ولا يستهلك عينه، ثم مات لإخراج ما بلعه وجاء في جواز ذلك لدى فقهاء الحنفية في حاشية ابن عابدين: (ولو بلع مال غيره ومات هل يشق؟ قولان: والأولى نعم، لأنه وإن كانت حرمة الآدمي أعلى صيانة من المال، لكنه أزال احترامه بتعديده، ولكن لو سقط في جوفه بلا تعد لا يشق اتفاقاً). أما حكمها لدى فقهاء الحنابلة فقد قال بشأنها ابن قدامة المقدسي في المغني: (وإن بلع الميت مالاً لم يخل من أن يكون له أو لغيره فإن كان له لم يشق بطنه، لأنه استهلكه في حياته، ويحتمل أنه كان يسيراً ترك، وإن كثرت قيمته يشق بطنه ويخرج، لأن فيه حفظ المال من الضياع، وإن كان المال لغيره وابتلعه بإذنه فهو كما له... وإن بلعه غصبا ففيه وجهان، أحدهما لا يشق بطنه... والثاني يشق وإن كان كثيراً، لأن فيه دفع الضرر عن المالك برد ماله، وعن الميت بإبراء الذمة، وعن الورثة بحفظ التركة). وجاء في الشرح الكبير للدردير من فقهاء المالكية: (أنه يشق بطن الميت لاستخراج المال الذي ابتلعه حياً، سواء أكان المال له أم لغيره). كما جاء في المحلي لابن حزم من فقهاء الظاهرية: (ومن بلع درهماً أو ديناراً، أو لؤلؤة شق بطنه عنها لصحة النهي عن إضاعة المال). للمزيد من التفصيل د/ محمد بن سيمان

بن عبد الله العمرو، مرجع سابق، ص 188.

(2)- أ / حيدرة محمد، مرجع سابق، ص 58.

والإفتاء في السعودية الصادرة في 1396/7/21هـ وقرار هيئة كبار العلماء بها في 1936/08/20هـ وهذا مذهب معظم العلماء المعاصرين في مختلف الأمصار الإسلامية، وهذا ما جاء به قرار مجلس مجمع الفقه الاسلامي بشأن تشريح جثث الموتى الصادر في دورته العاشرة المنعقدة في 1987/10/21-1987/10/17 بالقول بجواز التشريح لأجل التعلم لطلاب الطب<sup>(1)</sup>، وجاء في فتوى جزائرية للشيخ أحمد حماني بشأن إباحة التشريح<sup>(2)</sup>، من الاستدلالات التي عرضوها في هذا المجال نذكر الآتي:

### 1- الاستدلال بالقياس من ثلاثة أوجه:

**الوجه الأول:** القياس على جواز شق بطن المرأة الحامل الميتة لاستخراج جنينها الذي رجيت حياته، فكما يجوز شق بطن الميتة لاستخراج جنينها احياء للنفس وحفظا للحياة الإنسانية، فكذلك يجوز تشريح الميت وشق بطنه للتعرف على المرض، أو لدواعي الجريمة، أو لما يمكن أن يضطر اليه في العملية التعليمية<sup>(3)</sup>.

نوقش هذا الدليل: بأن الأصل المقيس عليه هنا غير مسلم، بل لا يجوز ذلك، لأن هذا الولد لا يعيش عادة، ولا يتحقق من ذلك، فلا يجوز هناك حرمة متيقنة لأمر موهوم<sup>(4)</sup>. قد أجيب عن ذلك بأن القياس على القول بعدم جواز شق بطن الميتة لإخراج الجنين الحي بهذا التعليل غير ظاهر، بل هو

(1)- محمد بن محمد المختار الشنقيطي، مرجع سابق، ص 170، وكذا صالح محمود جابر، مرجع سابق، ص 1678. أنظر قرار مجلس مجمع الفقهي قد أباحت هذه الفتاوى، وكثيرٌ غيرها التشريح لأحد الأغراض التالية:

أ- التحقيق في دَعْوَى جنائية، لمعرفة أسباب الموت، أو الجريمة المرتكبة، وذلك عندما يُشكل على القاضي معرفة أسباب الوفاة، ويتبين أنَّ التشريح هو السبيل لمعرفة هذه الأسباب.

ب- التَّحَقُّق من الأمراض التي تستدعي التشريح، ليتَّخذ على ضوئه الاحتياطات الوقائية، والعلاجات المناسبة لتلك الأمراض.

ج- تعليم الطب وتعلّمه، كما هو الحال في كليات الطب" مجلة مجمع الفقه الاسلامي، ط1، ع8، السنة 6، مكة المكرمة، 2004، ص343.

(2)- الشيخ أحمد حماني، فتوى صادرة بشأن إباحة التشريح في 1980/04/16، وأخرى في 1985/02/14.

(3) د/ عبد العزيز خليفة القصار، حكم تشريح الانسان بين الشريعة والقانون، دار ابن حزم، الأردن، 1999، ص 37 و38. وكذا محمد بن محمد المختار الشنقيطي، مرجع سابق، ص171، وكذا نايف بن سعد بن عبد الرحمن الشنيفي، مرجع سابق، ص 10.

(4) - د/ عبد العزيز خليفة القصار، المرجع السابق، ص46.

مرجّح، لأن فيه قتلا للنفس المرجو حياتها، وهو الجنين، من أجل حفظ كرامة الميتة، ولا يختلف اثنان أن انتهاك حرمة الميت أخف من وأد الجنين البريء في بطن أمه.

**الوجه الثاني:** القياس على جواز تقطيع الجنين لإنقاذ أمه إذا غلب على الظن هلاكها بسببه فكما يجوز تقطيع الجنين لإنقاذ أمه وهو مصلحة، فكذا يجوز تشريح الميت إذا احتيج إليه، لما فيه من المصالح الظاهرة<sup>(1)</sup>.

**الوجه الثالث:** القياس على القول بجواز شق بطن الميت لاستخراج شيء ثمين ابتلعه، فكما يجوز شق بطنه لاستخراج ذلك، يجوز تشريح جنثه لأغراض معينة تتحقق فيها المصلحة والحاجة تنزل منزل الضرورة<sup>(2)</sup>.

## 2- الاستدلال بالنظر الى قواعد الشريعة من وجهين:

**الوجه الأول:** الاستدلال بقاعدة إذا تعارضت مصلحتان قدّم أقواهما، وإذا تعارضت مفسدتان ارتكب أخفهما تقاديا لأشدهما، وبأن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف<sup>(3)</sup>.

وجه تطبيقها: أن هاتين القاعدتين وجهان لمبدأ واحد يقضي بتقديم المصلحة العليا، فقواعد الشريعة الإسلامية مبنية على رعاية المصالح الراجعة وتحمل الضرر اللاحق لجلب مصلحة يترتب على تفويتها ضرر أشد من هذا الضرر، ونظرا لأن المصلحة المترتبة على تشريح الجنث تعتبر مصلحة عامة لما فيها من تعلم الطب، وكشف الجرائم ومنفعة المجتمع بأسره، ومصلحة الامتناع عن التشريح مصلحة خاصة تتعلق بالميت، فهنا تعارضت مصلحتان، فقدم الأقوى منهما وهي المصلحة العامة، فان رعاية هذه المصالح تقتضي القول بجواز التشريح إعمالا للقاعدة السابقة<sup>(4)</sup>.

(1)- محمد بن محمد المختار الشنقيطي، المرجع السابق، ص171 وكذا د/ محمود أحمد طه، مرجع سابق، ص 318.

(2)- نايف بن سعد بن عبد الرحمن الشنقيفي، المرجع السابق، ص11 وكذا د/ أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية لأعمال الطبية، ط 2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987، ص67.

(3)- رقية أسعد صالح عرار، مرجع سابق، ص139، وكذا محمد بن محمد المختار الشنقيطي، مرجع سابق، ص172.

(4)- د/ أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص ص 68 و 69، وكذا د/ محمود أحمد طه، مرجع سابق، ص ص 324 و 325.

**الوجه الثاني:** الاستدلال بقاعدة ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب<sup>(1)</sup>.

وجه تطبيقها: أنه إذا كان الشارع الحكيم قد أوجب على فريق من الأمة تعلم الطب من باب فرض الكفاية، وكان ذلك لا يتم إلا بالتشريح، فانه بذلك يكون قد توجب تعلم التشريح وتعليمه ومزاولته، ونفس الشيء يطبق على التشريح الجنائي، لأنه يؤدي الى إقامة العدل، والشارع قد أوجب إقامة العدل<sup>(2)</sup>.

#### ب-الرأي الثاني يقول بالمنع المطلق:

ويرى أصحاب هذا الرأي<sup>(3)</sup> أنه لا يجوز تشريح جثة الانسان الميت، لتوافر ما يغني عن تشريحها، وهو تشريح الحيوانات وهو قول بعض العلماء المعاصرين، وقد استدلوا بالكتاب والسنة والقياس، والقواعد الشرعية لتبرير رأيهم:

1-من القرآن الكريم: ان خير ما نستدل به قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾<sup>(4)</sup>، وجه الاستدلال في هذه الآية أن الله تعالى قد كرم الإنسان سواء كان حيا أو ميتا تكريما شاملا، فتشريح جثة الميت وتقطيعها ينافي هذا التكريم<sup>(5)</sup>.

**وجه الدلالة:** أن فيها دلالة على تكريم الله للإنسان، وهذا شامل لحال حياته وبعد وفاته، وفي تشريح الجثة إهانة له لما في ذلك من تشويه للجسد، وبقر للبطن، وغير ذلك من الصور المهينة، وهو أمر منهي عنه، فيكون التشريح حينئذ حراما<sup>(6)</sup>.

(1)- أ/ حيدرة محمد، مرجع سابق، ص59. وكذا محمد بن محمد المختار الشنقيطي، المرجع السابق، ص173.

(2)- د/ محمد علي البار، مرجع سابق، ص85.

(3)- ومنهم الشيخ محمد بخيت المطيعي، والشيخ محمد برهان الدين السنبهلي، والشيخ حسين السقاف وغيرهم.

(4)- سورة الاسراء، الآية 70.

(5) - أ/ محمد جاسم عبد العيساوي، مرجع سابق، ص 12 وكذا محمد بن محمد المختار الشنقيطي، مرجع سابق، ص 174.

(6)- محمد بن محمد المختار الشنقيطي، المرجع السابق، ص 174 وكذا د/ عبد العزيز خليفة القصار، مرجع سابق، ص32.

نوقش هذا الاستدلال: بالتسليم بأن تكريم الميت أمر مطلوب، وأن في تشريحه مفسدة ولكن هذه المفسدة لو قورنت بالمصالح المترتبة على التشريح لم يسع الا القول بالجواز<sup>(1)</sup>.

## 2- من السنة: استدلو بما يأتي:

- انما ورد في النهي عن المثلة من حديث بن بريدة قال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم " إذا أمر أميراً على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيراً، ثم قال: اغزوا باسم الله، في سبيل الله، قاتلوا من كفر الله، اغزوا فلا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا..."<sup>(2)</sup>.

- وحديث عبد الله بن يزيد الأنصاري عن النبي صلى الله عليه وسلم قال " نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن النهي والمثلة"<sup>(3)</sup>.

وجه الدلالة من الحديثين الشريفين: أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن التمثيل بالأموات، والتمثيل هو تشويه القتلى بقطع الأنوف والاذان وغيرها، وتشريح جثة الميت داخل في عموم هذا النهي، وإذا نهينا عن تشويه جثث الأعداء، فلأن نهى عن تشويه جثة المسلم من باب أولى<sup>(4)</sup>.

نوقش هذا الاستدلال من الوجوه التالية:

**الوجه الأول:** أن التمثيل المنهي عنه هو ما كان بدافع النكاية أو التشفي أو الثأر أو العبث، فهذا محرم، أما ما كان لحاجة معتبرة شرعا تظهر فيها مصلحة الحي، لا يمكن أن نعتبر ذلك من المثلة المنهي عنها، وان ترتب عليه شق أو قطع<sup>(5)</sup>.

(1)- د/ عبد العزيز خليفة القصار، المرجع السابق، ص31، وكذا محمد بن محمد المختار الشنقيطي، المرجع السابق، ص174.

(2)- أخرجه مسلم في الصحيح، مرجع سابق، ص 150.

(3)- د/ محمد بن سيمان بن عبد الله العمرو، مرجع سابق، ص 102، ويقصد بالنهي: بضم النون، فعل من النهب، وهو أخذ المرء ما ليس له جهارا. أنظر صالح محمود جابر، مرجع سابق، ص 1673.

(4) -عابد بن معافى بن جمعان الجدعاني، مرجع سابق، ص 151 وكذا د/ عبد العزيز خليفة القصار، مرجع سابق، ص32.

(5)- د/ عبد العزيز خليفة القصار، المرجع السابق، ص42.

**الوجه الثاني:** ان المصالح المترتبة على التشريح أعظم من مفسدة إهانة الميت، على أن من أدرك تلك المصالح وتأمل مضامينها عرف أن تشريح الميت لم يكن إهانة له، ولا منافيا لكرامته (1).

**الوجه الثالث:** أن أحاديث النهي عن المثلة أحاديث عامة ثبت في الشرع تخصيصها، كما في قصة العرينين (2)، وآية المحاريين (3)، فإذا جاز التمثيل لمصلحة عامة وهي زجر الظلمة عن الاعتداء على الناس فكذلك يجوز التشريح طلبا لمصلحة العامة في الطب، أو كشف الجرائم ونحو ذلك (4).

- كما استدلو من السنة أيضا بحديث عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها إن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "كسر عظم الميت ككسره حيا" (5).

**وجه الدلالة:** أن النبي حرم كسر عظم الميت، وأنه ككسر عظم الحي في الاثم، ولا شك أن التشريح مشتمل على ذلك وأعظم، فيكون مثله في التحريم (6).

- نوقش هذا الاستدلال بأن الكسر المنهي عنه ما كان بدافع النكاية أو التشفي أو العتب ونحو ذلك، أما ما كان لحاجة ومصلحة فلا حرمة في ذلك كما هو الشأن في التشريح.

(1)- إيمان عبد الرحمن المشموم، مرجع سابق، ص 231.

(2)- أصحاب العرينين جماعة من عرينه " وهي بلدة" ارتدوا عن الإسلام وقتلوا الرعاة واستاقوا إبل الصدقة فعاقبهم النبي صلى الله عليه وسلم: قطع أيديهم وأرجلهم وسمل أعينهم وتركهم في الحرة حتى ماتوا، للمزيد من التفصيل أنظر مسلم بن حجاج النيسابوري، صحيح مسلم، ط2، ج3، دار السلام للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2000، ص 736.

(3)- وهي قوله تعالى: " ان جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهو في الآخرة عذاب عظيم".

(4)- محمد بن محمد المختار الشنقيطي، مرجع سابق، ص 178. مسلم النيسابوري، المرجع السابق، ص 1298.

(5)- أخرجه أبو داود، مرجع سابق، ص 1464، وأخرجه الإمام أحمد في مسنده: ابن حنبل، أحمد أبو عبد الله الشيباني، مسند الإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة قرطبة، الجزء السادس، القاهرة، د.س.ن، الأحاديث مزيلة بأحكام شعيب الأرنؤوط عليها، الحكم على الحديث: (رجاله ثقات رجال الصحيح غير عبد الرحمن بن أبي الرجال فمن رجال أصحاب السنن وهو صدوق. وهذا الحديث صحيح من رواية عمرة عن عائشة موقوفاً)، ص 105.

(6)- د/ محمد بن سيمان بن عبد الله العمرو، مرجع سابق، ص 203 وكذا محمد بن محمد المختار الشنقيطي، المرجع السابق، ص 175.

- غير أن عموم الأحاديث التي نهت عن الجلوس على القبر كقوله صلى الله عليه وسلم: " لا تصلوا الى القبور ولا تجلسوا عليها"<sup>(1)</sup>.

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن إهانة الميت وايدائه بالجلوس على قبره، فكيف بالتشريح الذي فيه اعتداء على جسده وتقطيع لأعضائه، لا شك أنه بالمنع أولى وأحرى.

نوقش هذا الاستدلال: بأن الجلوس على القبر منهي عنه لاشتماله على إهانة الميت من غير مصلحة في ذلك، أما عن التشريح فالمصالح فيه ظاهرة لذا تغتفر فيه الإهانة<sup>(2)</sup>.

### 3-الاستدلال بالقواعد الشرعية:

يمكننا الاستدلال على عدم جواز تشريح جثث الموتى ببعض القواعد الفقهية التي وضعها علماء الشريعة الإسلامية من أجل تنظيم الأحكام الشرعية لما يستجد من مسائل علمية أو عملية ومن بينها:

-قاعدة "الضرر لا يزال بالضرر"<sup>(3)</sup>:

وجه تطبيقها: أن في التشريح إزالة ضرر بمثله، فالتعلم الطبي لإزالة الضرر الحاصل من المرض لا يزال بضرر مثله، وهو تشريح جثة الميت واهانته، وهو ما دلت القاعدة على عدم جوازه<sup>(4)</sup>.

-قاعدة "لا ضرر ولا ضرار"<sup>(5)</sup>:

وجه تطبيقها: دلت القاعدة على حرمة الإضرار بالغير، ولا شك أن في التشريح إضراراً بالميت فلا يجوز فعله<sup>(6)</sup>، كما أن تشريح الجثة فيه تأخير للدفن، وهذا يتنافى مع ما أوجبه الفقهاء من ضرورة دفن الميت في أسرع وقت ممكن.

(1) -أخرجه مسلم في الصحيح، مرجع سابق، ص831.

(2) -محمد بن محمد المختار الشنقيطي، مرجع سابق ، ص178 وكذا إيمان عبد الرحمن المشموم، مرجع سابق، ص227.

(3) -السيوطي، مرجع سابق، ص86، ابن نجيم، مرجع سابق، ص87.

(4) -محمد بن محمد المختار الشنقيطي، المرجع السابق ، ص176.

(5) -السيوطي، مرجع سابق، ص86، ابن نجيم، مرجع سابق، ص87.

(6) -محمد بن محمد المختار الشنقيطي، مرجع سابق، ص177.

نوقش الاستدلال بهاتين القاعدتين: بأن تطبيق قاعدة الضرر لا يزال بالضرر، إنما يكون عند تساوي الضررين، وما نحن فيه هنا هو إزالة ضرر بضرر أخف منه، والقاعدة تقول: يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، كما يتحمل الضرر الأخف لإزالة الضرر الأشد<sup>(1)</sup>، ولا شك أن التقصير في ضمان صحة أفضل، وكذا في حفظ الأمن للأحياء أشد ضرراً من التشريح<sup>(2)</sup>.

-**الرأي الراجح:** من خلال ما سبق وبعد الاطلاع على الأدلة السابقة أرى أن القول الراجح من ذلك هو جواز التشريح بقيود وضوابط التي ذكرت بالرغم من قوة أدلة المانعين، وما ذلك إلا للحاجة التي دعت إلى تشريح جثة الإنسان، فتطور الحياة أدى إلى هذه الحاجة كانتشار الجريمة والأمراض والأوبئة، والحاجة إلى دراسة أعضاء جسم الإنسان، وهذه من المقاصد التي في جملتها دعت لحفظ النفس، ويجب أن تراعى لجواز مثل هذا النوع من التشريح:

1- أن تكون الجثة لغير معصوم الدم، فإذا لم يوجد غير معصوم الدم فلا يجوز تشريح جثة معصوم الدم - وخاصة المسلم - إلا للضرورة.

2- إذا كانت الجثة لشخص معلوم يشترط أن يكون قد أذن هو قبل موته بتشريح جثته أو أن يأذن بذلك ورثته بعد موته.

3- يجب أن يقتصر في التشريح على قدر الضرورة كيلا يعيث بجثث الموتى، فإذا احتجنا أن نشرح اليد فلا نشرح بقية الجسم، أو احتجنا نشرح الرأس فلا نشرح بقية الجسم، فمثلاً الطلاب الذين يدرسون طب العيون بحاجة إلى تشريح العين، وليسوا بحاجة إلى القدم، أو الرجل، فالتشريح يكون بقدر الحاجة، فالذين يدرسون في تخصص القلب، يشرحون القلوب، فقد لا يحتاجون إلى شيء آخر، لكن إذا كانوا يحتاجون إلى شيء آخر، فالقاعدة تقول: "الضرورة تقدر بقدرها".

4- جثث النساء لا يجوز أن يتولى تشريحها غير الطبيبات، وكذلك تشريح جثث الرجال لا يجوز أن يتولى تشريحها غير الأطباء إلا عند الضرورة بشرط عدم الخلوة، ويقتصر نظر المشرح ومسه على مواضع الضرورة، وأن تكون هناك حاجة ملحة وضرورة فعلية للتشريح.

(1)- السيوطي، المرجع السابق، ص 87.

(2)- د/ عبد العزيز خليفة القصار، مرجع سابق، ص 45.

5-التأكد من موت من يراد تشريحه موتاً حقيقياً لا دماغياً (1).

6-أن يتم الحصول على الجثة بأحد وسائل الحصول عليها، ولا يجوز بيع جثة المسلم إذا وجد غيره، لأن أعضاء المسلم ليست بضاعة تباع وتشترى.

7-مراعاة آداب تكريم الميت (2).

### ثانياً-حكم التشريح الجنائي :

لقد ذهب جمهور المعاصرين من العلماء إلى أن التشريح الجنائي جائزاً، وقد يكون واجباً، لأن التشريح الجنائي يترتب عليه مصالح عظيمة والمصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة وترتكب ادني المفسدتين لدفع أعلاهما، والقاعدة الشرعية ارتكاب أخف الضررين، والضرورات تبيح المحظورات، فمصلحة الميت بأن لا تشرح جثته، لكن المصلحة العامة وهي مصلحة المجتمع أن تشرح هذه الجثة لمعرفة بعض الحقائق.

وقد أفتى بجواز التشريح الجنائي كلا من المجمع الفقه الإسلامي في مكة المكرمة، وكذلك هيئة كبار العلماء في المملكة السعودية في فتاواه الصادرة في دورته التاسعة رقم القرار (47) (3)، وكذلك دار الفتوى المصرية، وهو يكاد أن يكون إجماعاً.

(1) د/ جمال مهدي محمود الأكشة، مرجع سابق، ص 74.

(2) أ / محمد جاسم عبد العيساوي، مرجع سابق، ص 15، وكذا د/ جمال مهدي محمود الأكشة، المرجع السابق، ص 78، وكذا د/ محمد بن سيمان بن عبد الله العمرو، مرجع سابق، ص 206، وكذا رقية أسعد صالح عرار، مرجع سابق، ص 144 و 145، أ/ حيدرة محمد، مرجع سابق، ص 59 و 60، وكذا د/ أنور أبو بكر كريم هواني الجاف، مرجع سابق، ص 293 وما بعدها.

(3)- راجع أبحاث هيئة كبار العلماء، في حكم تشريح جثة المسلم الصادرة في مجلة البحوث الإسلامية، ع 4، 1978، ص 81.

وإن خير ما نستدل به على إباحة تشريح جثث الأموات جنائياً قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حُكِّمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾<sup>(1)</sup>، وقوله عز وجل: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ﴾<sup>(2)</sup>، وقوله تعالى: ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَا نُ قَوْمٍ عَلَى أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾<sup>(3)</sup>.

وجه الدلالة: أن أساس التشريح الجنائي في البحث عن الجريمة هو إقامة ميزان العدل، حيث من خلاله يتم معرفة أسباب الوفاة، بالتشريح الجنائي وحده نتوصل إلى إدانة المجرم أو براءته، وهذه كلها مصالح مشروعة أقرتها النصوص القانونية القرآنية السابقة<sup>(4)</sup>.

ومن المصالح التي تترتب على تشريح الجثة في التشريح الجنائي:

- 1- صيانة لحكم القاضي عن الخطأ، لأن القاضي لا يعرف كيفية موت الشخص هل مات بشكل طبيعي أو مات بسم، إلا بالاستعانة بالتشريح الطبي قبل اصدار حكمه القضائي.
- 2- صيانة لحق الميت الآيل إلى ورثته، وذلك من خلال معرفة الجناة واخذ القصاص منهم حتى لا يذهب دم المجني عليه هدرا.
- 3- صيانة لحق الجماعة من داء الاعتداء والاغتيال، وتحقيق الأمن في المجتمع من خلال معرفة المتهمين والقضاء عليهم<sup>(5)</sup>.

وما يمكن قوله إن حكم التشريح الجنائي قد يصل إلى الوجوب لأن المصالح المترتبة عليه من الأمور التي جاء به القرآن الكريم والسنة النبوية بالمحافظة عليها وإيجابها.

وقد اشترط العلماء في التشريح الجنائي عدة شروط منها:

- 1- أن يكون في الجناية المرتكبة متهما، يتهم بالقتل، فلو لم يكن هناك متهما، لم يكن هناك حاجة لتشريح الجثة.

(1) -سورة النساء، الآية 58.

(2) -سورة النحل، الآية 90.

(3) -سورة المائدة، الآية 8.

(4) -علياء طه محمود، مرجع سابق، ص 131 وكذا د/ بلحاج العربي، الحماية القانونية للجثة الآدمية، مرجع سابق، ص 161.

(5) -عايد بن معافى بن جمعان الجدعاني، مرجع سابق، ص 140.

2- أن يكون علم التشريح لكشف الجريمة بلغ إلى درجة تفيد نتيجة الدليل، كالتشأن في اكتشاف تزوير التوقيعات والخطوط.

3- قيام الضرورة للتشريح بأن تكون أدلة الجناية ضعيفة لا تقوى على الحكم بتقدير القاضي، لأن الأصل تحريم التشريح من غير حاجة، لأنه من قبيل التمثيل والاهانة، فقيام الضرورة هي التي أباحت لنا مثل هذه العمليات.

4- التأكد من موت من يراد تشريحه لكشف الجريمة، الموت المعتبر شرعا لا الموت الدماغي.

5- عدم تجاوز قدر الحاجة في التشريح<sup>(1)</sup>.

فمتى توفرت هذه الضوابط جاز تشريح الجثة، وإن اختل أحدها فلا داعي لتشريحها، لما في ذلك من المثلة بالميت، وانتهاك حرمة.

### ثالثا - حكم التشريح المرضي:

وهذا التشريح موضع إجماع أهل العلم المعاصرين، أنه يجوز عند وجود الغرض الصحيح، فلا بد أن يكون هناك سبب يدفع إلى جواز التشريح، كأن يصاب الشخص بمرض، وهذا المرض يخشى تعديه المجتمع، لكونه مرضا طارئا لم تتخذ له العلاجات والوقايات.

والعلة في ذلك أن المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة، فتقدم أعلى المصلحتين على أدناهما، وترتكب أدنى المفسدتين لدفع أعلاهما، وذلك أن تحصين المجتمع من الأمراض ووقايته منها مصلحة عامة، وحرمة الميت مصلحة خاصة، فتقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وسواء كانت هذه الجثة المشرحة جثة معصوما أم لا<sup>(2)</sup>.

والذي يبدو أن هذا النوع من التشريح غير جائز على إطلاقه، وذلك لما يلي:

(1) أ/ محمد جاسم عبد العيساوي، مرجع سابق، ص 16 و 17، وكذا عايد بن معافى بن جمعان الجعداني، مرجع سابق، ص 142.

(2) د/ جمال مهدي محمود الأكشة، مرجع سابق، ص 715 وكذا أ/ محمد جاسم عبد العيساوي، مرجع سابق، ص 18.

1- أن ذلك قد يتسبب في تأخير دفنه، وهذا خلاف ما جاءت به السنة المطهرة، والتي أمرت بتعجيل دفن الميت.

2- لما في ذلك من مثلة بالميت، وانتهاك لحرمة، وقد جاء النهي عن ذلك في السنة النبوية.

3- إمكانية التعرف على الأمراض واكتشافها بواسطة الأجهزة الطبية المتقدمة في عصرنا الحاضر.

إلا إذا حصلت وفيات لأعداد كبيرة بسبب مرض مفاجئ غير معروف، ولم يتمكن من التوصل إلى معرفة أسبابه، وتشخيصه عن طريق الوسائل والأجهزة الطبية المتقدمة، فعندها يجوز تشريح المرضى في هذه الحالة لأن الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام، ولأن المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة، فتقدم أعلى المصلحتين على أدناها، وترتكب أدنى المفسدتين لدفع أعلاهما<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: الحكم القانوني لممارسة تشريح جثث الموتى

لقد أجمع الفقه القانوني على إباحة تشريح جثث الموتى جنائيا وعلميا وطبيا، ففيما يتعلق بالنوع الأول، فهو لا يتم إلا بصدر إذن من السلطة القضائية، وبالتالي فليست هناك أية مشاكل تثار بصدد مشروعيتها، أما النوع الثاني والثالث فقد استمد غالبية الفقهاء إباحتهما من خلال النصوص والتشريعات التي أقرت بمشروعيتها<sup>(2)</sup>.

فقد تناول كل من المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة مسألة تشريح الجثة، إلا أنه رغم تكريس المشرع الجزائري حماية فعالة للجثة من خلال النصوص القانونية التي تتعلق بدفن ونقل الجثة والتي تعاقب على كل مساس بحرمة الميت وبالمقابر، غير أنه أدخلت عدة استثناءات على هذه الحماية، وذلك من أجل تحقيق مصلحة المجتمع والبشرية جمعاء.

(1) - عابد بن معافي بن جمعان الجدعاني، مرجع سابق، ص 144.

(2) - فبالرغم من إقرار الغالب الأعم من الفقه القانوني مشروعية تشريح جثث الأموات جنائيا وعلميا، إلا أنهم ونتيجة لاختلاف التشريعات بصدد الأساس القانوني لمشروعية هذه الممارسة، فقد اختلفوا بصدد منقسمين إلى جانبين الأول: يسند أساس مشروعيتها إلى الرضا، أما الآخر فقد أسندها إلى المصلحة الاجتماعية أو الخاصة التي تهدف لها ممارسة التشريح، ونحن نرى تواضعا بأن كلا الجانبين فقد جانب الصواب، لذلك لأن التشريح لا يكون مشروعاً إلا بالموافقة ويتوافر المصلحة الاجتماعية، فهو لا يكون مشروعاً إذا كان الغرض منه تشويه الجثة أو التمثيل بها. لمزيد من التفصيل أنظر د/ محمد إبراهيم خليل، مرجع سابق، ص 321 وكذا د/ حسام كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 161.

ومن هذه الاستثناءات، نجد جواز تشريح الجثة لأغراض مختلفة منها، العلمية والطبية والجنائية، فتشريح الجثث وإن كان ينال من جسد الإنسان بعد وفاته إلا أن القانون أباح ممارسة التشريح في حدود وبشروط معينة، وهذا ما نحاول مناقشته في ضوء القانون الجزائري والقانون المقارن.

#### أولاً-موقف المشرع الجزائري من تشريح الجثث:

في هذا الإطار نتطرق الى موقف المشرع الجزائري من كل من التشريح الجنائي والتشريح المرضي والتشريح التعليمي.

#### أ-موقف المشرع الجزائري من التشريح الجنائي:

رغم أن التشريح الجنائي لا يدخل في مجال التجارب الطبية التي تجرى على الجثة، إلا أنه يجب الإشارة إلى الأساس القانوني لهذا النوع من التشريح.

فبالرجوع إلى قانون الإجراءات الجزائية لا نجد نصا صريحا على جواز اجراء التشريح لغرض التحقيق الجنائي، إلا أنه يمكن استخلاص ذلك من نص المادة 143 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري والتي تنص على أنه "لجهات التحقيق أو الحكم عندما تعرض لها مسألة ذات طابع فني أن تأمر بئدب خبير اما بناء على طلب النيابة العامة واما من تلقاء نفسها أو من الخصوم " (1).

يفهم من خلال لفظ الخبرة أنه يمكن أن يكون من طرف طبيب شرعي عن طريق اجراء التشريح على الجثة لمعرفة أسباب الوفاة(2)، كما أنه وبالرجوع إلى نص المادة 82 من قانون الحالة المدنية (3) التي تنص على أنه "في حالة الموت المشكوك فيه، فإن ضابط الحالة المدنية لا يصدر

(1) -راجع قانون رقم 11-155 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006 والمعدل والمتمم بموجب القانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016.

(2) - المحكمة العليا الجزائية، غ، ج، 15/04/1989، ع 2، ص 265.

(3) -راجع المادة 82 راجع الأمر 20/70 المؤرخ في 19/02/1970، المتعلق بالحالة المدنية ج.ر.ع 21، الصادر بتاريخ 27/02/1970، معدل ومتمم بالقانون رقم 08/14 المؤرخ في 13 شوال عام 1435 الموافق في 9 أوت عام 2004 الجريدة الرسمية 49/2014 تنص: "إذا لوحظ علامات أو آثار تدل على الموت بطرق العنف أو طرق أخرى تشير ذلك، فلا يمكن اجراء الدفن الا بعد أن يقوم ضابط الشرطة بمساعدة طبيب بتحريز محضر عن حالة الجثة

التصريح بالدفن إلا بعد اجراء تحليل الجثة"، مما يعني أن تحليل الجثة لا يكون إلا عن طريق تشريحها من قبل طبيب شرعي.

كما يمكن اجراء التشريح-أيضا-بطلب من مصلحة الضمان الاجتماعي بعد موافقة القاضي، في إطار حوادث العمل أو الأمراض المهنية من أجل تحديد العلاقة بين الحادث والمرض والموت<sup>(1)</sup>، كما يمكن لوكيل الدولة أن يطلب بجمع أو تشريح الجثة وهذا بموجب في المادة 27 من المرسوم 152/75 المؤرخ في 1975/12/15 المتعلق بتحديد قواعد حفظ الصحة فيما يخص الدفن ونقل الجثث واخراج الموتى من القبور واعادة دفنها.

كل هذه المواد القانونية تنص على وجوب اجراء التشريح من أجل معرفة أسباب الوفاة، إلا أنها لا تكفي كأساس قانوني صريح يفيد معنى التشريح، لذلك وبالرجوع إلى قانون حماية الصحة وترقيتها نجد أن نص المادة 201 من قانون الصحة الجزائري رقم 11/18 يعتبر الأساس القانوني لجواز اجراء التشريح الجنائي، فقد نصت صراحة على وجوب اجراء تشريح الجثث في الهياكل الاستشفائية بناء على طلب السلطة العمومية في إطار الطب الشرعي، والتي تنص على أنه " يقوم بالتشريح الطبي الشرعي في الهياكل الاستشفائية العمومية طبيب شرعي تعينه الجهة القضائية المختصة".

كما أنه ومن أجل القيام بعمليات التشريح على أكمل وجه، والوصول إلى تحديد أسباب الوفاة، منع المشرع الجزائري القيام باستئصال الأعضاء من الجثة إذا كانت تعيق التشريح الطبي، فقد نصت المادة 3/263 من قانون الصحة الجزائري رقم 11/18 على أنه: " يمنع الشروع في نزع الأعضاء أو الأنسجة إذا كان ذلك سببا في عرقلة التشريح الطبي الشرعي".

يتبين مما سبق أن المشرع الجزائري أجاز المساس بالجثة إما تحقيقا لغرض علمي أو طبي أو جنائي، وهذا ما سيساهم في تطوير الأبحاث في مجال العلوم الطبية ويسمح بتحقيق العدالة من خلال الكشف عن أسباب الوفاة، كما أنه نص على ضرورة ترميم الجثة بعد تشريحها وذلك بموجب نص المادة 202 من قانون الصحة الجزائري رقم 11/18 بقولها: " عند القيام بأي نزع على جثة في إطار

---

=الظروف المتعلقة بهذه الوفاة وكذا المعلومات التي استطاع جمعها حول أسماء ولقب الشخص المتوفى وعمره ومهنته ومكان ولادته ومسكنه."

(1)- راجع المادة 6 من الأمر رقم 83-13 الصادر في 02 جوان 1983، والمتعلق بتعويض حوادث العمل والأمراض المهنية المعدل والمتمم بموجب الأمر 96/19 المؤرخ في 20 صفر عام 1417 الموافق 06 يوليو 1996.

التشريع الطبي الشرعي، يجب أن يتحقق الطبيب الذي قام بالنزع من إعادة الجثة بصفة لائقة الى ما كانت عليه<sup>(1)</sup>.

#### ب-موقف المشرع الجزائري من التشريع المرضي:

يمكن اعتبار نص المادة 355 من قانون الصحة بمثابة الأساس القانوني لإجراء التشريع المرضي، فقد نصت على أنه: " لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية وضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون". فكلية "تشخيصية" تشمل التشريع الذي يكون غرضه الكشف عن الأمراض والأوبئة، أي الكشف عن الأمراض التي أدت الى الوفاة والعمل على الوقاية منها وعلاجها<sup>(2)</sup>.

وبخصوص الشروط الواجب توافرها للقيام بهذا النوع من التشريع فهي نفسها المتعلقة بالتشريع التعليمي، فلم ينظمها المشرع بقواعد خاصة، رغم أنها تستدعي ذلك، خاصة فيما يخص مسألة الموافقة، إذ كان من الأحسن أن ينص على ضرورة اجراء التشريع الطبي لأسباب طبية بدون موافقة الشخص أو عائلته، وذلك لتوافر الضرورة الطبية التي تتمثل في الكشف عن الأوبئة وأسباب المرض والعمل على علاجها والوقاية منها، حفاظا على صحة المجتمع وتحقيقا للمصلحة العامة<sup>(3)</sup>.

#### ثالثا-موقف المشرع الجزائري من التشريع التعليمي أو العلمي:

وقد أورده المشرع الجزائري في المادة 201 من قانون الصحة والتي تنص على أنه "يقوم بالتشريع الطبي الشرعي في الهياكل الاستشفائية العمومية طبيب شرعي تعينه الجهة القضائية المختصة"

مما يتبين أن المشرع الجزائري أجاز المساس بالجثة لتحقيق مصلحة علمية، وهذا بإجراء التجارب الطبية عليها من طرف الطبيب المؤهل لذلك.

(1)- مواسي العلجة، مرجع سابق، ص149.

(2) -أ/حيدرة محمد، مرجع سابق، ص61.

(3)- مواسي العلجة، المرجع السابق، ص150.

وفي هذا النوع من التشريع نص المشرع الجزائري على ضرورة الالتزام ببعض القيود والضوابط المنصوص عليها في نص المادة 362 من قانون الصحة الجزائري الفقرة 1 و 3، والتي تتمثل أساسا في ضرورة الحصول على موافقة الشخص قبل وفاته للاستفادة من جثته بإجراء الأبحاث العلمية والطبية عليها، أو الحصول على موافقة أحد أعضاء الأسرة في حالة ما إذا لم يعبر الشخص صراحة عن رأيه بخصوص الاستفادة من جثته بعد وفاته<sup>(1)</sup>، وذلك باحترام الترتيب التالي: الأب، الأم، الزوج، الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت أو موافقة الولي الشرعي.

أما بالنسبة للقصر والمحنيين قانونا فيجب الحصول على موافقة الأولياء الشرعيين للشخص بعد وفاته. كما يجب التحقق من الموت الشرعي للشخص قبل تشريح جثته حسب المعايير المحددة قانونا من قبل وزير الصحة.

بالإضافة الى وجوب احترام المبادئ الأخلاقية الطبية المنصوص عليها في مجال البحث العلمي، ومن بينها عدم الحصول على الجثث بمقابل مالي أيا كان شكله وطريقته، لأن التعامل المالي يتنافى مع قواعد الاخلاق وحرمة الجثة وذلك بموجب المادة 358 من قانون الصحة الجزائري<sup>(2)</sup>، وعلى أن تخضع هذه البحوث لرقابة الهيئة الطبية المختصة ولجنة أخلاقيات الطب المنصوص عليه في نص المادة<sup>(3)</sup>.

### ثانيا-موقف التشريعات المقارنة من تشريح الجثث :

يتمثل موقف التشريعات المقارنة الغربية وموقف التشريعات المقارنة العربية من تشريح الجثة فيما يلي:

(1)-/ حيدرة محمد، مرجع سابق، ص 60 وكذا د/ بلحاج العربي، الحماية القانونية للجثة الأدمية، مرجع سابق، ص154.

(2) -تنص المادة 358 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: " لا يمكن أن يكون نزع الأعضاء و الانسجة والخلايا البشرية و زرعها محل صفقة مالية".

(3)- تنص المادة 357 من قانون الصحة الجزائري رقم 11/18 على أنه "... بعد أخذ رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، هيكل يكلف بالحفاظ على الأنسجة والخلايا، تحدّد شروط وكيفيات انشائه وسيره عن طريق التنظيم".

### أ-موقف التشريعات الغربية من تشريح الجثث:

أما عن موقف التشريعات المقارنة الغربية فبالنسبة للمشرع الفرنسي رغم أنه كرس نصوص قانونية تعمل على حماية الجثة من أي عبث أو مساس أو اعتداء بها<sup>(1)</sup> حسب نص المادة 17/225 من قانون العقوبات الفرنسي، إلا أنه تحقيقاً لأغراض علمية وعلاجية سمح المشرع الفرنسي المساس بالجثة عن طريق اجراء التشريح لأغراض علمية وعلاجية، وذلك في كل من القانون الخاص بزرع الأعضاء لعام 1976 والقانون الخاص باحترام جسم الإنسان لعام 1994 والتعديلات اللاحقة له خاصة القانون المتعلق بالسياسة الصحية العامة وذلك في كل من نص المادة 1-1232<sup>(2)</sup> والمادة 1241-6<sup>(3)</sup> من قانون الصحة العامة الفرنسي.

ولقد طبق المشرع الفرنسي قواعد الرضا المفترض بالنسبة لاستئصال الأعضاء من الجثة لأغراض علمية حسب نص المادة 1232-3<sup>(4)</sup> من قانون الصحة العامة الفرنسي.

أما بخصوص التشريح الطبي، فبالرغم من وجود اختلاف بين التشريح الطبي والعلمي، إلا أنه خضع لنفس الأحكام، فقد نصت المادة 1211-2<sup>(5)</sup> فقرة 3 من قانون الصحة العامة الفرنسي على أن التشريح الطبي يطبق خارج إطار التحقيق القضائي من أجل الوصول الى تشخيص أسباب

(1) -Laud Anne, droit de la santé et commentaire, panorama N°35,recueil Dalloz, paris, 16 octobre 2014, PP2026-2035.

(2) -Article L1232-1 du code de la santé publique dispose que «le prélèvement d'organes sur une personne dont la mort a été dûment constatée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques».

(3)- Article L1241-6 du code de la santé publique dispose que «le prélèvement de tissus et des cellules et la collectes de produit du Corps humain sur une personne dont la mort a été dûment constatée ne peuvent être effectués qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques et dans les conditions prévues au chapitre II de titre III».

(4)- Article L 1232-3 du code de la santé publique modifié par la loi 2004-800 de 06 Aout 2004 dispose :

« Les prélèvements à des fins scientifiques ne peuvent être pratiqués que dans le cadre de protocoles transmis préalablement à leur mise en œuvre, à l'agence de la biomédecine. Le ministre chargé de la recherche peut suspendre ou interdire la mise en œuvre de tels protocoles, lorsque la nécessité du prélèvement ou la pertinence de la recherche n'est pas établie. »

(5)- Article L1211-2 AL3 du code de la santé publique dispose que « les autopsies sont dites médicales lorsqu'elles sont pratiquées, en dehors du cadre de mesure d'enquête ou d'instruction diligentées l'or d'une procédure judiciaire, dans le but d'obtenir un diagnostic sur les causes du décès elles doivent être pratiquées conformément aux exigences de recherche du consentement ainsi qu'aux autres conditions prévues au chapitre II de titre III du présent livre ».

الوفاة، بشرط الحصول على موافقة الشخص قبل وفاته. لكن في حالة الضرورة الطبية ومن أجل الحفاظ على الصحة العامة، يمكن اجراء التشريح لأسباب طبية دون الحصول على موافقة الشخص أو عائلته، وهذا التشريح يطبق حتى بالنسبة للمواطنين الذين ينتمون لديانات مختلفة<sup>(1)</sup>

فمن هنا يتبين أن قواعد الرضا المفترض تطبق على كل أنواع التشريح<sup>(2)</sup>، باستثناء تشريح جثة القاصر والراشد المحمي، الذي يجب فيه الحصول على موافقة الأولياء، وفي حالة استحالة الحصول على موافقة الوليين، فموافقة أحدهما تكفي حسب ما نصت عليه المادة 1232-2 الفقرة 2 المعدلة بقانون 2004-800 والمتعلق بالطب البيولوجي<sup>(3)</sup>.

كما يجب على المؤسسات التي تقوم بإجراء التشريح والتي غالبا ما تكون مؤسسات استشفائية عامة أن تقدم بروتوكول البحث لوكلالة الطب البيولوجي، ويقدم هذا البروتوكول حتى ولو تعلق الأمر باستئصال الانسجة والخلايا من الجثة، وفي هذه الحالة يمكن لوزارة الصحة أن ترفض تلك الأبحاث ان لم تكن لها أهمية واضحة حسب نص المادة 1232-3<sup>(4)</sup> وعند الانتهاء من التشريح يجب ترميم الجثة حسب ما جاء في نص المادة 1232-5<sup>(1)</sup>.

---

(1) - Voir l'article L1211-2 ALE4...« toute fois à titre exceptionnel elles peuvent être réalisées malgré l'opposition de la personne décédée, en cas de nécessité impérieuse pour la santé publique et en l'absence d'autre procédés permettant d'obtenir une certitude diagnostique sur les causes de la mort...».

فالشخص الراشد يمكن أن يسجل رفضه للاستئصال من جثته لأغراض علمية أو علاجية وهذا ما نصت عليه المادة 1232-1 فقرة 2 والتي تنص:

« ...ce prélèvement peut être pratiqué sur une personne majeure dès lors qu'elle n'a pas fait connaitre, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement principalement par l'inscription sur un registre national... ».

لكن رغم رفض الشخص الاستئصال من جثته إلا أنه لا يمنع من اجراء التحقيق القضائي حسب ما جاء في نص

AL 2 المادة 1232-6

-MONDIALE Écris, L'essentiel de la Bioéthique et du droit de la biomédecine, éditions galion l'extenso, Paris, 2008, p 121.

(3) -Article L1232- 2 AL2 du code de la santé publique modifié par la loi n° 2004-800 de 06 Aout 2004 dispose que « si la personne décédée était un mineur ou un majeur sous tutelle, le prélèvement à l'une ou plusieurs des fins mentionnées à l'article L 1232-1 ne peut avoir lieu qu'à la condition que chacun des titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur y consente par écrit.

Toutefois, en cas d'impossibilité de consulter l'un des titulaires de l'autorité parentale, le prélèvement peut avoir lieu à condition que l'autre titulaire y consente par écrit ».

(4)-Article L1232-3 du code de la santé publique modifier par la loi 2004-800 de 06 Aout 2004 dispose que "les prélèvements à des fins scientifiques ne peuvent être pratiqués que

أما عن التشريح الطبي الشرعي، يكون بناء على طلب من القضاء وبدون الحصول على موافقة الشخص أو عائلته حسب نص المادة 1232-6 A2 والذي يتم في كليات الطب الشرعية.

#### ب-موقف التشريعات العربية من تشريح الجثث:

هناك عدة تشريعات عربية اتخذت موقفا من تشريح الجثث منها:

##### 1-موقف التشريع المصري من تشريح الجثث:

يلاحظ بالرجوع الى القانون المصري أن المادة 26 من قانون رقم 130 لعام 1946 المعدل والخاص بالمواليد والوفيات على أنه: "يجوز لمفتش الصحة أن يأذن بعدم دفن الجثة بناء على طلب إحدى الجهات الصحية أو الجامعية للاحتفاظ بها لأغراض علمية، بعد موافقة ذوي الشأن من أقارب المتوفى."

وبناء على هذا النص نجد أن القانون سمح صراحة بالمساس بجثة المتوفى من أجل المصلحة العلمية أو لإجراء التجارب الطبية شرط أن يكون ذلك للأغراض العلمية وبعد موافقة ذوي الشأن من أقارب المتوفى هذا بالنسبة للتشريح التعليمي والمرضي<sup>(2)</sup>.

أما بالنسبة للتشريع الجنائي المصري، فانه لا يجيز المساس بالجثة الا في الحالات الضرورية وهي وجود شبهة جنائية، لذلك نجد المادة 445 من قانون الإجراءات الجنائية تنص على أن "تشريح الجثث إذا لم يكن في الأمر شبهة جنائية أمر يتأذى له الشعور وخاصة أهل المتوفى فضلا عن ارهاق الشرعيين بالعمل من دون مبرر فيجب على أعضاء النيابة العامة ألا يأمرؤا بالتشريح الا حيث لا يكون هناك مناص من اجرائه مع مراعاة تقدير كل حالة على حدة، وبعد الاطلاع على ما تم فيها من تحقيقات أو استدلالات ."

---

=dans le cadre du protocole transmis 'préalablement à leur mise en œuvre, à l'agence de la biomédecine. Le ministre chargé de la recherche peut suspendre ou interdire la mise en œuvre de tels protocoles

Lorsque la nécessité du prélèvement ou la pertinence de la recherche n'est pas établie".

(1)- Article 1232-5 du code de la santé publique modifié par la loi 2004-800 du 06 Aout 2004 dispose que : « Les médecins ayant procédé à un prélèvement ou à une autopsie médicale sur une personne décédée sont tenus de s'assurer de la meilleur restauration possible du corps ».

(2)-جمال مهدي محمود الأكشة، مرجع سابق، ص 106.

وتنص المادة 2/429 من نفس القانون على أن: "ينتدب الأطباء الشرعيين في الأعمال التالية: تشريح جثة المتوفين في القضايا الجنائية، وفي حالات الاشتباه في الوفاة، لمعرفة سبب الوفاة وكيفية حدوثها، ومدى علاقة الوفاة بالإصابات التي توجد بالجثة".

ومن خلال هذين النصين نجد أن النيابة العامة لا تستطيع أن تأمر بالتشريح إلا في القضايا الجنائية، وحالات الاشتباه الجنائي فإذا وجد ذلك كان لها الحق في أن ينتدب الأطباء الشرعيين لإجراء عملية التشريح.

كما نصت المادة 2/142 من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه " لا يجوز تشريح جثث الأشخاص المشتبه في وفاتهم ولا التصريح بدفنهم إلا إذا أذنت النيابة المختصة بذلك ."

## 2- موقف التشريع السوري من تشريح الجثث:

بالرجوع الى القانون السوري رقم 30 لعام 2003 المتعلق بنقل وغرس أعضاء الانسان في مادته الثالثة، فقد نص " على جواز المساس بالجثة وأخذ الأعضاء أو فتح الجثة لغاية التأكد من مرض أو وباء أصيب به المتوفى بقولها، "لا يعتد باعتراض الأقرباء إذا كان فتح الجثة لضرورات العلمية أو للتأكد من الإصابة بمرض وبائي"<sup>1</sup>.

## 3- موقف التشريع التونسي من تشريح الجثث:

لقد سمح التشريع التونسي لعام 1991 المتعلق بأخذ الأعضاء وزرعها، بنقل الأعضاء لأغراض علمية وعلاجية في الفصل الثالث منه والذي ينص على أنه " يجوز أخذ عضو من جثة شخص ميت لغاية علاجية أو علمية"<sup>(2)</sup>.

وعليه نستنتج مما سبق بأن المشرع الجزائري لم يسلك مسلك المشرع الفرنسي فهو يبيح المساس بجسد الميت عن طريق التشريح من أجل المصلحة العلمية، ولكن ألزم ضرورة التحقق من موافقة ذوي الشأن من أقارب المتوفى قبل ممارسة التشريح، وهذا ما ذهب إليه المشرع المصري في هذا الإطار.

1- المادة 3 من قانون السوري رقم 30 لعام 2003 بشأن زرع ونقل الأعضاء.

(2)- قانون الأعضاء التونسي لعام 1991.

يتبين من العرض السابق، أن جل التشريعات أقرت بمشروعية عمليات التشريح الجثث لكن بشروط وضوابط قانونية تتمثل أساسا في ضرورة الحصول على موافقة الشخص قبل وفاته، على الاستئصال من جثته لأغراض علمية أو علاجية، أو موافقة الأهل أو الأسرة أو الولي الشرعي بعد وفاته في حالة ما إذا لم يعبر الشخص عن موقفه<sup>1</sup>.

وعليه نستنتج مما سبق بأن المشرع الجزائري أقر بمشروعية عمليات تشريح الجثث لكن بشروط وضوابط قانونية تتمثل أساسا في ضرورة الحصول على موافقة الشخص قبل وفاته، على الاستئصال من جثته لأغراض علمية أو علاجية، أو موافقة الأهل أو الأسرة أو الولي الشرعي بعد وفاته في حالة ما إذا لم يعبر الشخص عن موقفه.

إضافة إلى ضرورة التحقق من وفاة الشخص المراد تشريحه، وتوافر الغرض العلاجي أو العلمي من اجراء التشريح، إضافة إلى منع الحصول على الجثة بمقابل أو عن طريق البيع والشراء، وهذا من أجل تفادي أية إهانة لكرامة الجثة وأي استغلال واعتداء على الأشخاص، مع وجوب إجراء هذه العمليات في المؤسسات الصحية المعتمدة واخضاعها لرقابة اللجان المختصة لوزارة الصحة، التي تضمن حماية الجثة من كل اعتداء.

وما يمكن قوله فقد جاءت الشريعة الإسلامية بمبدأ احترام الإنسان روحا وجسدا أثناء حياته، وهي في سبيل هذا حذرت من الاعتداء على الإنسان أشد التحذير، ثم جاءت الشريعة الإسلامية-بعد ذلك- بالعديد من العقوبات الرادعة لكل من تسول له نفسه الاعتداء على الآخرين، ولم يقتصر الأمر في الشريعة الإسلامية عند المحافظة على الإنسان أثناء الحياة، بل إن أحكامها امتدت لتشمل جسد الإنسان بالمحافظة عليه بعد الوفاة، فنهت عن التعرض له بالإيذاء.

وقد أخذ واضعو القوانين هذا المبدأ من الشريعة الإسلامية وجعلوه أساسا تبنى عليه النصوص والقوانين مع الفارق بين ما قرره الشريعة الإسلامية من أحكام في هذا الصدد وما نصت عليه القوانين الوضعية، مما ليس موضع ذكره، لكن كمبدأ عام، فإن القانون قد حذا حذو الشريعة

1- بوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، 2013، ص 430.

الإسلامية في هذا المبدأ، ووضع العديد من النصوص والمواد التي يرى واضعوها أنها كافية للمحافظة على الإنسان أثناء الحياة وبعد الممات، وهذا يعد اتفاقاً بين الشريعة والقانون في هذا المبدأ العام.

وقد استقر فقهاء الشريعة الإسلامية ورجال القانون الى أن لحظة الوفاة هي لحظة موت الدماغ، وفي هذه الحالة يمكن أن نطلق عليها جثة قابلة للتشريح، وبما أن مسألة التشريح من النوازل الفقهية المستجدة لابد من البحث فيها، وبعد الدراسة تبين أن التشريح هو علم يعرف به أعضاء الجسم ووظائفها.

أما عن أهميته فإن لعلم التشريح أهمية بالغة، حيث أنه علم ضروري لمصلحة الفرد والجماعة، لمعرفة الداء والدواء، والمحافظة على مصلحة الانسان.

وفيما يخص أنواع التشريح فقد قسم الى ثلاث أنواع تشريح جنائي يهدف الى إقامة ميزان العدل، وهي مصلحة مشروعة يقرها الشرع الإسلامي لقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ﴾<sup>(1)</sup>، وتشريح تعليمي الهدف منه معرفة أعضاء الجسم الظاهرة والباطنة، وتشريح مرضي الهدف منه معرفة الامراض وتأثيرها واتخاذ ما يجب للوقاية من الأمراض بالوسائل المناسبة.

أما فيما يخص مسألة حكم تشريح جثة الميت يلاحظ أنه أباحها كل من علماء الشريعة الإسلامية ومختلف القوانين الوضعية، وذلك لما يمثله التشريح من فائدة بالغة في تطوير العلوم الطبية وإيجاد العلاج اللازم للمرض والتحقق من أسباب الوفاة، مقارنة بالضرر اللاحق بالجثة، بشرط الالتزام بالضوابط الشرعية واحترام إرادة الشخص قبل وفاته مع وجوب ترميم الجثة ودفنها بعد الانتهاء من التشريح احتراماً لحرمة الميت.

فان إباحة التشريح "تشريح جسد الميت" للأهداف والدواعي التي ذكرها العلماء سواء أكانت: علمية، أم جنائية، أم مرضية يعد اتفاقاً عاماً بين الشريعة والقانون، إلا أن أمر الاتفاق بينهما لم يقتصر على هذه الأهداف وتلك الدواعي فحسب، بل إن ما قال به علماء الشريعة الإسلامية من ضوابط وشروط لإباحة هذا العمل والتي من أهمها: أن تكون هناك حاجة أو مصلحة تدعو إلى هذا

التشريع سواء كانت علمية أو صحية أو جنائية أخذ بها القانون الوضعي-أيضا-كضوابط وشروط لإباحة التشريع وذلك حماية للجثة من أي عبث<sup>(1)</sup>.

## المبحث الثاني

### الحدود الشرعية والقانونية للتصرف في الجثة

إن للجثة حرمة أكدت عليها مختلف التشريعات الوضعية والشرائع السماوية، غير أن حرمتها ليست مطلقة، مما يجيز المساس بالجثة، متى كان الهدف من وراء ذلك علاجيا أو علميا، وحتى يمكن القول بإمكانية المساس بالجثة لأبد من تحديد لحظة الوفاة، باعتبارها الحد الفاصل بين الحياة والموت، لأن ذلك يبين ما إذا كان التعامل مع جسم إنسان حي أو بجثة ميت<sup>(2)</sup>.

وبما أن الجثة تمثل المصدر الوفير للعديد من الأعضاء التي يحتاجها الكثير من المرضى، وإن الاستئصال بين الأحياء لا يقدم إلا القليل من الأعضاء اللازمة، لأن الإنسان يتردد كثيرا في التنازل عن جزء من جسمه وهو حي، فكل إنسان يحرص على أن تكون جميع أعضاء جسمه سليمة، وأن يحتفظ بالأعضاء المزدوجة في جسمه لمواجهة ما قد يخبئه له القدر، كما يمكن للطبيب التصرف في الجثة، خاصة إذا كان يهدف إلى الحصول على أعضاء لا يمكن الحصول عليها قبل وفاة الشخص كالأعضاء المنفردة التي تتوقف عليها الحياة كالقلب والكبد.

فإذا كانت الجثة تمثل مصدرا وفيرا للأعضاء البديلة، فهل يمكن الحصول على هذه الأعضاء من الجثة؟ وهل يعد ذلك اعتداء على حرمتها؟ وما حدود الحماية التي تكفلها كل من الشريعة والقانون؟ وللإجابة على هذه التساؤلات ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول حدود التصرف بالجثة في الشريعة الإسلامية، ثم حدود التصرف بها في القانون الوضعي، وبالخصوص القانون الجزائري في المطلب الثاني.

(1)- محمد بن سليمان بن عبد الله العمرو، مرجع سابق، ص 212.

(2) -بوشي يوسف، مرجع سابق، ص 373.

## المطلب الأول

### حدود التصرف في الجثة في الشريعة الإسلامية

كَّرَمَ الله سبحانه وتعالى الإنسان وفضَّله على كثير من خلقه، ونهى عن ابتذال ذاته ونفسه أو التعدي على حرمانه حياً أو ميتاً، فمن مقاصد الشريعة الإسلامية حفظ النفس وصيانتها <sup>(1)</sup> لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ <sup>(2)</sup>.

والشريعة الإسلامية أمرت بتغسيل الميت وتكفينه والصلاة عليه ودفنه، بل إن فقهاء المسلمين الأوائل خصَّصوا باباً في الفقه وأطلقوا عليه "باب الجنائز" <sup>(3)</sup>، كما جاء الحديث الشريف "كسر عظم الميت ككسره حياً". الأمر الذي اقتضى حرمة نبش قبره وهشم عظامه إلا لضرورة، لأن ذلك هتكاً لحرمة، لذا فقد اختلف فقهاء الشريعة في جواز الانتفاع بأعضاء الموتى ونقلها إلى الأحياء على اتجاهين، حيث ذهب البعض إلى الاعتراض على ذلك، بينما اتجه آخرون إلى تأييد ذلك، وهذا ما نتعرض إليه من خلال عرض حجج كل اتجاه في هذا المقام في كل فرع على حدة.

### الفرع الأول: الاتجاه القائل بعدم مشروعية المساس بالجثة

أكدت الشريعة الإسلامية على مبدأ حرمة المساس بالميت كما هو الحال في الشرائع السماوية الأخرى، وكَرَّمَت الإنسان حياً أو ميتاً. ونستطيع أن نستشف هذا التكريم لجثة الإنسان من خلال عدم جواز انتهاك الجثة منطلقين في ذلك من قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "كسر عظم المسلم ميتاً، ككسره وهو حي" <sup>(4)</sup>.

لذلك ذهب أصحاب هذا الاتجاه وهم من القلة إلى عدم جواز التصرف بجثة الميت، من الحنفية وجمهور المالكية، والحنابلة في المذهب، والشافعية في وجه إذا كان الميت معصوماً، والظاهرية سواء كان الميت معصوم الدم، أو غير معصوم.

(1) - د/ سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 237.

(2) - سورة البقرة، الآية 195

(3) - كامل عبد العزيز محمد علي، الجوانب القانونية والشرعية التي تثيرها عمليات نقل خلايا الجسم، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 2007، ص 463.

(4) - أخرجه أبي داود في سننه، مرجع سابق، ص 1464.

حيث يقول محمد قطب الدين "لا يمكن أن يخاطر بإنسان من أجل آخر، ولا يمكن لجزء من ميت أن ينقذ حياة... وليس هناك فرد خالد... ويتعين ترك الحالات المرضية لتلقى مصيرها كما هو الحال حين يفشل العلاج"<sup>(1)</sup>.

وقد استدل القائلين بعدم جواز نقل الأعضاء:

أ- قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾ ووجه الاستدلال من هذه الآية الكريمة: أن الله تعالى كرم الإنسان حيًا وميتًا وبالتالي فإن لحم الإنسان لا يباح أكله في حال الاضطرار ولو كان ميتًا لكرامته<sup>(2)</sup>.

ب - قوله صلى الله عليه وسلم: "كسر عظم الميت ككسره حيا" ووجه الاستدلال من هذا الحديث، أن حرمة الميت من حرمة الحي فلا تنتهك حرمة الميت من أجل صيانة الحي.

وأجيب على هذا الدليل بأن هذا الحديث لا حجة فيه-في هذا الموضع-لأن الأكل من اللحم لا من العظم، والمراد بالحديث: التشبيه في أصل الحرمة، لا في مقدارها.

ج-واستدلوا كذلك من المعقول: بأن في إباحة الأكل من الميت انتهاك لحرمة، وتشويه لجنته، وما أمرنا بهذا، بل الواجب ستر هذه الجثة ودفنها، لا تقطيعها وتشويهها.

-كما أن جثة الميت لاحق للورثة في ملكيتها ، فهم لا يرثون جثمانه و إنما يرثون ماله والواجب على الورثة وغيرهم من المسلمين أن يعجلوا بتغسيله، وتكفينه والصلاة عليه ثم دفنه وذلك من فروض الكفاية التي لا تسقط عن الأمة إلا بقيام من يكفى لأدائها.

### الفرع الثاني: الاتجاه القائل بالمشروعية المشروطة لعملية المساس بالجثة

إن أغلب الباحثين في هذا المجال ذهبوا إلى جواز التصرف بالجثة عند الضرورة ضمن شروط وضوابط، فإزاء القاعدة العامة التي وردت في الحديث النبوي الشريف هناك استثناء يرد عليها. وقد استدلوا لرأيهم بما يلي:

(1)- د/عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مدى مشروعية الانتفاع بأعضاء الادمي حيا أو ميتا في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 125.

(2)- حاشية ابن عابدين بن رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، ص 238.

### أولاً-الاستدلال بعموم قواعد الشريعة الإسلامية:

يدل كثير من قواعد الشريعة الإسلامية على جواز نقل الأعضاء من الانسان الميت عند الضرورة منها:

#### أ- "قاعدة الضرورات تبيح المحظورات":

والضرورة هي العذر الذي يجوز بسببه اجراء الشيء الممنوع أو هي الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعا<sup>(1)</sup>. غير أن الضرورات لا تبيح كل المحظورات بل يجب أن تكون المحظورات دون الضرورات أما إذا كانت الممنوعات أو المحظورات أكثر من الضرورات فلا يجوز اجراؤها ولا تصبح مباحة<sup>(2)</sup>.

- وجه الاستدلال من هذه القاعدة: أن اباحة المحظورات تقديرا للضرورات، قاعدة يقضيها العقل والشرع. فالضرورة انقاذ حياة المريض بأخذ عضو من أعضاء أحد الموتى لزرعها في هذا المريض، فهذا محظور اقتضته ضرورة ملحة حيث أنه الطريق الوحيد لإنقاذ هذا المريض<sup>(3)</sup>.

#### ب-قاعدة " الضرر يزال"<sup>(4)</sup>:

أن إزالة الضرر عن المريض المشرف على الهلاك يكون بنقل عضو أو أكثر من جسد الميت، فالأمر يدور بين محظورين، وهما حياة الإنسان الذي هو بحاجة إلى العضو البشري وحرمة جثة المتوفى فيؤخذ بأخف الضررين، وان أخف الضررين هو انتهاك حرمة الجثة، حيث أنها آيلة الى أن تبلى بالتراب وتنتهي.

(1)- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص 33.

(2)-د/ محمد علي البار، مرجع سابق، ص 169، وكذا د/ أسامة السيد عبد السميع، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر والاباحة، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2006، ص 106.

(3)- الشيخ جاد الحق علي جاد الحق، بحوث وفتاوى إسلامية في قضايا معاصرة، ج 5، الأزهر الشريف الأمانة العليا للجنة الدعوة الإسلامية، القاهرة، 1993، ص 393.

(4)- علي حيدر، المرجع السابق، ص 33.

وبالتالي فإن العمل بهذه القاعدة يقضي بجواز أخذ عضو أو أكثر من جسد المتوفى مع ما فيه من المساس بحرمة وذلك لإنقاذ مريض في حالة خطيرة يعاني من ضرر شديد وهذا أمر مشروع بل هو أمر محمود.

### ج-قاعدة " الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام":

ويظهر ذلك في حالة التعارض بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، والمصلحة العامة هي حاجة الأحياء إلى العلاج ودفع الضرر عنهم، وأما المصلحة الخاصة فهي حفظ حرمة الميت لأنه أخف من الضرر العام. لأن الضرر الخاص دون الضرر العام فيدفع الضرر العام به.

وبناء على ذلك فإن الشريعة الإسلامية كما أوضحنا وضعت قاعدة وهي الضرورات تبيح المحظورات، وقد استدل فقهاء الشريعة الإسلامية على جواز التصرف بالجثة عند الضرورة لوجود نظائر في الفقه الإسلامي، منها ما ذهب إليه كثير من الفقهاء من القول بجواز فتح بطن الأم التي ماتت لإخراج ولدها الحي، وذلك بناء على قاعدة ارتكاب أخف الضررين لدفع أعظمهما وأن الأشد منهما يزال بالأخف، ولأن مصلحة إنقاذ الحي أعظم من مفسدة هتك حرمة الميت<sup>(1)</sup>.

وبعد عرض أدلة الفريقين ومناقشة أدلة كل رأي يترجح رأي القائلين بجواز نقل الأعضاء من الموتى بالضوابط والشروط التي ذكرها الفقهاء ويضاف إلى أدلتهم ما يلي:

1- أن في نقل الأعضاء من الموتى إنقاذاً لحياة المرضى.

2- أن فيها مواكبة للتقدم والاكتشاف العلمي والاستفادة من معطيات العلم الحديث.

3- وأن فيها درء لمفسدة العبث بأرواح وأجساد الناس، مما يحصل من سرقة الموتى بغية بيع أعضائهم، فإذا أجاز ذلك شرعاً درأنا هذه المفسدة، فلا تبقى ثمة حاجة لمثلها.

---

(1)- د/ عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مرجع سابق، ص 148 وكذا د/ عودة حسني زعال، مرجع سابق، ص 135.

## المطلب الثاني

### حدود التصرف في الجثة في القانون الوضعي

يميل غالبية رجال الفقه والقانون إلى اعتبار الإنسان سيّداً على جسده حتى بعد وفاته، ومن حقه أن يرتب أوضاعه حسب ما تمليه مصالحه وغاياته وفي الحدود التي رسمها القانون فله الحرية في التصرف بجثته، وقد تبلور هذا الاتجاه على مستوى القضاء منذ وقت طويل.

وقد تجسّد هذا الاتجاه في التشريعات الحديثة التي تذهب إلى أن الفرد له الحق في التصرف في جثته في الحدود التي رسمتها هذه التشريعات، فله التبرع بها أو بجزء منها بعد وفاته، أو الإيصال بنقل عضو من أعضائه إلى إنسان آخر يحتاج إليه.

فقد اتجهت التشريعات المقارنة منها الغربية والعربية إلى الاعتراف بحقه في التصرف بجثته، وأجازت المساس بالجثة لتحقيق مصلحة علاجية إنسانية أو لتحقيق أغراض علمية، فقد أجاز القانون المصري رقم 103 لعام 1962 المعدل بموجب القانون 79 لعام 2003 بشأن تنظيم بنك العيون حق الشخص بأن يوصي بعينيّه، كما نصت المادة 8 من قانون 5 لعام 2000 على جواز نقل الأعضاء أو جزء من العضو من جسد إنسان ميت بين المصريين، وبشرط أن يقر أو يوصي بذلك الشخص قبل مماته بوصية رسمية مثبتة في أي ورقة رسمية، ولم يعطِ المشرع المصري الحق للأقارب بالتصرف في الجثة في حالة عدم وجود وصية<sup>(1)</sup>.

كما أجاز القانون المغربي أخذ الأعضاء من المتوفيين في نص المادة 16 من القانون رقم 16/98 لعام 1999 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها بناء على وصية المتوفى أثناء حياته لأغراض علاجية، ونص على إمكانية كل شخص التعبير عن رفضه الأخذ من جثته بعد مماته<sup>(2)</sup>.

(1) - خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص ص 419 و 420.

(2) - نصت على ذلك المادة 16 من القانون المغربي رقم 16/98 لعام 1999 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها.

وهذا ما أجازته كل من القانون الإماراتي<sup>(1)</sup> والكويتي<sup>(2)</sup> والأردني<sup>(3)</sup> واللبناني<sup>(4)</sup>، بشرط الحصول على موافقة الشخص قبل مماته بناء على وصية أو موافقة أقاربه أو العائلة في حالة عدم وجود وصية من طرف الشخص قبل وفاته، كما سار على نفس النهج المشرع الفرنسي، حيث سمح صراحة بنقل الأعضاء من الشخص المتوفى الذي أوصى بذلك صراحة في القانون رقم 19/47، لكنه بصور القانون المتعلق بزرع الأعضاء لعام 1976<sup>(5)</sup>، إضافة إلى صدور قانون خاص بالطب البيولوجي تحت عنوان "احترام جسم الإنسان"، سمح بالاستئصال من الجثة لأغراض علمية وعلاجية، لكن بالاستناد إلى الموافقة المفترضة للشخص والتي يقصد بها أن كل شخص لم يعبر عن رفضه استئصال أعضائه بعد مماته، يعتبر قد وافق على الاستئصال، وهذا ما نصت عليه المادة 1232-1<sup>(6)</sup> من قانون الصحة العامة الفرنسي.

إن كل هذه الاتجاهات لم تكن مطلقة في التصرف بجثث الموتى، بل وردت عليها قيود عامة وقيود خاصة عند الاستقطاع، وإلا اعتبر ذلك غير مشروع وانتهاك لحرمة الموتى.

وقد أجاز المشرع الجزائري الاستئصال من جثث الموتى وذلك بالاستناد إلى نص المادة 362 من قانون حماية الصحة الجزائري رقم 11/18 والتي جاء فيها: "لا يمكن نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص متوفين بغرض الزرع إلا بعد معاينة طبية وشرعية للوفاة وفقا لمعايير

(1)- راجع المادة 6 من القانون الإماراتي رقم 15 لعام 1993 في شأن نقل وزراعة الأعضاء البشرية المعدل، مرجع سابق.

(2) - راجع المادة 5 من القانون الكويتي رقم 55 لعام 1987 في شأن زراعة الأعضاء المعدل بموجب القانون رقم 5 لعام 2010.

(3)- أنظر المادة 2 من القانون الأردني رقم 7 لعام 1998 الخاص بالانتفاع بأعضاء الجسم المعدل بالقانون رقم 23 لسنة 2000.

(4)- أنظر المادة 2 من المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم 109 لعام 1983 بشأن أخذ الأنسجة والأعضاء البشرية لحاجات طبية وعلمية.

(5) - loi n° 76-1181 de 22 décembre 1976, relative aux prélèvements d'organes.

(6) - Article L1232-1 du code de la santé publique, dispose : « Le prélèvement d'organes sur une personne dont la mort a été dûment constatée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques. Ce prélèvement peut être pratiqué sur une personne majeure dès lors qu'elle n'a pas fait connaître, de son vivant son refus d'un tel prélèvement, principalement par l'inscription, sur un registre national automatisé prévu à cet effet, ce refus est révocable à tous moments... ».

علمية يحددها الوزير المكلف بالصحة وفي هذه الحالة، يمكن القيام بالنزع إذا لم يعبر الشخص المتوفى عن رفضه النزع خلال حياته".

وحسب المادة أعلاه يتبين أن نقل الأعضاء من المتوفين لا يتم إلا بعد الإثبات الشرعي للوفاة حسب المعايير العلمية التي يحددها وزير الصحة، مع اشتراط عدم رفض الشخص المتوفى لنزع أعضائه خلال حياته، وفي هذا الصدد يلزم الفريق الطبي المكلف بالنزع بالاطلاع على سجل الرفض قصد البحث عن موق المتوفى، أو استشارة أفراد عائلته في حالة عدم التسجيل بهذا السجل، كما يمنع كشف هوية المتبرع للمتلقي وهوية المتلقي لأسرة المتبرع، وهذا بموجب الفقرة 3 من نص المادة 362 من نفس القانون .

يتّضح من العرض السابق للقوانين المقارنة المنظمة لعمليات نقل الأعضاء من الجثث ومن خلال ما جاء به التشريع الجزائري، أنها ركزت على مجموعة من الشروط للقول بمشروعية هذه العمليات أهمها: ضرورة التحقق من الوفاة للقول بإمكانية الاستئصال من الجثة، ضرورة الحصول على موافقة الشخص قبل وفاته أو موافقة أسرته بعد الوفاة، مع الاختلاف في كيفية التعبير عن هذه الموافقة بين مختلف هذه التشريعات.

### المطلب الثالث

#### كيفية التصرف بالجثة

تتجسد كيفية التصرف في جثة المتوفى في صورتين، الأولى منها تكون بناء على وصية صادرة من الشخص قبل وفاته، بحيث يكون مطلقاً على أهمية الجثة وإمكانية انتفاع الآخرين بأجزاء منها لإطالة حياتهم، لكن في كثير من الأحيان يموت الشخص وهو ليس على علم أن جثته قد تنفع شخصاً آخر وتبعث فيه الحياة من جديد، فلم يحدد كيفية التصرف في جثته، وهنا ينثور التساؤل عن مدى إمكانية انتقال حق التصرف إلى شخص آخر <sup>(1)</sup>. وهذا ما نتناوله في إطار هذا المطلب.

(1)- عارف علي عارف القره داغي، قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية، سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة (4)، ط 1، ماليزيا، 2011، ص 127.

## الفرع الأول: التصرف بالجثة بناء على الوصية

الإنسان محترماً حيّاً كان أو ميّتاً، ولذلك فإن مبدأ حرمة جسم الإنسان لا يقتصر على حماية الجسم أثناء الحياة، لكن يشمل أيضاً حماية الجثة، وباعتبار أن المبدأ المعترف به هو أن الشخص سيد على جسده حتى بعد موته، فإنه يحق للشخص أن يوصي بالتصرف في جسده بعد وفاته، لذا يطرح التساؤل عن مدى جواز الوصية بالجثة لتشريحها أو بقطع بعض أجزائها؟

لذا يجدر بنا معرفة موقف كل من الشريعة الإسلامية والقانون من إيصاء المتوفى بجثته.

### أولاً-موقف الشريعة الإسلامية من الإيصاء بالجثة:

تعرف الوصية في الفقه الإسلامي بأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت<sup>(1)</sup> وقوله تملك، ليخرج ما ليس فيه تملك، والأعضاء لا تملك دليل انتقاء عنصر المالية عنها<sup>(1)</sup>. لذا فالوصية بجواز الاستفادة من بعض أعضاء المتوفى للغير، هي تعبير عن الموافقة بلفظ الوصية، حيث يشترط الفقهاء ضرورة صدور ما يثبت موافقة المتوفى على اقتطاع أعضائه والانتفاع بها حال حياته وبغير هذه الموافقة لا يجوز استقطاع أي عضو من أعضائه<sup>(2)</sup>.

وفي الواقع هناك اختلاف بين الفقهاء بشأن الإيصاء بالأعضاء الآدمية، فذهب فريق منهم إلى شرعية التصرف في الجثة أو أجزاء منها لأغراض طبية أو علاجية، في حين ذهب فريق ثان إلى عدم جواز وصية الميت بتشريح جثته أو بقطع جزء منها.

أ-أدلة الاتجاه الأول: ويرى أصحاب هذا الرأي أنه لا يوجد ما يحرم استئصال عضو من متوفى بغرض علمي أو علاجي، إذا توافرت الموافقة على زرعها لآخر حي من طرف المتوفى، أو موافقة أصحاب الحق، طالما أن الغاية منها إنقاذ مريض آخر من الهلاك، وتكون بذلك الوصية معتبرة شرعاً في حالة وجود الأذن وتم تنفيذه، واعتبرها البعض صدقة جارية بعد موت صاحبها، فيمكن للمتوفى أن

(1) - د/ منذر الفضل، مرجع سابق، ص 135 وكذا د/ عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص 142.

(2) - د/ إبراهيم صادق الجندي، مرجع سابق، ص 93.

يحقق حياة مريض من خلال تبرعه بأعضائه، والسند في ذلك قوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾<sup>(1)</sup>.

كما استند هذا الرأي المؤيد لجواز الوصية من المتوفى حال حياته، إلى التعريف اللغوي للوصية بأنها "العهد إلى الغير في القيام بفعل شيء حال حياة الموصي أو بعد وفاته"، وقد وضعوا شروطا لهذه الوصية هي: أن تكون الوصية بالأعضاء صادرة عن إنسان بالغ، عاقل، مختار، رشيد مدرك، وعن وعي تام بما هو مقدم عليه، وبالتالي لا يعتد بالإذن الصادر من المكره أو المجنون أو من في حكمهما، فيلزم موافقة الولي على النفس، ويرى البعض جواز إيصال الصبي المميز بأعضائه بعد وفاته، وذلك لعدم الحاق الضرر به، ولترجيح مصلحة الحي على الميت.

ويرى الفقه المعاصر إجازة الانتفاع بجسد الميت في التداوي أو الانتفاع في حالة ما إذا توافرت شروط الضرورة دون حاجة للحصول على إذن الميت لكونه لا يملك أعضائه، وذلك لأن مصلحة الحي مقدمة على مصلحة الميت، ولأن الضرر الأشد يزيل الضرر الأخف<sup>(2)</sup>.

**ب- أدلة الاتجاه الثاني:** احتج القائلون بعدم الجواز بأن الموصي ليس مالكا هنا لما يوصي به، أي أن الجثة بأجزائها ليست ملكا للشخص، والوصية لا ترد إلا على الأموال أو المنافع المالية التي تصلح أن تكون محلا للتركة، والأعضاء الآدمية ليست مالا أو حقا ماليا يمكن أن تدخل في تركة المتوفى، ولا تدخل في الذمة المالية فحق الآدمي على جسده هو حق لله تعالى، ومن ثم لا تصلح الوصية بالجثة أو بأجزاء منها لمخالفة ذلك لشروط الوصية، فلا يمكن التنازل عنها أو التصرف فيها<sup>(3)</sup>.

وعلى الرغم من وجاهة هذا الانتقاد، إلا أنه يمكن مناقشته بما ذهب إليه البعض من أن تعبير الباحثين هنا بالوصية يشبه إلى حد ما تعبيرهم بالهبة بالنسبة لتبرع الحي بعضو من أعضائه، حيث أن المراد بالهبة التي يشترط فيها أن يكون الموهوب مالا منقولاً، ولا يخفى أن الحق في جسم الإنسان مشترك ما بين العبد وربه، وأن التصرف بحق الله منوط بإذن الشارع الحكيم، والتصرف في

(1) - سورة المائدة، الآية 32.

(2) - خواتر سامية، حكم الوصية بالتصرف في الأعضاء البشرية، مقال منشور في مجلة البدر، ع2، المجلد 10، الجزائر، 2018، ص 225.

(3) - عارف علي عارف القره داغي، مرجع سابق، ص 131، وكذا د/ عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مرجع سابق، ص 143.

حق العبد منوط بإذن العبد بذلك، وعلى هذا الأساس فإن التصرف في الجثة يحتاج إلى إذن صاحب الحق، وحيث أباح الشارع الحكيم التصرف في جثة المتوفى عند الضرورة، فإن إذن الله يكون قد حصل ويبقى حق العبد، وهذا لا سبيل إليه إلا عن طريق إذن صاحب الشأن، وأولى الناس بمراعاة حق الجثة هو صاحبها، ولما أذن الشارع بالتصرف في الجثة عند الضرورة، فمن حق صاحبها حينئذ الإذن بذلك.

وأما تعبير الباحثين هنا بالوصية فليس المراد منه حقيقة الوصية، وإنما أقرب صيغة يمكن إطلاقها على تصرف الإنسان بحقه بعد الوفاة هو المقصود من استعمال الوصية هنا، وإنما اشترطت الوصية كي لا تتخذ الجثة مسرحاً لقطع الأعضاء منها بحجة الضرورة الطبية أو العلاجية، وذلك لمنع العبث غير المأذون فيه بجثث الموتى اشترط الإذن من صاحب الجثة، وبهذا التعليل يتبين في تقديرنا أن الرأي الأول أولى بالتأييد.

هذا وقد اشترط الفقهاء المجيزون للإيصال بالأعضاء شروطاً أخرى في الوصية، فاستلزموا صدورهما عن إنسان عاقل بالغ ومختار ومدرك لما هو مقدم عليه، وإلا تكون الغاية من الوصية التجارة أو الحصول على مكاسب مادية سواء في الحال أو المال على ذات النحو المتطلب في عمليات النقل من الأحياء، كما اشترطوا -أيضاً- ألا يكون العضو الموصى به متعارضاً مع نص شرعي خاص بالأعضاء التناسلية، لما في ذلك من تعارض مع مقاصد الشرع في الحفاظ على الأنساب<sup>(1)</sup>.

#### ثانياً- موقف التشريع الوضعي من الوصية:

تعتبر الوصية بالجثة تصرف إنساني وأخلاقي نبيل ذو قيمة اجتماعية مؤكدة، ويقصد بها تعبير سابق عن إرادة المتوفى الصريحة بإعطاء الأذن باستئصال أعضاء من جسده بعد وفاته للأغراض التي يحددها في وصيته، وهي تعبير عن إرادة حقيقية وصريحة للمتوفى في الأمر الذي أوصى به، ومن ثم يجب أن تكون موثقة ومثبتة في ورقة رسمية<sup>(2)</sup>.

(1) - د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 267.

(2) - أسامة الشناوي عصمت، الحماية الجنائية لحق الإنسان في التصرف في أعضائه، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص 290.

وهو ما أقره الفقه المعاصر بأن الوصية بالمنافع جائزة شرعا ومنها الوصية بالانتفاع بجثة الميت للحاجة التي يبينها الشرع، بشرط أن يكون الموصى أهلا للتبرع وبأن يكون بالغاً عاقلاً قادراً على أن يعطى رضاء جاد وكامل، فإذا كان غير أهل وجب في هذه الحالة زيادة على وصيته الحصول على موافقة المثليين الشرعيين له، كما لا تصح الوصية إذا كان الموصي مكرهاً عليها<sup>(1)</sup>.

وعلى هذا أبحاث معظم التشريعات مشروعية التصرف بالجثة في حالة موافقة الشخص قبل وفاته، لكن اختلفت في الوقت نفسه في شكل الموافقة المسبقة على الاستئصال من الجثة أو رفض المساس بها، كما اختلفت في كيفية الحصول على الموافقة في حالة عدم وجود وصية مسبقة من المتوفى.

ولغرض معرفة الحدود القانونية للاستيلاء على أعضاء الجثة بناء على إرادة المتوفى، لابد من أن نبحت أشكال التعبير عن هذه الإرادة ومدى جواز الإيضاء بجثة القاصر تاركين مسألة الوصية وشروطها التي تكون مجال البحث فيها من اختصاص الباحثين في القانون المدني.

#### أولاً- أشكال التعبير عن إرادة المتوفى:

لم تذهب التشريعات على وتيرة واحدة في التعبير عن الإرادة، فقد ذهبت البعض منها إلى ضرورة إتباع شكلية معينة حتى يمكن الاعتداد بهذه الإرادة، بشرط أن يكون المتصرف بالغاً عاقلاً، في حين لم تقم تشريعات أخرى أية وزن لهذه الشكلية، وسواء كانت التشريعات التي أوجبت الشكلية أم لم توجبها قد ميزت بين حالة الموافقة على الاستقطاع أم رفضها<sup>(2)</sup>.

#### أ - في حالة قبول الاستقطاع:

إن المشرع الجزائري، فلم يشترط شكلية معينة للتعبير عن موافقة الشخص بخصوص التصرف في جثته، فيمكن التعبير عن الموافقة كتابياً أو شفهاياً أو بأي إشارة تدل عرفاً عن القبول، كما يجوز التعبير عن رغبته بالتبرع لأهله أو الإيضاء بعدم الاعتراض على هذا الاقتطاع، كما يمكن أن يحدد الأعضاء التي يتبرع بها، ويحدد أغراض الاقتطاع للعلاج أو للعلم، وهذا ما نصت عليه المادة 362

(1) - رواب جمال، طحطاح علل، نقل الأعضاء من الأموات الى الأحياء بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، الملتقى الوطني الثاني، خميس ميانة، 2009، ص 13.

(2) - د/ حسني عودة زعال، مرجع سابق، ص 137.

من القانون 11/18 لقانون الصحة الجزائري "يمكن القيام بالزرع إذا لم يعبر الشخص المتوفى عن رفضه خلال حياته"، مما يعني أن الإيحاء بالتصرف بالجثة يكون للشخص نفسه وبناء على إرادته الحرة وأهلية تامة<sup>(1)</sup>.

ولعل السبب في عدم اشتراط المشرع الجزائري الكتابة لتعبير المتوفى عن إرادته ورغبته في التبرع بأعضائه بعد وفاته، قد يرجع إلى أنه لا يتصور شخص يموت فيسارع ليوصي بأعضاء جثته، كما انه من النادر أن يفكر إنسان يتمتع بصحة جيدة في الإيحاء كتابة بأعضاء من جثته هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فكيف يمكن مطالبة مريض يخضع لتدخل جراحي قد يمدد حياته بأن يوصي كتابة باستئصال عضو من جثته بعد وفاته، فإن مجرد مطالبته بذلك قد يؤثر سلبا على حياته النفسية وذلك من شأنه أن يعيق في كثير من الأحيان شفاء المريض<sup>(2)</sup>.

إلا أن السؤال الذي يثور هو مدى جواز الأخذ بوصية الأعضاء الصادرة من القاصر؟ يشار في البداية الى أن القاصر وعديم الأهلية ليس لديه الأهلية التي تمكنه من منح الآخرين حق على جثته فهو في نظر القانون لم تكتمل أهليته، فقد حظرت عليه المعاملات المالية على ماله الخاص، ومن ثم فبديهيًا أنه لا يملك التصرف أيضا في جسده حال حياته باستقطاع جزء منه للآخرين<sup>(3)</sup>.

وبصفة عامة فان الوصية تكون ممن هو مؤهل لها قانونا، والفقهاء جميعا متفقون على أنه يشترط في الموصي لتكون وصيته صحيحة ونافذة، أن يكون عاقلا ومميزا، فإذا انعدم العقل والتمييز فلا وصية له، وعلى هذا فلا تصح وصية المجنون ومن في حكمه<sup>(4)</sup>.

هذا ونجد بعض التشريعات قد تطلبت ضرورة أن يكون الموصي كامل الأهلية، كما فعل المشرع الجزائري والقانون العراقي<sup>(5)</sup> وغيرهما من التشريعات العربية، عندما نص في المادة 361 من

(1)- عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الاعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 642.

(2)- د/ مارك نصر الدين، مرجع سابق، ص 412.

(3)- خواثر سامية، مرجع سابق، ص 226.

(4)- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة، الوصية، الوقف، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 48.

(5)- ومن القوانين التي لم تنص على المانع صراحة وإنما اكتفت باشتراط كمال الأهلية في التبرع مما يدل على منع النقل من القصر بمفهوم المخالفة، قانون عمليات نقل الأعضاء البشرية العراقي رقم 85 لسنة 1986 المعدل الذي نصت المادة 3 منه على أنه "يتم الحصول على الأعضاء لأجل إجراء عمليات الزرع من يتبرع بها أو يوصي بها حال

قانون حماية الصحة الجزائري على أنه " يمنع نزع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية من أشخاص قصر أو عديمي الأهلية أحياء." مما يفيد بعدم صحة وصية القاصر بأعضائه.

وبذلك فالمشرع الجزائري لم يتناول حالة الانتزاع من جثة القاصر، ونحن ننتقد هذا الوضع ونطالب بضرورة التمييز بين استئصال الأعضاء من القصر وهم على قيد الحياة وبين استئصالها وهم متوفون، لأن في حالة كونهم أحياء فلا يثار أي إشكال، لأن المشرع الجزائري منع وحظر الانتزاع والنقل من القصر ومن في حكمهم حال حياتهم.

بينما لم يشر إلى ذلك في حالة وفاتهم فهل أراد تطبيق نفس الحكم أي لا يمكن انتزاع الأعضاء والأنسجة من القصر ومن في حكمهم بعد وفاتهم؟ هذا من جهة، ومن جهة أخرى يمكن أن يفهم من نص المادة أن القصر في حالة وفاتهم مع انعدام اعتراض أسرهم يعتبر قبولاً للتنازل عن جثثهم أو أجزاء منها، أي أنه لا يوجد ما يعيق الانتزاع من القصر المتوفين<sup>(1)</sup>.

في حين أجازت تشريعات أخرى الحصول على الأعضاء من جثة القاصر بشرط الحصول على موافقة وإذن وليه، كالقانون الفرنسي الذي أجاز أخذ الأعضاء من شخص وفاته مثبتة شرعا لأغراض علاجية أو علمية، حتى وإن كان المتوفى قاصرا، بشرط الحصول على إقرار كتابي ممن يملك سلطة الأبوين أو الوصي، وهذا بموجب المادة 1/1232 من قانون الصحة العامة الفرنسي رقم 2004/800 والمادة 20 من القانون المغربي رقم 16/98 لعام 1999<sup>(2)</sup>.

ومما سبق أرى بإمكانية السماح للقاصر بالوصية بأحد أعضائه إذا ما تم الحصول على موافقة ممثله القانوني، فمثل هذه الوصية قد تؤدي بنفع كبير للمتلقي قد يصل إلى إنقاذه من الموت، ولا تضر بالمتوفى القاصر. وأما بشأن الأضرار المعنوية التي قد تلحق أقارب القاصر وخصوصا الأبوين فانه من الممكن أن نتلافها من خلال اشتراط موافقتهم قبل البدء بعملية الاستئصال، كما أن هذه الأضرار قد تنعدم إذا كان المتلقي أخ للمتوفى أو قريبه، لذلك أرى من الأجدر بالمشرع السماح لناقص الأهلية بالوصية بأعضائه.

=حياته تربطه أن يكون كامل الأهلية عند التبرع أو الإيلاء وإقرار كتابي. " للمزيد من التفصيل د/ هيثم حامد المصاروة، مرجع سابق، ص 112.

(1) - خواثر سامية، مرجع سابق، ص 226.

(2) - د/ افتكار ميهوب المخلافي، مرجع سابق، ص 345.

ونجد في هذا الصدد فتوى الشيخ يوسف القرضاوي بجواز التبرع ببعض أعضاء الأطفال الذين يولدون ببعض العاهات التي لا يعيشون بها، وإنما هي أيام يقضونها في المستشفى، ثم يودعون الحياة، وقد يحتاج أطفال آخرون إلى بعض الأعضاء السليمة لديهم واعتبر الفعل مستحب، وأن والديه مأجورين على ذلك لأن في ذلك سببا لإنقاذ حياة عدة أطفال<sup>(1)</sup>.

#### ب- في حالة رفض الاستئصال:

يعد الشخص سيد نفسه فهو حر في جسده أثناء حياته وحتى بعد وفاته، فله أن يرفض باستئصال أعضاء من جثته بعد موته، وقد اختلفت التشريعات في الاعتماد على نموذج واحد للتعبير عن رفض الاستئصال من الجثة، فهناك من التشريعات التي تعتمد على الكتابة للتعبير عن رفض الشخص الاستئصال من جثته بعد وفاته، وهناك من يعتمد على وسيلة أخرى وهي بطاقات التبرع.

#### 1- اعتماد الكتابة كوسيلة للتعبير عن رفض الاستئصال من الجثة:

أجازت بعض التشريعات الكتابة أو الإقرار الكتابي لإثبات رفض الشخص المساس بجثته بعد وفاته، وفي هذه الحالة لا يجوز الاستئصال من الجثة ولو بإرادة الأقارب لأن المتوفى قد اعترض عن ذلك، فيجب احترام إرادته كما لو كان حيا<sup>(2)</sup>.

من خلال نص المادة 362 من قانون حماية الصحة وترقيتها والتي جاء فيها: "لا يمكن نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص متوفين بغرض الزرع إلا بعد معاينة طبية وشرعية للوفاة وفقا لمعايير علمية يحددها الوزير المكلف بالصحة وفي هذه الحالة، يمكن القيام بالزرع إذا لم يعبر الشخص المتوفى عن رفضه النزع خلال حياته".

نستنتج أن المشرع الجزائري قد اشترط الكتابة لإثبات التعبير عن إرادة الشخص الراضية لانتزاع الأعضاء من جثته، وهذا عكس ما رأيناه بخصوص حالة الموافقة على الاستئصال، أين ترك المجال مفتوحا للتعبير عنها بكل الطرق، دون تقييدها بالكتابة.

(1) - د/ يوسف القرضاوي، زراعة الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية بحث مقدم لمجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف في مؤتمره الأخير (ربيع الأول 1430هـ/مارس 2009م)، ص 53.

(2) - د/ عبد الكريم مأمون، اثبات الموافقة بشأن التصرف في جثث الموتى، مقال منشور في المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، ع خاص 2، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 271.

أما في حالة انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين فإن نقل الأعضاء لا يتم إلا بعد الإثبات الشرعي للوفاة حسب المعايير العلمية التي يحددها وزير الصحة، مع اشتراط عدم رفض الشخص المتوفي لنزع أعضائه خلال حياته، وفي هذا الصدد يلزم الفريق الطبي المكلف بالنزع بالاطلاع على سجل الرفض قصد البحث عن موق المتوفي، أو استشارة أفراد عائلته في حالة عدم التسجيل بهذا السجل، كما يمنع كش هوية المتبرع للمتلقي وهوية المتلقي لأسرة المتبرع.

ونرى بأن المشرع الجزائري لم يحدد لنا في نص هذه المادة، شكل الكتابة التي تثبت الرفض المنصوص عليه في المادة 362 المشار إليها أعلاه، فهل تكفي الكتابة المحررة من قبل المعني، أم يجب أن تكون رسمية محررة بمعرفة جهة مختصة، أم تكفي المصادقة على التصريح المدون بخط المعني وتوقيعه؟ من جهة أخرى يثور التساؤل بشأن الجهة التي يجب إيداع هذه الوثيقة لديها أو إرسالها؟ لم يتعرض قانون حماية الصحة وترقيتها لهذه المسائل، مما يفهم منه أن الأمر يتعلق بالمرضى نزلاء المستشفيات، الذين يحتاجون إلى الرعاية الطبية المستمرة.

حيث يجوز لهم التعبير عن إرادتهم بكل الوسائل إذا تعلق الأمر بالموافقة على الاقتطاع من جثثهم، وكتابيا فقط للتعبير عن رفض الاقتطاع من خلال التسجيل في سجلات خاصة بالرفض يوقع عليها المرضى، في حالة رفضهم المساس بجثثهم بعد الوفاة، حسب نص المادة 365 من قانون الصحة الجزائري بقولها: " يجب أن تمنح الأعضاء والأنسجة التي تم نزعها، فقط للمرضى المسجلين في قائمة الانتظار الوطنية التي تمسكها الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء.

يجب أن تحدد وتقيّم، بصفة منتظمة، قواعد منح الأعضاء والأنسجة المتأتية من المتبرعين المتوفين ضمن احترام مبدأ الإنصاف.<sup>1</sup>

في حين لم تستلزم بعض التشريعات أية شكلية خاصة لإثبات رفض المتوفى لأية عملية استئصال من الجثة، كالقانون الفرنسي الذي أجاز أن يتم التعبير عن رفض الشخص استئصال الأعضاء منه بعد وفاته بأية وسيلة كانت، فيمكن أن يتم رفض الاستئصال بتصريح صادر من صاحب الشأن أثناء علاجه في المستشفى ويمكن أن يمتد حتى الى شهادة الأبوين أو الأقارب أو

1- المادة 365 من قانون رقم 11/18 المتعلق بحماية الصحة الجزائري.

شهادة أي شخص كان قد حصل على تصريح أو وثيقة من المتوفى، ويجب تسجيل هذه التصريحات في سجل معد لهذه الغاية في مكتب القبول لدى المستشفى المرخص له اجراء الاستئصال<sup>(1)</sup>.

لذا نتساءل هل يمكن اشتراط الموافقة الكتابية بالرفض بالنسبة للقصر، فهل ينبغي الحصول على رفض القاصر أثناء حياته حتى لا يتم استئصال الأعضاء من جثته، ومع ذلك كما سبق لي الإشارة الى أن المشرع الجزائري لم يتعرض لحالة المتوفى الراض استئصال أعضائه من جثته بعد مماته وهو قاصر، عكس المشرع الفرنسي الذي تعرض لهذه المسألة واشترط قبول الوالدين باستئصال الأعضاء من القصر ولا يكفي عدم تعبير القاصر عن رأيه بالمسألة.

وحتى وان سلمنا بذلك فالأخذ برفضه غير مقبول لأنه لا يعتد بتصرف القاصر، لهذا يجب على المشرع الجزائري سد مثل هذه الثغرات القانونية، ويخضع الاقتطاع الذي يتم من جثة قاصر أو عديم الأهلية (البالغ المستفيد من أحد إجراءات الحماية القانونية) من أجل الزرع لموافقة أسرة القاصر قبل القيام بأي استئصال لأعضائه أو من وليه الشرعي إن لم تكن له أسرة<sup>(2)</sup>.

## 2-اعتماد بطاقة للتعبير عن رفض الاستئصال من الجثة:

قد لا تتفق الإجراءات القانونية العادية للحصول على الرضا باستئصال الأعضاء من جثة المتوفى، والسرعة التي تستلزمها عمليات نقل وزرع الأعضاء، تلك العمليات التي يجب أن تتم بعد التحقق من الوفاة مباشرة، حفاظا على القيمة البيولوجية للعضو أو الأعضاء المراد استئصالها، فإذا لم يصدر عن المتوفى أثناء حياته ما يفيد قبوله أو اعتراضه عن إجراء الاستئصال، فيجب الحصول على الموافقة من أسرته بعد وفاته غير أن ذلك قد يقابل بصعوبات كثيرة، حيث أن مثل هذا الطلب بالاستئصال من الأسرة وهي في ظروف نفسية سيئة، قد يقابل بالرفض، ونظرا إلى أنه من الصعب أن يفكر معظم الناس بوفاتهم حال صحتهم، أو أن إصابة أحد ما من شأنه أن يعرض حياتهم للخطر، فيصبح من الصعب مطالبتهم بالموافقة على التبرع بعد وفاته<sup>(3)</sup>.

(1)- أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الانسان ضمن التعامل القانوني، رسالة مقدمة لنيل أطروحة دكتوراه في الحقوق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1995، ص 314.

(2)- خواثر سامية، مرجع سابق، ص 230.

(3)- اسمي قاوة فضيلة، الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 157.

ولتفادي الصعوبات المتعلقة بإثبات موافقة الشخص بشأن التصرف في جثته اقترح البعض عمل بطاقة خاصة للتبرع يحملها كل شخص بصفة دائمة مثل بطاقة تحقيق الشخصية، وفي هذه البطاقة يستطيع كل شخص أن يوافق أو يعترض على الاقتطاع من جثته<sup>(1)</sup>. ورغم الشكلية المطلوبة في هذه الطريقة إلا أنها تجنب البحث عند الحاجة عن موقف الشخص من المساس بجثته<sup>(2)</sup>.

وتجدر الإشارة، الى أن القانون التونسي الخاص بنقل وزرع الأعضاء، اعتمد بدوره استعمال بطاقات التبرع بالأعضاء، يحملها كل شخص معه بصفة دائمة، مثل بطاقة التعريف الوطنية أو رخصة السياقة أو بطاقة العمل، وبفضل هذه البطاقات يستطيع كل شخص، أن يأذن أو لا يأذن باستئصال الأعضاء من الجثة بعد الوفاة<sup>(3)</sup>.

ويرى الدكتور مروت نصر الدين، أن هذه الطريقة تعد الأنجع في مجال زراعة الأعضاء عامة لأنه بواسطة هذه البطاقات يمكن للطبيب الجراح في وقت قصير ومحدود، وبطريقة مؤكدة ما إذا كان المتوفى قد أذن بالتبرع بأعضائه أم لا، وبهذا الأسلوب يمكن تفادي الإشكالات الأخرى للتعبير عن الإرادة والتي تستغرق وقتا طويلا<sup>(4)</sup>.

مع العلم، أن هذا التنظيم لا يتعارض مع حق الرجوع عن التبرع، إذ يكفي أن يخطر المتراجع عن التبرع بجثته، الجهة المختصة لكي يتم شطب اسمه من سجلات المتبرعين سواء تعلق الأمر بحامل البطاقة أو المؤشر على رخصة السياقة بجواز الاقتطاع، لكن رغم سرعة وسهولة هذه الطريقة في إثبات موفق الشخص، إلا أنه لم تعتمد كثيرا، وهذا نظرا للخطورة التي تشكلها بالنسبة للأشخاص الذين يحملون مثل هذه البطاقات، إذ، ربما يتعرضون لاعتداء أو لحادث فقط لأنهم يحملون هذه البطاقات ومن أجل الاستفادة من أعضائهم في أسرع وقت ممكن، فهذه البطاقات قد تشكل مصدر اعتداء على حاملها.

- 
- (1) - صاحب عبد الفتاوي، التشريعات الصحية دراسة مقارنة، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص 148، وكذا حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 188، د/ مروت نصر الدين، مرجع سابق، ص 416، أسامة علي عصمت الشناوي، مرجع سابق، ص 317.
- (2) - أحمد محمد بدوي، مرجع سابق، ص 129، وكذا د/ مروت نصر الدين، المرجع السابق، ص 419، وكذا مأمون عبد الكريم، رضا المريض، مرجع سابق، ص 276.
- (3) - اسمى قاوة فضيلة، مرجع سابق، ص 156.
- (4) - د/ مروت نصر الدين، مرجع سابق، ص 318.

## الفرع الثاني: التصرف بالجهة عن طريق موافقة الورثة

غالبا ما يموت الإنسان ولا يترك وصية في كيفية التصرف بجهته أو أجزاء منها، والسبب في ذلك هو أن الإنسان قلما يكتب وصيته وهو في قوته وعنفوانه، وإذا ما بلغ العمر منه الشيب والكبر أصبح أكثر حرصا على الحياة واشد تعلقا بها، وفي هذا الوقت تكون كتابة الوصية مدعاة تشاؤم له، فيرحل الكثيرون عن الدنيا دون أن يتركوا وصية يوصون فيها بأعضائهم وجنتهم لإنقاذ مرضى يحتاجون إلى كلية أو قلب، فإذا ما توفي الإنسان ولم يترك وصية في التصرف بأعضائه، فهل ينتقل هذا الحق في التصرف إلى ورثته؟<sup>(1)</sup>، سأبين فيما يأتي موقف الباحثين في الشريعة الإسلامية، وموقف التشريع الوضعي من ذلك:

### أولا-موقف الباحثين في الشريعة الإسلامية:

وقد اتفقت جميع الفتاوى<sup>2</sup> المتعلقة بهذا الشأن، على ضرورة التحقق من موافقة الورثة على استقطاع الأعضاء من جهة المتوفى في حال عدم وجود وصية منه بذلك<sup>(3)</sup>. وإستند القائلون بحق الورثة في الموافقة بالقياس على حق الورثة في المطالبة بالقصاص في حال الجناية عليه عمدا، لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾<sup>(4)</sup>.

وعليه فإن كل ما كان حقا للميت حال وفاته يكون حقا للورثة بعد الوفاة، وما دام من حق المتوفى حال حياته الوصية بجسده أو أعضائه، فسينتقل هذا الحق لورثته بعد الوفاة، فيكون من حقهم السماح بالانتفاع بجسد الميت وأعضائه أو الامتناع.

ولكن من هم الورثة الذين يحق لهم في إعطاء الموافقة على الانتفاع بأعضاء المتوفى؟ وما هو الحكم في حالة التعارض بين إرادة المتوفى ورغبة الورثة؟

(1) -عارف علي عارف القره داغي، مرجع سابق، ص133.

(2)- فتوى الشيخ جاد الحق علي جاد الحق، رقم 1323 في 5 ديسمبر 1979 وقد أباح نقل الأعضاء من الميت بعد الإذن من الموصي أو أهله، ومنها فتوى مجمع الفقه الاسلامي وغيرها للمزيد من التفصيل أنظر عارف علي عارف القره داغي، مرجع سابق، ص140.

(3) - عبد الحميد اسماعيل الأنصاري، مرجع سابق، ص 48.

(4)- سورة الإسراء، الآية 33.

ذهب بعض الفقهاء إلى ضرورة الحصول على الإذن من جميع الورثة، ومن ثم إذا أذن بعض الورثة دون بعضهم فلا يجوز الأخذ من جثة الميت.

وذهب البعض الآخر من الفقه إلى أن الحصول على إذن الورثة يكون بحسب ترتيبهم في الميراث، وذلك لأن الحصول على إذن جميع الورثة يكون فيه نوعاً من الصعوبة قد تؤدي إلى تفويت مصلحة ضرورية وهي إنقاذ نفس من الهلاك، ومن ثم يقدم الأقرب فالأقرب، فيعتبر الأبناء هم الأولى، لأن التعصيب بالبنوة مقدم على التعصيب بالأبوة وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري، أما بالنسبة لحالة التعارض بين إرادة المتوفى والورثة، ففي هذه الحالة يفرق بين حالتين<sup>1</sup>:

الحالة الأولى: وهي حالة إذا ما أجاز المتوفى حال حياته التصرف بأعضائه ومنع الورثة ذلك، فهنا نقدم رغبة المتوفى لأنه أولى الناس بالولاية على نفسه وهي مقدمة على ولاية غيره، واستند أصحاب هذا الرأي إلى ما ورد عن الفقهاء من أن عفو المجني عليه قبل موته عن الجاني يسقط حق الورثة في المطالبة في القصاص (2).

الحالة الثانية: وهي حالة إذا ما اعترض المتوفى حال حياته على التصرف بجسده أو أعضائه، وأذن الورثة ذلك. فيرى البعض تقديم رغبة المتوفى استناداً إلى ولاية الإنسان على جسده التي تخوله التصرف في جسده أو أعضائه.

وذهب فريق ثانٍ إلى ترجيح جانب الورثة تحقيقاً للمصلحة الراجحة المترتبة على الانتفاع بأعضاء المتوفى بإنقاذ نفس من الهلاك، ولا سيما وأن الضرر هنا مناف بالنسبة للمتوفى، ولأن الأعضاء إذا لم يتم الانتفاع بها سوف تبلى وتدفن في التراب فيكون الانتفاع بها أولى.

في حين ذهب فريق ثالث إلى القول بأنه ليس للورثة حق الإذن في الانتفاع بجسد الميت وأعضائه، وذلك لعدم شمول ولايتهم لمثل ذلك، ومن ثم لا عبرة بإذنها أو عدمه، ويرون بأنه متى ما وجدت حالة الضرورة بشروطها فإنه لا مانع من الانتفاع بجسد الميت وأعضائه، إذا غلب الظن بإمكانية الانتفاع بالعضو تحقيقاً لمصلحة راجحة وإعمالاً لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات.

(1) - د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 268.

(2) - علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 7، دار الكتاب العربي، بيروت، 1984، ص 236، وكذا د/ أنور أبو بكر كريم هواني الجاف، مرجع سابق، ص 367، الشيخ جاد الحق علي جاد الحق، مرجع سابق، ص 156، وكذا د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 268.

ولا يخفى في الحقيقة دقة هذا الطرح، إلا أنه وعلى الرغم من ذلك أعتقد بضرورة الحصول على موافقة الورثة، ومقتضى ذلك واقع عمليات نقل الأعضاء، لأن إهمال تحصيل هذه الموافقة قد يؤثر بعض الإشكاليات تتعلق بفقدان الثقة بالمستشفيات والأطباء على حد سواء، كما أنه قد يفتح الباب أمام المتاجرة بالأعضاء البشرية، بالإضافة إلى أن أخذ موافقة ورثة المتوفى يحقق نوعاً من الحماية للجنة وفيه أيضاً مراعاة لمشاعر ذوي المتوفى واحترام لحقوقهم المعنوية على الجنة<sup>(1)</sup>.

### ثانياً- موقف التشريع الوضعي:

يذهب الرأي الغالب في مجال القانون الوضعي إلى مشروعية انتقال حق التصرف في الجنة إلى أقارب المتوفى إذا لم يوضح هذا الأخير قبل وفاته كيفية التصرف في جثته. والأصل أنه إذا كانت هناك وصية صادرة من المتوفى فيجب التقيد بتلك الوصية، فإذا ما أوصى المتوفى بعدم المساس بجثته أو بأي أجزاء منها سواء لغايات علاجية أو علمية، فعلى الطبيب الجراح وأقارب المتوفى احترام إرادته وتنفيذها.

ولكن يثور التساؤل حول ما إذا ما وافق المتوفى حال حياته على التبرع بأعضائه واعترض على ذلك أقربائه بعد وفاته؟ وكذلك حالة ما إذا مات المتوفى ولم يتعرض حال حياته إلى كيفية التصرف بجثته أو أعضائه؟ فهل تكفي موافقة أقربائه لاستئصال أعضائه؟ اختلفت وجهات النظر من حول هذه المسألة إلى ثلاثة اتجاهات وكالاتي:

### أ- الاتجاه الأول: ضرورة موافقة الأقارب

يرى هذا الاتجاه ضرورة الحصول على موافقة أقارب المتوفى الصريحة لغرض القيام بعملية الاستئصال من جثة قريبهم<sup>(2)</sup>، لأن المساس بجسم المتوفى دون الحصول على موافقتهم فيه إهدار لحقوقهم المعنوية على الجنة، ذلك الحق الذي يجد أساسه في صلة الرحم والقربة<sup>(3)</sup>، بل الأكثر من ذلك ما ذهب إليه البعض من أنصار هذا الاتجاه من عدم جواز التصرف في جثة المتوفى حتى في

(1) - د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 269 و 270.

(2) - د/ سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 312.

(3) - د/ أحمد شوقي أبو خطوة، مرجع سابق، ص 220، وكذا د/ صفاء حسن العجيلي، المرجع السابق، ص 292.

حال موافقة أحد أقاربه إذا ما اعترض على ذلك شخص يمثل مرتبة أعلى في درجة القرابة للمتوفى، وعند تعارض إرادتين لشخصين في درجة واحدة من القرابة ترجح الرغبة القائلة بعدم المساس بالجثة.

واشترط البعض موافقة أقارب المتوفى على استئصال الأعضاء من الجثة حتى وإن كان قد أوصى بذلك حال حياته، فإذا ما رفض الأقارب الاستئصال امتنع على الطبيب الجراح، ذلك ويبرر هؤلاء رأيهم هذا، بأن رفض الأقارب للاستئصال لا يعد إجهاضاً للوصية وإنما يعد تمسكاً من قبل الورثة بحقوقهم تجاه مورثهم فهم ورثته مادياً ومعنوياً، فكما أن ماله انتقل إلى ورثته، فكذلك يمكن القول بأنهم أصبحوا مسؤولين عن جسم الميت أيضاً.

وهو ما لا نؤيده ونرى باشتراط موافقة الأقارب فقط في حال عدم تحديد المتوفى لكيفية التصرف في جثته، لأن الشخص عندما يعبر حال حياته عن موافقته على استئصال الأعضاء من جسده بعد وفاته، فانه يكون بذلك قد تنازل عن حقه في عدم المساس بجثته وهو أولى الناس برعاية مثل هذا الحق، وكما يتمتع على الأقارب الموافقة على استئصال أي عضو من أعضاء جثة المتوفى إذا ما اعترض المتوفى على ذلك حال حياته احتراماً لإرادته، فانه يتمتع عليهم بالمقابل الاعتراض على استئصال الأعضاء من جثة المتوفى إذا ما أجاز ذلك حال حياته، وقد أخذت بهذا الاتجاه بعض القوانين المقارنة كالقانون العراقي واللبناني والكويتي وغيرها<sup>(1)</sup>.

هذا وقد اشترط المشرع الجزائري على غرار البعض من التشريعات المقارنة التي أجازت نقل الأعضاء من الجثث الموافقة الصريحة لأقارب المتوفى عند التصرف في الجثة، إذ نصت الفقرة الثالثة من المادة 362 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: وفي حالة غياب التسجيل في سجل الرفض، تتم استشارة أفراد الأسرة المتوفى البالغين حسب ترتيب الأولوية التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابناء أو الإخوة أو الممثل الشرعي، إذا كان المتوفى بدون أسرة، قصد معرفة موقفه من التبرع بالأعضاء".

مما يفهم، أن المشرع الجزائري منح للأسرة الحق في التصرف في الجثة في حالة ما إذا لم يعبر المتوفى عن رأيه قبل وفاته بشأن التصرف في جثته، وسواء كان الشخص المتوفى كامل الأهلية

(1) - د/ عبد الحميد الأنصاري، مرجع سابق، ص 48، وكذا د/ حسن عودة زعال، مرجع سابق، ص 143، وكذا د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 293.

أو قاصر، فقد جاءت المادة عامة، حيث استعمل فيها عبارة إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته على قبوله لذلك، وهذا يعني أن المتوفى يمكن أن يكون كامل الأهلية كما يمكن أن يكون قاصرا، كما ذكر الأشخاص المعنيين بالموافقة على سبيل الأسبقية وليس على سبيل الحصر<sup>(1)</sup>.

غير أنه لم يحدد شكل الموافقة الواجب تقديمها من طرف الأقارب ولا الجهة التي تقدم إليها هذه الموافقة، والملاحظ هنا أن المشرع الجزائري، لم يحدد من هو الولي الشرعي، والأولى أن يكون الإذن صادرا من القضاء، لتفادي أي مضاربة بأعضاء الأشخاص الذين ليسوا لهم أسر.

وفي هذا الإطار يبدو لنا ضرورة تحديد الأصل والاستثناء، بمعنى هل رفض نزع العضو من الميت هو الأصل، أو أن قبول نزع العضو من الميت هو الأصل، والظاهر لنا، أن الأصل هو المنع لذلك استوجب القانون الإذن من الأولياء، وعلى هذا نرى، أنه في حالة إذن أحد أفراد أسرة الميت، ورفض الآخر وكانوا في نفس الدرجة، كأب وأم أو زوجات، أو ابن وبنت، فالأولى الأخذ بالرأي الراض، لأن الأصل هو المنع، والاستثناء هو الإذن، وهذا تجسيدا وتحقيقا للمبادئ القانونية التي تقضي، أنه في حالة تعارض الأصل مع الاستثناء، فإن الأصل هو المعني، وتغلبا للأصل على الاستثناء في هذا المجال، فإنه يجب احترام رأي الشخص المانع.

وإذا تعارضا شخصين ليسا من نفس الطبقة، فإنه يجب تغليب رأي الشخص الذي يكون من الطبقة الأولى، وفقا للترتيب المدرج في المادة 362 السابقة الذكر، فإذا منع أب وقبل الزوج أو على العكس فيجب الأخذ برأي الأب.

أما عن الوضع بالنسبة للتشريعات الأخرى فقد أسندت أمر الموافقة على الاقتطاع من الجثة للأقارب<sup>(2)</sup>، وهذا ما ذهب إليه التشريع اللبناني في المادة 12 الذي أسند هذه الموافقة للأقارب حتى الدرجة الثانية، كما نص القانون القطري على موافقة الأقارب وقيد الموافقة بعدة قيود منها أن تكون الموافقة مكتوبة يشهد عليها شاهدان كاملا الأهلية<sup>(3)</sup>.

(1) - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، مرجع سابق، ص 211.

(2) - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 649.

(3) - وهذا ما ود في المادة 13 من القانون القطري رقم 15 لعام 2015 بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية والتي تنص على "يجب لنقل الأعضاء أو جزء منها أو أنسجة أو خلايا من جثة متوفى، موافقة من وجد حال وفاته من

أما المشرع الفرنسي فقد نص صراحة قبل تعديل نص المادة 1232-1 من قانون 2004-800 على إمكانية الاستئصال من جثة المتوفى بالاعتماد على شهادة العائلة في حالة عدم تعبير المتوفى قبل وفاته عن رفضه التبرع بأعضائه، أي لم يأخذ بموافقة الأقارب، بل بالحصول على شهادة من العائلة تثبت عدم وجود رفض للشخص باستئصال أعضائه بعد الوفاة.

مما يفهم أن الأقارب ليس لديهم الحق في اتخاذ القرار بالموافقة أو الرفض، بل هم ملزمون فقط بالإدلاء عن شهادتهم عن عدم وجود رفض للشخص قبل وفاته باستئصال أعضائه.

لكن نظرا للمشاكل التي يواجهها الأطباء في الحصول على شهادة العائلة في حقيقة وجود رفض للشخص قبل وفاته بنزع أعضائه، ونتيجة للانتقادات الموجهة بالخصوص موقف المشرع الفرنسي في ترك المسألة نقل الأعضاء من الجثة بيد الأقارب، فقد تم تعديل المادة 1232-1<sup>(1)</sup> من قانون الصحة العامة الفرنسي بموجب القانون رقم 41-2016 الصادر بتاريخ 26 جانفي 2016 وذلك بموجب المادة 192، والتي نصت على وجوب قيام الطبيب بإعلام أقارب الشخص المتوفى بالاستئصال المزمع اجرائه وطبيعته وأهدافه فقط دون الحصول على موافقتهم، مما يعني أن المشرع الفرنسي سمح باستئصال الأعضاء من الشخص الذي لم يعبر عن رفضه بنزع أعضائه قبل وفاته، واستبعد بذلك موافقة الأقارب.

فباستقراء نصوص التشريعية القانونية العربية المختلفة ومنها القانون الجزائري، نستنتج أن مسألة الحصول على العضو من جثة الشخص المتوفى الذي لم يعبر عن رفضه أو قبوله التبرع بأعضائه قبل وفاته، تعتبر مسألة عائلية، فالشخص الذي يريد الاستفادة من العضو، إما أن يكون لديه فرصة بأن يكون أحد أفراد عائلته متجانس معه وهذا بالنسبة للتبرع بالأعضاء من شخص حي، أو أن يستفيد من أعضاء شخص متوفى إذا عبر الأقارب عن قبولهم لذلك في حالة عدم وجود رفض من الشخص المتوفى، مما يعني أن العائلة لديها سلطة في اتخاذ القرار ينفصل عن المصدر الأصلي والقانوني وهو إرادة المتوفى دون سواها.

---

=أقرب أقربائه كاملي الأهلية حتى الدرجة الثانية، فاذا تعدد الأقارب في مرتبة واحدة وجب موافقتهم جميعا، وفي جميع الأحوال تكون الموافقة بموجب إقرار كتابي يشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية..."

(1)-Article L1232-1 du code de la santé publique, modifié par la loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 dispose : « ... le médecin informe les proches du défunt, préalablement au prélèvement envisagé, de sa nature et de sa finalité, conformément aux bonnes pratiques arrêtées par le ministre chargé de la santé sur proposition de l'agence de la biomédecine ».

مما يتبين، أن القانون في هذه الحالة يركز على الترخيص بالاستئصال وليس الرضا بالاستئصال، فليس من المنطقي ومن العدل أن تكون إرادة الشخص بيد العائلة، ولا شك أن اشتراط المشرع الجزائري الحصول على موافقة الأقارب بشأن الاقتطاع من جثة المتوفى ما هو إلا تعبير عن حماية حقوقهم المعنوية على جثة قريبهم، تلك الحقوق التي تجد أساسها ضمن روابط الدم والعاطفة التي تربط أفراد الأسرة<sup>(1)</sup>.

لذلك فهم يخلّفون قريبهم المتوفى في المحافظة على كرامة جثته، فجسم الإنسان حيا أو ميتا لا يجوز المساس به إلا بعد الحصول على موافقة صريحة من الشخص أو أقاربه، فالتغاضي عن موافقة الأقارب عند المساس بالجثة ينطوي على اعتداء صارخ لحقوقهم وللاحترام الواجب نحو الأموات<sup>(2)</sup>.

ويجب الإشارة إلى أن حق الأقارب على الجثة ليس حق ملكية، لأن الجثة ليست من عناصر التركة، فهي ليست مالا من الأموال، وإنما حقا من الحقوق المعنوية التي يفرضها واجب خدمة الميت والحلول محله في المحافظة على كرامة الجثة وصيانة حرمتها وباعتبار الأقارب الممثل الطبيعي لهذا الميت<sup>(3)</sup>.

لقد حاز هذا الاتجاه تأييدا واسعا في الفقه والقانون المقارن، ذلك أنه لا يجيز للطبيب إستئصال الأعضاء للحاجات الضرورية من جثة الميت إلا بعد موافقة أقربائه على ذلك، إلا أنه لم يسلم من سهام النقد للسببين الآتيين:

السبب الأول: إنه لم يراع الضرورات الإنسانية للأسرة، فليس من الإنسانية في شيء أن تثار قضية المساس بجثة الميت بغرض الحصول على أعضائه بالإذن من أقربائه لحظة موته، خاصة وأن تلك اللحظة تعد من أشد اللحظات إيلاماً بالنسبة إليهم<sup>4</sup>

السبب الثاني: إنه تبنى قرينة الموافقة للأقارب صراحة وعلى أن تكون مكتوبة، وهذا الإجراء يعوق إلى حد كبير إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، التي تتطلب سرعة فائقة في زراعتها حتى يمكن

(1)- د/ مارك نصر الدين، مرجع سابق، ص ص 428 و 429

(2)- خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 471.

(3)- مأمون عبد الكريم، رضا المريض، مرجع سابق، ص 650 .

(4) - د/ علياء محمود طه، مرجع سابق، ص 163، د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 294.

الإستفادة من القيمة البيولوجية للعضو المستقطع، خاصةً وأن الإنتظار لموافقة الأقارب قد يطول مما يؤدي إلى عدم إمكانية الإستفادة من العضو المراد نقله نظراً لسرعة تلفه كالكلبد والقلب أو إحدى الكليتين<sup>(1)</sup>.

#### ب-الاتجاه الثاني: افتراض موافقة الأقارب

نظراً للانتقادات التي وجهت للإتجاه السابق، ظهر في الفقه والقانون المقارن إتجهاً آخر ومضمونا وأساساً مختلفاً، بحيث يركز في مضمونه على التصرف بالجنة دون موافقة أحد، وأساس ذلك افتراض موافقة المتوفى وأقاربه ما لم يصدر اعتراض من المتوفى حال حياته أو اعتراض صريح من أقاربه بعد وفاته.

ولقد أسس الفقه هذا الإتجاه على أساس أن المصلحة العلاجية للمرضى الذين هم بحاجة إلى الأعضاء البشرية والنقدم في الطب يقتضي تفضيل مصلحة الأحياء المحتاجين لهذه الأعضاء على الميت وأقاربه، خاصةً وأن جثث الموتى تعد أهم مصادر الحصول على الأعضاء البشرية، فهذا المصدر تقل أهميته إذا ما أشرطنا موافقة الميت وأذويه، ذلك أن طلب الموافقة يعيق عمليات الإستئصال، خصوصاً أن عمليات زراعة الأعضاء تحتاج إلى السرعة كما أوضحنا وطلب الموافقة قد يؤدي إلى ضياع فرصة نجاح عمليات نقل وزرع الأعضاء.

ولكن هذا لا يعني قيام الطبيب سرا بنقل الأعضاء، ولكن يستحب أن يخطر أقارب الميت والإنتظار حتى وصول الموافقة، فأن لم يتم الرد خلال مدة معينة كان ذلك ق رينة بالموافقة على عملية نقل الأعضاء من جثة ميتة<sup>(2)</sup>.

ولقد تبني هذا الاتجاه بعض القوانين كالقانون الفرنسي والإيطالي والسوري<sup>(3)</sup>، والجدير بالذكر أن القانون الفرنسي الخاص باحترام جسم الإنسان لعام 1994 وإن كان يأخذ بالموافقة المفترضة، إلا أنه لم يمنح الأقارب حق الاعتراض أو الموافقة على الاقتطاع من الجنة، بمعنى أن المشرع الفرنسي

(1)- د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 294 ، وكذا د/ علياء محمود طه، مرجع سابق، ص 163.

(2)- د/ علياء محمود طه، مرجع سابق، ص 164، وكذا د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 295.

(3)- د/ حسن عودة زعال، مرجع سابق، ص 147 و 148.

اعتبر الأقارب مجرد شهود في المجال<sup>(1)</sup>، وهذا حسب نص المادة (1-1232L) من قانون الصحة العامة الفرنسي رقم 800-2004 وبالرغم من أن المشرع الفرنسي عدل هذه المادة بموجب القانون رقم 41-2016 الصادر في 26 جانفي 2016، ونصت على ضرورة قيام الطبيب بإعلام أقارب الشخص المتوفى بالاختطاع المستهدف وطبيعته وهدفه، إلا أنه لم يشترط موافقتهم<sup>(2)</sup>.

ولقد تعرضت فكرة الموافقة المفترضة إلى عدة انتقادات أهمها:

1- وإن كان هذا الاتجاه يتماشى مع السرعة المطلوبة في استئصال الأعضاء من الموتى إلا أن الأخذ بفكرة الموافقة المفترضة ينطوي على خطورة كبيرة بالنسبة للطبيب فهو غير ملزم بالحصول على الموافقة الصريحة من الأقارب لمباشرة عملية الاختطاع من الجثة، ولكنه ملزم بعدم المساس بها حالة اعتراضهم على ذلك، وبهذا قد يصرّ الأقارب على قيامهم بالاعتراض في الوقت المناسب، في حين يصرّ الطبيب على أن الاعتراض لم يصله في الوقت المناسب<sup>(3)</sup>.

2- كما أن الأخذ بالموافقة المفترضة لا يحمي حقوق الأقارب بخصوص جثة قريبهم فالطبيب غير ملزم باستشارتهم بشأن الاختطاع، وإنما يتعين عليهم أن يعترضوا بوسائلهم الخاصة في الوقت المناسب لتجنب المساس بالجثة<sup>(4)</sup>.

3- كما أن الأخذ بالموافقة المفترضة قد يثير مشكلات تتعلق بفقدان الثقة في المستشفيات والأطباء على حد سواء<sup>(5)</sup>، مما يؤدي إلى إحجام الناس عن دخول المستشفيات وفي ذلك خسارة مادية من جهة، وتقليص فرص البحث العلمي الذي يتم على الجثث من جهة أخرى<sup>(6)</sup>.

(1) - AL-KANDARI Fayez, «Les prélèvements d'éléments du corps en droit français et koweïtien», revue de la recherche juridique, N° 1, 2004, p452

(2) - مواسي العلجة، مرجع سابق، ص 234.

(3) - د/ علياء محمود طه، مرجع سابق، 165، وكذا د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 296.

(4) - عبد الحليم محمد منصور، نقل الأعضاء من الميت إلى الحي بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، 2013، ص ص 168 و 169.

(5) - خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 470.

(6) - عبد الحليم منصور، مرجع سابق، ص 169.

### ج -الاتجاه الثالث: الاقتطاع من الجثث دون موافقة أحد

أجازت بعض التشريعات الاقتطاع من الجثث بدون موافقة المتوفى قبل وفاته أو أقاربه بعد الوفاة، وذلك استنادا إلى فكرة الاستعجال، في حين استندت تشريعات أخرى إلى فكرة تأميم الجثث لتبرير هذا الاقتطاع.

#### 1- الاقتطاع في حالة الاستعجال:

لقد أجازت بعض التشريعات الاقتطاع من الجثث دون موافقة أحد عندما يتعلق الأمر بحالة الاستعجال التي لا تقبل التأخير كأن يتعذر الاتصال بالأقارب في الوقت المناسب أو يخشى فساد العضو المراد نقله، أو عندما تتطلب الحالة الصحية للمتلقى التدخل السريع بنقل العضو إليه لإنقاذ حياته<sup>(1)</sup>.

استندت بعض التشريعات المقارنة إلى فكرة الضرورة أو الاستعجال لتبرير الاقتطاع من الجثث بدون موافقة أحد، كالقانون الكويتي رقم 55-87 الصادر في ديسمبر 1987 بشأن نقل الأعضاء البشرية، حيث أجاز نقل الأعضاء من الجثة في حالة الضرورة، ولو اعترض الأقارب، بترخيص من وزير الصحة على ذلك، بناء على توصية لجنة تتكون من ثلاثة أطباء اختصاصيين على الأقل<sup>(2)</sup>.

انتقد البعض هذا النص الذي يمنح وزير الصحة اختصاص سلطة الترخيص بشأن هذه المسألة، رغم أنه لا يملك أية صفة في هذا المجال<sup>(3)</sup>، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون أن هذا النص عام بحيث يسري سواء أكان المتوفى مجهول الهوية أو معلوم الشخصية طالما تحققت الشروط<sup>(4)</sup>.

(1) - مأمون عبد الكريم، رضا المريض، مرجع سابق، ص ص 660 و 661.

(2) - انظر المادة 6 من قانون الكويتي رقم 55-87 لعام 1987 بشأن نقل الأعضاء البشرية المعدل، مرجع سابق.

(3) - AL-KANDARI Fayez, Les prélèvements..., op.cit., pp 453 – 455

(4) - افتكار ميهوب المخلافي، مرجع سابق، ص 370.

يمكن القول إن إجازة الاقتطاع من الجثة بدون موافقة الأقارب فرضتها أسباب عملية وظروف استثنائية من جهة وتحقيق المصلحة العامة من جهة أخرى خاصة عندما يتعلق الأمر بإنقاذ حياة المريض<sup>(1)</sup>.

ويجب التنبيه إلى أن إجازة اقتطاع بدون موافقة الأقارب مشروطة بحالة الاستعجال التي تثبتها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 364 من قانون الصحة، وكأن المشرع الجزائري قد جعل طرفاً آخر<sup>(2)</sup>.

## 2- تأميم الجثث:

هناك اتجاه في الفقه القانوني يرى أن الجثة ليست ملكاً للشخص أو أسرته، بل هي ملك للدولة، ويمكنها تبعا لذلك التصرف فيها كما تشاء فيما يحقق المصلحة العامة، ويرى الفقيه الإيطالي (Giovanni)، الذي نادى بهذا الاتجاه ضرورة تغليب حقوق المجتمع على الحقوق المعنوية للأسرة بشأن صيانة الجثة<sup>(3)</sup>.

ويؤسس الفقه هذا الإتجاه على أساس ضرورة مسايرة القانون للتقدم العلمي، وترجيح المصلحة الإنسانية العامة والمؤكد على مصلحة الأسرة وفي نطاق المصالح المتعارضة، فإذا كانت مصلحة الأسرة هي عدم المساس بجسد الميت، ومصلحة المريض هي إستقطاع عضو من الميت، فهذا يعني تعارضاً بين المصلحة الخاصة للأسرة وبين المصلحة العامة للإنسانية، ومن ثم لا بد من ترجيح، وهذا لا يمكن تحقيقه إلا بالتخلي عن موافقة الأقارب. وبالتالي يستطيع الطبيب بمفرده ومن دون الحاجة للحصول على موافقة أحد أقارب الميت، تقدير مدى ملائمة إجراء عمليات إستئصال، أعضاء من

(1)- مأمون عبد الكريم، رضا المريض، مرجع سابق، ص 662 و 663.

(2)- مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 663، وكذا مواسي العلجة، مرجع سابق، ص 355.

(3)- رياض الخاني، المظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب والتصرف بأعضاء الجسم البشري، المجلة الجنائية القومية، ع1، مجلد 14، القاهرة، 1971، ص 22 وكذا أحمد محمد بدوي، مرجع سابق، ص، ص 138 و 139.

جثته لنقلها إلى شخص آخر، فالطبيب هنا يتصرف بأسم المجتمع وللمصلحة العامة التي تعد وعلى الدوام راجحة ومقدمة على كافة المصالح الأخرى<sup>(1)</sup>.

ولقد ساءرت بعض القوانين هذا الاتجاه بشكل عام فلم تتطلب موافقة المتوفى أو أسرته لأجل التصرف بالجثة سواء لأغراض علاجية أو علمية<sup>(2)</sup>.

ويشمل هذا الاتجاه بعض الحالات منها الموتى المحكوم عليهم بالإعدام، وموتى الحوادث الذين يتقرر تشريح جثثهم، إلا أن هذا التطبيق يجد مجاله الأوسع بشأن المتوفين مجهولي الهوية:

- **حالة الموتى المحكوم عليهم بالإعدام:** تتنازع الفقه حول إمكانية الحصول على أعضاء الموتى المحكوم عليهم بالإعدام فظهر اتجاهان، اتجاه يجيز استئصال الأعضاء منهم دون أخذ موافقتهم قبل الإعدام، أو موافقة أقاربهم بعد تنفيذ الإعدام، بحجة أن حكم الإعدام هو جزاء الجريمة التي اقترفها الجاني، لذلك يكون على المحكوم عليه أن يعرض المجتمع بشيء ما، وهو التبرع بعضو من جسده إلى أشخاص بحاجة إليه، وأخذ بهذا الاتجاه التشريع السوري من خلال المادة 3/3 من القانون رقم 30 لعام 2003<sup>(3)</sup>.

في حين يذهب اتجاه آخر إلى عدم إمكانية إجبار المحكوم عليه بالإعدام على التنازل عن أعضائه إلا في النطاق الذي يحدده القانون، أو التنازل عن جثته بعد وفاته، لأن إجباره على ذلك مما يتعارض مع الكرامة الإنسانية<sup>(4)</sup>، كما أنه ليس من العدالة والإنصاف في حق الأسرة التي فقدت قريبها بهذا الشكل المؤلم، أن يتم اخذ عضو أو أعضاء من جثة قريبها دون موافقة أحد، فلا يجب أن تحل إرادة السلطة العامة محل إرادة الشخص، ويجب أن تسلم السلطة العامة جثة الشخص المحكوم عليه بالإعدام لأسرته كاملة متى طلبت ذلك لدفنها<sup>(5)</sup>.

- 
- (1) - د/ محمود علياء طه، مرجع سابق، ص 165. وكذا د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 296.
  - (2) - مثل التشريع البولوني الذي لا يقبل من حيث المبدأ الرجوع إلى الأسرة أو الورثة للحصول على الموافقة من أجل الاستفادة من جثث الموتى. د/ حسام الدين الأهواني، مرجع سابق، ص 213.
  - (3) - د/ محمد عبد الوهاب الخولي، مرجع سابق، ص 276.
  - (4) - د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 299.
  - (5) - د/ سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 322.

- **حالة موتى الحوادث الذين تشرح جثثهم:** يذهب هذا الاتجاه إلى إمكانية الحصول على الأعضاء البشرية من الموتى الذين يتقرر تشريح جثثهم، لمعرفة سبب الموت دون حاجة إلى موافقة أحد، وقد تبنت هذا الرأي بعض القوانين كالقانون المصري والقانون السوري<sup>(1)</sup>.

في حين أكدت معظم القوانين على ضرورة الحصول على موافقة أقارب المتوفى الذي يتقرر تشريح جثته، وعدم وقوع أي اعتراض خطي وصريح من الشخص نفسه قبل وفاته أو أحد أقاربه الذين لا تتجاوز قرابتهم الدرجة الثالثة لفتح الجثة لأغراض المنفعة العامة<sup>(2)</sup>.

- **حالة الموتى مجهولي الهوية:** قد يتوفى الشخص وفاة طبيعية أو نتيجة حادث ما دون أن يستدل على هويته ويتعذر بالتالي العثور على أقاربه أو التحقق مما إذا كان قد أوصى باستئصال أعضائه بعد وفاته أم لم يوص بعدم التعرض لجثته.

حيث نجد أن المشرع الجزائري فقد نصت المادة 362 فقرة 3 المعدلة بالقانون رقم 11/18، على أنه: "وفي حالة غياب التسجيل في سجل الرفض، تتم استشارة أفراد الأسرة المتوفى البالغين حسب ترتيب الأولوية التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابناء أو الإخوة أو الممثل الشرعي، إذا كان المتوفى بدون أسرة، قصد معرفة موقفه من التبرع بالأعضاء".

فمن خلال هذه المادة يتضح أنه يمكن استئصال أعضاء الشخص المتوفى بدون موافقة أحد أي بدون موافقة الأسرة، إذا كان من غير الممكن الحصول على موافقة أحد أفراد العائلة المتوفى أو كان المريض في حالة استعجالية لا تستدعي التأخير، بشرط تقرير حالة الاستعجال من طرف اللجنة الطبية.

وبهذا يكون المشرع الجزائري حسب هذه المادة قد سائر الاتجاه القائل باقتطاع الأعضاء من الجثث دون موافقة أحد وأن الجثة ملك للدولة، ولكن ليس بصفة مطلقة بل مقيدة بشروط تتعلق بالعضو المراد نزعها مع وجوب الحصول على رأي اللجنة الطبية في مدى تحقق حالة الاستعجال.

(1)- راجع المادة 2-3 من القانون المصري رقم 5 لعام 2010 بشأن تنظيم عمليات زرع الأعضاء والمادة 3 من القانون السوري رقم 30 لعام 2003 بشأن زرع ونقل الأعضاء البشرية، مأخوذ من د/ محمد عبد الوهاب الخولي، مرجع سابق، ص 276.

(2)- راجع المادتين 2 و 4 من المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم 109 لعام 1983 بشأن أخذ الأنسجة والأعضاء البشرية لحاجات طبية وعلمية، د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 299.

لكن، ما يعاب على موقف المشرع الجزائري، أنه وإن كان موقفه هذا سيساعد على توفير الأعضاء مثل الكلية والقرنية السريعة التلف، والتي يكون المرضى بحاجة ماسة إليها، إلا أنه من جهة أخرى، سيكون على حساب التضحية بإرادة الشخص وحقه في تقرير مصير جثته بعد وفاته، ناهيك عن المخاوف التي يمكن أن يثيرها هذا الموقف من اعتداء على حياة الأشخاص المحرومين والمشردين والذين لا أهل لهم.

لذلك، نناشد المشرع الجزائري بضرورة إصدار قانون جديد يتعلق بنقل وزرع الأعضاء البشرية يكرس فيها دور إرادة الشخص وحرية في تقرير مصيره بنفسه والغائه للمواد التي تتعلق بالاستئصال القسري، والتي يمكن أن تشكل خطر واعتداء على السلامة الجسدية.

أما عن الشريعة الإسلامية فقد اشترط بعض الفقهاء والفتاوى الصادرة في هذا الشأن الحصول على موافقة ولي الأمر بشأن استقطاع الأعضاء ممن كان مجهول الهوية أو لا ورثة له، لأن الشريعة لم تدع أحدا بدون ولي أو ورثة، فمجهول الهوية ومن ليس له وارث خاص لا يعد بدون ولي أو ورثة، لأن الأمة كلها تعد قرابته وورثته، ويمثل الأمة في هذه الحال السلطان، لأن هذا الأخير ولي لمن لا ولي له، وبيت مال المسلمين وارث لمن لا وارث له، لذا لا بد من الرجوع إلى ولي الأمر واستحصال موافقته عند التصرف بجثة المتوفى بنقل الأعضاء منها<sup>(1)</sup>.

ولم يرض بعض الباحثين بهذا القول وأصروا على إصدار الحصول على الإذن من صاحب الشأن في قضية نقل الأعضاء من الأموات عند الضرورة، معللين ذلك بأنه لما لم يعتد بإذن صاحب الشأن الخاص فانه لا اعتداد بإذن السلطان أو ولي الأمر، لأن القاعدة الشرعية تقضي بأن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة<sup>(2)</sup>. وعلى الرغم من ذلك أرى ضرورة الحصول على موافقة ولي الأمر خشية من أن تنتهك حرمة الجثث وللاعتبارات التي سبق الإشارة إليها.

لقد أنتقد الاتجاه القائل بنظام تأميم الجثة ذلك لكونه يعطي الدولة الحق في تتبع الجثة حتى في متاحف القبور، تحت مسميات المصلحة العامة الراجعة على كافة المصالح الأخرى. ومن بعد الموازنة بين الإتجاهات السابقة الذكر بثلاثة وجوه، أستنتجنا:

(1)- د/ أسامة نهاد رفعت وآخرون، مرجع سابق، ص 80.

(2)- عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، ضوابط وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ط1، القاهرة، 2000، ص 54.

1- بأن الإتجاه القائل باشتراط موافقة الأقارب هو الأولى بالترجيح، وذلك لكونه قرب من أحكام الشريعة الاسلامية في تكريمها للميت وصيانة جسده، إذ أوصت بعدم التعرض له أو إيذائه إلا في الحالات التي يجوز فيها وبشروط معينة، من بينها موافقة أهل الميت على إستئصال أعضاء من جسد ميتهم<sup>1</sup>.

2- لا نؤيد الرأي القائل بافتراض موافقة الأقارب لما قد يترتب عليه من إشكاليات ما بين أقارب المتوفى من جهة، والطبيب والمستشفى التي أجريت فيها عملية الاستئصال من جهة أخرى. ويمكن فيما اعتقد الاستغناء عن الحصول على الموافقة في حالة المتوفين مجهولي الهوية بشرط الانتظار فترة كافية يستيقن خلالها من عدم مراجعة ذوي المتوفى لاستلام جثة قريبهم أو سؤالهم عنه.

3- أما بالنسبة للمحكوم عليهم بالإعدام وقتلى الحوادث ومن يتقرر تشريحهم فأرى ضرورة الحصول على الموافقة لأجل الحصول على أعضائهم<sup>(2)</sup>.

وعليه نستنتج مما سبق أنه قد أثارت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من الموتى، جدال فقهيًا على المستوى الفقهي، والقانوني، والطبي، الأمر الذي اقتضى منا التعرض لهذا الجدل. وخلصنا منه إلى وجود اتجاهين لدى علماء الفقه الإسلامي، أحدهما يرى التحريم المطلق، والآخر يرى الإباحة بضوابط معينة، ولقد أجمع كل من رجال الفقه والطب والقانون على أنه، من ضوابط الاستقطاع من الجثة، لا بد من التحقق من الموت من ناحية أولى، وذلك بتوقف جميع الأجهزة عن العمل، توقفًا لا رجعة فيه، حتى يمكن القول إننا بصدد الموت الحقيقي.

كما أن عملية استقطاع الأعضاء من الأموات، تمكنا من خلالها التعرف على كيفية التصرف في الجثة، فوجدنا أن الفقه الإسلامي، نظم ما يعرف بالوصية من الميت أثناء حياته، ببعض أو جزء من جسده، فإن لم يوص بذلك، ينتقل الإذن لأقاربه، وإذا ثبت عدم رغبته في ذلك، وجب احترام هذه الإرادة، وعدم الاعتداد بأي إرادة أخرى.

أما بخصوص استئصال الأعضاء البشرية من الموتى في التشريع الجزائري، والتي تضمنها قانون الصحة رقم 18 / 11، نستنتج أن المشرع الجزائري، قد أخذ موقفا وسطا في الموازنة بين حرمة

(1)- د/ علياء محمود طه، مرجع سابق، ص 168.

2- د/ صفاء حسن العجيلي، مرجع سابق، ص 300.

الجثة وعدم المساس بها، وبين المصلحة العامة التي تقتضي، تحرير عمليات نقل وزع الأعضاء من مختلف القيود، ويتجلى هذا الموقف الوسط في إجازة استقطاع الأعضاء من الجثث، لكن بشرط الحصول على الموافقة المسبقة للشخص قبل وفاته، أو ممانعته لذلك.

ونرى بذلك أن المشرع الجزائري قد وفق في هذا إلى حد بعيد، ذلك أن موقفه يعكس تركيبة المجتمع الجزائري الذي لم ينفتح بعد لقبول مبدأ التأميم، أو قرينة الموافقة، وإن كان ذلك تحقيقاً للمصلحة العامة.

وهذا ما يجعلنا ننبه إلى ضرورة إصدار تشريع جزائري مستقل، يساعد على تنظيم عمليات النقل والزرع الضرورية من جثث الموتى إلى الأحياء، بموافقة صريحة لا لبس فيها ولا غموض.

كما أن توفر الإمكانيات المادية والبشرية، لا تكفي وحدها لنجاح عملية نقل الأعضاء من جثث الموتى في الجزائر، وإنما لا بد من تهيئة الأرضية المناسبة لذلك، من خلال ضرورة مسايرة المشرع الجزائري التطورات العالمية الحاصلة في هذا الميدان، والالتحاق بالركب الحضاري والاستفادة مما وصلت إليه الدول الأخرى، عربية وأوروبية كانت، وإعمال التشريعات المقارنة بما يوافق الشريعة الإسلامية وتقاليد المجتمع.

## الباب الثاني

التجريم والعقاب على انتهاك

حرمة الميت في الشريعة

الإسلامية والتشريع الجزائري

## الباب الثاني

### التجريم والعقاب على انتهاك حرمة الميت في

#### الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري

إن من الجرائم التي ابتليت بها الإنسانية الاعتداء على حرمة الأموات، وانتهاك المقابر، سواء بالتفجير، وتارة أخرى بالحرق، والنبش، ولقد وصل الأمر إلى منع الدفن في بعض المقابر بحجة اختلاف المذهب والمشرّب، وتعتبر جرائم الاعتداء على الموتى من الجرائم البشرية القديمة، بيد أن انتهاك حرمة الموتى قد انتشرت واستفحلت بصورة كبيرة في الآونة الأخيرة.

ويرجع توسع وانتشار تلك الجرائم إلى العديد من العوامل والأسباب منها انتشار الأفكار المتطرفة والتكفيرية والطائفية، بالإضافة إلى طغيان النوازع الإرهابية والعنصرية التي تساهم بارتكاب تلك الجرائم، كما أن شيوع سرقات الجثث الحديثة والهياكل والجماجم، وكذلك العبث بالمقابر للحصول على المعادن والكنوز الثمينة المدفونة فيها، كل ذلك له دور في انتشار واتساع تلك الجرائم، كما قد يكون انتهاك المقابر بهدف ممارسة أعمال السحر والشعوذة، كما أنه لا يمكن إغفال التقدم التكنولوجي الذي يشهده العالم على كافة المستويات والذي انعكس تأثيره على المجال الطبي، حيث أصبحت سرقة الجثث وبيعها أو استعمالها في التجارب والبحوث العلمية أو الاتجار بتلك الجثث، أو القيام بانتزاع الأعضاء من جثث الموتى لزرعها في الأحياء، دور كبير في تلك الجريمة<sup>(1)</sup>.

وإذا كانت الشرائع القديمة، والشرائع السماوية المقدسة قد أولت حماية ورعاية كبيرة بالميت ومكانه، فإن ذات الدور توارثته الكثير من القوانين الجنائية والعديد من التشريعات الخاصة.

وإذا كان المشرع الجزائري قد نص في التشريعات القانونية على حماية ورعاية حقوق وحيات الإنسان حال حياته، فإن تلك الحماية لا تنقطع بمجرد انقطاع الشخص عن الدنيا، حيث تمتد لما بعد وفاة الإنسان، وحال وضع الشخص في مقبرته، وكذا حماية القبور من التعرض لها، وعلى ذلك وردت تلك الحماية بنصوص منظمة في قانون العقوبات وبعض القوانين والتشريعات الخاصة، ويرجع ذلك أن

(1)- محمد بشير فليفل، الحماية الجنائية لحرمة الميت في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، أطروحة دكتوراه الفلسفة والعلوم الأمنية، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2008، ص4.

الاعتداء على الموتى والمقابر يعد اعتداء على كل من الأموات (وهم في مثوهم الأخير)، وكذلك يعد اعتداء على الأحياء ومشاعرهم.

وترتيباً على ما تقدم أصبح الإنسان هو محور القانون الجنائي سواء كان جانياً أم مجنياً عليه (ضحية)، فإذا كان الإنسان حال حياته يستطيع الدفاع عن نفسه، والقيام برد الاعتداء الواقع عليه، بيد أنه بعد وفاته يصبح جسداً بلا روح، فقد ينتهز البعض من ضعاف النفوس والمجرمين الفرصة في استغلال حال القبور، ويدفعهم ذلك إلى انتهاك حرمة الموتى ومقابرهم أو نصب المقامة لهم، مما يمثل ذلك مخالفة صريحة لأبسط قواعد الإنسانية، وانتقاصاً صارخاً لقدسية الجثة.

وعليه نطرح التساؤلات التالية فيما تتمثل جرائم الاعتداء على حرمة الموتى والقبور المنصوص عليها في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري؟ وماهي العقوبات المقررة في كل منهما؟

وفي إطار هذا الباب نخصص الفصل الأول للوقوف على الجرائم الماسة بحرمة الميت في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، ونتطرق في الفصل الثاني من هذا الباب إلى العقوبات المترتبة على المساس بحرمة الميت في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

## الفصل الثالث:

تجريم المساس بحرمة الميت  
في الشريعة الإسلامية  
والتشريع الجزائري

### الفصل الثالث:

#### تجريم المساس بحرمة الميت في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري

لقد اعتنت شريعتنا الغراء بالإنسان أعظم عناية وكرّمته أيما تكريم، بقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾<sup>(1)</sup> ولم تنته عناية الشريعة الإسلامية بالإنسان بانتهاء حياته، بل امتدت الى ما بعد موته، فجعلت حرمة الميت كحرمة الحي، فحرّمت أن يوطأ قبره أو تقضى عنده الحاجة أو توضع القاذورات بقرب قبره، فضلا عن حرمة حق جنته أو نبش قبره.

لذا ونتيجة لكثرة الاعتداءات والأفعال التي أصبحت تتعرض لها المقابر، فقد اتجهت جل التشريعات الوضعية ومن بينها المشرع الجزائري إلى سن نصوص قانونية تجرم هذه الأفعال وتكفل حرمة الأموات وتعزيز الحماية لمقابرهم، حيث رتبت على انتهاك حقوق الميت عقوبات زجرية سواء كان ذلك منصب على جنته أو على قبره وكل ما يتعلق به، وبذلك تكون قد طبقت مقاصد الشريعة الإسلامية السمحة والتي تدعو إلى احترام وتوقير الأموات .

وعليه سنتناول في إطار هذا الفصل لجرائم الاعتداء على حرمة الميت في الشريعة الإسلامية، ولجرائم الاعتداء على المقابر في الشريعة الإسلامية في المبحث الثاني، وسنقوم دراسة ذلك من الناحية الشرعية والقانونية.

(1)-سورة الإسراء، الآية 70.

## المبحث الأول

### تجريم الاعتداء على حرمة الميت في الشريعة الإسلامية

لقد تناولت الشريعة الإسلامية الجرائم وقسمتها إلى ثلاث أقسام طبقاً للعقوبة المقررة لها، فهناك جرائم حدية وهي التي حدد لها الشارع الحكيم عقاباً محدداً، وهناك جرائم قصاص، كما أن هناك جرائم التعزير التي لا حد فيها ولا قصاص<sup>(1)</sup>.

فالجرائم الماسة بالميت في الشريعة الإسلامية تنقسم إلى جرائم حدية وجرائم تعزيرية وهذا ما سنحاول توضيحه في هذا المبحث.

## المطلب الأول

### الجرائم الحدية

تتمثل جرائم الحدود في الاعتداء على حق الله تعالى، سواء كان حقاً خالصاً أو حقاً غالباً لله سبحانه وتعالى، فهي جرائم الاعتداء على الضروريات، لذلك عيّنت هذه الجرائم وحددت عقوبتها، مما لا يدع مجالاً أمام القاضي عند ثبوتها للاجتهاد فيها، فمن مميزاتها عدم قبولها لزيادة أو النقصان، أو العفو أو الإسقاط أو التنازل، أو وقف تنفيذها سواء من قبل الأفراد أو الدولة، لأنها من حقوق الله الخالصة التي تتعلق بها المصلحة العامة<sup>(2)</sup>.

والحدّ في اللغة: هو المنع والفصل بين الشيئين<sup>(3)</sup>، وحدّ الشيء منتهاه (وحدّه) أقام عليه الحد، وإنما سمّي حدّاً، لأنه يمنع على المعاودة، أو لأنها مقدرة<sup>(4)</sup>.

(1) د/عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، 1971، ص 78.

(2) -ماجد عبد الناصر محمد الجبوري، التشريع الإسلامي، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2005، ص 51.

(3) - د/ خليل إبراهيم علي الزكروط، عقوبة التعزير وظروف استيفائها في الشريعة الإسلامية، دراسة تاريخية مقارنة مع القانون الوضعي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 185.

(4) - د/ عبد الكريم زيدان، للمفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط 1، ج 5، مؤسسة الرسالة، بيروت 1993، ص 25، وكذا د/عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص 353.

ويعني الحد في الاصطلاح الشرعي: هو العقوبة المقررة حقا لله تعالى، ومعنى العقوبة المقدرة أنها محددة معينة، فليس لها حد أدنى ولا حد أعلى، ومعنى أنها حق لله لا تقبل الإسقاط لا من الأفراد ولا من الجماعة<sup>(1)</sup>. والجرائم الحدية معينة ومحدودة وهي: " الزنا، القذف، شرب الخمر، السرقة، الحاربة، الردة، البغي".

أما بالنسبة لجرائم الحدود المتعلقة بالميت، فتتمثل في: جريمة وطء الميتة، جريمة قذف الميت، في إطار هذا المطلب سنخصص لكل جريمة من هذه الجرائم فرعاً خاصاً بها.

### الفرع الأول: تجريم وطء الميتة

إن جريمة الزنا من الجرائم التي تتنافى وفطرة الإنسان وكرامته، وهي من كبائر الذنوب، حيث يعتبر وطء الميتة اعتداء عليها وهتكاً لحرمتها، فهي من أبشع الجرائم التي قد ترتكب على الميت، بل ومن أشدها خطورة على المجتمعات، والوطء المقصود هنا هو وطء الزنا<sup>(2)</sup>.

ويقصد بالزنا لغة: هو وطء المرأة من غير عقد شرعي، وزنى يزني زنى وزنا، بكسرهما: فجر<sup>(3)</sup>.

أما عن تعريف الزنا شرعاً: فليس هناك تعريف موحد وذلك راجع إلى تعدد المذاهب الفقهية، فقد عرّفه الحنفية بأنه: "وطء مكلف ناطق طائع في قبل مشتهة خال عن ملكه وشبهته في دار الإسلام، أو تمكينه من ذلك أو تمكينها"، وعرّفه المالكية بأنه: "وطء مكلف مسلم فرج آدمي لا ملك له فيه باتفاق تعمداً"<sup>(4)</sup>.

(1)- د/ حسن عيسى عبد الظاهر، الحدود في الإسلام من فقه الجريمة والعقوبة، حولية كلية الشريعة والقانون، قطر، 1985، ص 548، وكذا د/ سعداوي محمد صغير، العقوبة وبدائلها في السياسة الجنائية المعاصرة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 166، وكذا د/ عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص 79.

(2)- محمد بشير فليفل، الحماية الجنائية لحرمة الميت في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، أطروحة دكتوراه الفلسفة والعلوم الأمنية، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2008، ص 158.

(3)- محمد بن يعقوب الفيروز أبادي مجد الدين، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، ط 8، بيروت، 2005، ص 1188.

(4) - صالح عبد السميع الآبي الأزهرى، جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة خليل، ج 2، الناشر المكتبة الثقافية، بيروت، د.د.ن، د.س.ن، ص 283.

كما عرّفه الشافعية بأنه: "إيلاج الذكر بفرج محرم بعينه خال عن الشبهة مشتهى طبعاً". أما الحنابلة فقالوا: "هو فعل الفاحشة في قبل أو دبر"<sup>(1)</sup>.

وإن كان الفقهاء اختلفوا في تعريف الزنا ولكنهم مع هذا الاختلاف يتفقون في أن الزنا هو الوطء المحرّم المتعمد<sup>(2)</sup>.

وعليه فإن أقرب التعاريف للزنا وأدقها هو تعريف الحنفية كما ذكره ابن نجيم والجرجاني، فأمثل التعاريف للزنا إذا هو: الوطء في قبل خال عن ملك وشبهة، وتعريف ابن رشد من المالكية وهو: كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين.

فجريمة الزنا لا ينظر فيها إلى مقدار الاعتداء الشخصي الواقع على المزنى بها، فانه إذا كان برضاها، فليس ثمة أذى حسي واقع عليها، وإنما ينظر فيها إلى ما يترتب على شيوع الفاحشة من نتائج خطيرة بالنسبة للمجتمع، فانه يترتب على هذا الشيوع اختلاط الأنساب وألا يقبل الناس على الزواج مكتفين بتلك العلاقات، وبذلك تتحل الأسرة، وبانحلالها تذهب أقوى رابطة في بناء المجتمع الفاضل، ويضيع النسل<sup>(3)</sup>.

وقد ثبت تحريم الزنا بالكتاب الكريم والسنة الشريفة والإجماع:

- أما من الكتاب، إنّ المنتبّع لنصوص القرآن يجد كثيراً من الآيات القرآنية تقرن النهي عن قتل النفس والنهي عن الزنى فمنها قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا (68) يُضَاعَفْ لَهُ الْعَذَابُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَيَخْلُدْ فِيهِ مُهَانًا﴾<sup>(4)</sup>، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّوْجَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا (32) وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾<sup>(5)</sup>.

(1)- محمد بن سليمان بن عبد الله العمرو، أحكام جرائم الاعتداء على الأموات وعقوبتها بين الشريعة والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2004، ص 143.

(2) - عبد القادر عودة، مرجع سابق، ج 2، ص 349.

(3) - محمد بن سليمان بن عبد الله العمرو، مرجع سابق، ص 154.

(4) - سورة الفرقان، الآيتين 68 و 69.

(5) - سورة الإسراء، الآيتين 31 و 32.

والآيات في التحذير من فاحشة الزنا والطرق المؤدية إليها كثيرة، وليس الهدف الحصر وإنما إيراد بعض النصوص للاستدلال.

- وأما دليل تحريمه من السنة، فما أخرجه مسلم عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: مسعود سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أي الذنب أعظم عند الله؟ قال: "أن تجعل الله نداً وهو خلقك" قال قلت له: إن ذلك لعظيم، قال قلت: ثم أي؟ قال: "ثم أن تقتل ولدك مخافة أن يطعم معك" قال قلت: ثم أي؟ قال: "ثم أن تزني بحليلة جارك"<sup>(1)</sup>.

وعن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "يا أمة محمد ما أحد أغير من الله أن يرى عبده أو أمته تزني، يا أمة محمد لو تع لمون ما أعلم لضحكتم قليلاً ولبكيتم كثير"<sup>(2)</sup>.

إذاً نستدل من خلال الأحاديث السابقة على عظم وفحش جريمة الزنا وخطرها على الإنسان المسلم والمجتمع. والأحاديث في تحريم جريمة الزنا كثيرة ومشتهرة، والذكر هنا ليس للحصر وإنما للاستدلال.

- وما ورد عن الإجماع، على تحريم الزنا الإمام أحمد فقال: "لا أعلم بعد القتل ذنباً أعظم من الزنا، وأجمعوا على تحريمه، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزَّانَةَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾"<sup>(3)</sup>.

فقرن الله ورسوله الزنا بالقتل لأن مفسدته تلي مفسدة القتل في الكبر فهي منافية لمصلحة نظام العالم في حفظ الأنساب، وحماية الفروج، وصيانة الحرمات، وتوقي ما يوقع أعظم العداوة والبغضاء بين الناس، من إفساد كل منهم امرأة صاحبه وابنته وأخته وأمه، وفي ذلك خراب العالم<sup>(4)</sup>.

(1)- محمد بن سليمان بن عبد الله العمرو، مرجع سابق، ص 144.

(2)- صحيح البخاري، كتاب النكاح/ باب الغيرة، حديث رقم 5221، ج 6، ص 191.

(3)- سورة الإسراء الآية 31.

(4)- أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، ج 3، الناشر مكتبة الإرشاد، جدة السعودية، 2011، ص 16.

وعليه فإن حكم الزنا معروف وهو تطبيق الحد، وبالتالي فإن وطء الميتة يوجب الحد إذا اعتبرناه زنا، وهنا الاختلاف بين علماء الأمة الإسلامية، لأي مدى يمكن اعتبار وطء الميتة زنا؟ فظهرت العديد من الآراء الفقهية المتمثلة في:

#### أولاً- رأي أبي حنيفة:

يرى أبي حنيفة أن وطء المرأة الأجنبية الميتة لا يعتبر زنا، وبالتالي لا يجب الحد على من وطء امرأة ميتة لانتفاء حياة المزني بها.

والقائلون برأي أبي حنيفة يوجبون التعزير على هذا الفعل، وحجتهم أن الوطء في الميتة ليس وطء، لأن عضو الميت مستهلك، ولأنه فعل تعافه النفس ولا يشتهي عادة، فلا حاجة للزجر على هذا الفعل، والحدود إنما شرعت للزجر<sup>(1)</sup>.

#### ثانياً- رأي المذهب الشافعي:

نجد فيه رأيين، الرأي الأول يأخذ بما قاله أبي حنيفة، أي أن وطء الميتة ليس زنا أما الرأي الثاني يرون أن وطء الميتة هو زنا، وبالتالي يوجبون الحد على مرتكب هذا الفعل، لأن الإتيان تم في فرج آدمية<sup>(2)</sup>.

#### ثالثاً- رأي المذهب الحنبلي:

في المذهب الحنبلي هناك رأيان، الرأي الأول يأخذ بما أخذ به أبو حنيفة، وهو أن وطء الميتة يوجب فيه التعزير، لأن الميتة تنفر منها الطباع وهي غير مشتتة عادة فلا يشرع الحد الموجب للزجر في وطئها، أما الرأي الثاني وهو الذي يوجب الحد وهو قول الأوزاعي ويبرر ذلك بأنه وطء في فرج آدمية، فأشبهه وطء الحيّة، ولأنه أعظم ذنباً وأكثر إثماً لأنه انظمّ إلى فاحشة هتك حرمة الميتة<sup>(3)</sup>.

(1) -د/عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص 354، محمد بن سليمان بن عبد الله العمرو، مرجع سابق، ص 155.  
(2) -د/ خالد رشيد الجميلي، الحدود في الفقه الجنائي الإسلامي المقارن، ط 1، دار الدولية للاستثمارات الثقافية، القاهرة، 2002، ص 33.  
(3) - أحمد فتحي بهنسي، الجرائم في الفقه الإسلامي، ط 6، دار الشروق، القاهرة، 1988، ص 108 وكذا شمس الدين ابن قدامي المقدسي، الشرح الكبير، ج 10، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بيروت، 1983، ص 186.

#### رابعاً- رأي مذهب الامام مالك:

ويذهب هذا الرأي بأن من أتى ميتة في قبلها أو دبرها، وهي غير زوج له، فانه يعتبر زانياً، ويعاقب بعقوبة الزنا، لتلذذه بذلك الفعل، بخلاف من وطء زوجته الميتة، فانه لا حد عليه<sup>(1)</sup>.

**خامساً- الرأي الراجح:** يظهر لي من الأقوال المتقدمة هو أن وطء الميتة يوجب الحد وأرجع ذلك إلى:

أ- جريمة الزنا لا ينظر فيها إلى مقدار الاعتداء الشخصي الواقع على المزني بها، وإنما ينظر فيه إلى ما يترتب على شيوع هذه الفاحشة من نتائج خطيرة بالنسبة للمجتمع<sup>(2)</sup>.

ب- كما أن القول بأن وطء الميتة هو عمل تنفر منه الطباع وتعافه النفس ولا تشتهيه، فليس بالضرورة أن يكون صحيحاً خاصة في زمننا هذا الذي كثرت فيه مثل هذه الأفعال.

ج- التفريق بين وطء المرأة الحية والميتة، لا دليل عليه في الشرع.

وبعدما ناقشنا آنفاً فكرة وطء الميتة هل هو زنا أو ليس زناً؟ رأينا أنه لا خلاف بين الفقهاء في حرمة الميتة، سواء أكانت في زوجته أو أجنبية عنه، وهو من كبائر الاثم والفواحش، لكنهم اختلفوا في عقوبة الفاعل على مذهبين:

أحدهما للحنفية والشافعية في الأصح والحنابلة في المعتمد، وهو عدم وجوب الحد على واطئ الميتة، وذلك لأن وطء الميتة ليس بوطء، لوقوعه في عضو مستهلك، ولأن وطأها لا يشتهي، بل هو مما تنفر منه الطباع وتعافه الأنفس، فلا حاجة إلى شرع الزجر عنه بحد، والحدّ انما يجب أن يكون زاجراً، ولكن يجب تعزيز الفاعل لهذه الفاحشة. وقال الحنابلة: يبالغ في تعزيزه<sup>(3)</sup>.

والثاني للمالكية على المشهور والشافعية في غير الأصح وبعض الحنابلة، وهو وجوب الحد عليه وهو قول الأوزاعي، واحتجوا على ذلك، بأنه وطء في فرج آدمية، فأشبهه وطء الحية، ولأنه أعظم

(1) د/ نزيه حماد، الأحكام الشرعية في العلاقات الجنسية، ط 2، منار للنشر والتوزيع، دمشق، 2005، ص 68 و 69 وكذا د/ عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص 355.

(2) محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998، ص 355.

(3) د/ نزيه حماد، مرجع سابق، ص 68 و 69.

ذنبا وأكبر اثما، لانضمامه الى فاحشة هناك حرمة الميت، غير أن المالكية استثنوا من ذلك الزوجة حال موتها، وصرحوا بعدم وجوب الحدّ على زوجها بوطنها.

ومما سبق بيانه وسواء كانت العقوبة حدية أو تعزيرية، فإن الشريعة الإسلامية راعت حرمة الأموات بتجريمها لوطء الميتة، لأن مرتكب تلك الجريمة الشنعاء يكون قد ارتكب إثما عظيما وجرما كبيرا واعتداء واضحا على حرمة الأموات، فأوجب من العقوبات ما يزرع الهوى والفساد، سدا لذريعة الإفشاء إلى انتهاك حرمت الموتى<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: تجريم قذف الميت

تعتبر جريمة القذف من جرائم الحدود في الشريعة الإسلامية، إلا أنه ارتأينا قبل الولوج لهذه الجريمة تحديد معنى القذف لغة وشرعا كما يلي:

القذف في اللغة: قال ابن فارس: القاف والذال والفاء أصل يدل على الرمي والطرح، يقال: قذف الشيء يقذفه قذفا، إذا رمي به<sup>(2)</sup>، وقيل القذف: الرمي البعيد، واستعير القذف للشتم والعيب. وقذف بالحجارة يقذف: رمي بها، والمحصنة: رماها بزانية.

كما أن القذف في اللغة: الرمي، يقال: قذف المحصنة قذفا: رماها بالفاحشة<sup>(3)</sup>.

- أما القذف شرعا: يعرف على أنه القذف بالزنا أو اللواط أو نفي النسب أو الشهادة على المقذوف، حتى ولو لم يكتمل العدد المطلوب شرعا (أربع شهود) أو عدم إثبات البيّنة<sup>(4)</sup>.

وتدخل في هذا التعريف الشهادة بالزنا إذا شهد بها دون أربعة رجال، فلم تكمل بهم البيّنة، فيحدون جميعا للقذف، غير أن من قال الرمي بالزنا يقصد رمي الزنا أو اللواط أو الشهادة الناقصة، فإن اللواط عندهم يعتبر زنا، ومرادهم من الرمي في التعريف، الرمي بصريح الزنا.

1- محمد بشير فليفل، مرجع سابق، ص163.

(2) - أحمد بن فارس بن معجم، مقاييس اللغة، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999، ص 849.

(3) - د/ خليل إبراهيم علي الزكروط، مرجع سابق، ص 193.

(4) - محيا بن سعيد السحيمي، أحكام القذف في الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير مقدمة الى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، مكة المكرمة، 1986، ص 17.

وقد اشترط الفقهاء لتحقيق القذف تسعة شروط، شرطان في القاذف وهما العقل والبلوغ، وأما الشرطان في المقدوف وهو أن يقذفه بوطء يلزمه فيه الحد، وهو الزنا واللواط دون غيرهم، وأن ينفيه عن أبيه. وأما عن الخمس التي في المقدوف فهي: العقل، البلوغ، الإسلام، الحرية، العفة عن الفاحشة التي رمي بها (1).

هذا ويعتبر القذف من الكبائر الذنوب المحرمة بالكتاب والسنة والإجماع:

- أما من الكتاب قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ (2) وقوله: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعِنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ (3).

- وفي السنة وردت أحاديث كثيرة تعتبر القذف من السبع الموبقات التي حذر عنها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ومنها ما روى ابن عباس عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "اجتنبوا السبع الموبقات، قالوا: يا رسول الله وما هن؟ قال: الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات" (4).

- وأما الإجماع، فقد اتفقوا على تحريم القذف، وذلك لكف الألسن عن الألفاظ البذيئة التي تلطخ أعراض الأموات والأحياء على حد سواء، وصيانة المجتمع الاسلامي من شيوخ الفاحشة فيه.

هذا ويعتبر القذف من كبائر الذنوب التي حرّمها الله ورسوله عليه الصلاة والسلام ، وهذا ما دلّت عليه عموم الأدلة التي لم تفرق في التحريم بين الحي والميت، ولذلك قد أجمع الفقهاء على أنه إذا قذف شخص ميتاً، فإن لورثة المقدوف الحق في المطالبة بإقامة حد القذف على القاذف، فلا

(1) - محمد بشير فليفل، مرجع سابق، ص 156.

(2) - سورة النور، الآية 4.

(3) - سورة النور، الآية 23.

(4) - أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ضبط أحمد جاد، د. ط، دار قصر البخاري، الجزائر، 2012، ص 1279.

خلاف بينهم في أن الميت إذا قذف حدّ القاذف، والغاية من تجريم القذف هي حماية حق الإنسان في شرفه واعتباره سواء كان ذلك أثناء حياته أو بعد مماته<sup>(1)</sup>.

غير أنه اختلف الفقهاء-رحمهم الله-فيمن انتهك حرمة الميت بالقذف، هل بذلك القذف عليه عقوبة مادية أم عقوبة تعزيرية؟

ذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية إلى إيجاب حد القذف على القاذف بناء على طلب من أحد الورثة، أو الأصول، أو الفروع، وحجتهم في ذلك أن الورثة يلحقهم بالقذف الخزي والعار، وأن الميت ليس محلاً لإلحاق العار به<sup>(2)</sup>.

وذهب الحنابلة إلى أنه "لاحدّ على من قذف ميتاً إلا إذا كان الميت أنثى، وكان لها ابن محصناً"، وحجتهم في ذلك، "أن قذف أمه معناه القذف في نسبه إلى أنه من ابن زنا"، وفقد اعتبر جمهور الفقهاء أن جريمة قذف الميت جريمة حدية<sup>(3)</sup>.

ومما سبق إن مجمل الآراء في الفقه الجنائي الإسلامي توجب حدّ قاذف الميت، وذلك لما يلحق الميت وأهله من الإساءة والأذى، ونجد سند حدّ القذف في القرآن الكريم فقد قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾<sup>(4)</sup>.

لذا تتمثل عقوبة القذف في الجلد وعدم قبول الأهلية للشهادة، فهناك عقوبة أصلية وهي الجلد وهي عقوبة ذات حد واحد، لأن عدد الجلطات محدّد بثمانين جلدة وليس للقاضي أن ينقص منها أو يزيد فيها<sup>(5)</sup>.

(1)-محمد بن سليمان بن عبد الله العمرو، مرجع سابق، ص 138.

(2)-محيا بن سعيد السحيمي، مرجع سابق، ص 25.

(3)-محمد بشير فليفل، مرجع سبق، ص 166 و 167، وكذا د/ صالح بن علي الشمراني، مرجع سابق، ص 85.

(4)- سورة النور، الآية 4.

(5)-د/عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص 645، وكذا د/ سعداوي محمد صغير، مرجع سابق، ص 167.

في حين تتمثل العقوبة المعنوية في عدم قبول شهادة القاذف أبداً، لأن من استهان بالقول لا ينظر منه أن يعلي حقاً، ولا أن يخفض باطلاً بشهادته، ولأن جريان ذلك القول (القذف) على لسانه من غير اثبات ينقص مروءته، وإذا نقصت المروءة نقص الصدق في القول<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني

### الجرائم التعزيرية

لقد رتبت الشريعة الإسلامية على الجرائم المتعلقة بحرمة الميت عقوبات تعزيرية، يضعها الإمام حسب ما يراه مناسباً لحفظ حرمة الأموات والأحياء معاً وفقاً لمقاصد الشريعة الإسلامية، حيث نتناول في الفرع الأول مفهوم التعزير، وفي الفرع الثاني نبين طبيعة الجرائم التعزيرية المتعلقة بحرمة الميت.

### الفرع الأول: مفهوم التعزير

التعزير عقوبة غير مقدرة شرعاً لكل معصية أو مخالفة أو اضرار بالمصالح العامة وهو مشروع بالكتاب والسنة والإجماع وهو دليل على واقعية الشريعة الإسلامية، إذ يتناسب هذا مع الجرائم التي تظهر عبر الأزمنة والأمكنة ويصعب ضبطها وحصرها، وهو الدرع الواقعي للحياة في المجتمع الإسلامي من ارتكاب المخالفات والجنايات التي لم يشرع لها حدود ولا كفارة.

والجرائم التعزيرية متفاوتة ومتنوعة ويستحيل حصرها لأن الحوادث لا تنتهي بينما النصوص تنتهي مادام الإنسان وما دامت الحياة ويمكن وضعها في مراتب حسب طبيعتها.

وللتعزير عدة معاني في اللغة<sup>(2)</sup>:

- النصره كما في قوله تعالى: ﴿لِيُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتُعَزِّرُوهُ﴾<sup>(3)</sup> أي تنصروه.

(1)- محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 83.

(2)- محمد بن يعقوب الفيروز أبادي مجد الدين، مرجع سابق، ص 396 وكذا ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، طبعة جديدة، القاهرة، 1970، ص 561.

(3)- سورة الفتح، الآية 09.

- **الضرب** دون الحد لمنعه من المعاودة، وردعه عن المعصية، وقيل هو أشد الضرب، وعززه ضربه ذلك الضرب والعزر أي المنع والتوقيف، والتعزير والتوقيف على الفرائض والأحكام.

- **التأديب** ولهذا يسمى الضرب دون الحد تعزيراً، وإنما هو أدب، ويقال عززته فيه من الأضداد وعززه فخّمه وعظّمه. والعزر هو النصر بالسيف وعززه أي أعانه وقواه ونصره.

- **التوقيف** هو التعزير في كلام العرب، ولهذا قيل للتأديب الذي هو الحد تعزير لأنه يمنع الجاني أن يعاود الذنب. ويقال إن العزر: اللوم، عززه يعززه والتعزير ضرب دون الحد.

ويقصد **بالتعزير اصطلاحاً**: هو التأديب على ذنب "معصية أو جناية" لآحد فيه ولا كفارة فيه يقوم بها الحاكم" الإمام أو نائبه "على جريمة لا حد فيها مقدر ولا كفارة سواء كانت الجناية على حق الله تعالى "حق عام" وهو ما ليس لأحد إسقاطه، كالأكل في نهار رمضان بغير عذر، وتأخير الصلاة عن وقتها ولو كان الوقت اختيارياً، أم كانت الجناية على حق آدمي "حق شخصي" وهو ما يكون لصاحبه إسقاطه كالسب والضرب والإيذاء بوجه ما مثل قول الرجل لآخر يا فاسق، يا خبيث.... ونحو ذلك (1).

ولقد اختلف الفقهاء في تعريفه شرعاً، فالحنفية يرون أن التعزير هو التأديب دون الحد، أما المالكية فيرون أن التعزير تأديب استصلاح وزجر على ذنوب لم يشرع فيها حدود ولا كفارات وأن التعزير هو التأديب لحق الله أو لآدمي غير موجب للحد.

والشافعية يرون أن التعزير هو تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود وأما الحنابلة فقد اختلفوا في التعزير فمنهم من عرفه مثل الحنفية بأنه تأديب ومنهم من عرفه مثل الشافعية وكذلك من يرى أن التعزير هو التأديب في كل معصية لآحد فيها ولا كفارة (2).

هذا عند الفقهاء القدامى أما فقهاء العصر الحديث فقد عرفه الشيخ محمد أبو زهرة بقوله "التعزير هو العقوبة التي لم يرد نص من الشارع ببيان مقدارها وترك تقديرها لولي الأمر" (3).

(1)-وهبة الزحلي، الفقه المالكي الميسر، دار الكلم الطيب، ط 1، المجلد الثاني، سوريا، 2000، ص476.

(2)-ماجد أبو رغبة، الوجيز في أحكام الحدود والقصاص والتعزير، دار النفائس للنشر والتوزيع، ط 1، الأردن، 2010، ص294.

(3)- محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 75.

وقد خص التعزير بالعقوبة غير المقدرة التي يوقعها ولي الأمر فيخرج بذلك ما يوقعه الزوج على زوجته من ضرب ونحوه، وضرب الوالد ولده فإنه تأديب لا تعزير ويقال إن التعزير اسم يختص بالضرب الذي يقر به الإمام أو خليفته للتأديب في غير الحدود فأما ضرب الرجل زوجته وضرب المعلم الصبي فلا يسمى تعزيراً وإنما يسمى تأديباً<sup>(1)</sup>.

كما عرّف التعزير أنه العقوبة التي يفرضها القاضي أو الحاكم على جناية أو معصية ليس لها حد شرعي أي ليس فيها عقوبة مقررة شرعاً، وكان القضاة السلف يلجئون إلى التعزير أو الضرب أو الحبس أو النفي أو التشهير والإعلام وما شابه ذلك<sup>(2)</sup>.

وإذا نظرنا إلى مفهوم التعزير يمكن استخلاصه من التعريف اللغوي، والذي يقصد منه المنع والرد، لأنه يمنع الجاني من أن يعاود اقتراف جريمة القذف في حق الآخرين سواء أكانوا أحياء أم أمواتاً.

أما التعريف الاصطلاحي هو الذي قال به أغلب الفقهاء على أنه "تأديب على ذنوب لم تشّرّع فيها الحدود"<sup>(3)</sup>، وسبب تقرير التعزير هو ارتكاب معصية ليس لها حد مقدر في الشرع.

### الفرع الثاني: الجرائم التعزيرية المتعلقة بانتهاك حرمة الميت

إذا كانت هناك أفعالا يترتب على ارتكابها في الشريعة الإسلامية حدود شرعية، وفي القانون الوضعي عقوبات محددة على ارتكاب جرائم معينة سواء ارتكبت في حق الأحياء أو الأموات، ومن الجرائم التعزيرية المتعلقة بانتهاك حرمة الميت، تجريم سب وشتم الميت، تجريم قطع أعضاء الميت، تجريم انتهاك رفات الميت وهذا ما نحاول مناقشته في النقاط التالية:

(1) -حسني عبد الحميد، البدائل الشرعية للعقوبات الوضعية، بدلائل العقوبات السالبة للحرية في الشريعة الإسلامية، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص172.

(2) -محمد سعيد عبد القادر، فقه القضاء في الإسلام، منشأة المعارف، طبعة أولى، القاهرة، 2008، ص41.

(3) -د/عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص 556.

## أولاً- تجريم سب وشتم الميت

تعتبر جريمة سب وشتم الميت من أكبر المحرمات وأوجبها صونا، وقد حرّمت الشريعة الإسلامية عن سبّ المسلم على الإطلاق ولم تفرّق في النهي بين الأحياء والأموات، وعاقبت كل من تسول له نفسه الاعتداء على حرمة الأموات بالسب والشتم. (1).

وهذا ما رواه البخاري والنسائي وأحمد عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال النبي صلى الله عليه وسلم: "لا تسبوا الأموات فإنهم قد أفضوا إلى ما قدموا"، وقد بوّب البخاري على هذا الحديث في الصحيح، فقال: (باب ما ينهى من سب الأموات)، وقد ترجع العلة في النهي عن سب الأموات بما يلحق الأحياء من الأذى الذي لا يبلغ الميت بحال.

وقال ابن حبان في صحيحه ذكر البعض من العلة التي من أجلها نهى عن سب الأموات، ثم روى بإسناده إلى زياد بن علاقة الثعلبي أنه سمع المغيرة بن شعبة يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا تسبوا الأموات فتؤذوا الأحياء" (2).

وعليه إن السبّ هو رمي بغير زنا أو لواط أو نفي للنسب، وبالتالي، فهو ليس من العقوبات الحدية، وإنما من عقوبات التعزيرية، فيرى الفقهاء أن للسبّ عقوبتين من عقوبات التعزير، العقوبة الأولى هي الجلد، وهذا استنادا لقوله صلى الله عليه وسلم "إذا قال الرجل يا يهودي فاضربوه عشرين وإذا قال يا مخنث، فاضربوه عشرين ومن وقع على ذات محرم فاقتلوه".

ولكن الفقهاء اختلفوا في الحد الأدنى والأعلى لمقدار الجلد، فمنهم من قال إن الحد الأعلى قد يتعدى المائة جلدة، وهذا ما أخذ به الامام مالك، ومنهم من قال إن الحد الأعلى لا يمكن أن يتعدى تسعة وثلاثين جلدة، وهذا ما أقره أبو حنيفة، وهناك من قال يزيد عن تسعة وسبعين ولا يصل إلى مئة، مثل ما قال به بعض أصحاب المذهب الشافعي، ومنهم من قال إنه لا يجب أن يزيد الجلد عن عشرة أسواط، وهذا قول بعض أصحاب أحمد، أما الحد الأدنى فقالوا ثلاث جلدات، وهناك من قال لا يجب أن يكون هناك حد أدنى<sup>3</sup>.

(1) د/ فوزية عبد الستار، مرجع سابق، ص545، بن سعادة زهراء، مرجع سابق، ص 65.

(2) أخرجه البخاري في الصحيح، مرجع سابق، ص 109، بن سعادة زهراء، مرجع سابق، ص65.

(3) - صونية بدري، مرجع سابق، ص37.

وتتجلى عقوبة التوبيخ في إهانة الجاني بالقول ولا تشترط عقوبة التوبيخ أن تكون تابعة لعقوبة الجلد، فيمكن أن يعاقب بها لوحدها واستدل الفقهاء على مشروعيتها من السنة، فقد روى أبو ذر وقال: " كان بيني وبين رجل كلام، وكانت أمه أعجمية فنلت منها، فذكرني إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فقال لي: "أسبيت فلان؟" قلت نعم، قال " أفنلت من أمه؟ قلت نعم، قال: " إنك امرؤ فيك جاهلية..." ( )، وهذا عبارة عن توبيخ الفاعل<sup>1</sup>.

### ثانيا - تجريم قطع أعضاء الميت:

ان الاعتداء على الميت الذي فارق الحياة حقيقة، ثم جنى عليه الطبيب أو غيره بقطع عضو من أعضائه لغرسها في مريض آخر دون إذن، فهذا يستوجب التعزير، لأنه اعتدى على جثة ميت، وبناء عليه يجوز للورثة دفعه بأي وسيلة دفعا لاعتدائه. وحفظا لحرمة الميت، قال أبو السعادات منصور بن يونس البهوتي "ولولي الميت أن يحامي عنه، أي يدفع عنه من أراد قطع طرفه ونحوه بالأسهل فالأسهل كدفع الصائل، وإن آل ذلك إلى إتلاف المطالب، فلا ضمان على الدافع كما في دفع الصائل".

وهذه الجريمة فيها اعتداء على حرمة الميت، وجرح لشعور أهله، والشارع سبحانه وتعالى حرم الظلم، والاعتداء على الخلق مطلقا، لما رواه مسلم عن أبي أمامة -رضي الله عنه- أن رسول الله قال: "من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه، فقد أوجب الله له النار، وحرم عليه الجنة"، فقال له رجل، وإن كان شيئا يسيرا يا رسول الله؟ قال " وإن قضيبا من أراك"<sup>(2)</sup>.

لذا يجب على أولي الأمر سن العقوبات التعزيرية التي أناطها الله عز وجل بولايتهم، إيقافا للاعتداء على حرمة الأموات، وصيانة لهم من تجار الأعضاء البشرية، فيسنون من أنواع العقوبات من الجلد، والحبس، والنفي، والتشهير، بل القتل لمن تكرر منه الصول والانتهاك حفظا لحرمتهم، وصيانة لكرامتهم التي لا تنقطع بمفارقة الحياة<sup>(3)</sup>.

1- محمد بشير فليفل، مرجع سابق، ص 185، وكذا صونية بدري، مرجع سابق، ص 37.

(2) - يقصد بالصائل هو المعتدي على نفس الغير أو عرضه أو ماله لمزيد من التفصيل أنظر د/ أمل بنت إبراهيم بن عبد الله الدباسي، دفع الصائل وأحكامه، دراسة فقهية، مجلة الجمعية الفقهية، السعودية، 2017، ص 409، محمد بشير فليفل، مرجع سابق، ص 187.

(3) - محمد بشير فليفل، مرجع سابق، ص 187 و 188.

### ثالثاً- تجريم الاعتداء على رفات الميت(المثلة):

قبل التطرق إلى حكم المثلة في الإسلام سنتطرق إلى تعريف المثلة وبيان حكمها.

#### أ-تعريف المثلة لغة واصطلاحاً:

لغة: مثل: الميم واللام أصل صحيح، يدل على مناظرة الشيء للشيء وهذا مثل هذا أي نظيره، والمثل والمثال في معنى واحد، وقولهم مثل به إذا نكّل، هو من هذا أيضاً، لأن المعنى فيه أنه إذا نكّل به جعل ذلك مثالا لكل من صنع ذلك الصنيع أو أراد صنعه<sup>(1)</sup>.

أما اصطلاحاً فيقصد بالمثلة هو تغيّر في جثة الإنسان، أو قطع بعض أطرافه أو أعضائه أو تشويهها بعد موته، فالتمثيل هو التكيل بالجثة، وقد يكون التمثيل بالجثة حتى بأخذ صورة لها ونشرها عبر صفحات الأنترنت، سواء كان ذلك للتشهير بها أو حتى نشرها بدون سبب<sup>(2)</sup>.

#### ب-حكم التمثيل بالميت:

لقد اختلف الفقهاء في حكم جواز التمثيل إلى إتجاهين:

- **الاتجاه الأول:** يذهب أصحاب هذا الاتجاه ( مذهب الأحناف والراجح عند الحنابلة) إلى القول بعدم جواز المثلة حتى في بابا القصاص ، ولا يمثل بالمقتول.

وقد استدلوا في ذلك بالقران الكريم والسنة، وذلك على النحو التالي:

#### أولاً- الاستدلال بالقران الكريم:

وذلك بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾.

(1)- د/ نيكل محمود سلوم، حكم المثلة في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، ع 4، السنة 1، تكريت، العراق، 2009، ص 28، وكذا محمد بن سليمان بن عبد الله العمرو، مرجع سابق، ص 59.

(2)- ناريمان وفيق محمد أبو مطر، التجارب العلمية على جسم الإنسان، دراسة فقهية مقارنة، مذكرة ماجستير مقدمة الى كلية الشريعة والقانون، جامعة غزة، 2011، ص 89 ، وكذا رقية أسعد صالح عرار، مرجع سابق، ص 125.

**وجه الدلالة:** ينهي الله وارثه عن الإسراف في القتل في حال استيفاء القصاص، أي النهي عن التمثيل، وبما أن المثلة من الإسراف، فيكون بذلك الوارث منهي عن المثلة لأنها تدخل تحت الإسراف في القتل.

**ثانيا - من السنة:** ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " لا قود إلا بالسيف"، وعن أنس قال: كان رسول الله يحث في خطبته على الصدقة وينهى عن المثلة.

**وجه الدلالة:** يدل الحديث دلالة واضحة على النهي وعدم جواز التمثيل بالميت.

**- الاتجاه الثاني:** وقد اتجه أصحاب هذا الاتجاه من المالكية والشافعية وقول عند أحمد الى جواز المثلة ويقتل القاتل ما قتل عند القصاص<sup>(1)</sup>.

وقد استدلو برأيهم بأدلة من الكتاب والسنة:

**- من الكتاب:** قوله تعالى ﴿فَمَنْ اَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾<sup>(2)</sup>، وقوله ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ﴾<sup>(3)</sup>.

**وجه الدلالة:** إن الآيات تدل على وجوب المعاقبة بالمثل عند أخذ القصاص والقول بالمثل لأنه أعدل لاستيفاء الحقوق ، أي يقتص الولي بمثل ما فعل بوليه؛ فإن المماثلة معتبرة عند الاستيفاء شرعا ولأن المقصود من القصاص التثفي وإنما يكمل إذا قتل القاتل بمثل ما قتل، فإن كان اعتداء عليه بهيئة فيها من المثلة والتشويه بالمجني عليه، فعند استفاء الحق يمثل الولي بالجاني ، ليتحقق العدل بالمماثلة.

(1) - ناريمان وفيق وحود أبو مطر، مرجع سابق، ص 91.

(2) - سورة البقرة، الآية 194.

(3) - سورة النحل، الآية 126 .

-وقوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾ (1).

فقد بيّنت الآية عقوبة المحارب وكانت حسب جريمته فإذا أن تنفذ بالقتل وإما بالصلب وإما بالتقطيع من خلاف، وهذه عقوبة أقرها الشرع على المحارب وفي إيقاعها عليّة تمثيل بالمحارب، فإن جاز الصلب والتقطيع من خلاف جازت المثلة عند إيقاع العقوبة ولن يتحقق العدل والمساواة إلا بها فدلّت الآية على جواز المثلة بأجسام الموتى. (2)

-من السنة: ما ورد عن انس بن مالك "أَنَّ يَهُودِيًّا رَضَّ رَأْسَ جَارِيَةٍ بَيْنَ حَجَرَيْنِ، قِيلَ مَنْ فَعَلَ هَذَا بِكَ، أَفُلَانٌ، أَفُلَانٌ؟ حَتَّى سُمِّيَ الْيَهُودِيُّ، فَأَوْمَأَتْ بِرَأْسِهَا، فَأَخَذَ الْيَهُودِيُّ، فَاعْتَرَفَ، فَأَمَرَ بِهِ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَرَضَّ رَأْسُهُ بَيْنَ حَجَرَيْنِ" (3).

وجه الدلالة: الحديث صريح في جواز المثلة رتب الرض على اعتراف الجاني وكان فالنبي قصاصه منه على الهيئة التي قتل بها الجارية وهذا دليل على جواز المثلة والمعاقبة بالمثل.

ويؤكد الإمام ابن قدامه على هذا المعنى في المغني بقوله: "لو قطع يد رجل ثم قتل يقتص منه بالمثل فتقطع يده ثم يقتل مثل ما فعل بالرجل، ويكون مثل بمثل، فعند القتل تراعى في الكيفية والمقدار" (4).

-أما ما ورد من المعقول:

إن القصاص معناه المماثلة في الفعل فوجب أن يستوفي من الجاني بمثل ما فعل، ولا يكتمل المطلوب إلا أن يقتل بمثل ما قتل؛ ولأن الغرض من القود التشفي وإنما يحصل إذا فعل بالجاني مثل فعله، وحديث النهي عن المثلة محمول على من وجب قتله لا على وجه المكافأة.

(1) - سورة المائدة، الآية 33.

(2) - ناريمان وفيق محمد أبو مطر، مرجع سابق، ص 91.

(2) - أخرجه صحيح البخاري رقم 2413.

(4) - عبد الله بن قدامه المقدسي، المغني ج 9، مرجع سابق، ص 406 و 407.

والراجع: بعد استعراض المسألة ومذاهب العلماء فيها وأدلتهم يترجح لنا لقوة الأدلة القائلين بحرمة المثلة وحرص المشرع على حفاظ كرامة الإنسان حياً أو ميتاً، إلا أن في حالات استثناء نقول بجواز المثلة في القتل لأن في إيقاع المثلة ردعاً للآخرين عن ارتكب الجرم، أما حديث النهي عن المثلة محمول على النهي عن زيادة القتل وليس محمولاً على نهى المثلة والمكافأة، ودليل ذلك حديث العرنيين كان من أجل المصلحة العامة، وبذلك جاز التمثيل لأجل المصلحة العامة وهذه المصلحة هي زجر وردع الظالم عن الاعتداء على الناس، فكذا يجوز التمثيل طلباً للمصلحة العامة.<sup>(1)</sup>

ولكن القول بالجواز لا بد وأن يخضع لشروط منها:

1- وجود الحاكم عند القيام بالمثلة.

2- أن تكون المثلة عند القصاص في قتل لا عند القصاص بالإطراف والأعضاء.

3- لا تتعدى المثلة باب الردع والجزر فلا تكون من باب السلطة والتسلط على رقاب الآخرين.

كما أن من مظاهر التكريم للإنسان، أن الشريعة الإسلامية نهت وأنكرت التمثيل بجثث الأعداء "قتلى الأعداء" في حال الحرب بعد الظفر بهم بدون حاجة أو ضرورة حتى ولو كانوا كفاراً.

وإن كانت المثلة ممنوعة بالنسبة للكفار فهي ممنوعة بالنسبة للبغيظة من باب أولى، ودليل ذلك ما ورد عن علي رضي الله عنه أنه قال في ابن ملجم بعد ما ضربه: (أطعموه وأسقوه، وأحسنوا إيساره، ان عشت فأنا ولي دمي، أعفو ان شئت وان شئت استقدمت، وان مت فاقتلوه ولا تمتلوا).

وان كان بعض الفقهاء يرون جواز المثلة بالأعداء ان كان ذلك على سبيل المعاملة بالمثل، أو كان في ذلك نكاية للكفار، أو كبت وغيظ بذلهم، أو كان ذلك لمصلحة ظاهرة شرعاً.

وقد اتفق العلماء على أنه إذا حدث وانفصل عضو من جسم الآدمي أثناء محاولة غسله ودفنه، أو وجد العضو منفصلاً أصلاً عن الجسم، فإنه يجب دفن هذه الأعضاء المنفصلة ومواراتها وسترها حفاظاً عليها ومراعاة لحرمتها، حتى ان الفقهاء قالوا بدفن الأظافر والشعر المجنود<sup>(2)</sup>.

(1) - ناريمان وفيق محمد أبو مطر، مرجع سابق، ص 93.

(2) - محمد بن سليمان بن عبد الله العمرو، مرجع سابق، ص 64.

وعليه لا يعتبر الاعتداء على جدث الميت أو رفاته جريمة واقعة على الميت باعتباره انساناً، ولا يعتبر الميت هو المجني عليه إنما يحرم الاعتداء على رفات الأموات باعتبارها شيئاً محترماً لدى الجماعة وله حرمة في نفوسهم، فالمجني عليه في الجريمة هو الجماعة، والتمثيل بالجثة في الشريعة الإسلامية يعد جريمة مستقلة وتعد معصية تستوجب التعزير، تعاقب مرتكبها باعتباره معتدياً على حرمة الأموات أو حرمة المقابر<sup>(1)</sup>.

وقد اختلف الفقهاء حول عقوبتها، فهناك من قال أنه لا يعاقب عليها بالتعزير، وإنما يعاقب عليها بالقصاص، ومن قال بهذا الرأي قال أنه قصاص على ما دون النفس، فيعاقب بالقصاص كل من اعتدى على ميت بالكسر أو الضرب أو قام باستئصال عضو من جثته دون مسوغ شرعي، ولكن البعض الآخر قال المثلة لا توجب القصاص، وإنما توجب التعزير، وسبب الخلاف راجع إلى عدم الاتفاق على تفسير حديث عائشة رضي الله عنها: " كسر عظم الميت ككسره حي"، فهناك من فسّر الحديث على أنه دليل على وجوب القصاص ، لأن عند كسر عظم الحي والميت هو تساوي في الإثم وليس في الضرر والألم<sup>(2)</sup>.

فالمراجع هو الرأي الثاني، فكسر عظم الميت لا يتساوى مع كسر عظم الحي في الألم والقصاص، إنما يتساوى معه في الإثم، حيث قال الإمام مالك في الموطأ تعقيباً على الحديث المروي عن عائشة زوج النبي -صلى الله عليه وسلم- تعني في الإثم<sup>(3)</sup>.

وبالتالي فإن عقوبة المثلة هي التعزير، وولي الأمر هو من يحدد نوع التعزير بالنظر إلى جسامة الجريمة.

(1)- يونس عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الاسلامي، دراسة فقهية، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص 151، وكذا د/عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص 399.

(2)- محمد بن سليمان بن عبد الله العمرو، مرجع سابق، ص ص 66-70، وكذا صونية بدري، مرجع سابق، ص 38.

(3)- مالك بن أنس، مرجع سابق، ص 134، وكذا صونية بدري، مرجع سابق، ص 38.

## المبحث الثاني

### تجريم المساس بحرمة الميت في التشريع الجزائري

إن الله عز وجل قد قدّس الإنسان من حيث كرامته وحرمته، بل تمتد إلى ما بعد الحياة في صورة احترام جثة الميت، بل أحاطها بحماية خاصة ومنع التعدي عليها بأي شكل من الأشكال أو لأي ظرف من الظروف.

وعليه فإن جثة أو رفات أي واحد منا هي معرضة للإساءة، لذا وجب علينا أن نبين الأفعال التي قد تلحق بجثة أي ميت حفاظا على قدسيتها، إذ لا تختلف هذه الجرائم كثيرا من حيث أركانها وعناصرها عن غيرها من الجرائم الأخرى.

وبالنظر لتعدد تلك الجرائم وتنوعها واختلاف المصالح التي تهدر عندها، لذا سنحاول دراسة كل جريمة ماسة بجثة الميت وهذا على الرغم من التداخل والتقارب فيما بينها، وتتمثل هذه الجرائم في جريمة دفن جثة ميت أو اخراجها خفية أو بدون ترخيص، وجريمة إخفاء جثة ميت، وجريمة تدنيس الجثة أو القيام بأي عمل غير مشروع عليها، وجريمة انتزاع أعضاء أو أنسجة أو خلايا أو جمع المواد العضوية من جثث الموتى.

لقد أحاط المشرع الجزائري الميت بنوع من الحماية الجنائية الخاصة، فنص ضمن القسم الثاني من الفصل الخامس تحت عنوان الجرائم المتعلقة بالمدفن وحرمة الموتى، بالإضافة إلى حماية أعضاء الموتى من المتاجرة الذي نص عليه في القانون المتعلق بمنع المتاجرة بالأعضاء البشرية.

وتختلف جريمة انتهاك حرمة الموتى عن جريمة انتهاك حرمة القبور من وجوه عدة، ومهما رغب المشرع في تأكيد استقلالية حماية الرفات أو الجثة أو بقاياهما لا يستطيع إغفال الترابط بين هذه الجرائم، ف كثيرا ما تختلط جريمة انتهاك حرمة الجثة بجريمة انتهاك حرمة القبر، ويحمي المشرع الجثة ويحرص على أن تحفظ لها قدسيتها حتى اللحظة الأخيرة، وتتكفل الجهات ذات الاختصاص بهذه

المهمة<sup>(1)</sup>، في هذا الإطار خصصنا المطلب الأول للحديث عن الجرائم العامة الماسة بحرمة الميت والمطلب الثاني للجرائم الخاصة بذات الموضوع.

## المطلب الأول

### الجرائم العامة التي تمس بحرمة الميت

نص المشرع الجزائري على هذه الجرائم ضمن قانون العقوبات في القسم الثاني من الفصل الخامس تحت عنوان الجرائم المتعلقة بالمدافن وبحرمة الموتى، بالإضافة إلى المادتين 141 و 321 من قانون العقوبات، حيث نتناول في الفرع الأول لجريمة انتهاك حرمة الميت، وفي الفرع الثاني لجريمة دفن الجثة أو إخراجها خفية أو بدون إذن، وفي الفرع الثالث لجريمة تدنيس الجثة أو القيام بأي عمل غير مشروع فيه وحشية أو فحش عليها، أما الفرع الرابع فخصصناه لجريمة إخفاء الجثة.

### الفرع الأول: تجريم انتهاك حرمة الميت

ويتمثل الركن المادي في جريمة انتهاك حرمة الجثة في أعمال التعدي والتدنيس ايا كانت الوسيلة المستعملة، وقد أعطى المشرع بعض الصور الإعتداء التي تقع على الجثة مثل (دنس، شوه، الأعمال الوحشية)<sup>(2)</sup> وهي كغيرها من الجرائم قد ترتكب بفعل إيجابي، كما قد ترتكب بالامتناع، ويمكن تصور تلوّث أو تشويه الجثة بمادة تخرب قوامها، وقد يتمثل التدنيس بوضع أسفل النعل على وجه الميت أو حسر الكفن عنه أو رفسه أو سحب جثته أو تعليقه على مرأى من الناس.

(1) د/ باسم شهاب، الجرائم الماسة بكيان الإنسان، القتل بالسم، المساعدة على انتحار، القتل الرحيم، الإيذاء بصوره المختلفة، التعذيب، الإجهاض، قتل حديثي العهد بالولادة، انتهاك حرمة الجثة والرفات والقبر، دار هومه، الجزائر، 2011، ص 531.

(2) - راجع المادة 153 من قانون العقوبات الجزائري، والفصل 271 من قانون الجزاء المغربي بقولها " من لوّث أو مثل بها أو ارتكب عليها عملا من الأعمال الوحشية أو البذيئة يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وغرامة من مائة وعشرين إلى خمسمائة درهم"، والمادة 374 من قانون العقوبات العراقي " يعاقب... من انتهك عمدا حرمة جثة أو جزءا منها أو رفات آدمية أو حسر عندها الكفن"، حيث ورد في النص الأخير الفعل "دنس" وهو واسع الدلالة وزاد عليه المشرع حسر الكفن والتشهير، والفصل 169 من المجلة التونسية حيث يعاقب وفقا له من يخرج الجثة أو يرفعها أو ينقلها أو ينقلها بعد استخراجها".

و تتمثل الأعمال الوحشية بالتقطيع أو التخريب أو إخراج الأعضاء الداخلية، ومن الممكن أن تحرق الجثة، وينصبّ الفحش على الاعتداء الجنسي على الجثة، ومن الأمثلة على السلوك السلبي كأن يترك الجاني الكلاب تنهشها أو النار تقترب منها ومن ثم تلتهمها دون أن يحرك ساكنا، مع أنه كان بإمكانه ذلك.

ويأخذ انتهاك حرمة الموتى ثلاث صور الصورة الأولى تقع بانتهاك حرمة الجثة قبل الدفن، والتي خصها المشرع الجزائري بنص المادة 153 من قانون العقوبات بقوله "كل من دنس أو شوه جثة أو وقع منه عليها أي عمل من أعمال الوحشية أو الفحش...".

والصورة الثانية: تحصل بانتهاك حرمة الجثة أو الرفات أو أجزائها بعد الدفن وهي الصورة التي لم يوفق المشرع في معالجتها، حيث ينبغي أن توصل بنص المادة 152 من نفس القانون والتي جاء فيها "كل من انتهك حرمة مدفن أو قام بدفن جثة أو إخراجها خفية..."

رغم إشارة المشرع إلى المدفن، وربما كان يريد به اللحد وما يحويه، كما أنه قال جثة وغض الطرف عن الرفات أو الأجزاء المتبقية منها.

أما الصورة الثالثة فتتعلق بانتهاك حرمة الجثة أو الرفات أو أجزائها أثناء عملية الدفن، وهي الصورة التي لم تفرد لها التشريعات نصا خاصا، فتداخلت مع الصورتين الأخريين<sup>(1)</sup>.

غير أن هذه الجريمة يتعين ارتكابها توافر القصد الجنائي من انتهاك حرمة الميت، سواء كان ذلك قبل الدفن أو بعده، والا تكيف على أساس جريمة أخرى.

### الفرع الثاني: تجريم دفن الجثة أو إخراجها خفية أو بدون ترخيص

لقد تناول المشرع الجزائري جريمة دفن جثة أو إخراجها خفية بموجب المادة 152 من قانون العقوبات، التي تنص صراحة على أن: "كل من انتهك حرمة مدفن أو قام بدفن جثة أو إخراجها خفية يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 الى 100.000 دج"<sup>(2)</sup>.

(1) - د/ باسم شهاب، مرجع سابق، ص 532.

(2) - المادة 152 من قانون العقوبات الجزائري تنص على " كل من انتهك حرمة مدفن أو قام بدفن جثة أو إخراجها خفية يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 الى 100.000 دج".

كما نجد في هذا الصدد المادة 441 من قانون العقوبات في فقرتها الثانية تنص على تجريم دفن الجثة بدون ترخيص بقولها: " كل من تولى دفن أحد المتوفين دون ترخيص سابق من الموظف في حالة التي اشترط القانون الحصول على هذا الترخيص وكل من يخالف بأية طريقة كانت النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بأعمال الدفن...".

هل يشترط دفن الجثة أي وضعها في القبر أن يكون الدفن في مقبرة عمومية، أو أن يكون في حفرة تأخذ شكل قبر؟ إلا أنه بالرجوع لنص المادة 152 من قانون العقوبات لا نجد ما يحدد مكان دفن الجثة، المهم أن يكون الدفن خفية أو بدون تصريح، سواء كان الدفن في مقبرة عمومية أو في مكان آخر، فالمشرع هنا لم يعاقب على مجرد الدفن، لأن الدفن من حقوق الميت، وإنما العقاب كان على أساس الدفن خفية أو بدون ترخيص، إلا أن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هل الدفن خفية هو نفسه الدفن بدون ترخيص؟ أم أنهما يختلفان؟<sup>(1)</sup>.

وعليه يمكن القول أن الدفن خفية يكون بشكل غير مشروع، وقد لا تعلم الجهات المعنية بالوفاة أصلاً، أما الدفن بدون ترخيص فهو دفن الميت دون أن يمنح الترخيص بدفنه، أي أن الجهات المعنية تعلم بالوفاة ولكنها لم تمنح الترخيص بالدفن، ويسلم الترخيص من قبل ضابط الحالة المدنية بعد تقديم شهادة معدة من قبل الطبيب، أو من قبل ضابط الشرطة القضائية الذي كلّفه الطبيب بالتحقيق في الوفاة، وهذا ما نصت عليه المادة 78 من قانون الحالة المدنية على ما يلي أنه " لا يمكن أن يتم الدفن دون ترخيص من ضابط الحالة المدنية مكتوب على ورقة عادية ودون نفقة، ولا يمكن أن يسلم هذا الترخيص إلا بعد تقديم شهادة معدة من قبل الطبيب أو من قبل ضابط الشرطة القضائية الذي كلف بالتحقيق في الوفاة"<sup>(2)</sup>.

فدفن الجثة يتعيّن أولاً التصريح بوفاة الشخص امام ضابط الحالة المدنية من طرف أفراد عائلته، أو شخص حصلت عنده الوفاة أو من قبل مدير المستشفى خلال 48 ساعة لدى مصالح الحالة المدنية التي تمنح رخصة الدفن، ويتم ذلك بتقديم شهادة طبية تثبت الوفاة مع تحديد طبيعتها،

(1) - د/ باسم شهاب، مرجع سابق، ص 546.

(2) - راجع الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فبراير المتعلق بالحالة المدنية، ج.ر.ع 21، الصادر في 1970 المعدل والمتمم، بموجب القانون رقم 08/14 المؤرخ في 9 أوت 2014 ج.ر.ع، رقم 2014/49 وبالقانون رقم 03/17 المؤرخ في 10 جانفي 2017 ج.ر.ع، رقم 2017/02.

ذلك أن تكون الوفاة طبيعية أو محدثة، وهذه نقطة أساسية، فالموت الطبيعي عادة ما يحدث بسبب مرض حاد أو مزمن، أما الموت المحدث فعادة ما يتسبب فيه الإنسان إما إرادياً أو بصفة غير إرادية، وفي هذه الأخيرة يلجأ إلى الطب الشرعي لتحديد ما إذا كانت الوفاة بفعل جرم أو انتحار أو حادث عرضي<sup>(1)</sup>.

كما أن فعل الجاني المتمثل في دفن الجثة أو إخراجها خفية أو دون ترخيص من ضابط الحالة المدنية معناه هناك صورتين في هذه الجريمة أي قد يقع الانتهاك على الجثة قبل دفنها وبعد دفنها من قبل ذوي المتوفى، ولكن قد يتم اخراج الجثة لدواعي التحقيق الجنائي وذلك للكشف عن سبب الوفاة التي حام حولها الشك، وبالتالي، لا يمكن أن يشكل هذا الفعل جريمة اخراج جثة خفية أو دون ترخيص، وذلك بحضور الطبيب المختص والمسؤول عن عملية الدفن<sup>(2)</sup>.

ولإكتمال الركن المادي يجب توافر العلاقة السببية بين فعل الاعتداء المتمثل في دفن الجثة أو إخراجها خفية أو بدون ترخيص، والنتيجة المتمثلة في تحقيق الاعتداء على حرمة الميت، إذ انتفت هذه العلاقة تبين أن فعل الجاني وقع نتيجة ظروف لا علاقة له فيها.

ففي الحالة التي يريد فيها شخص اخراج جثة قريبه من أجل نقلها إلى مقبرة أخرى وإعادة دفنها، وجب إتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 77/16<sup>(3)</sup>، فالإجراء الأول يتمثل في تسليم رخصة النقل من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي إذ كان الجثمان ينقل إلى بلدية تابعة لدائرة مكان الوفاة.

أما الثاني فيتمثل في تسليم رخصة النقل من قبل والي الولاية المختص إقليمياً عند وقوع الوفاة في الحالات الأخرى لحالة نقل الجثمان إلى بلدية ليست تابعة لنفس دائرة مكان الوفاة، وبالتالي نكون أمام نقل الجثمان داخل التراب الوطني، أما نقل جثمان رعايا أجانب متوفين في الجزائر إلى الخارج يتطلب رخصة مسبقة من وزير الداخلية والجماعات المحلية مرفق بملف، وهذا ما هو منصوص عليه

(1) - يحي بن لعل، الخبرة في الطب الشرعي، مطبعة عمار قرفي، الجزائر، 2006، ص 118.

(2) - ضيفاء نوري حسن، الطب القضائي وآداب المهنة الطبية، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر، العراق، 1990،

ص 17

(3) - راجع المرسوم التنفيذي رقم 77/16 المؤرخ في 24 فبراير 2016، الذي يحدد القواعد المتعلقة بالدفن ونقل

الجثث وإخراج الموتى من القبور وإعادة الدفن، ج.ر.ج.ج.د.ش عدد 12، الصادرة في 28 فبراير 2016.

في المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 77/16 فعدم إتباع هذه الاجراءات تعرض فاعلها إلى المتابعة على جريمة دفن الجثة أو اخراجها دون ترخيص.

وجريمة إنتهاك حرمة الميت من الجرائم العمدية، حيث يستلزم لقيام ركنها المعنوي توافر العلم اليقيني لدى الجاني بأن ما يقوم به يمثل انتهاكا لحرمة الجثة أو رفات آدمية يصونها القانون ويحميها بالنظر لمكانتها، كما ينبغي أن تتوافر لديه إرادة واعية ومصممة على انتهاك حرمة الجثة، أي إرادة السلوك وإرادة النتيجة وبغض النظر عن الباعث إن كان دينيا أم شريفا<sup>(1)</sup>.

ولكي تقوم جريمة دفن الجثة أو إخراجها خفية أو بدون ترخيص أو إخفاءها، كسبب لتوقيع العقاب على مرتكبها، يجب أن تكون مستوفية لجميع أركانها "الشرعي، والمادي، والمعنوي"، ولا يكفي مجرد توافر إحداها كسبب للعقاب، بل يجب قيامها جميعا، وإلا انتفت المسؤولية الجزائية، وقد عاقبت المادة 152 من قانون العقوبات الجزائري لكل من يقوم بهاته الجريمة عقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج، فالمشرع جعل لها أخف عقوبة وذلك نظرا لطبيعة الأفعال التي تنال من الجثة بين أن تكون تمس بالحرمة الواجبة لها وبين أن تحط من قيمتها.

أما بالنسبة لعقوبة الدفن بدون ترخيص فلقد حددت عقوبتها المادة 441 في فقرتها الثانية من قانون العقوبات بالحبس من 10 أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر، وبغرامة من 8000 إلى 16.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين، فبتحقق الفعل المجرّم التي جاءت به نص المادة أعلاه والمتمثل في دفن المتوفى دون الحصول على ترخيص من الموظف في الحالة التي اشترط القانون الحصول على هذا الترخيص مع توافر القصد الجنائي لارتكابه الفعل المعاقب عليه قانونا، فإن الجريمة تتحقق ويعاقب فاعلها<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث: تجريم تدنيس الجثة أو القيام بأي عمل غير مشروع عليها فيه وحشية أو فحش

إن المشرع الجزائري تناول جريمة تدنيس الجثة أو القيام بأي عمل فيه وحشية أو فحش على الجثة في المادة 153 من قانون العقوبات بقولها: " كل من دنس أو شوه جثة أو وقع منه عليها أي

(1) - د/ باسم شهاب، مرجع سابق، ص 536.

(2) - بوشني يوسف، مرجع سابق، ص 339.

عمل من أعمال الوحشية أو الفحش..."، وحيث هذه المادة نصت على جميع أنواع الاعتداءات والانتهاكات الواقعة على جثة الميت كالتدنيس، والتشويه، والأعمال الوحشية والفحش.

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد أفعالا بعينها، وإنما حدد نتائج الأفعال التي تدخل تحت إطار هذه الصورة، وهي أفعال غير محصورة وهذا يعني أن النص القانوني جاء بأفعال تدينس الجثة على سبيل المثال لا الحصر.

كما أنه لم يتوسع في هذه الجريمة، وذلك من حيث تقديم مفهوما لها، وخاصة في جريمة القيام بأي فعل وحشي أو فاحش على جثة ميت، بحيث بالعودة إلى قانون العقوبات لم يتطرق إلى جريمة وطء جثة الميت، أي المواقعة بالميت، ويتراوح بين العبث بأجزاء الجثة إلى فعل المواقعة الكاملة<sup>(1)</sup>، فلم ينص عليها ولم يجرمها بتاتا.

وإذا كان وطء الجثة أو المواقعة بها لا تقوم بها جريمة الزنا المنصوص عليها في المادة 339 من قانون العقوبات، إلا أن هذه الجريمة تعتبر من كبائر الذنوب وأشدّها خطورة على كيان المجتمعات فهي تتنافى مع الأخلاق الحميدة للإنسان وكرامته، إلا أنه لا يمنع من مساءلة الجاني عن جريمة القيام بالفحش على الجثة المنصوص عليها في المادة 153 من قانون العقوبات والتي تتعلق بالوجه الخصوص بالأعضاء التناسلية<sup>(2)</sup>.

ويتمثل الركن المادي في ارتكاب جريمة تدنيس أو تشويه أو القيام بأعمال وحشية أو فحش على الجثث ويشترط أن يكون الفعل فيه الاعتداء وانتهاك على جثة الميت دون وجه مشروع.

ومن بين هذه الأعمال التي يمكن أن يترتب عليها تلوّث أو تشويه الجثة بمادة تخرب قوامها، ويتمثل التدنيس أيضا في وضع النعل على وجه الميت أو سحب جثته أو تعليقها على مرأى الناس، كما يدخل في مفهوم هذه الجريمة حرق الجثث الآدمية، أما بالنسبة للأعمال الوحشية تتمثل في النقطيع أو التخريب أو اخراج الأعضاء الداخلية، أما الأعمال الفحش فهي بدورها أعمال وحشية،

(1) - موقعة الموتى يمثل شذوذا جنسيا لأنه إرضاء الشهوة الجنسية بطريقة تخالف الطبيعة، للمزيد من التفصيل في هذا الموضوع أنظر حسين علي شحرور، الطب الشرعي مبادئ وحقائق، المركز الإسلامي الثقافي، بيروت، 2000، ص 134، محمد رشاد متولي، جرائم الاعتداء على العرض في القانون الجزائري والمقارن، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 181.

(2) - دردوس مكي، مرجع سابق، ص 26.

وتتعلق على وجه الخصوص بالأعضاء التناسلية فقد تكون بوطء الميت أو غيرها من الأفعال المماثلة وذلك بانتهاك للعرض أو إفساد للنسل<sup>(1)</sup>.

كما يشترط لاكتمال هذه الجريمة توافر الرابطة السببية بين فعل المتهم وما تحقق من اعتداء وانتهاك للجثة وحرمتها بارتكاب الفعل المجرمة الواردة في نص المادة أعلاه.

فقد يكون الدافع من القيام بالأعمال الوحشية هو إخفاء معالم الجريمة، وهنا يثبت سبب ارتكاب الجاني للفعل المجرم، وقد يحدث أن يتم حرق الجثة لأسباب صحية خصوصا في حالة الأوبئة الفتاكة وعند الحروب والكوارث، فالضرورة تبيح المحظور، وعندها ينبغي العودة إلى حالة الضرورة لضمان عدم معاقبة الفاعلين، وهذا ما نصت عليه أحكام المادة 48 من قانون العقوبات<sup>(2)</sup>، فلا تترتب على الجاني المسؤولية الجزائية.

وما يمكن أن يثير الإشكال هنا هي تلك الحالات التي يتمثل فيها دور الجاني في تصوير الجثة أو بقاياها سواء بآلة تصوير فتوغرافية أم سواها أو وضع الصورة على شبكة الهاتف المحمول أو شبكة الأنترنت، والحقيقة أن عبارة النصوص العقابية الجزائرية لا تشير إلى أكثر مما يمكن أن نطلق عليه الانتهاك بالطرق والأساليب التقليدية، وبالتالي إن حصل تصوير جثة سيكون من الصعوبة القول بتطبيق تلك النصوص بسبب من كون الأفعال فيها محددة الوصف<sup>(3)</sup>.

كما أن هذه الجريمة كغيرها من الجرائم تتطلب توفر القصد الجنائي لدى الجاني، أي علمه بأن الفعل يشكل جريمة يعاقب عليها القانون، واتجاه ارادته إلى التدنيس والأعمال الوحشية والفحش، وبالتالي القصد في هذه الجريمة هو قصد عام يتمثل في تحقيق الاعتداء على الجثة، وهناك قصد خاص يتمثل في نية الإساءة، إذ يقصد بالقصد الخاص تحقيق الاعتداء من أجل غاية أخرى، إذ يجب أن تتوفر لديه النية والارادة الآثمة للقيام بانتهاك حرمة جثة الميت<sup>(4)</sup>.

(1) د/ باسم شهاب، مرجع سابق، ص 533.

(2) نصت المادة 48 من قانون العقوبات على ما يلي "لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها".

(3) د/ باسم شهاب، مرجع سابق، ص 533.

(4) - فريحة حسين، مرجع سابق، ص 47.

وقد عاقب المشرع الجنائي الجزائري على جريمة التدنيس، أو تشويه الجثة، أو الاعتداء عليها بأي عمل من الأعمال الوحشية أو الفحش المنصوص عليها بموجب المادة 153 من قانون العقوبات بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج.

وما تجدر الإشارة إليه، أنه لا توجد عقوبات تكميلية كذلك المنصوص عليها في المادة 09 من قانون العقوبات، فمتى توافرت أركان هذه الجريمة من تدنيس وأعمال الوحشية والفحش، فالجريمة تكون قائمة ولذوي الحقوق المطالبة بتوقيع العقاب على مرتكبي هذه الجرائم.

كما تستثنى من العقوبات المذكورة حالات التشريح الجنائي الذي يقوم به الأطباء في المستشفيات على الجثة قبل دفنها والعملية القيصرية التي يقوم بها الطبيب على الأم المتوفاة لاستخراج الجنين منها، إذ لا يوجد في كلا الحالتين شيء يزري بكرامة الجثة<sup>(1)</sup>.

#### الفرع الرابع: تجريم إخفاء الجثة

لجريمة الإخفاء علاقة مع كل من جرائم القتل وجرائم انتهاك حرمة الموتى والقبور، والمشرع يرغب في أن تكون اللحظات الأخيرة للمتوفى قانونية وواضحة لا تضرر عندها أية حقيقة ولا تكون سببا في ضياع الحقوق، وكثيرا ما يكون المخفي هو من يقوم بحجبها عن الأعين بصورة مؤقتة أو دائمة، وقد تناول المشرع الجزائري هذه الجريمة في المادة 154 من قانون العقوبات والتي تنص على أن " كل من خبأ أو أخفى جثة ...".

الملاحظ أن الفعل المجرم في هذه الصورة هو القيام بأي فعل غير مشروع يؤدي إلى إخفاء الجثة، وقد يتحقق الإخفاء بكل فعل من شأنه إبعاد جثة الميت عن أنظار السلطات ولو فترة محدودة، كما يتحقق بأي فعل من شأنه إخفاء معالم الجثة أو تشويهها، وذلك سواء برميها في البئر، أو حرقها، أو وضعها في غرفة، أو تقطيعها إربا إربا، أو إلقائها في مجري مائي، أو لتحليلها بمادة كيميائية أو

(1)- دردوسي مكي، مرجع سابق، ص 26.

دفنها بغير تصريح وذلك بالقيام بكل فعل من شأنه يؤدي الى إخفاء جثة الميت بصفة غير مشروعة<sup>(1)</sup>.

ويتمثل فعل الاعتداء أو السلوك الاجرامي في جريمة إخفاء جثة الميت، وذلك بإخفائها على وجه غير مشروع، وذلك انتهاكا لحرمة الميت، لا سيما إذا كان الفعل بغرض التستر على جريمة قتل أو ضرب مفضي إلى الموت.

بما أن السلوك في جريمة إخفاء الجثة يتحقق بالفعلين خبأ، والذي معناه إبعاد الجثة عن الأنظار، ولو كان ذلك بدفنها في غابة أو مكان منعزل، أما الفعل أخفى معناه نفي الجثة من الوجود، وقد يحدث الفعل المذكور من أجل الاستمرار في تقاضي مقابل مالي<sup>(2)</sup>، وواقعة دفن جثة دون ترخيص لا تعد جريمة إخفاء جثة، بل تقع تحت أحكام المادتين 441 و 152 من قانون العقوبات الجزائري، لكن هذه الحالة إن وجدت تكون غير دقيقة، وبالتالي، نكون أمام تداخل الجرائم.

وبالرجوع إلى الجرائم العامة الماسة بحرمة الميت نجد أن كل الصور تشترك في نتيجة واحدة وهي الاعتداء على حرمة الميت، فدفن جثة خفية أو دون ترخيص سيؤدي إلى انتهاك حرمة الميت، ومع ذلك نجد أن كل فعل هو في الأصل النتيجة، فتشويه الجثة ليس هو الفعل وإنما هو نتيجة الفعل، فحتى يعاقب على الفعل يجب أن يؤدي إلى تشويه الجثة، وفي الأخير يمكن القول إن النتيجة الإجرامية هي انتهاك حرمة الموتى<sup>(3)</sup>.

مع توافر الرابط السببية بين فعل إخفاء الجثة والنتيجة الإجرامية التي تتمثل في انتهاك حرمة الميت بعدم دفنها وحجبها عن أهلها وعن السلطات المعنية، وكذلك يزداد الجرم تشديدا إذا كان الإخفاء بغرض إخفاء الأسباب والظروف التي أدت إلى الوفاة.

(1) - فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط 3، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة،

1990، ص 444، وكذا طارق سرور، مرجع سابق، ص 117.

(2) - د/ باسم شهاب، مرجع سابق، ص 543 و 544.

(3) - فريحة حسن، شرح قانون العقوبات الجزائري، جرائم الاعتداء على الأشخاص وجرائم الاعتداء على الأموال، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 1، الجزائر، 2006، ص 47.

وجريمة الإخفاء من الجرائم المستمرة، ولو كان الإخفاء لزمن قصير، ولكن الصعوبة تنشأ بالنسبة لتضييع الجثة، حيث تبدو الجريمة وقتية، ويفرق البعض بين الإخفاء الوقتي والإخفاء المستمر، ويعطى مثالا على الأخير حالة إلقاء الجثة في البحر، ولا يهم قيام الجاني بالفعل بنفسه، بل يكفي أن يتم الإخفاء بأمره أو تحت إشرافه<sup>(1)</sup>، وقد لا يتعدى الإخفاء زمن نزع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا أو المواد من شخص سبق أن فارق الحياة<sup>(2)</sup>.

وتعتبر جريمة إخفاء الجثة هي جريمة عمدية تتطلب توافر العلم بأن الجثة تعود لإنسان متوفى أو مقتول، وأن الجاني يخفيها أو يخبئها دون وجه حق، ولا معنى إلى الدافع إلى الجريمة إن كان شريفا أم دنيا، غير أن للبائع أثر في تقدير العقوبة والظروف المحيطة بالجريمة، والتي يعتد بها قاضي الموضوع في إصدار حكمه<sup>(3)</sup>.

وقد كيّف المشرع الجزائري جريمة إخفاء أو تخبئة الجثة وفقا للمادة 154 من قانون العقوبات من نوع الجرح، وعقوبتها تتراوح بين ستة أشهر حبس إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج.

وتشدد العقوبة إذا كان المخفي يعلم أن الجثة لشخص مقتول، ومتوفى نتيجة ضرب أو جرح، بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات، وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج<sup>(4)</sup>.

ولعل سبب هذا التشديد هو أن الجاني يساهم في إخفاء الحقيقة التي من المفروض أن تكون في متناول الجهات المختصة من أجل تحقيق العدالة لا تضليلها، ولم يشر المشرع الجزائري لأي من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 9 من قانون العقوبات<sup>(4)</sup>.

(1) - فريد الزغبى، الموسوعة الجنائية، ج 15، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، 1995، ص 330.

(2) - راجع المواد 303 مكرر 17 و 19 من قانون العقوبات الجزائري.

(3) - د/ باسم شهاب، مرجع سابق، ص 549.

(4) - د/ باسم شهاب، مرجع سابق، ص 553.

## المطلب الثاني

### الجرائم الخاصة التي تمس بحرمة الميت

لقد تناول المشرع الجزائري الجرائم العامة التي تمس بالميت، إلا أنه ومع كثرة الاعتداءات في الاونة الأخيرة التي تمس بحرمة الجثة سواء بالسرقة ونزع أعضائها أو جزء منها لبيعها أو استغلالها في أعمال بشعة أخرى كالسحر وغيرها، مما جعله يشملها بالعقاب خاصة جريمة انتزاع أعضاء الجثة (الفرع الأول) وجريمة انتزاع الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الميت (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: تجريم انتزاع أعضاء الجثة

ارتأينا قبل أن نتطرق إلى هاته الجريمة التعريف بأهم المصطلحات الواردة في هذه الجرائم. ويقصد بالعضو: في لسان العرب من عضا: العضو، العضو: الواحد من أعضاء الشاة وغيرها، وقيل- بضم العين وكسرهما- هو كل عظم وافر بلحمه والجمع أعضاء وعضى الذبيحة: قطعها أعضاء<sup>1</sup>.

أما العضو البشري في العلوم الطبية، فهو مجموعة من الأنسجة تعمل مع بعضها كي تؤدي وظيفة معينة، كالمعدة والكبد والكلية والدماغ والأعضاء التناسلية وغيرها<sup>2</sup>، والأنسجة التي يتكون منها العضو هي: "مجموعة الخلايا التي تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة، والخلية هي أصغر وحدة في المواد الحية"<sup>(3)</sup>

(1)- الشيخ عبد الله البستاني، الوافي، معجم اللغة العربية، مكتبة لبنان، بيروت، 1980، ص 413، وكذا محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مرجع سابق، ص 184.

2- د/ كامل السعيد، شرح قانون العقوبات الجرائم الواقعة على الانسان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 195، د/ هيثم عبد الرحمن عبد الغني البقلي، الحماية الجنائية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون المقارن، الطبعة الثانية، دار العلوم للنشر والتوزيع، مصر، 2010، ص 17.

(3)- عبد الحليم محمد الشريف بن مشري، جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في التشريع الجزائري، مقال منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، ع2، مجلد 13، 2016، الجزائر، ص 183. إدريس عبد الجواد عبد الله، الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص ص 40 و 41.

ويؤخذ على هذه التعريفات عموما اشتمالها على جميع الأجزاء من جسم الإنسان، على الرغم من أن الكثير منها لا يعد من الأعضاء، مثل اللبن والدم والهرمونات، فهذه الأجزاء لا ينطبق عليها وصف العضو بالمعنى الفني للكلمة، وتلافيا للانتقادات فهناك من ذهب إلى تعريف العضو البشري بأنه " كل جزء من أجزاء الجنين أو جسم الإنسان أو جثته، يكون في الأصل غير سائل"، فوسع هذا التعريف من دائرة الحماية لتشمل الجنين في بطن أمه، كذا أثناء حياته وحتى بعد مماته، شريطة أن تكون أجزاء هذا الجسم عند استئصالها غير سائلة، ويخرج هذا التعريف من مجاله الأجزاء الاصطناعية في الجسم، والأجزاء المستأصلة من الحيوانات، والدم واللبن المستخلص من الإنسان، ويؤكد صاحب هذا التعريف أنه لا يشترط أن يكون العضو البشري مشتملا على عظم حسب مفهوم اللغويين، إذ هناك الكثير من الأعضاء البشرية التي لا تحتوي على عظم كالقلب والكبد والكلية وغيرها<sup>(1)</sup>.

غير أن المطلع على التشريع الجزائري، وبالتحديد نص المادة 358 من قانون الصحة 11/18 التي جاء فيها " ولا يمكن أن يكون نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية محل صفقة مالية"، فالمرشح هنا أضاف عبارة "الأنسجة البشرية" إلى جانب الأعضاء، مما يفهم منه أن العضو غير الأنسجة البشرية، وهذا ما انعكس مباشرة على التمايز بين عقوبة انتزاع العضو البشري وانتزاع الأنسجة البشرية المنصوص عليها في المواد 303 مكرر 16 وما بعدها في قانون العقوبات الجزائري.

يتمثل النص القانوني المجرم لفعل انتزاع أعضاء الميت في المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات الجزائري والتي تنص على أنه " يعاقب بالحبس من 5 سنوات 10 سنوات وبغرامة من 500.000 دج على 1.000.000 دج، كل من ينتزع عضوا من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول.

وتطبق نفس العقوبة إذا تم انتزاع عضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول".

يتحقق الفعل الاجرامي لهذه الجريمة عند انتزاع أعضاء من جثة الميت بدون موافقة، ودون مراعاة لضوابط التصرف في الأعضاء البشرية للموتى، والتي نميّز بين نوعين من الضوابط، منها

(1)-هيثم حامد المصاروة، مرجع سابق، ص 17.

المتعلقة بالمتوفى، وتتحصر في إثبات وفاته طبييا وشرعيا، ورضائه بالتبرع قبل وفاته، وعدم كشف هوية أطراف عملية النقل والزرع .

أما الفئة الثانية من الضوابط فتتصرف إلى أقارب المتوفى، وتنصب أساسا على الموافقة على انتزاع الأعضاء من المتوفى<sup>(1)</sup>.

ولقد اعتبر المشرع الجزائري كل من يقوم بانتزاع أعضاء شخص ميت بأنه قد ارتكب جنحة مشددة بموجب المادة 303 مكرر 17/ ف 2 من قانون العقوبات، حيث حددتها هذه الأخيرة "بالحبس من خمس 05 سنوات إلى عشر (10) سنوات، وبغرامة من 500.000 د.ج إلى 1.000.000 د.ج".

وبالرجوع إلى المادة 303 مكرر 20 من نفس القانون نجدها شددت العقوبة فتصبح جنائية برفعها إلى "السجن من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة، وبغرامة من 1.000.000 د.ج إلى 2.000.000 د.ج، إذا ارتكبت الجريمة مع توافر أحد الظروف الآتية:

-إذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهنته ارتكاب الجريمة.

-إذا ارتكبت الجريمة من طرف أكثر من شخص.

-إذا ارتكبت الجريمة مع حمل السلاح.

-إذا ارتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية."

بالإضافة إلى هذه الظروف فإن هناك ظروف أخرى تم استبعادها، لأنها تتعلق بالشخص الحي، ويتمثل الظرفان في ارتكاب الجريمة على قاصر أو شخص مصاب بإعاقة ذهنية والظرف الثاني إذا ارتكبت الجريمة مع التهديد بالسلاح.<sup>(2)</sup>

(1) - جاري بسمة والذهبي ثورية، مرجع سابق، ص 122.

(2) - حسب نص المادة 303 مكرر 17/ ف 2 من قانون العقوبات الجزائري.

## الفرع الثاني: تجريم انتزاع الانسجة أو الخلايا أو جمع مواد جثة الميت

لقد تطرق المشرع الجزائري لجريمة انتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من شخص ميت، وهو الذي نصت عليه المادة 303 مكرر 19 من قانون العقوبات على أنه: "يعاقب بالحبس من سنة (01) الى خمس (05) سنوات وبغرامة من 100.000 د.ج الى 500.000 د.ج، كل من ينتزع نسيجا أو خلايا أو يجمع مادة من جسم شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول.

وتطبق نفس العقوبة إذا تم انتزاع نسيج أو خلايا أو جمع مواد من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول."

بمقارنة النص المذكور أعلاه بالمادة السابقة 303 مكرر 17، نجد أنه لا فرق في أحكامهما إلا من حيث محل الجريمة والعقوبات المطبقة، حيث نصت المادة 303 مكرر 17 على انتزاع "عضو" في حين نصت المادة 303 مكرر 19 على انتزاع "الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد من جسم الميت" وعلى ذلك نشير إلى أن الركن للمادي المنصوص عليه في المادة 303 مكرر 19 يختلف عن الركن المادي في الجريمة المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 17 من حيث محل التجريم، أي انتزاع الأنسجة أو الخلايا أو تجميع مواد من جسم إنسان، فما المقصود بهذه الاصطلاحات؟

بداية تعتبر الخلية هي الوحدة الحيوية الأساسية في بناء الجسم، وفي جسمنا تختلف الخلايا شكلا وحجما ووظيفة من عضو لآخر، فخلايا القلب تختلف عن خلايا المخ، وهذه تختلف عن خلايا الكبد وهكذا، فكل نوع من هذه الخلايا مهياً لتأدية وظائف محددة، غير أن هذا التنوع لم يكن موجودا في بداية تشكل الجنين، فالأمشاج أو ما يسمى بالبويضة المخصبة وهي خلية واحدة، تبدأ في الانقسام إلى خلايا متشابهة، ومع النمو تبدأ هذه الخلايا في التمايز لأنواع مختلفة، فتتشكل ذلك مختلف أعضاء الجسم<sup>(1)</sup>.

(1) - إيهاب مصطفى عبد الغني، نقل وزراعة الأعضاء البشرية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص 07.

أما النسيج فهو مركب من مجموعة من الخلايا لكل خلية وظيفة معينة، وهو عبارة عن خليط محدد من مركبات عضوية كالخلايا والألياف التي تعطي في مجموعها ذاتية تشريحية تتفق وعمله كالنسيج العام والعضلي والعصبي<sup>(1)</sup>.

أما بخصوص عبارة "جمع مواد من جسم شخص"، فقد جاءت عبارة عامة، ذلك أن جسم الإنسان ككل في العالم الفيزيائي هو مادة، فتمتد هذه العبارة لتشمل الدم، والشعر، اللعاب، الحيوانات المنوية، الغدد، حليب الأم وغيرها، فهذه المواد في طبيعتها مزيج بين الخلية أو النسيج، وهي لا تشكل أعضاء.

ويكون حصول الاعتداء على حرمة الميت بانتزاع عضو من جثته على وجه غير مشروع وغير مرخص به، وذلك بعدم الإلتزام بالشروط المنصوص عليها في قانون الصحة، بحيث يعمل المجرمون على القيام بعدد من الممارسات الإجرامية بالتعاون مع عدد من الأطراف المساعدين لبيع الأعضاء الجسدية المنتزعة من جثة الميت لبيعها للمحتاجين، وذلك مقابل مبلغ مالي، ومن ثم النتيجة المعاقب عليها والتي بتحققها تتم الجريمة<sup>(2)</sup>.

كما تتطلب جرائم الاعتداء على جثة الميت، قصدا عاما أي انصراف علم وإرادة الجاني إلى تحقيق النتيجة الإجرامية، فهي جرائم عمدية، فيشترط في المادة 303 مكرر 17 أن إرادة الجاني تتجه إلى انتزاع عضو من الضحية مع علمه بأن فعله هذا مخالف للشروط المنصوص عليها في التشريع الجزائري ودون موافقة الضحية، أما الفقرة الثانية من ذات المادة فنجد أن إرادة الشخص تتجه إلى أخذ أعضاء من شخص يعلم الجاني بأنه ميت، ومع علمه كذلك بأنه يخالف الشروط المنصوص عليها في القانون المتعلقة بانتزاع الأعضاء من الموتى، وتتسحب أحكام الركن المعنوي في هذه المادة على الركن المعنوي في الجريمة المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 19، المنصبة على انتزاع أنسجة

(1) - رجاء ناجي، نقل الأعضاء أو الاستخدام الطبي لأعضاء الإنسان وجثته، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 2002، ص 13.

(2) - بركان مزيان، مرجع سابق، ص 21.

أو خلايا أو تجميع مواد من جسم الضحية الحي أو الميت دون الحصول على الموافقة المطلوبة قانوناً<sup>(1)</sup>.

كما أنه وجب أن تكون هناك علاقة سببية بين انتزاع العضو والأنسجة والخلايا والمواد من جثة الميت دون التقيد بالحدود المسموح بها قانوناً، وما يتحقق من اعتداء يمس بحرمة الميت كما هو الشأن في حالة انتزاع القرنية والكلية، أو إذا تعذر الاتصال بأسرة المتوفى في الوقت المناسب أو كان هذا التأخير يؤدي إلى عدم صلاحية العضو الذي سينتزع من جثة ميت أو اقتضت الحالة الاستعجالية للمستفيد من العضو التي تعاينها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 6/364 من قانون الصحة وترقيتها<sup>(2)</sup>.

ففي هذه الحالة يجب حصول الرابطة السببية بين فعل الانتزاع للعضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول وما تحقق من الاعتداء على حرمة الميت<sup>(3)</sup>.

وقد نصت المادة 303 مكرر 19 من قانون العقوبات على "عقوبة كل من يقوم بانتزاع أنسجة أو خلايا أو يجمع مواد من ميت كجثة بسيطة بالحبس من (01) سنة إلى خمس (05) سنوات، وبغرامة من 100.000 د.ج إلى 500.000 د.ج، وترتفع العقوبة لتصبح جنحة مشددة إلى حد الحبس من خمس (05) سنوات إلى خمسة عشرة (15) سنة، وبغرامة من 500.000 د.ج إلى 1.500.000 د.ج، إذا ارتكبت الجريمة مع توافر أحد الظروف المذكورة سابقاً، وذلك حسب ما نصت عليه المادة 303 مكرر 20 من ذات القانون.<sup>(4)</sup> "

(1)- مراد علي زريقات، جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، قراءة أمنية وسيكولوجية، ملتقى مقدم ضمن أعمال مؤتمر الأمن والديمومة، حقوق الإنسان، جامعة مؤتة، عمان، 2006، ص2.

(2)- تنص المادة 6/363 من قانون الصحة على ما يلي "يمكن أن يمارس الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية دون الموافقة، الواردة في الفقرتين الأولى و2 أعلاه، عندما ولظروف استثنائية، لا يمكن الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمتلقى الذي يستحيل عليه التعبير عن موافقته وكل تأجيل قد يؤدي إلى وفاته. ويثبت هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة وشاهدان (2) اثنان ".

(3) -نبيل صقر، مرجع سابق، ص392

(4)- المادة 303 مكرر 19 من قانون العقوبات الجزائري.

بالإضافة إلى هذه العقوبات، فإننا نجد المادة 303 مكرر 21 ومكرر 22 ومكرر 28 ومكرر 29 من نفس القانون تعاقب الشخص المدان بارتكابه أحد الأفعال المكونة لجريمتي انتزاع أعضاء الميت، أو انتزاع أنسجته أو خلاياه أو جمع مواده المذكورة سابقا، بحرمانه من الاستفادة من الظروف المخففة المنصوص عليها في المادة 53 من قانون العقوبات<sup>(1)</sup>، إلى جانب الحكم عليه بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 09 من نفس القانون.

مما سبق نجد أن المشرع الجزائري قد رتب على لكل من تسول له نفسه الاعتداء على حرمة جثة الميت، عقوبات متفاوتة ومختلفة الأحكام، وأقر عقوبة الحبس والغرامة معها دون أن يجعل من الغرامة عقوبة بديلة للجريمة، فاعتبر أغلبها جنحا، وطبق عليها العقوبات الأصلية المقررة في مواد الجنح، فيما عدا جريمتي انتزاع أعضاء الميت وانتزاع أنسجته أو خلاياه أو جمع مواده، فاعتبر الأولى جنحة مشددة، حيث أنه رتب عليها عقوبة الحبس من خمس ( 05 ) سنوات إلى عشر ( 10 ) سنوات، وبغرامة من 500.000 د.ج إلى 1.000.000 د.ج.

وقد تصبح تلك الجريمة ذاتها من جنحة مشددة إلى جنائية، حيث أنه طبق عليها العقوبات الأصلية المقررة في مواد الجنايات، لتصبح عقوبتها السجن من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة، وبغرامة من 1.000.000 د.ج إلى 2.000.000 د.ج، وذلك في حالة ما إذا ارتكبت مع توافر الظروف المذكورة أعلاه، والتي نصت عليها المادة 303 مكرر 20 من قانون العقوبات<sup>(2)</sup>.

أما فيما يتعلق بالجريمة الثانية "جريمة انتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد الميت"، فنجد أنه أصلا قد رتب عليها العقوبات المقررة للجنحة، إلا في حالة ما إذا ارتكبت مع توافر الظروف المذكورة أعلاه، ففي هذه الحالة تصبح جنحة مشددة، لترتفع عقوبتها من الحبس من سنة (01) إلى خمس

(1)-المادة 53 من قانون العقوبات الجزائري تنص: "يجوز تخفيض العقوبة المنصوص عليها قانونا بالنسبة للشخص الطبيعي الذي قضى بإدانته وتقررت إفادته بظروف التخفيف وذلك إلى حد:

-السجن (10) عشر سنوات إذا كانت العقوبة المقررة هي الإعدام.

-السجن خمس (05) سنوات إذا كانت العقوبة المقررة للجنائية هي السجن المؤبد.

-حبس ثلاث (03) سنوات إذا كانت العقوبة المقررة للسجن هي المؤقت من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة.

- سنة واحد حبس إذا كانت العقوبة المقررة للجنائية هي السجن المؤقت من خمس (05) سنوات إلى عشرة (10) سنوات".

(2) - راجع الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 1966/06/8 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

(05) سنوات، وبغرامة من 100.000 د.ج إلى 500.000 د.ج إلى الحبس من خمس (05) سنوات إلى خمسة عشرة (15) سنة، وبغرامة من 500.000 د.ج إلى 1.500.000 د.ج.

وقد يرجع سبب تشديد المشرع للعقوبات المقررة لجرائم انتزاع أعضاء أو أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من شخص ميت مقارنة بالعقوبات المقررة للجرائم الأخرى الماسة بحرمة الميت السابقة الذكر، نظرا للاستغلال البشع الذي تتعرض له الجثة سواء ببيعها أو التكتيل بها، وإدراكه لأهمية وخطورة تلك الظاهرة، ليصل الحد بممتهني هذا النشاط الإجرامي من الأعضاء البشرية يجعلها سلعا تجارية يتم بيعها بمبالغ مالية طائلة، ورغبة منه للحد منها، وكذلك نتيجة لمصادقة الجزائر على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، المعتمدة من طرف الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة.<sup>1</sup>

وتجدر الإشارة هنا أنه من نص المادتين 303 مكرر 17 ومكرر 19 السابقة الذكر نستنتج أن المشرع الجزائري قد سوى بين الأحياء والأموات في جرائم انتزاع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا أو جمع المواد، فرتب لها نفس الحماية، وبالتالي، فالقانون الجزائري قد أقر بأن الحماية القانونية لحرمة الإنسان ليست مقيدة بحياته فقط، بل تمتد كذلك إلى ما بعد مماته، أي أنه أقر هذه الحماية لصالح الأحياء ومراعاة حاجاتهم لا لحماية الأموات ومراعاة حرمة أجسادهم، في حين أن الأحكام العامة في قانون العقوبات لا تساوي بين الحماية الجزائية المقررة للإنسان الحي والجثة، فالجثة على الرغم من أن لها حرمة إلا أنها لا تساوي من الناحية القانونية حرمة جسد الإنسان أثناء حياته.

ومما تقدم بيانه يمكن استخلاص أن الشريعة الإسلامية احترمت الميت وأحاطته بسياس من الحماية، غير أنه قد تصدر بعض الانتهاكات فيها إساءة شديدة للموتى، وقد يكون فيها إثم على من فعلها، لذلك حرّمت الشريعة الإسلامية كل فعل من شأنه أن يؤدي إلى الاعتداء على حرمة الميت، وأقرّت لها عقوبات تتراوح بين الحد والتعزير، فأقرت عقوبة الحد على كل من تسول له نفسه أن يقوم بوطء ميتة، أو أن يقوم بقذف الأموات، في حين أقرّت العقوبات تعزيرية لكل من يقوم بسبّ الموتى أو يمثل بجثثهم أو نزع أحد أعضائهم دون سبب شرعي.<sup>2</sup>

(1) -بن سعادة زهراء، مرجع سابق، ص96.

2- صونية بدري، مرجع سابق، ص46.

وبعد التطرق للجرائم التي تمس بحرمة الميت في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري نجدهما قد اتفقا من حيث:

- الأخذ بمبدأ الشرعية كأساس للتجريم والعقاب، ويقصد به " لاجريمة ولا عقوبة بدون نص " فجرائم انتهاك حرمة الميت تناولها المشرع الجزائري بموجب قانون العقوبات ضمن القسم الثاني من الفصل الخامس تحت عنوان الجرائم المتعلقة بالمدافن وبحرمة الموتى، وقد أقر لكل من تسول له نفسه الاعتداء على الأموات سواء بالتدنيس أو ارتكاب الأفعال الوحشية وغيرها من الأفعال المجرمة كما سبق بيانه انفاً، وهذا ما نجده في الشريعة الإسلامية فقد جرمت انتهاك حرمة الميت على أساس أنها جرائم حدود، وبعضها بجرائم التعزير بحيث يكون الأمر فيها موكول الى أولي الأمر ضمن القواعد العامة للشريعة الإسلامية، تحت قاعدة جلب المصالح ودرء المفاسد.

- الزجر والردع: الغرض من تقرير العقاب في الشريعة الإسلامية هو حفظ الضروريات المتمثلة في حفظ الدين والعقل والنفس والعرض، ومن ذلك صيانة حرمة الموتى بردع كل من تسول له نفسه الاعتداء على الموتى، وكما نجد أن الغرض من تقرير العقاب في التشريع الجزائري هو مصلحة الجماعة وصيانة نظامها وضمان بقائها، كالحرية والإعتبار والشرف، وبما أن حرمة الميت تدخل ضمن قيمة الشرف والاعتبار، فكل من يعتدي عليها يعاقب حسب جسامة الفعل المجرم الذي ارتكبه<sup>1</sup>.

- كما أنه وضع القانون لحماية الأحياء دون الأموات، ومن ثم قذف الميت لا عقاب عليه إلا إذا تعدى أثر القذف إلى الأحياء من ورثة المقذوف أو ذوي قرباه فلا مانع من المحاكمة، وهنا يكون القانون الجزائري قد ساير الشريعة الإسلامية التي أقرت معاقبة قاذف الموتى إذا تعدى القذف الميت ليصل إلى الأحياء<sup>(2)</sup>.

وإن كان المشرع الجزائري أخذ ببعض ما أقرته الشريعة الإسلامية إلا أنه خالفها في الكثير مما أقرته:

- ونجد أن الشريعة الإسلامية قد راعت حرمة جثة الميت بتجريمها لوطء الميتة، لأن مرتكب تلك الجريمة الشنعاء يكون قد ارتكب إثماً عظيماً وجرمًا كبيراً واعتداء واضحاً على حرمة الأموات، ولكن

1- محمد بشير فليفل، مرجع سابق، ص 200 و 201.

(2) د/عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص 401.

اختلف الفقهاء بخصوص مسألة توقيع الحدّ على مرتكب هذه الفاحشة على الميت، فبالنسبة لوطء الميتة اعتبرتها الشريعة الإسلامية زنا، في حين لم ينص المشرع الجزائري في قانون العقوبات على جريمة وطء الميتة، كما أنه لم ينص عليها ولم يجرمها بتاتا، فالوطء في القانون الجزائري إما أن يكون مشروعاً والمتمثل في العلاقة المقامة بين الزوجين، وإما أن يكون غير مشروع وهو ما يطلق عليه مصطلح الزنا، فقد عاقب عليها ضمن نص المادة 153 من قانون العقوبات حين جرم أعمال الفحش التي تقع على الجثة، فالوطء من أعمال الفحش، وبالتالي، يمكن أن يقع تحت طائلة المادة السالفة الذكر.

ولكن إذا كان وطء الجثة لا تقوم به جريمة الزنا المنصوص عليها في المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري السابقة الذكر فذلك لا يمنع من مساءلة الجاني عن جريمة القيام بالفحش على الجثة والمنصوص عليه بالمادة 153 من نفس القانون، ومن الأحسن والأكثر ملائمة وتناسبا بالنظر مع حجم الجريمة والإثم العظيم والاعتداء الواضح على حرمة الأموات، أن ينص المشرع الجزائري على هذه الجريمة ويحدد العقوبة الواجبة فيها<sup>1</sup>.

- أما بالنسبة لجريمة القذف -كما سبق الإشارة إليه أن القذف في الشريعة الإسلامية -هو الرمي بالزنا أو اللواط أو نفي النسب، وهذا هو الذي يعتبر من جرائم الحدود، والقذف الذي يكون بغير زنا هو السب، أما التشريع الجزائري فقد اعتبر القذف هو كل ادعاء بواقعة ولم يشترط أن يكون زنا، وإنما أي واقعة تمس بشرف واعتبار الأشخاص أو الهيئة المدعى عليها<sup>(2)</sup>.

فالقذف في القانون هو توجيه معنى سيء إلى شخص أو أشخاص، بقصد الإساءة إليهم، ويشترط في القانون أن تكون عبارة الواقعة محددة، والتي من شأنها عقاب من تسند إليه أو احتقاره، كما يجب أن يكون علني<sup>(3)</sup>، فالشريعة الإسلامية والقانون يختلفان في ماهية القذف.

ومع أن القانون اتفق مع الشريعة الإسلامية في بعض الشروط المتعلقة بنزع عضو الميت، إلا أنه اختلف في الشروط الأخرى، فالشريعة الإسلامية اعتبرت أن الميت دماغيا هو إنسان حي، بما أن علامات الحياة مازالت ظاهرة عليه، أما المشرع الجزائري فقد اعتبره إنسانا ميتا، أما الاختلاف

1- بن سعادة زهراء، مرجع سابق، ص 61.

(2)- راجع المادة 296 من قانون العقوبات الجزائري.

(3)- نبيل صقر، مرجع سابق، ص 120، وكذا محمد بشير فليفل، مرجع سابق، ص 203.

الثاني يتمثل في أن الشريعة الإسلامية اشترطت ألا يكون هناك بديل آخر عن نزع العضو كإمكانية وضع أعضاء اصطناعية، أما المشرع الجزائري فلم يشترط ذلك.

- فأساس الخلاف بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري يتمثل في كون أن العقوبة الشرعية عبارة عن حدود وقصاص وديات، وتعازير، في حين أن العقوبات في القانون الجزائري فهي عبارة عن جنايات وجنح ومخالفات وهي بالمعيار الشرعي عبارة عن تعازير فقط.

- كما أن العقوبة المقررة لحرمة الموتى في الشريعة الإسلامية شاملة لجميع أنواع العقوبات التعزيرية فتكون أساسا بالتوبيخ والتهديد والجلد والسجن والنفي والقتل ولولي الأمر تقرير العقوبة الرادعة على حسب حال الجاني وظروف ارتكاب الجناية، أما العقوبة المقررة لمنتهاك حرمة الميت في القانون الجزائري إما السجن أو الغرامة ولاشك أن في ذلك قصور لأن من الناس من لا يردعه السجن ويردعه النفي ومنهم من يردعه الجلد ومنهم من استفحل إجرامه على الأحياء والأموات فلا زاجر له إلا بالقتل<sup>1</sup>.

وصفوة القول، نجد أن الشريعة الإسلامية أشمل من قانون العقوبات الجزائري في مجال التجريم، فالأفعال المجرمة في القانون الجزائري غير محددة تحديدا دقيقا، مما يؤدي إلى توسيع دائرة الاتهام وفي بعض الأحيان الأخرى قد يفلت الجاني من العقاب، كما أن العقوبات المقررة في الشريعة الإسلامية تؤدي الغرض منها، ألا وهو الزجر على خلاف العقوبات المقررة في القانون التي لا تؤدي الغرض منها، والدليل على ذلك الزيادة الملحوظة في الجرائم التي تمثل اعتداء على حرمة الميت<sup>(2)</sup>.

(1)-محمد بشير فليفل، مرجع سابق، ص 203 و 205.

(2)- صونية بدري، مرجع سابق، ص 46.

الفصل الرابع  
الجرائم الماسة بحرمة القبور  
في الشريعة الإسلامية  
والتشريع الجزائري

## الفصل الرابع:

### الجرائم الماسة بحرمة القبور في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري

إن حرمة المقابر هي حرمة لا تزول، والاعتداء عليها يعد اعتداء على الأموات والأحياء، وبالتالي، يحمي القانون الجنائي المقابر من الانتهاكات والاعتداءات التي تقع عليها من قبل الأشخاص الذين تسول لهم أنفسهم ارتكاب هذا النوع من الجرائم، والغاية من هذه الحماية هي الحفاظ على قدسية المتوفى والقبر معا، وهذا في ظل الانتهاكات التي نشاهدها والتي تمس بحرمة المقابر.

ولقد سبق لنا أن بيّنا مدى رعاية كل من الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري لحرمة جثث الأموات، ولكن ما هو الوضع في حالة قيام الشخص بأفعال تمس بحرمة المقابر وآدابها العامة، فهل من عقاب؟ وماهي الأفعال التي اعتبرتّها الشريعة الإسلامية انتهاكا لحرمة القبور؟ وهل ما أخذ به المشرع الجزائري موافق للشريعة الإسلامية أم لا؟ .

وللإجابة على هذا السؤال نتناول في هذا المبحث في المطلب الأول الجرائم الماسة بحرمة القبور في الشريعة الإسلامية، وذلك من خلال انتهاكها أو إتلافها أو تدنيسها أو تخريبها، وفي المطلب الثاني نبين طبيعة الجرائم الماسة بحرمة القبور في التشريع الجزائري.

## المبحث الأول

### تحريم انتهاك حرمة القبور في الشريعة الإسلامية

كما سبق القول فإن الشريعة الإسلامية كانت سباقة في وضع أسس حرمة المقابر، وبالتالي، تحريم الأفعال التي تمس بها، فحماية المقابر وإضفاء حرمة عليها يرجع ذلك إلى حماية الميت من الانتهاكات التي قد تمسه وهو في قبره، وقد أحاطت الشريعة الإسلامية حرمة الميت بحماية كافية، وذلك بتحريم عدد من الأفعال التي تمس الميت، كما أنها قد تمس الأحياء سواء في حياتهم العادية أو العقائدية.

قبل التطرق إلى الجرائم الواقعة على المقابر، وجب تعريف المقابر لغة وشرعا، ففي اللغة جمع مقبرة، ومصدر قبرته، والمقبرة موضع القبور (1).

قال ابن فارس: القاف والباء والراء أصل صحيح يدل على غموض في شيء وتطامن، من ذلك: القبر قبر الميت (2).

وفي اللغة ألفاظ أخرى تطلق على القبور أو المقبرة، وهي إما مرادفة للفظ القبر أو أن المقبرة تسمى بها، ومن ذلك:

- لفظ الجداث للقبر ويجمع على أجداث وأجدث، قال جل وعلى: ﴿وَنُفِخَ فِي الصُّورِ فَإِذَا هُمْ مِنَ الْأَجْدَاثِ إِلَىٰ رَبِّهِمْ يَنْسِلُونَ﴾ (3)، أي القبور، قرئ بالفاء واللغة الفصيحة: الجداث.

- القرافة: أي المقبرة وهو اسم قبيلة يمنية جاورت المقابر بمصر، فغلب اسمها على كل مقبرة.

(1) - أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، بيروت، دار الفكر العربي، 1979، ص 47.

(2) - د/ فهد عبد الله العمري، أحكام زيارة القبور، مجلة البحوث الإسلامية، ج 85، المملكة العربية السعودية، 1429هـ، ص 238، وكذا عبد الوهاب مصطفى ضاهر، عمارة القبور في الإسلام، بحث تمهيدي لمرحلة الماجستير في الدراسات الإسلامية، الألوكة، 2014، ص 05.

(3) - سورة يس، الآية 51.

- **الجبانة أو الجبان:** بمعنى مقبرة بتثقيـل الباء وثبوت الهاء أكثر من حذفها، وهي في الأصل الصحراء، وتسمى بهما المقابر، لأنها تكون في الصحراء تسمية الشيء بموضعه.

- **التربة:** بمعنى المقبرة، والجمع ترب مثل غرفة وغرف.

- **الكدى:** أي القبور وهي في الأصل جمع كدية، وهي القطعة الصلبة من الأرض، والقبر إنما يحفر في الأرض الصلبة لئلا ينهار، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم "فلعلك بلغت معهم الكدى" والحديث يعني القبور فهذه الألفاظ اما مرادفة، أو أن المقبرة تسمى بها (1).

أما عن تعريفها شرعا: والمقبر والمقبرة تعني: موضع القبر قبر الميت يقبره قبرا: دفنه في القبر، وأقبره: صبر له قبرا يدفن فيه (2).

والقبور جمع قبر، وهو مدفن الانسان يقال: قبر الميت، إذا دفنه، ويقال: أقبر الميت: إذا أمر بدفنه.

وكذا فسّر أهل العلم قوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَمَاتَهُ فَأَقْبَرَهُ﴾ (3)، أي جعله مقبورا أي مدفونا ولم يجعله مما يلقي على وجه الأرض للطير والسباع.

فالمقابر شرعا هي مدافن الأموات، وهي ديار الموتى ومنازلهم، وعليها تنزل الرحمة على محاسنهم، فإكرام هذه المنازل واحترامها من تمام محاسن الشريعة الإسلامية (4).

أما التعريف الاصطلاحي للقبور هي حفرة تمنع من انتهاك بدن الميت بفعل حيوان أو وحش وغيره، وتمنع كذلك انتشار الرائحة (5).

(1) - د/ عبد الله بن عمر بن محمد السحيباني، أحكام المقابر في الشريعة الإسلامية، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، المملكة العربية السعودية، 2005، ص 17.

(2) - عارف بن مزيد بن حامد السحيمي، السنن الشرعية المتعلقة بدفن موتى المسلمين، الجامعة الإسلامية، السعودية، 2012، ص 6 وكذا د/ فهد عبد الله العمري، مرجع سابق، ص 239.

(3) - سورة عبس، الآية 21.

(4) - د/ فهد عبد الله العمري، المرجع السابق، ص 239.

(5) - ياسين محمد أحمد غازي، الدر المنثور في أحكام الجنائز والقبور، ط 1، الشركة الجديدة للطباعة، عمان، 1995، ص 199.

وعند تصفحنا لمعظم المراجع التي تناولت دراسة المقابر وجدنا أن فقهاء الشريعة الإسلامية يستخدمون عادة المعنى اللغوي للمقابر للدلالة على المعنى الاصطلاحي لها، وذلك لعدم خروج المعنى عليه.

ولقد أجملت الشريعة الإسلامية جرائم امتهان المقابر والتي سنتناولها في هذا المطلب، حيث تناولنا في الفرع الأول لجريمة بناء المساجد على القبور والتمسّح بها، والفرع الثاني لجريمة الذبح عند القبور واتخاذها أعيادا، أما الفرع الثالث خصصناه لجريمة نبش القبور.

### المطلب الأول: تحريم بناء المساجد على القبور والتمسّح بها

من رعاية الله عز وجل لحرمة المقابر نهى عن اتخاذ القبور مساجدا أو بناء المساجد عليها أو التمسّح بها، وذلك سدا للذريعة المفضية للشرك بالله عز وجل، وحفظا لحرمة القبور من البدع والفتن وتحريم اتخاذ القبور مساجدا.

وقد تعددت الأحاديث على النهي عن اتخاذ المساجد على القبور وحذروا من ذلك، هديا بسنة الرسول صلى الله عليه وسلم، ونصحا للأمة وتحذيرا لها أن تقع فيما وقع فيه من قبلها من غلاة اليهود والنصارى وأشباههم من ضلال هذه الأمة<sup>(1)</sup>.

ومنها ما ورد في حديث جندب بن عبد الله البجلي رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يموت بخمس وهو يقول: "إني أبرأ إلى الله أن يكون لي منكم خليل، فإن الله قد اتخذني خليلا، كما اتخذ إبراهيم خليلا، ولو كنت متخذا من أمتي خليلا لاتخذت أبا بكر خليلا، ألا وإن من كان قبلكم كانوا يتخذون قبور أنبيائهم وصالحيهم مساجد، ألا فلا تتخذوا القبور مساجد، فإني أنهاكم عن ذلك"<sup>(2)</sup>، وبذلك فالنبي صلى الله عليه وسلم نبّه إلى عدم بناء المساجد على القبور فقال "اللهم لا تجعل قبري وثنا يعبد"<sup>(3)</sup>.

(1)-محمد ناصر الدين الألباني، تحذير الساجد من اتخاذ القبور مساجد، ط 1، مكتب المعارف للنشر والتوزيع، 1422هـ، 2001، الرياض، ص 60.

(2)-مسلم أبو الحسن بن الحجاج، صحيح مسلم، د. ط، دار الكتب العلمية، بيروت، 2005، ص 532، وكذا د/سعيد بن علي بن وهف القحطاني، أحكام الجنائز، مؤسسة الجريسي للتوزيع والاعلان، الرياض، 2003، ص 324.

(3)-مالك ابن أنس، مرجع سابق، ص 100. بن سعادة زهراء، مرجع سابق، ص 75.

ومنه ما رواه الشيخان البخاري ومسلم رحمة الله عليهما عن عائشة رضي الله عنها قالت :قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لعنة الله على اليهود والنصارى اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد " قالت عائشة :يحذر مثل ما صنعوا، قالت :ولولا ذلك لأبرزوا قبره غير أنه خشي أن يتخذ مسجداً."

وما ورد في الصحيحين أيضا أن أم سلمة وأم حبيبة رضي الله عنهما ذكرتا لرسول الله صلى الله عليه وسلم كنيسة رأتاها بأرض الحبشة وما فيها من الصور فقال صلى الله عليه وسلم: " أولئك إذا كان فيهم الرجل الصالح فمات بنوا على قبره مسجداً، ثم صوروا تلك الصور، أولئك شرار الخلق عند الله." (1).

فقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك في آخر حياته، بل لعن صلى الله عليه وسلم وهو في سياق الموت من فعل ذلك من أهل الكتاب، ليحذر أمته أن يفعلوا ذلك (2).

وذكر أن من يتخذ القبور مساجد من شرار الخلق عند الله، وإنما خاف النبي صلى الله عليه وسلم على أمته ذلك العمل، فنهى عنه وحذر منه أشد التحذير، لأن اتخاذ القبور مساجد وبناء المساجد على القبور ذريعة قوية الى الشرك بالله تعالى، فأراد النبي صلى الله عليه وسلم حسم مادة الشرك التي يفسد بها الدين ويظهر بها دين المشركين.

والشرك انما وقع في الأمم السابقة من جراء تعظيم الصالحين والغلو فيهم، وتعظيم قبورهم، أو تماثيلهم، كما في حديث عائشة: " أولئك إذا كان فيهم الرجل الصالح فمات بنوا على قبره مسجداً" (3)، وهذا الحديث مفسر لقول الله تعالى: ﴿وَقَالُوا لَا تَذَرُنَّ آلِهَتَكُمْ وَلَا تَذَرُنَّ وَدًّا وَلَا سُوَاعًا وَلَا يَغُوثَ وَيَعُوقَ وَنَسْرًا﴾ (4).

(1) - أخرجه البخاري بهذا اللفظ في كتاب الصلاة باب هل تتبش القبور مشركي الجاهلية ويتخذ مكانها مسجداً ، الحديث رقم 153/1 ص 467، وأخرجه مسلم في كتاب المساجد ومواضع الصلاة باب النهي عن بناء المساجد على القبور... الخ الحديث رقم 375/1 ص 538، وكذا بن سعادة زهراء، ص 75.

(2) - عبد الرحمن بن يحيى المعلمي اليماني، عمارة القبور في الإسلام (المبيضة)، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، مجمع الفقه الإسلامي، جدة، 1967، ص 141.

(3) - د/ عبد الله بن عمر بن محمد السحبياني، مرجع سابق، ص 505 وكذا محمد ناصر الدين الألباني، تحذير الساجد من اتخاذ القبور مساجد، مرجع سابق، ص 504 و 505.

(4) - سورة نوح، الآية 23.

فقد بيّن شيخ الإسلام ابن تيمية -رحمه الله- العلة في نهيه -صلى الله عليه وسلم- من اتخاذ القبور مساجدا فقال: "وهذه العلة التي لأجلها نهى الشارع عن اتخاذ القبور مساجدا، هي التي أوقعت كثير من الأمم إما في الشرك الأكبر أو فيما دونه من الشرك، فإن النفوس قد أشركت بتمثيل القوم الصالحين... فإنه يشرك بقبر الرجل الذي يعتقد نبوته أو صلاحه، أعظم من أن يشرك بخشبة أو حجر على تمثاله..."<sup>(1)</sup>، وقال أيضا: "والمساجد المبنية على قبور الأنبياء والصالحين والملوك وغيرهم، يتعين ازلتها بهدم أو غيره، هذا مما لا أعلم فيه خلافا بين العلماء المعروفين".

وقد ذهب بعض الفقهاء منهم ابن حزم -رحمه الله- إلى تحريم الصلاة في القبر، ودليل تحريمها ما ثبت عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: "الأرض كلها مسجد إلا الحمام والمقبرة"<sup>(2)</sup>.

وقال جمهور العلماء بوجوب هدم المسجد إذا بني على قبر، ونبش الميت إذا دفن في المسجد، فلا يجتمع في دين الإسلام مسجد وقبر<sup>(3)</sup>.

وهذا من باب درء المفسد وسد الذرائع، لاسيما إذا ورد النهي صريحا بتحريمها، وضررها على المسلمين بيّن لا يخفى على صاحب نظر، لذا وجب إزالة المساجد والأضرحة التي بنيت على القبور لما فيه من امتهان وغصب لحرمتها، وأن هذا الفعل مشتمل على أنواع المحرمات:

- إن المقبرة لا يجوز الانتفاع بها لغير الدفن.

- اشتغال غالب ذلك على نبش قبور المسلمين، وإخراج عظام موتاهم<sup>(4)</sup>.

من هنا يتبين أن بناء المساجد على القبور فيه العديد من المحرمات، وأكبرها الشرك بالله فهي أعظم ذنب عند الله، وما يهمنا في هذا البحث أن بناء المساجد على القبور يؤدي إلى انتهاك حرمة المقابر، بسبب أنه يمس القبور وقد يؤدي إلى هدمها فيظهر ما في قبر الميت، فالمساس

(1) - محمد بشير فليفل، مرجع سابق، ص ص 234 و 236.

(2) - عبد الرحمن بن يحيى المعلمي اليماني، مرجع سابق، ص 143.

(3) - ناجي الطنطاوي، إصلاح المساجد من البدع والعوائد، مقال منشور في مجلة البحوث الإسلامية، ع 2، د.ب.ن، 1973، ص 239، وكذا محمد ناصر الدين الألباني، مرجع سابق، ص 505، وكذا د/ ياسين محمد أحمد غازي، مرجع سابق، ص 211.

(4) - محمد بشير فليفل، المرجع السابق، ص ص 238-239.

بالقبور يؤدي إلى انتهاك حرمتها، وبالتالي فبناء المساجد على القبور يمس بصفة مباشرة بحرمة المقابر، لذلك يجب هدم المساجد المبنية على القبور بالإضافة إلى هدم الأضرحة.

أما بالنسبة للعقوبات فالقاضي له أن يتخذ أي عقوبة تعزيرية من أبسطها كالتوبيخ إلى الجلد أو الحبس المحدد المدة أو غير محددة المدة أو التغريب، ليصل إلى أكبر عقوبة وهي القتل، مع أن هناك من لا يحيز القتل كعقوبة تعزير، ويبقى كما سبق اختيار نوع العقوبة ومقدارها راجع إلى القاضي، وهنا يرجع القاضي إلى المجرم وسوابقه وظروفه الشخصية التي دفعته إلى ارتكاب الجريمة، فلا يمكن أن يتساوى فاعلين ارتكبا نفس الجريمة وظروفهما مختلفة.

### المطلب الثاني: تحريم الذبح عند القبور واتخاذها أعيادا

إن الذبح عند القبور يعد انتهاكا لحرمة المقابر، لما يسببه ذلك من توسيع القبر وانتشار الروائح الكريهة، فيصبح الذبح عند القبر كرمي القاذورات في المقابر، بالإضافة للإيذاء الذي تتعرض له المقابر وأهلها، فإن الذبح يؤدي حتى زائري المقابر، ومادام لا يوجد أي مسوّغ شرعي حتى يقوم الشخص بالذبح عند القبور، وجب معاقبة هذا الفاعل على فعلته، لأن فيها اهانة لساكني المقابر المتمثلين في الأموات<sup>(1)</sup>.

ولقد عرفت مجتمعاتنا منذ زمن بعيد العديد من البدع، كتخصيص زيارة قبور القرابة في الأعياد، ومن يفعل ذلك يرى أن زيارة الأقارب من الموتى في ذلك اليوم من باب البر وزيادة الود لهم، وهذا لا شك من البدع المحدثّة المحرّمة.

والعيد هو ما يعتاد مجيئه وقصده من مكان وزمان، مأخوذ من المعاودة أو الاعتقاد، واتخاذ القبور أعياداً محرم بنص الحديث، بل لا خلاف بين أهل العلم في تحريم ذلك. وإنما جاء النهي والذم لهذه المواسم والأعياد المحدثّة لما تشتمل عليه من المفاصد العظيمة في الدين<sup>(2)</sup>.

(1) - علي أحمد عبد العال الطهطاوي، بدع المقابر والجناز والمآثم (الابتداعات في مضار الابتداعات)، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، ص 108، وكذا د/ عبد الله بن عمر بن محمد السحبياني، مرجع سابق، ص 389 - 392.

(2) - أ/علي محفوظ، الابداع في مضار الابتداع، دار الكتاب العلمية، بيروت، 2012، ص 186 و 187، وكذا أ/ محمد ناصر الدين الألباني، أحكام الجناز وبدعها، ط 1 للطبعة الجديدة، مكتبة المعارف، الرياض، 1992، ص

ويقصد باتخاذ القبور أعياداً هو اعتياد قصد القبور في وقت معين، ومواسم معروفة للتعبّد عندها أو لغيرها عائد بعود السنة، أو الشهر، أو الأسبوع، أو الاجتماع عند القبور في وقت معين، (كزيارة القبور يومي العيدين، يوم عرفة، يوم عاشوراء، أو تخصيص يوم الجمعة للزيارة من كل أسبوع).

فقد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم النهي عن اتخاذ المقابر أعياداً ولعن من يفعل ذلك أي لا تخصص بعض المقابر للزيارة والمجيء إليها في أوقات معينة والاحتفال بأصحابها، وهو ما عرف بين الناس (بالموالد) وكان أول قبر نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن اتخاذ عيدا هو قبره، وقد حذّر النبي صلى الله عليه وسلم أمته أشد التحذير وأبلغهم عن هذا النوع بعينه من البدع، والدليل ما رواه أبو داود في سنته حيث قال حدثنا أحمد بن صالح قال: قرأت على عبد الله بن نافع أخبرني ابن أبي ذئب عن سعيد عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لا تجعلوا بيوتكم قبورا، ولا تجعلوا قبري عيداً، وصلّوا علي فإن صلاتكم تبليغي حيث كنتم)<sup>(1)</sup>.

ففي هذا الحديث يبدأ الرسول صلى الله عليه وسلم: " لا تجعلوا بيوتكم قبورا" وهذا القول يحمل أمرين فالأمر الأول هو أن الرسول صلى الله عليه وسلم يحذر الناس من يجعلوا بيوتهم قبورا، وكأنه يقول صلّوا في بيوتكم ولا تجعلوها كالقبور التي لا يصلّي عندها، وفي ذلك دليل آخر على أنه لا تجوز الصلاة في القبور، أما الأمر الثاني وهو أن عليه الصلاة والسلام يقصد بالصلاة هنا صلاة النافلة إذ لا يصح بأي حال من الأحوال ترك صلاة الجماعة إلا لعذر مقبول شرعا.

أما قوله ولا تجعلوا قبري عيداً، ففيه تحذير شديد للناس من أن يتخذوا قبره خصيصاً للزيارة ويتحروا الدعاء عنده أو يجعلوا لقبره يوماً معلوماً يأتونه فيه.

وعن قوله وصلّوا علي فإن صلاتكم تبليغي حيث كنتم فمعناه صلّوا علي وأنتم في أماكنكم فإن صلاتكم علي تبليغي سواء كنتم عند قبري أو بعيدين عنه، فلا حاجة لي بكم لاتخاذ عيدا،

=ص 280 و 284 وكذا د/ عبد الله بن عمر بن محمد السحيباني، مرجع سابق، ص 307. وكذا بن سعادة زهراء، مرجع سابق، ص 77.

(1)- د/ سعيد بن وهف القحطاني، مرجع سابق، ص 326، وكذا بن سعادة زهراء، مرجع سابق، ص 78.

وأجد هنا سؤالاً يطرح نفسه وهو: إذا كان اتخاذ المقبرة عيداً والاحتفال بصاحبها من شريعتنا الغراء، أما كان قبر الرسول صلى الله عليه وسلم أولى بالاحتفال من أصحاب الأضرحة؟<sup>(1)</sup>.

وانما جاء النهي والذم لهذه المواسم والأعياد المحدثّة لما تشتمل عليه من المفاصد العظيمة في الدين، من الصلاة في القبور، أو الدعاء عندها، أو الطواف بها، أو غير ذلك من البدع والمحدثات، قال الإمام ابن القيم -رحمه الله- قال: "... ثم إن في اتخاذ القبور أعياداً من المفاصد العظيمة التي لا يعلمها إلا الله تعالى، ما يغضب لأجله كلّ من في قلبه وقار الله تعالى، وغيره على التوحيد، وتهجين وتقبيح للشرك، ولكن ما لجرح بميت إيلاء". فمن مفاصد اتخاذها أعياداً، الصلاة إليها، والطواف بها وتقبيحها، واستلامها، وتعفير الخدود على ترابها، وعبادة أصحابها والاستغاثة بهم، وسؤالهم النصر والرزق والعافية وقضاء الديون وتفريج الكربات، وغير ذلك من أنواع الطلبات التي كان عباد الأوثان يسألونها أوثانهم.

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: وعلم أنه ليس كل أحد، بل ولا أكثر الناس يدرك فساد هذا النوع من البدع، لا سيما إذا كان من جنس العبادات المشروعة، بل أولو الألباب هم الذين يدركون بعض ما فيه من الفساد، والواجب على الخلق إتباع الكتاب والسنة وإن لم يدركوا ما في ذلك من المصلحة والمفسدة<sup>(2)</sup>.

ولا شك أن ما ذكره ابن القيم رحمه الله هو الواقع في كثير من البلدان الإسلامية، فالله المستعان، بالإضافة إلى الأفعال السابقة الذكر، والتي تمثل جرائم انتهاك حرمة المقابر في الشريعة الإسلامية، فإننا نجد أن هذه الأخيرة لم تغفل الأفعال الأخرى التي قد تمس بحرمة المقابر، فحتى ولو لم يتم النص عليها صراحة، فإنه يمكن أن ينص عليها ضمناً، كما أن ميزة جرائم التعزير وهي الجرائم غير المحددة تجعلها تشمل أي فعل يستحدث، وبالتالي، فالشريعة الإسلامية تعاقب بالتعزير

(1) -علي أحمد عبد العال الطهطاوي، بدع الصوفية والكرامات والموالد، العدد رقم 3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، ص ص 156 و 157 وكذا علي أحمد عبد العال الطهطاوي، زيارة القبور والاستجداء بالمقبر، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص 189.

(2) -علي أحمد عبد العال الطهطاوي، شرح الصدور بأحكام المساجد والقبور، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص 31 وكذا د/ عبد الله بن عمر بن محمد السحبياني، مرجع سابق، ص ص 307 و 308 وكذا د/ فهد عبد الله العمري، مرجع سابق، ص 283، وكذا وكذا بن سعادة زهراء، مرجع سابق، ص 79.

على أي فعل قد يؤدي إلى انتهاك حرمة المقابر، كالقيام بتفجير المقابر أو حرقها أو التغطوط أو التبول فيها، فهذه الأفعال وغيرها تعتبر اعتداء على حرمة المقابر وتوجب عقوبات تعزيرية.

### المطلب الثالث: تحريم نبش القبور

لا يجوز هتك حرمة الميت بنبش قبره، وذلك راجع إما لهتك حرمة صاحبه، أو لأن حكمة الدفن تقتضي عدم النبش، أليست الحكمة فيه إخفاء ما يجري عليه بعد الموت من تغير، ومنع انتشار الرائحة، وقد يكون نبش القبر لسرقة ما يكون بالداخل من كفن وأموال أو سرقة الجثة ذاتها أو بعض أعضائها<sup>(1)</sup>.

وقبل التطرق إلى جريمة النبش فإنه يجب تعريف معنى النبش لغة: النون والباء والشين أصل الكلمة واحد ويدل على إبراز شيء مستور<sup>(2)</sup>. وجاء في معجم مقاييس اللغة نبش: وقيل النبش: إبراز المستور وكشف الشيء عن الشيء.

أما عن معنى "النباش" اصطلاحاً: هو الذي يسرق أكفان الموتى بعد الدفن، أو يسرق ما في القبر من مال<sup>(3)</sup>.

اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز نبش القبور، أو الكشف عن الموتى بعد اهالة التراب عليهم لمدة طويلة أو قصيرة، لغير سبب أو مسوّغ شرعي، وذلك لأن الموضع الذي يدفن فيه المسلم وقف عليه، وما دام منه شيء موجوداً فيه، حتى يفنى، فإن بقي شيء من أعضائه فالحرمة قائمة بجميعه، وعلى ذلك اتفق العلماء.

وقد تقدم حديث: "ان كسر عظم المؤمن ميتاً مثل كسره حياً"، وفي نبش القبر مثله بالميت واهانة له وهتك لحرمة، وتكسير لعظامه.

(1)- إيمان عبد الرحمن المشموم، مرجع سابق، ص 459.

(2)- مقاييس اللغة لابن فارس، مرجع سابق، ص 971.

(3)- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي (كتاب السرقة)، دار الكتب العلمية، ج 13، لبنان، 1994، ص 315 وكذا الموسوعة الفقهية، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط 2، مطبعة الموسوعة الفقهية، الكويت، 1985، ص 24.

وقد جاء في الحديث عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم (لعن المختفي والمختفية) يعني نباش القبور<sup>(1)</sup>.

قال ابن عبد البر: " وفي لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم النباش، دليل على تحريم فعله والغليظ فيه، كما لعن شارب الخمر وبائعها وأكل الربا ومؤكله".

ولهذا فإن نبش القبور محرّم من المحرّمات، بل هو كبيرة من الكبائر ومن فعل ذلك استحق العقوبة الرادعة، قال ابن تيمية: " ومن نبش قبور المسلمين عدوانا عواقب بما يردعه وامثاله عن ذلك".

غير أن حكم نبش القبور هو التحريم وما يترتب عليه من قطع يد النباش مطلق، إلا أن يوجد سبب أو عذر شرعي يبيح النباش أو يوجبه أحيانا، وقد ذكر الفقهاء عددا من المسائل التي ينبش القبر فيها، منها ما هو محل اتفاق ومنها ما هو محل خلاف، ويمكن تقسيم هذه المسائل كالآتي.

#### أولا-نبش القبر لحق الله تعالى

واجبات حق الله تعالى التي يجب فعلها بالميت هي تغسيله وتكفينه والصلاة عليه، وتوجيه الميت إلى القبلة في قبره وغيرها، ولكن التساؤل المطروح إذا دفن الميت بدونها، هل يكون تركها سببا في نبش القبر عن الميت للقيام بها، أو أن نبش القبر حرام، وهذه الأشياء ليست مسوغا لنبش القبر؟<sup>(2)</sup>، في هذه المسائل وما شابهها خلاف عند أهل العلم، ودونك هي المسائل الفقهية:

#### المسألة الأولى: نبش القبر لأجل غسل الميت

إذا دفن الميت من غير غسل فهل يجب نبش القبر لأجل أن يغسل الميت أم لا؟ اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن القبر لا ينبش لأجل غسل الميت، وذهب إلى هذا القول الحنفية وبعض المالكية وبعض الشافعية، وعندهم أنه لا يجب النباش بل يكره، وذكر الحنفية أنه إذا وضع اللبن على الميت

(1)- د/ عبد الله بن عمر بن محمد السحبياني، مرجع سابق، ص 468.

(2) - محمد بن سليمان بن عبد الله العمرو، مرجع سابق، ص 90 وكذا د/ عبد الله بن عمر بن محمد السحبياني، مرجع سابق، ص 469.

ولم يهل عليه التراب، فانه ينزع اللين ويغسل، واستدل هؤلاء: بأن الميت إذا وضع في قبره وأهيل عليه التراب، فانه خرج من أيدي واضعيه، فسقط فرض غسله، وإذا لم يهل عليه التراب لم يتم خروجه من أيديهم بعد، فنزع اللين بعد الوضع متيسر ولا يحتاج فيه إلى الحفر بخلاف الأول، ثم إن في نبش القبر هتك لحرمة الميت<sup>(1)</sup>.

لكن يتم الرد على ذلك:

أ- بأن غسل الميت واجب، ولا يسقط الواجب إلا بالعجز عنه، وكون الميت خرج من أيديهم لا يعتبر عجزاً عن تدارك الواجب، وجعل الدفن مسقطاً لما علم من وجوب غسل الميت محتاج إلى دليل ولا دليل على ذلك. ثم إن عند الحنفية أن القبر ينبش لحق الآدمي كأخراج ما له قيمة من القبر، فكذاك حق الله تعالى.

ب- وأما من قال إن في نبش القبر هتك لحرمة الميت، فهذا إنما يكون في حق من تغير بعد دفنه فلا ينبش قبره.

القول الثاني: أن نبش القبر لأجل غسل الميت إذا لم يغسل واجب، وذهب إلى هذا القول بعض المالكية والشافعية في ظاهر المذهب والحنابلة والظاهرية.

لكن قيده المالكية والشافعية والحنابلة بما إذا لم يتغير الميت، أما إذا خشي عليه التغير فلا يخرج من قبره لأجل تغسيله، لأن في ذلك انتهاكاً لحرمة.

وحكى الماوردي وغيره وجها عند الشافعية أنه يجب نبشه للغسل، وإن تغير وفسد، وإلى هذا الرأي ذهب الظاهرية، وقد اتفق الذين حكوا هذا الوجه من الشافعية على ضعفه وفساده<sup>(2)</sup>، ودليلهم في هذا ما يلي:

(1) د/ عبد الله بن عمر بن محمد السحبياني، المرجع السابق، ص 470 وكذا د/ محمد طعمة القضية، مرجع سابق، ص ص 474 و 475.

(2) - علوي عبد القادر السقاف، كتاب الصلاة، ط 1، الموسوعة الفقهية الدرر السنية، المملكة السعودية، 2011، ص 495.

أ- أن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه قد نبشوا لما دون هذا، فهذا أولى، فقد نبش الصحابة قبور موتاهم لأفراد الميت في القبر، وإحسان الكفن، والتحويل إلى خير من البقعة الأولى، ونحو ذلك من المقاصد الصحيحة، التي ليس فعلها فرض ولا سنة مؤكدة، فلأن يجوز ذلك للغسل الواجب أولى.

ب- أن غسل الميت واجب مقدور على فعله فوجب فعله، ولا يسقط هذا الواجب بالدفن، إنما يسقط إذا تغير الميت أو خشي تغيره، لأن في نبشه مثله به، وانتهاك لحرمة، ولأنه إذا تعذر سقط وضوء الحي لتعذره.

وهذا القول الثاني-القائل بوجوب نبش لأجل غسل الميت - هو الراجح وذلك لقوة دليله ولضعف دليل القول الأول كما تقدم في الإجابة عنه (1).

### المسألة الثانية: نبش القبر لأجل تكفين الميت

اختلف الفقهاء فيما إذا دفن الميت بغير كفن، هل يجب إخراجه لأجل التكفين أم لا؟ هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن الميت إذا دفن بغير كفن لا ينبش، وهذا وجه عند الشافعية والحنابلة، ودليل هذا القول: أن المقصود من التكفين ستر الميت واحترامه وقد ستره التراب، فالإكتفاء به أولى من هتك حرمة بالنبش (2)، لكن يجاب عن هذا: بأن هتك حرمة الميت إنما يكون بنبش القبر بعد تغير الميت بعد دفنه، وهو لا ينبش إذا تغير.

وقولهم: إن التراب ستر الميت فحصل المقصود، فهذا القول لا سلم به، بل أن واجب التكفين لا يسقط في حق الميت إلا بالعجز عنه، ولا يعتبر الدفن عجزاً عن تدارك هذا الواجب، كما في تغسيل الميت.

القول الثاني: أنه يجب نبش القبر لأجل تكفين الميت، وهذا وجه عند الشافعية والحنابلة واليه ذهب الظاهرية، لكن ذلك مقيد بما إذا لم يتغير الميت أما إذا تغير فلا ينبش.

(1) د/ عبد الله بن عمر بن محمد السحيباني، مرجع سابق، ص ص 476 و 478.

(2) -الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ص 31.

ودليل هذا القول: هو القياس على نبش القبر لغسل الميت لو دفن الميت بدونه، فإن نبشه واجب فكذلك التكفين، إذ لا فرق بينهما بل كل منهما واجب.

وبهذا يتبين أن القول الراجح، هو القول الثاني القائل بوجوب نبش القبر لأجل تكفين الميت، وذلك لقوة دليله، ولأن دليل القول الأول قد تمت الإجابة عنه (1).

### المسألة الثالثة: نبش القبر لأجل الصلاة على الميت

لم يختلف الفقهاء في أن الميت إذا دفن قبل الصلاة عليه، فإنه لا ينبش من قبره لأجل الصلاة عليه إذا كان قد تغير.

واختلفوا فيما كان قبل تغير الميت، هل يجب إخراجه من قبره للصلاة عليه أم لا؟ هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أنه يجب نبش القبر وإخراج الميت لأجل الصلاة عليه.

القول الثاني: أن الميت إذا دفن قبل الصلاة عليه، فإنه لا ينبش، بل يصلى عليه في قبره.

وقد سبق الإشارة إلى هذه المسألة بأدلتها في مطلب الصلاة على القبر فلا حاجة لتكرارها هنا، وتقدم أيضاً أن القول الراجح فيها هو أن الميت إذا دفن قبل الصلاة عليه، فإنه لا ينبش لأجل ذلك، بل يصلى عليه في قبره، لأن إخراجه من قبره لا يكون إلا لحق واجب لا يمكن تداركه إلا بذلك، والصلاة ليست كذلك إذ يمكن الصلاة عليه في قبره فهي مجزئة ومسقطه للفرض (2).

### المسألة الرابعة: النباش لإصلاح وضع الميت في القبر

لو وضع الميت في القبر لغير القبلة، أو على شقه الأيسر، أو جعل رأسه موضع رجليه، فهل ينبش القبر لأجل إصلاح هذا الوضع؟

(1) د/ عبد الله بن عمر بن محمد السحبياني، مرجع سابق، ص 478.

(2) د/ عبد الله بن عمر بن محمد السحبياني، نفس المرجع، ص 479، وكذا الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ص

أما إذا وضع الى غير القبلة فقد اختلف الفقهاء في حكم النباش لأجل توجيهه اليها على ثلاثة أقوال:

**القول الأول:** أنه لا يجوز نبش القبر لأجل توجيه الميت للقبلة إذا لم يوجه اليها وذلك إذا أهيل عليه التراب، أما إذا سوي عليه اللبن ولم يهل عليه التراب فينزع اللبن ويوجه للقبلة، وهذا هو قول الحنفية، وهو قول عند المالكية والحنابلة.

ودليل هذا القول: أن توجيه الميت في قبره الى القبلة سنة، والنباش حرام، ولأنه تم خروجه من أيديهم بعدما أهالوا عليه التراب فلا يجوز نبشه.

وأجيب عن هذا، بأن توجيه الميت في القبر الى القبلة واجب على الصحيح، فيجب تدارك هذا الواجب، ثم يبطل تعليلهم بالختان عندهم، فانه سنة يلزم له كشف العورة المحرم في الأصل. وأما قولهم إنه خرج من أيديهم بالدفن فهو ممنوع، بل يمكنهم تدارك ذلك لإصلاح وضع الميت، لأن الواجب لا يسقط إلا بالعجز عنه، وليس خروجه من أيديهم بالدفن عجزا عن تدارك الواجب<sup>(1)</sup>.

**القول الثاني:** أن نبش القبر لأجل توجيه الميت للقبلة لو دفن من غير توجيه لها مندوب، واليه ذهب بعض المالكية، والقاضي أبو الطيب من الشافعية.

ودليل هذا القول: بأن توجيه الميت في قبره الى القبلة مستحب، فكذلك نبشه لإصلاح ذلك لو ترك مستحب، ويجب عنه: بما تقدم من أن التوجيه الى القبلة في القبر واجب، فكذلك النباش.

**القول الثالث:** إذا كان نبش قبر من دفن الى غير القبلة واجب، وهذا على حد قول المالكية وذهب جمهور الشافعية وهو الصحيح من مذهب الحنابلة، لكن ذلك مقيد بما إذا لم يتغير الميت والا فلا ينبش، ودليل هذا القول ما يلي:

أ- أن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه قد نبشوا لما هو دون هذا، فهذا أولى.

ب- أن توجيه الميت الى القبلة في القبر واجب، فاذا دفن الى غير القبلة، وكان مقدورا على تدارك هذا الواجب وجب تداركه، لأن هذا الواجب لا يسقط بالدفن، اذ لا دليل على أن الدفن مسقط لهذا الواجب،

(1) - د/ عبد الله بن عمر بن محمد السحيباني، مرجع سابق، ص 480.

أما إذا خشي على الميت التغيّر والفساد، يسقط هذا الحق كما يسقط استقبال القبلة في الصلاة إذا تعذر.

**والراجع** في هذه الأقوال: هو القول الثالث، وهو وجوب نبش القبر لتوجيه الميت الى القبلة إذا لم يتغيّر، وذلك لقوة دليله وللاجابة عن أدلة القولين الآخرين<sup>(1)</sup>.

أما لو وضع الميت في القبر على جنبه الأيسر وهو مستقبل القبلة، فذكر ابن حبيب من المالكية أنه يصلح في وضعه على جنبه الأيمن إن أمن عليه التغيّر وإلا فلا، وذهب الحنفية والحنابلة إلى أن الميت لو وضع في القبر على جنبه الأيسر وأهيل عليه التراب لم ينبش، ولو سوي اللبّن ولم يهل عليه التراب نزع اللبّن وروعي السنة.

وهذا هو الراجح وذلك لأن وضع الميت في قبره على جنبه الأيمن مستحب لا واجب، والنبش إنما يكون لأمر واجب، لأن النبش في الأصل منهي عنه.

**المسألة الخامسة:** نبش قبر المسلم إذا دفن في مقابر الكفار

ذكر فقهاء المالكية أنه يجب نبش قبر المسلم إذا دفن بمقبرة الكفار، ولكن ذلك مقيّد بما إذا لم يخف عليه التغيّر، فإن خيف عليه التغيّر لم ينبش، وذلك لأن الكفار يعذبون في قبورهم، والمسلم يتأذى من أجل ذلك لمجاورتهم، فواجب أن ينبش ويول الى مقابر المسلمين<sup>(2)</sup>.

وعكس هذه المسألة كذلك، فيجب نبش قبر الكافر إذا دفن في مقبرة المسلمين، وحتى بعد التغيّر إذ لا حرمة له، ولأنه لا يجوز دفن كافر في مقبرة المسلمين، ولا مسلم في مقبرة الكافر، كما ذكر بعض الشافعية أنه يجب نبش قبر الكافر لو دفن بأرض الحرم<sup>(3)</sup>.

(1) - د/ عبد الله بن عمر بن محمد السحبياني، نفس المرجع، ص481.

(2) - الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ص34.

(3) - د/ عبد الله بن عمر بن محمد السحبياني، مرجع سابق، ص482، وكذا الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ص34.

### المسألة السادسة: نبش قبر من دفن في مسجد ونحوه

نص فقهاء الشافعية والحنابلة على أنه يجب نبش قبر من دفن في مسجد أو نحوه كمدرسة ورباط، ويظهر أن ذلك مطلق قبل التغير وبعده، وذلك لأن دفن الميت في المسجد لا يجوز. فإن أمكن نبشه بأن كان جديداً نبش، وإلاّ سوي القبر بالأرض.

وعللّ الحنابلة ذلك: بأن في نبشه تداركاً للعمل بشرط الواقف، لأن الدفن في المسجد أو نحوه مخالفة لشرط الواقف، لأنه عيّن الجهة لغير ذلك<sup>(1)</sup>.

### ثانياً-نبش القبر لحق الآدمي:

يكون نبش القبر لحق الآدمي في صور ذكرها الفقهاء منها ما يلي:

#### أ-دفن الميت في أرض مغصوبة:

ذكر فقهاء الشافعية والحنابلة أن الميت إذا دفن في أرض مغصوبة فيستحب لصاحب الأرض ترك الميت في قبره حتى يبلى، بل صرح الشافعي وأبو المعالي بكراهة نبشه والحالة هذه، فإن أبى صاحب الأرض إلاّ إخراجة، فاتفق فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة أن لصاحب الأرض نبش القبر وإخراج الميت، وذلك لأن الدفن في ملك الغير بغير إذن ربه محرّم، لما في ذلك من العدوان فلا يجوز إلاّ بإذنه كسائر أملاكه، ومثل ذلك -أيضاً- الدفن في أرض مشتركة بينه وبين غيره بغير إذن شريكه كما ذكر الحنفية والحنابلة<sup>(2)</sup>.

وقال الشافعية: يخرج الميت من قبره وإن تغيّر وتفتت، وكان فيه هتك لحرمته، إذ لا حرمة لغاصب، وحرمة الحي أولى بالمراعاة، وعلى ذلك اتفق أصحاب الشافعي، وقال به ابن رشد من المالكية.

وقال الرافعي: " ويجوز أن يظن ظان تركه، فانه سيبلى عن قريب، وقد تنزّل حرمة الميت منزلة الحي فيما هذا سبيله".

(1) د/ عبد الله بن عمر بن محمد السحيباني، مرجع سابق، ص 482.

(2) - عبد الرحمن الجزيري، كتاب فقه على المذاهب الأربعة، ط 2، ج 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص 488.

وقال اللخمي من المالكية: " له إخراجُه إن كان بالفور، وأما مع الطول فليس له إخراجُه، ويجبر على أخذ القيمة"، وقال ابن أبي زيد: " إن كان بالقرب فله إخراجُه، وإن طال فله الانتفاع بظاهر الأرض ولا يخرجُه".

والراجح هنا: أن صاحب الأرض مخير بين إخراج الميت سواء تغيّر أم لا، لما تقدم من أن حرمة الحي أولى بالمراعاة، ولأنه لا حرمة لغاصب، وبين تركه حتى يبلى ثم مساواته بالأرض والانتفاع بظاهر الأرض بالزراعة أو غيرها، وذلك لأن حق صاحب الأرض في باطنها وظاهرها، فإن شاء ترك حقه في باطنها وإن شاء استوفاه.

والمستحب له كما تقدم تركه حتى يبلى خاصة إذا ظن منه التغيّر والفساد، ويكره له نبشه كما قال الشافعي: " وإن قبر قوم في أرض لرجل بلا إذنِه، فأراد تحويلهم عنها أو بناءها، أو زرعها أو حفرها آباراً، كرهت ذلك له وإن شح فهو أحق به، وأحب لو ترك الموتى حتى يبلى" (1).

ويخرج بقول الفقهاء - الأرض المغصوبة-الأرض الموقوفة للدفن فلو أن إنساناً حفر قبراً في مقبرة موقوفة، وجاء غيره فدفن فيه فذكر فقهاء الحنفية والمالكية أنه لا يخرج من ذلك القبر، ولا يحول عنه لأنه دفن في أرض وقف.

لكن يبقى ما الذي يجب على الدافن لحافر القبر؟ ذكر المالكية فيه أربعة أقوال:

قيل: يجب عليه حفر قبر ثان، وقيل قيمة الحفر، وقيل الأقل منهما، وقيل: الأكثر منهما لأنه ظالم، والأرجح أنه يضمن قيمة الحفر وهو المعتمد عند المالكية وهو مذهب الحنفية.

#### ب- كفن الميت في ثوب مغصوب أو مسروق:

اختلف الفقهاء في حكم نبش القبر إذا كان كفن الميت مغصوباً أو مسروقاً ولهم في ذلك قولان: القول الأول: أنه لا بأس بنبش القبر إذا كفن الميت بثوب مغصوب، لأجل رد الكفن إلى صاحبه، وهذا مذهب الحنفية والمالكية وهو الصحيح من مذهب الشافعية، وقول في مذهب الحنابلة، لكن قيد المالكية ذلك في حالة رفض صاحب الكفن من أخذ القيمة، ولم يتغيّر الميت، وكذا في وجه عند

(1) - د/ عبد الله بن عمر بن محمد السحبياني، مرجع سابق، ص 485.

الشافعية وقول عند الحنابلة أنه إذا تغيّر الميت أو خشي عليه المثلة لم ينبش وإذا لم يخش من تغيّر حالة الميت يجوز نبش القبر .

ودليل هذا القول، هو القياس على النباش لرد الأرض المغصوبة، فكذلك ينبش الميت لأجل رد الكفن المغصوب، وأجيب عن هذا: بالفرق بين غصب الأرض وغصب الكفن، فإن القبر في الأرض يدوم ويتأبد ويكثر، بخلاف الكفن.

ثم إن الكفن صار كالتالف أو الهالك الذي لا يقابله إلا القيمة أو العوض بخلاف الأرض، ولأن خلع الثوب أحش في هتك حرمة الميت من رد الأرض.

القول الثاني: أنه لا يجوز نبش القبر لأجل رد الكفن المغصوب، بل يعطى صاحب الكفن القيمة، وهذا وجه في مذهب الشافعية وهو الصحيح من مذهب الحنابلة، وعليه أكثر الأصحاب<sup>(1)</sup>. وعلى من تكون قيمة الكفن؟

قيل: يضمّنه من كفنه فيه، لمباشرته الإلتاف عالما، فإن جهل فعلى الغاصب ولو كان الميت، وقيل: يكون ذلك من تركة الميت، وهذا هو الصحيح من مذهب الحنابلة، وعليه جمهور الأصحاب وهو الأقرب للصواب، وعند الحنابلة: إذا تعدّر الغرم فانه ينبش قولاً واحداً.

ودليل هذا القول: أن نبش القبر هتكاً لحرمة الميت، وقد أمكن دفع الضر مع عدم هتك حرمة، فيعطى صاحب الكفن القيمة، لأن الكفن صار كالتالف.

والراجع من هذين القولين هو القول الثاني، وهو عدم جواز نبش القبر لأجل إخراج الكفن المغصوب أو المسروق وانتقال صاحب الكفن إلى القيمة بأخذها من تركته، فإن تعدّرت القيمة كان له نبش القبر لإخراج الكفن، لأنه ماله، وله الحق به، وإن كان المستحب تركه كما تقدم، وإنما ترجح هذا القول، لقوة دليله وللإجابة عن دليل القول الآخر بما يكفي.

(1)- د / عبد الله بن عمر بن محمد السحبياني، مرجع سابق، ص486، د/ محمد طعمة القضاة، مرجع سابق، ص43.

### ج-في حالة وقوع متاع أو مال في القبر:

ذكر عامة الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة أنه إذا سقط في القبر متاع أو مال ودفن في القبر مع الميت، فإنه يجوز نبش القبر وإخراج ذلك المتاع أو المال (1).

لكن في قول عند الحنفية أنه لا بأس بأن يحفر التراب في الموضع الذي سقط فيه المتاع لإخراجه من غير أن ينبش قبر الميت، وهذا القول لا شك أنه أسلم من النباش، مراعاة لحرمة الميت، لكن قد لا يتمكن من إخراج المال من القبر إلا بالنباش، فيجوز ذلك، كما هو قول الجمهور، وهذا القول الأخير يفيد في أنه يرتكب أخف الضررين عند إخراج المال، وهذا نظر قوي صحيح يجب العمل به ما أمكن (2).

وقيد بعض المالكية إخراج المال من القبر إذا لم يتغير الميت، أما إذا تغير فيجب غير الوارث على أخذ القيمة أو المثل، ولا شيء للوارث.

وهذا القيد محل نظر، ولذلك لم يعتبره أحد من أصحاب المذاهب الأخرى، لكن لو كان المال لا يخشى عليه التلف لو ترك في القبر، فالأولى أن يترك زمنا يظن معه بلى الميت حتى لا يكشف عن الميت في حال تغيره، ثم ينبش بعد ذلك، أما إذا لم يتغير الميت فيجوز النباش.

وعند بعض الشافعية ورواية عند الحنابلة أنه لا يجوز أن ينبش القبر إن دفع الورثة لصاحب المال مثل الساقط في القبر أو قيمته، وإن تعذر دفع القيمة، بأن لم يتبرع وارث أو غيره بدفع المال لربه جاز نبش القبر وأخذ المال.

وهذا القيد هو الراجح فلا يجوز نبش القبر إذا ضمن الورثة أو غيرهم لصاحب المال حقه، لأن في ذلك صونا لحرمة الميت مع عدم الضرر، لكن هذا -أيضا- مقيد بما إذا لم يكن في ترك الساقط في القبر إضاعة للمال، كأن يكون المتاع نفيسا أو دراهم كثيرة، والّا كان النباش هو الراجح لردود النهي عن إضاعة المال.

(1) د- عبد الله بن عمر بن محمد السحبياني، مرجع سابق، ص 487

(2) د- محمد طعمة القضاة، مرجع سابق، ص 42 وكذا د/ عبد الله بن عمر بن محمد السحبياني، المرجع السابق، ص 488.

ونبش القبر لإخراج الساقط فيه من متاع أو مال فيه اجازة، لأن لمال المسلم حرمة، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال، وفي إيقاع المتاع في القبر إضاعة للمال.

وبما أن نبش القبور محرّم من المحرمات، بل هو كبيرة من الكبائر ومن فعل ذلك استحق العقوبة الرادعة، قال ابن تيمية: "ومن نبش قبور المسلمين عدوانا عوقب بما يردعه وأمثاله عن ذلك." غير أنه قد اختلف الفقهاء في نبش القبور هل هو سرقة توجب الحد، أم أنها لا توجب الحد، واختلافهم راجع إلى شروط اعتبار الفعل سرقة، فالشريعة الإسلامية تلزم أن يكون محل السرقة مالا منقولاً مملوكاً للغير، فالسرقة لا تتم إلا بنقل الشيء من حيازة مالك الشيء إلى حيازة الجاني، ويجب أن يكون المال منقولاً أي يجوز الانتفاع به، كما يشترطون أن يكون المال محترم وليس تافهاً أي أن يكون المال محرراً<sup>(1)</sup>.

فيشترط جمهور الفقهاء لتمام جريمة السرقة وإقامة الحد عليها أن يكون المال محرراً<sup>(2)</sup>، فإذا لم يكن كذلك لا يمكن أن يعتبر أخذ هذا المال سارقاً، لأن الشرط الأساسي لقيام السرقة غير متوفر.

أما النباش الذي يسرق أكفان الموتى فقد اختلف الفقهاء في قطع يده على قولين :

القول الأول: أنه لا قطع على النباش الذي يسرق أكفان الموتى، ولو كان القبر في بيت مقفل، وإلى هذا القول ذهب أبو حنيفة، ومحمد بن الحسن، وأدلة هذا القول نلخصها في الآتي :

أولاً- ما رواه الزهري قال: أتى مروان بن الحكم يقوم يختفون القبور -يعني ينبشون- فضربهم ونفاهم، وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم متوافرون. قالوا: فاتفق من بقي من الصحابة في عهد مروان على عدم قطع النباش<sup>(3)</sup>.

وقد أجيب عن هذا الاستدلال:

- أنه يجوز أن يكون سقوط القطع لنقصان قيمة الكفن من مقدار القطع.

(1)- يقصد بالحرز الموضع الذي يحفظ فيه المال عادة كالدار أو الخيمة أو الشخص نفسه للمزيد من التفصيل أنظر د/ عبد الله بن عمر بن محمد السحيباني، مرجع سابق، ص 468، وكذا عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، كتاب حد السرقة، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، 2003، ص 158.

(2) - خالد مصطفى هاشم، الجريمة، ط1، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، 2007، ص 480.

(3)- أبو الحسن علي الماوردي البصري، مرجع سابق، ص 313، وكذا عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 159.

- كما أنه يجوز أن يكون النباش لم يخرج الكفن من القبر، والقطع لا يجب الا بعد إخراج من القبر، لأن جميع القبر حرز له .

**ثانيا-** قالوا إن الكفن ليس بمال، لأنه لا يتمول بحال، لأن الطباع السليمة تنفر منه أشد النفار، فكان تافها، ولئن كان مالا، ففي ماليته قصور، لأنه لا ينتفع به مثل ما ينتفع بلباس الحي، والقصور فوق الشبهة، ثم الشبهة تنفي وجوب الحد فالقصور أولى .

وأجيب عن ذلك: بأن الكفن كان مالا قبل أن يلبسه الميت، فلا تختل صفة المالية فيه بلبس الميت، ثم أن هذا السارق للكفن انما سرقه للانتفاع به بأي وجه، فبطل قولهم إنه لا ينتفع به، وكون الطباع السليمة تنفر عنه لا يعني أنه ليس بسرقة وأخذ لمال الغير بغير حق.

**ثالثا-** قالوا إن الكفن لا مالك له، فهو ليس ملكا للوارث، ألا ترى أن القدر المشغول بحاجة الميت بعد الكفن وهو الدين، لا يصير ملكا للوارث فالكفن أولى<sup>(1)</sup>.

وهو أيضا ليس ملكا لميت، لأن الموت مناف للملكية، فان الملكية عبارة عن القدرة وأدنى درجاته صفة الحياة .

وأجيب عن هذا بأن الكفن مملوك للميت، لأنه كان ملكا له في حياته ولا يزول ملكه الا عما لا حاجة به اليه، وولييه يقوم مقامه في المطالبة، كقيام ولي الصبي في الطلب بماله<sup>(2)</sup>.

**رابعا:** قالوا إن الحرز بالقبر باطل، لأن الاحراز بالحفظ والميت لا يحرز نفسه، فكيف يحرز غيره؟ والمكان حفرة في الصحراء فلا يكون حرزا.

وأجيب عن هذا بأن الكفن يحتاج الى تركه في القبر دون غيره، ويكتفى به في حرزه، ألا ترى أنه لا يترك الميت في غير القبر من غير ان يحفظ كفنه، ويترك في القبر وينصرف عنه، ولأن الناس تعارفوا منذ ولدوا احراز الاكفان بالقبور، ولا يحرزونه باحصن من ذلك الموضع فكان حرزا متعينا له باتفاق جميع الناس<sup>(3)</sup>.

(1) - أبو الحسن علي الماوردي البصري، نفس المرجع، ص 315.

(2) - د/ عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص 602 و 603.

(3) - د/ عبد الله بن عمر بن محمد السحبياني، مرجع سابق، ص 470.

أما القول الثاني: وجوب قطع يد النباش، وهذا هو مذهب الجمهور، فذهب إليه أبو يوسف من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، وبه قال بعض الصحابة منهم ابن الزبير وعائشة، وغيرهم من الفقهاء (إبراهيم النخعي، والشعبي، وغيرهم) والتابعين (عمر بن عبد العزيز، والحسن البصري)<sup>(1)</sup>.

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً- قول الله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾<sup>(2)</sup> قالوا الواجب أن يكون على عمومه في النباش وغيره لأن النباش سارق، فان قيل بأن النباش ليس بسارق لاختصاصه باسم النباش دون السارق، قيل عنه جوابان :

الأول: أن السارق هو المستتر بأخذ الشيء من حرزه، كما قال تعالى: ﴿إِلَّا مَنِ اسْتَرَقَ السَّمْعَ﴾<sup>(3)</sup>، وهذا موجود في النباش فوجب أن يكون سارقاً.

والثاني: ما روي عن النخعي والشعبي قالوا: " يقطع سارق أمواتنا كما يقطع سارق أحيائنا"، وروي نحو ذلك عن عمر بن عبد العزيز، فسموه سارقاً وقولهم حجة في اللغة<sup>(4)</sup>.

ثانياً- أن القبر حرز للكفن كأنه بيت للحي، وقد أتى في الأحاديث أن القبر بيت، وقد احتج ابن القاسم وغيره في قطع النباش بقول الله عز وجل: ﴿لَمْ نَجْعَلِ الْأَرْضَ كِفَاتًا﴾ (25) أَحْيَاءً وَأَمْوَاتًا<sup>(5)</sup> فجعل بطنها حرزا للميت كما جعل ظهرها حرزا للحي فاستويا في الحكم<sup>(6)</sup>

ثالثاً- ومن القياس اعتبروها عورة يجب سترها، فجاز أن يجب القطع في سرقة ما سترها كالحي ولأنه حكم يتعلق بسرقة مال الحي فجاز أن يتعلق بسرقة كفن الميت كالضمان، لأن قطع السرقة موضوع لحفظ ما وجب استبقاؤه على أربابه، حتى ينزجر الناس عن أخذه، فكان أخذ كفن الميت يترتب عليه القطع لأمرين: أحدهما: أنه لا يقدر على حفظه على نفسه، والثاني: أنه لا يقدر على مثله عند أخذه، والقول الراجح من هذين القولين: تبين بعد النظر في أدلة كلا القولين أن الراجح هو القول الثاني هو

(1)- أبو الحسن علي الماوردي البصري، المرجع السابق، ص 313 وكذا بوشي يوسف، مرجع سابق، ص 328.

(2)- سورة المائدة، الآية 38.

(3)- سورة الحجر، الآية 18.

(4) - د/ عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص 328.

(5)- سورة المرسلات الآيتين، 25 و 26.

(6) - أبو الحسن علي الماوردي البصري، مرجع سابق، ص 314.

قول جمهور العلماء القائل بوجوب قطع يد النباش، وذلك لقوة أدلة هذا القول، ولأن أدلة القول الآخر قد تمت الإجابة عنها.

وقد ذكر فقهاء الشافعية لقطع يد النباش ثلاثة شروط:

أحدها: أن يكون القبر في مقابر البلد الأنيسة، سواء كانت في وسط البلد أو ظاهره، فإن كان القبر منقطعا في الأمصار مفردا في الفلوات فلا قطع فيه، وفي وجهه عند الشافعية: أن القبر حرز للكفن حيث كان، لأن النفوس تهاب الموتى واختار ذلك المالكية وهو الصواب.

والثاني: أن يكون القبر عميقا على معهود القبور، فإن لم يكن عميقا وكان دفنه قريبا من ظاهر الأرض فلا قطع. والصحيح أنه يجب القطع ما دام يسمى قبرا.

والثالث: أن يخرج الكفن من جميع القبر بعد تجريده عن الميت، وذكر هذا -أيضا- المالكية والحنابلة، كما ذكر الفقهاء اشتراط النصاب في الكفن المسروق بأن تكون قيمته ربع دينار فصاعدا<sup>(1)</sup>.

## المبحث الثاني

### تجريم المساس بحرمة المقابر في التشريع الجزائري

كما كفل المشرع الجزائري حماية الجثة، كفل -أيضا- حماية المقابر لأنها ترتبط بالميت، فحماية المقبرة من حماية الميت، لأن المقر الأخير للميت هو المقبرة، فجرّم المشرع الجزائري مجموعة من الأفعال التي تعتبر اعتداءات على حرمة المقابر ضمن المواد 150 إلى 152 من قانون العقوبات الجزائري وكذا المادة 160 مكرر 06 من نفس القانون، والتي نص عليها المشرع الجزائري في القسم الرابع تحت عنوان التدنيس والتخريب من الفصل الخامس لقانون العقوبات بالنسبة لجريمة الاعتداء على مقابر الشهداء أو رفاتهم، أما بالنسبة لجريمة الاعتداء على المقابر العامة جاء في القسم الثاني تحت عنوان الجرائم المتعلقة بالمدافن وبحرمة الموتى من الفصل الخامس لقانون العقوبات<sup>(2)</sup>.

(1)- أبو الحسن علي الماوردي البصري، مرجع سابق، ص 317.

(2)- راجع الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 1966/6/8 المتضمن القانون العقوبات الجزائري، ج.ر.ع 49، الصادر بتاريخ 1966/6/11 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 01/09 المؤرخ في 296 صفر عام 1430 الموافق 25

فإن احترام المقابر من المسائل القانونية التي نظمها القانون الجزائري، وذلك حفاظاً على حرمة الموتى وصيانة المقابر، وكذلك مقابر الشهداء، وبالتالي، سوف ندرس في هذا المبحث جرائم الاعتداء على المقابر العامة في الفرع الأول، وجرائم الاعتداء على مقابر الشهداء أو رفاتهم في الفرع الثاني.

### المطلب الأول: تجريم الاعتداء على المقابر العامة

سبق الإشارة أن حرمة المقابر هي حرمة أبدية لا تزول، وأن الاعتداء على القبور يعد اعتداء على الأموات والأحياء في ذات الوقت، وهي مخالفة جنائية يعاقب عليها القانون الشرعي والوضعي على حد سواء.

والمقابر العامة هي المقابر التي يدفن فيها الأشخاص العاديين، فلا يدفن فيها الأشخاص الذين لهم صفة معينة كالشهداء، فنص المشرع هنا على مجموعة من الأفعال التي إذا ارتكبت على المقابر العامة تعتبر جريمة انتهاك حرمة الميت.

وهذه الأفعال من الجرائم التي تمس المقابر قصد إلحاق الضرر أو الإساءة إلى جثة المتوفى أو إلى الأحياء من أهل المتوفى، وتتمثل هذه الجرائم من جريمة انتهاك حرمة المقابر، وكذلك جريمة هدم أو تخريب أو تدنيس المقابر، وفي هاتين الجريمتين يبرز التداخل الواضح بينهما، إذ يصعب إعطاء الوصف القانوني للفعل المجرم في حال وقوع اعتداء على قبر ما، هل هو انتهاك لحرمة المقابر أو هدم أو تخريب أو تدنيس المقابر؟ لكن تشترك هذه الجرائم في محل الاعتداء وهو الحق في سلامة المقابر من الاعتداءات التي تقع عليه<sup>(1)</sup>.

وبما أن جرائم الاعتداء على المقابر العامة لا تقتصر على جريمة واحدة، وإنما هي مجموعة جرائم فارتأينا أن ندرس كل الجرائم في ركن مادي واحد، مع تبيان كل صورة على حدة عند التطرق إلى النشاط الإجرامي، والركن المعنوي.

---

=فبراير سنة 2009 (ج.ر. 15 مؤرخة في 08/03/2009) والمعدل والمتمم بموجب القانون 02/16 المؤرخ في 2016/06/19.

(1)- نسرين عبد الحميد نبيه، مرجع سابق، ص30.

لذا سنتطرق إلى جرائم انتهاك حرمة المقابر أولاً، وإلى جريمة هدم أو تخريب أو تدنيس المقابر ثانياً وإلى جريمة سرقة الجثث والأكفان ثالثاً.

### الفرع الأول: تجريم انتهاك حرمة القبور

وهي الصورة المنصوص عليها في المادتين 151 و152 من قانون العقوبات، حيث جرم المشرع أي فعل يمس بحرمة المدفن، أو حرمة الميت في المقابر أو أماكن الدفن الأخرى.

إذ جاء في محتوى نص المادة 151 على ما يلي "كل من يرتكب فعلاً يمس بالحرمة الواجبة للموتى في المقابر أو في غيرها من أماكن الدفن..."، بالإضافة إلى نص المادة 152 التي تنصت على ما يلي "كل من انتهك حرمة مدفن أو قام بدفن جثة أو إخراجها خفية...".

يعرّف الانتهاك في جريمة انتهاك حرمة المقابر "بأنه كل سلوك من شأنه يمثل اعتداء على القبور مخالفة لأحكام القانون"، ويعبّر عن الفعل المادي في هذه الجريمة بالانتهاك الذي يغطي كل الركن المادي، أي أن الجاني يأتي بفعل يمس بحرمة المقابر، أو غيرها من أماكن الدفن عند دفن المتوفى، وهذا حسب المادة 151 من قانون العقوبات، أو يمس بالمدفن، وهذا ما نصت عليه المادة 152 من قانون العقوبات الجزائري.

والمشرع في هذه الصورة لم يحدد فعلاً بعينه، إنما حدد نتيجة الفعل، وهي انتهاك حرمة المدفن، ومنه فالتجريم يقع على كل فعل يؤدي إلى انتهاك حرمة المدفن، أي الحرمة الواجبة للموتى في المقابر، فأى فعل يؤدي إلى هذه النتيجة يقع تحت طائلة المادتين 151 والمادة 152 من قانون العقوبات الجزائري، فطبقاً لنص المادتين 151 و152 من قانون العقوبات الجزائري فإن عقوبة من يقوم بفعل يمس بالحرمة الواجبة للموتى في المقابر أو في غيرها من أماكن الدفن تتمثل في الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين، أما عقوبة من ينتهك حرمة مدفن فهي الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة، أما بخصوص الغرامة فمقدارها من 20.000 إلى 100.000 دينار جزائري<sup>(1)</sup>.

الملاحظ على العقوبات السابقة الذكر أن المشرع فرق في مقدار العقوبة بين حالتين، الحالة الأولى هي المساس بحرمة الميت (الجثة) في المقبرة أو مكان آخر للدفن، وبين الحالة الثانية وهي

(1) د/ ياسم شهاب، مرجع سابق، ص 520.

المساس بمكان الدفن في حد ذاته، وهذا دليل على أن المشرع أعطى قيمة لحرمة الميت أكثر من قيمة مكان الدفن وهذا ظاهر من خلال العقوبة، مع أننا نجد أن حماية مكان الدفن هو في الأصل حماية للميت بالدرجة الأولى من أن ينكل به بعد إخراجهم من قبره، وبالتالي فالمساس بحرمة المقابر هو مساس بحرمة الميت والعكس صحيح، فلم يكن هناك داعي لإعطاء كل جريمة عقوبة خاصة، فكان يجب النص على العقوبة الأولى حتى للاعتداء على مكان الدفن.

وقد سبق الإشارة بأن المشرع الجزائري عند تقريره لعقوبة كل من تسول له نفسه انتهاك حرمة المقابر، وفصل المزج فيها بين العقوبة السالبة للحرية، والمتمثلة في الحبس، وبين العقوبة المالية المتمثلة في الغرامة<sup>(1)</sup>.

مما سبق ذكره بخصوص العقوبات المقررة لانتهاك حرمة المقابر، سواء العقوبات السالبة للحرية أو العقوبات المالية، فإننا نلاحظ أن قيمة الغرامة غير كافية لتحقيق الردع العام والخاص، لأن تدنيس حرمة القبور يعد من الكبائر التي ترفضها طبيعة البشر، فهي تسيء إلى النوع البشري برمته، وإلى تراثه من القيم والعادات النبيلة التي نزلت بها جميع الرسائل السماوية بغير استثناء، والتي تميز الإنسان عن باقي غيره من الكائنات، فيما عدا المشرع الفرنسي، حيث تعتبر العقوبات التي نص عليها في المواد نوعاً ما تتناسب ودرجة الاعتداء والانتهاك الحاصل لحرمة القبور<sup>(2)</sup>.

ومن الأفعال التي قد تؤدي إلى انتهاك حرمة المقابر نجد رمي القاذورات أو تناول الخمر أو التغوط أو التبول في المقبرة، أو بإدخال الحيوانات إلى المقبرة دون مراعاة الاحترام الواجب لها أو غيرها الكثير من الأفعال التي تؤدي إلى انتهاك حرمة المدفن<sup>(3)</sup>.

فالمشرع الجزائري في هذه الصورة لم يجرم الأفعال التي تقع في المقابر العمومية فقط، وإنما كذلك أماكن الدفن الأخرى، وهذا يعني أن هناك أماكن أخرى للدفن، ولكنها ليست مقابر عمومية، وبالتالي، حتى هذه المقابر إذا ارتكبت عليها أحد الأفعال التي تؤدي إلى انتهاك حرمتها، أو انتهاك حرمة الموتى الموجودين بها، فيقع مرتكب هذه الأفعال تحت طائلة المادتين السابقتين.

(1) - منى عبد العالي موسى، جريمة انتهاك حرمة القبور، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، ع الأول، السنة 10، العراق، 2018، ص 319.

(2) - بن سعادة زهراء، مرجع سابق، ص 114.

(3) - د/ ياسم شهاب، مرجع سابق، ص 522.

ونرى من جانبنا أن الفعل أو السلوك الاجرامي يعد انتهاك للمقابر، ويتحقق ذلك إذا قضى الشخص حاجته في أحد المقابر، أو حالة قيام الشخص بالبصق على أحد القبور أو السخريّة منها، ويدخل في إطار سلوك الانتهاك حالة نزع الزهور والنباتات التي على القبر أو حوله.

### الفرع الثاني: تجريم هدم أو تخريب أو تدنيس القبور:

ويتمثل الركن المادي لهذه الجريمة هي القيام بفعل الهدم، أو التخريب، أو التدنيس للقبور بأية طريقة كانت، فمتى حصلت هذه الأعمال المادية توافر الركن المادي للجريمة.

وعلى خلاف الصورة الأولى نجد أن المشرع الجزائري حدّد في هذه الصورة الأفعال المجرمة بموجب المادة 150 من قانون العقوبات بقولها: كل من هدم أو خرب أو دنس القبور بأية طريقة كانت يعاقب بالحبس من سنة اشهر الى سنتين وبغرامة من 20.000 الى 100.000 دج".

ولم يترك الأمر مفتوحاً على أي فعل، نجد أن الأفعال في هذه الصورة تتمثل في:

**الهدم:** ويعني الإتلاف أي إزالة القبر كلياً أو جزئياً، فقد يعاقب حتى من أتلّف جزء من القبر <sup>(1)</sup>.

**التخريب:** هو التعيب فقد لا يهدم القبر وإنما يعيبه، فالشخص عند ارتكابه هذا الفعل فهو يريد إخفاء ملامح القبر، وإذا وصل التخريب إلى الهدم فهنا لا يصبح تخريباً وإنما تهديماً.

**التدنيس:** تدنيس المقابر يقصد به "كل فعل من شأنه الاخلال بواجب الاحترام والتقديس نحو القبور سواء وقعت بصورة مادية أو معنوية" <sup>(2)</sup>.

ويعرّف التدنيس بأنه هو سلوكيات التعدي على القبور، أو اظهار الازدراء نحوها، وهو كل فعل من شأنه الاخلال بالاحترام الواجب للمقابر.

(1) د/ منى عبد العالي موسى، مرجع سابق، ص 312.

(2) د/ محمد علي سالم، د/نبراس عبد الكاظم، د/اسراء محمد علي سالم، الحماية الجنائية للعتبات المقدسة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 6، جامعة بابل، العراق، 2014، ص96.

كما يتحقق السلوك الاجرامي للتدنيس برمي القاذورات وما الى ذلك في المقابر، والفضلات ويكون بوضع أشياء أو مواد تؤدي إلى تدنيس القبر<sup>(1)</sup>، كوضع رأس حيوان مذبح وتعمد وضع ما يسبب الروائح الكريهة ليزهد الناس في ارتيادها والتردد عليها<sup>(2)</sup>، والمشرع هنا لم يحدد الوسيلة التي ترتكب بها الأفعال السابقة الذكر، فالمهم أن ترتكب الأفعال<sup>(3)</sup>، وبعد تدنيسا للقبر ارتكاب الفاحشة في المقبرة بدفن ميت فوق رفات ميت آخر.

وقد جاء نص المادة 150 من قانون العقوبات الجزائري خاليا من الإشارة للعقوبات التكميلية، وقد تتعدد جرائم الجاني كأن ينتهك حرمة القبر والجنّة أو يستخدم مادة محظورة وبالتالي ينبغي تطبيق قواعد تعدد الجرائم لتقرير الجزاء المناسب بحقة. كما قد يشترك عدة أشخاص في ارتكاب الجريمة وبالتالي نكون بصدد المساهمة الجنائية، كحارس المقبرة المحمية الذي يفتح بابها للجاني لتنفيذ جريمته حيث يندرج فعله ضمن المساعدة على الجريمة، وإن كان لا يعلم بما سيفعله الجاني لا يسأل عن جريمة انتهاك حرمة القبر، غير أن ذلك لا يعفيه من المسؤولية التأديبية متى ما توافرت شروطها<sup>(4)</sup>.

### الفرع الثالث: تجريم سرقة الأكفان والجثث:

يوجد بين فقهاء القانون الوضعي خلاف حول سرقة كفن الميت وغيره من الأشياء التي تودع معه في قبره من أموال وحلي وغير ذلك، مع أن المشرع الجزائري لم ينص على هذه الصورة ضمن المواد الخاصة بحماية حرمة المدافن أو المقابر، إلا أننا ارتأينا البحث في مدى إمكانية المعاقبة عليها في القانون، إلى جانب الأكفان فقد يدفن مع الموتى في قبورهم الحلي والأعضاء الصناعية، فما حكم الاستيلاء على هذه الأموال؟

بالنسبة للجنة نجد أن الرأي السائد في القانون أنها لا تصلح أن تكون محلا للأخذ أو الاختلاس، لأنها شيء غير مملوك لأحد، إلا إذا أودعت في متحف أو معهد علمي، أما إذا كان أخذ

(1)-د/ محمد نجيب حسني، جرائم الاعتداء على الأموال، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص 712.

(2)- محمد أمين الخرشة، الحماية الجنائية لحرمة الأديان من الازدراء، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، ع2، مجلد 14، الامارات العربية المتحدة، ربيع الأول 1439/ ديسمبر 2017، ص 338.

(3) -دردوسي مكي، مرجع سابق، ص23.

(4)- د/ باسم شهاب، مرجع سابق، ص530.

الجثة من أجل الاستفادة من الأعضاء فإن مرتكب هذا الفعل يقع تحت طائلة المواد المعاقب على انتزاع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا من الميت، كما أن من قام باختلاس الجثة ولم يكن يريد الاستفادة من أعضائها أو أنسجتها ولا خلاياها، فإنه يقع تحت طائلة المادة 151 من قانون العقوبات الجزائري<sup>(1)</sup>.

أما بالنسبة لأكفان الموتى والحلي والأعضاء الصناعية وغيرها من الأشياء التي تدفن معهم، فقد ذهب رأي من الفقه إلى اعتبارها أشياء متروكة تخلى أهل المتوفى عنها، فلا يعتبر من أخذها سارقا لها حتى وإن كان أخذها لها بنية تملكها، غير أن مرتكب هذا الفعل قد يقع تحت طائلة الصورة المتمثلة في هدم أو تخريب أو تدنيس المقبرة<sup>(2)</sup>.

وذهب الرأي الآخر إلى أن هذه الأشياء المدفونة مع الميت، ملكا لورثته، وبالتالي، فإن الاستيلاء عليها يعتبر سارقا يعاقب حسب نصوص قانون العقوبات في جريمة السرقة، وبالتالي، لا تأخذ حكم الأموال المتروكة لعدم توافر قصد التخلي مالكا عنها، وإنما قصدوا أن ترك هذه الأشياء مع الميت في قبره على الدوام إكراما له، وتعبيرا عن شعورهم نحوه.

غير أن الراجح عند فقهاء القانون هو اعتبار الاستيلاء على هذه الأموال مكونا لفعل الأخذ وتقوم به السرقة، لأن أهل المتوفى لم يتخلوا عن هذه الأموال ولم يخطر في ذهنهم عند إيداعها التخلي عنها، بالتالي، لا تأخذ حكم الأموال المتروكة لعدم توفر قصد تخلي مالكا عنها.

وبالرجوع إلى رأي القانون نجد محكمة النقض المصرية قد أقرت أن أخذ الأكفان والملابس والحلي وغيرها من الأشياء التي اعتاد الناس إيداعها في القبور مع موتاهم، إنما هي مملوكة لورثة الميت، خصوصها لتبقى مع جثث أهليهم لما قر في نفوسهم واستقر في ضمائرهم من وجوب إكرامهم في أجدادهم، موقنين بأنه لا يحق لأحد العبث بشيء مما أودع مع الموتى، ولذا فإن هذه لا يمكن بأي

(1) - د/ باسم شهاب، مرجع سابق، ص 554 وكذا محمد بن سليمان بن عبد الله العمرو، مرجع سابق، ص 128.

(2) - محمد بن سليمان بن عبد الله العمرو، المرجع السابق، ص 128.

حال من الأحوال اعتبارها من قبيل المال المتروك أو المال المباح السائغ لكل شخص تملكه بالاستيلاء عليه، فمن يشرع في اختلاس شيء من ذلك يعد شروعا في سرقة وعقابه واجب قانونا<sup>(1)</sup>.

هذا ونجد أن كل هذه الأفعال تشترك في نتيجة إجرامية واحدة، والنتيجة الاجرامية هي الأثر الذي يترتب على السلوك الاجرامي، الأمر الذي يتجسد في العدوان الذي يصيب مصلحة أو حقا قدر المشرع وجوب حمايته جنائيا.

أي أن النتيجة المترتبة على التعدي على القبر، تتحقق حالة زوال القطعة التي تحمل اسم صاحب القبر، مما يؤدي الى عدم التعرف على اسم صاحبه من قبل الأشخاص الذين يحاولون زيارته ويمكن أن يشكل هذا الانتهاك أو التدنيس أثر نفسي لذوي المتوفى كما يشكل اعتداء على القيم الدينية والاجتماعية والتي تقرر حرمة للمقابر زيادة على الانتهاك القانوني<sup>(2)</sup>.

ويشترط توافر الرابطة السببية بين أيا من الأفعال السالفة " هدم، أتلّف، خرب، دنس، لوّث، شوه... الخ وبين النتيجة الاجرامية، وبغض النظر عن جسامتها، وتكمن الأهمية القانونية للعلاقة في أنها هي التي تربط بين عنصري الركن المادي فتقيم بذلك وحدته وكيانه، فهي التي تنسب النتيجة للفعل ويترتب على ذلك توافر شرط أساسي لمسؤولية مرتكب الفعل الاجرامي عن النتيجة<sup>(3)</sup>.

هذا وتعتبر جريمة انتهاك حرمة القبور بصورها الثلاث جريمة عمدية، لقيامها لا بد من توافر القصد الاجرامي العام توافر عنصري العلم والإرادة، حيث يلزم أن يعلم الجاني بأنه بصدد القيام بفعل يجرمه القانون ويعاقب عليه، وأن إرادته تتجه لانتهاك حرمة المقابر<sup>(4)</sup>، كما أنه يتعين العلم بانتهاك وتدنيس أو هدم ذات القبر الذي يضم رفاة انسان ميت، يستوي أن يتحقق ذات السلوك غير المشروع المخالف لأحكام القانون بصورة كلية أو جزئية.

علاوة على ما تقدم يتعين أن تتجه إرادة الجاني عن وعي وإدراك الى ارتكاب السلوك الاجرامي الذي يتمثل في انتهاك أو تدنيس أو هدم أو اتلاف القبر أو أي نصب ميت، كما يتعين أن

(1) - عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات، قسم خاص، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، 2002، ص 673 وكذا محمد بن سليمان بن عبد الله العمرو، مرجع سابق، ص 129.

(2) - د/ منى عبد العالي، مرجع سابق، ص 313.

(3) - محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 319.

(4) - د/ منى عبد العالي موسى، المرجع السابق، ص 312.

تتوافر إرادة النتيجة الاجرامية المترتبة بالشروط التي حددها القانون، مع اتجاه إرادة الفاعل الى احداث الاتلاف أو التخريب أو علمه بأنه يحدثه بغير حق.

ولا يشترط لوقوع تلك الجريمة توافر قصد جنائي خاص، حيث تتوافر المسؤولية الجنائية للفعل بمجرد توافر القصد الجنائي العام.

وعليه يكفي لتوافر القصد الجنائي العام في جريمة انتهاك حرمة القبر أو المقابر ارتكاب أي فعل يكون من شأنه الاخلال بالاحترام الواجب للموتى كالانتهاك أو تدنيس القبر أو المقبرة أو تهديمها دون أن تكون نية احتقار الميت المدفون فيها أو الانتقام منه.

كما لا عبرة بالباعث على ارتكاب تلك الجريمة، ومن ثم يستوي السلوك الاجرامي أن يرتكبه الشخص المعني بدافع نبيل أو بدافع دنيء، بمعنى أن الجاني قد يرتكب جرائم الاعتداء على القبر أو النصب بدافع الانتماء لكيان ديني محدد، أو كراهية في أحد المتوفيين، ومن هنا تختلف الدوافع في ذات الجريمة، ولا عبرة لهذه الدوافع في الفعل الاجرامي<sup>1</sup>.

فالجثة والرفات ليست من عناصر الركن المادي لجريمة انتهاك القبر، ونية الجاني حين تتجه للإساءة للقبر عمدا لا تتجه الى ما فيه وإن حصل ذلك، فإن الجاني قد يعاقب عن جرائم أخرى، جاء في المادة 152 من قانون العقوبات الجزائري "كل من انتهك حرمة مدفن أو ... يعاقب... وفي المادة 153 منه "كل من دنس أو شوه جثة أو وقع منه عليها أي عمل من أعمال الوحشية يعاقب...".

والنص الأول أشار للمدفن، حيث ينبغي التفرقة بينه وبين القبر، وقد يراد بالمدفن اللحد أو الشق، على أن يكون القبر أوسع دلالة منهما (2).

وللتذكير فإن وجود الجثة أو الرفات في القبر أو القبور ليس شرطا لتطبيق النص المتعلق بانتهاك حرمتها، كون أن المشرع يحمي القبر من حيث هو مكان لاحتواء جثث الموتى، فقد يحصل أن تخرج الجثة من القبر ويعاد بناؤه مرة أخرى من دونها، ومن ثم يهدم ويدنّس أو يخرب.

1-د/ باسم شهاب، مرجع سابق، ص 545.

2-د/ باسم شهاب، نفس المرجع، ص 545.

وقد يقال بأن القبر لا قدسية له دون الجثة أو الرفات، وللرد على ذلك يمكن القول بأن المشرع يحمي القبر بنصوص مستقلة عن تلك التي يخصصها للجثة والرفات أو ربما يجمعهما في نص واحد، وهو يحمي القبر وغير القبر كالنصب، وهذا الأخير ليس بقبر.

### المطلب الثاني: تجريم الاعتداء على مقابر الشهداء أو رفاتهم

لقد جمع المشرع الجزائري في هذه الجريمة بين فعل الاعتداء على رفات الشهداء وفعل الاعتداء على مقابر الشهداء، واستخدم المشرع الجزائري مصطلح الرفات بدل مصطلح الجثة، والسبب في ذلك يعود إلى زمن وضع النص، قد استحدث بالقانون رقم 99/07 المتعلق بالمجاهد والشهيد<sup>(1)</sup>، ويتعلق ذلك بمقابر شهداء الثورة التحريرية الوطنية ورفاتهم، رغم أنه لم يبين ذلك في النص وبين فعل الاعتداء على مقابر الشهداء أو رفاتهم في مادة قانونية واحدة وهي المادة 160 مكرر 6 من قانون العقوبات الجزائري والتي تنص على تجريم " كل من قام عمدا بتدنيس أو تخريب أو تشويه أو اتلاف أو حرق مقابر الشهداء أو رفاتهم"

ولمعالجة هذا الفرع سوف نتطرق أولا إلى الوضع الخاص لمقابر الشهداء أو رفاتهم وثانيا إلى أركان هذه الجريمة.

#### الفرع الأول: الوضع الخاص لمقابر الشهداء أو رفاتهم:

إن المشرع الجزائري جرم الجرائم الماسة بمقابر الشهداء أو رفاتهم، ويقصد بالشهداء في هذه الجريمة بشهداء الحرب التحريرية، وهذا ما نصت عليه المادة 40 من قانون المجاهد والشهيد رقم 99/07 على أنه: "يعدّ من مآثر حرب التحرير العلم الوطني ومقابر الشهداء ومتاحف الجهاد والنصب التذكارية والمعالم التاريخية واللوحات والساحات والأماكن التي توجد فيها نصب تذكارية وبصفة عامة كل ما يرمز إلى حرب التحرير الوطني".

(1)- راجع القانون 99/07 المؤرخ في ذي الحجة عام 1419 الموافق لـ 5 أبريل 1999 المتعلق بالمجاهد والشهيد.

والشهيد من خلال هذه المادة هو كل من جاهد إبان الحرب التحريرية ضد الاستعمار الفرنسي وشارك فيها وتوفي من أجل تحرير الجزائر، لذا يعتبر الشهيد رمز من رموز الأمة وسيادتها الواجب حماية حقوقها نظرا لأهميتها.

وقد راعى القانون الجزائري حرمة هذه المقابر فرتّب عليها كل من تسول له نفسه القيام بأفعال تمس بحرمتها عقوبات متفاوتة لردعها، وذلك تبعا لمدى خطورة وجسامة الانتهاك، لكونها رمز للدولة، فهي نفسها مثل الرموز الأخرى للدولة الجزائرية هذا من جهة، ومن جهة أخرى، حماية كيان المجتمع الجزائري من هذه الاعتداءات، وهذا ما كرسته المادة 41 من قانون المجاهد والشهيد التي نصت على أن "تعمل الدولة على حماية وتصنيف مآثر الحرب التحريرية ورموزها والحفاظ عليها من كل تشويه أو تخريب أو إتلاف وتسهر على صيانتها"، وكذلك المادة 42 من نفس القانون التي تنص على أنه: "يعاقب على كل مساس بمآثر الحرب التحريرية ورموزها طبقا للتشريع المعمول به، لاسيما قانون العقوبات".<sup>(1)</sup>

وهذا ما ذهب إليه قانون العقوبات في المادة 160 مكرر 6 من قانون العقوبات في قسمه الرابع من الفصل الخامس تحت عنوان الجنايات والجنح التي يرتكبها الأشخاص ضد النظام العمومي، والمادة 87 مكرر في فقرتها الرابعة من قانون العقوبات في القسم الرابع مكرر تحت عنوان الجرائم الموصوفة بأفعال إرهابية وتخريبية، بوصفها كل من قام بالاعتداء على رمز الأمة والجمهورية، وذلك من خلال نبش القبور، فتعتبر أعمالا إرهابية وتخريبية المخلة بالدولة باعتبارها من النظام العام والآداب العام<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: الركن المادي لجريمة الاعتداء على مقابر الشهداء أو رفاتهم:

يتمثل في الاعتداء على رمز يحميه القانون ويصونه، أي القيام بفعل التدنيس، أو التخريب، أو التشويه، أو الإتلاف، أو الحرق العمدي لمقابر الشهداء أو رفاتهم، فمتى حصلت هذه الأعمال المادية توافر الركن المادي للجريمة.

1- راجع المادتين 41 و42 من القانون 99/07 المؤرخ في ذي الحجة عام 1419 الموافق لـ 5 أبريل 1999 المتعلق بالمجاهد والشهيد.

(2)- د/ باسم شهاب، مرجع سابق، ص522.

لذا يشترط لقيام هذه الجريمة أن ترتكب الأفعال على مقابر الشهداء أو رفاتهم، فلا يكفي أن ترتكب الأفعال على المقابر، وإنما يجب أن تكون هذه المقابر للشهداء.

لقد نصت المادة 160 مكرر 6 من قانون العقوبات الجزائري بقولها: " يعاقب بالحبس من خمس سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج كل من قام عمدا بتدنيس أو تخريب أو تشويه أو إتلاف أو حرق مقابر الشهداء أو رفاتهم " وقد اشارت نص المادة الى مجموعة من الأفعال المكونة لهذه الجريمة والمتمثلة في:

أ- **تدنيس مقابر الشهداء ورفاتهم:** ويكون ذلك بأي فعل يؤدي إلى تدنيس المقابر، كرمي القاذورات فيها أو تناول الخمر وغيرها من الأفعال.

ب- **تخريب مقابر الشهداء:** ونعني به التعيب، وبما أن المشرع الجزائري لم يذكر الهدم من بين الصور فقد يصل التخريب لدرجة الهدم.

ج- **تشويه مقابر الشهداء:** أي ارتكاب أفعال تؤدي إلى الإضرار بالمقبرة، بصورة تجعلها غير لائقة ولا تصل لدرجة التخريب<sup>(1)</sup>.

د- **إتلاف المقابر:** أي إعدام المقبرة، يعني القضاء عليها كلياً أو جزئياً.

وتتمثل النتيجة الاجرامية في انتهاك وامتهان حرمة مقابر الشهداء أو رفاتهم، فيجب أن يؤدي فعل التدنيس، والحرق والتخريب والإتلاف إلى الاعتداء على حرمة مقابر الشهداء.

ولابد لمساءلة الفاعل من توافر العلاقة السببية، وهي إسناد النتيجة التي يجرمها القانون ويعاقب عليها، وهي الاعتداء على حرمة المقابر الشهداء إلى سلوك الفاعل المتمثل في التدنيس والحرق والتخريب والإتلاف، وذلك عن طريق الربط بينهما أي أن يكون أحد الأفعال السابقة الذكر سبب في الاعتداء على حرمة مقابر الشهداء أو رفاتهم<sup>(2)</sup>، بمعنى أن يتم اثبات تلك العلاقة الرابطة بين الفعل المرتكب المجرم المنتهك لحرمة مقابر الشهداء أو رفاتهم، والنتيجة غير المشروعة المتمثلة في الاعتداء الحاصل نتيجة ذلك الفعل المجرم.

(1) - محمد نجيب حسني، مرجع سابق، ص712، وكذا صونية بدري، ص60.

(2) - محمد بشير فليفل، مرجع سابق، ص199، وكذا بن سعادة زهراء، ص116.

و لقد اشترط المشرع الجزائري لقيام الجريمة يجب أن تتجه إرادة الجاني للقيام تدنيس أو تخريب أو تشويه أو إتلاف أو حرق مقابر الشهداء أو رفاتهم الواردة بأحكام المادة 160 مكرر 6 السابقة الذكر، ففي هذه الحالة لقيام هذه الجريمة توافر القصد الجنائي لدى مرتكبيها.

والقصد الجنائي هنا هو القصد العام دون الخاص، يجب أن يكون الجاني على علم بأن الفعل الذي يقوم به يكون جريمة يعاقب عليها القانون، مع اتجاه إرادته إلى القيام بالفعل المجرم المتمثل هنا في الاعتداء على المقابر <sup>(1)</sup>.

وقد عاقب المشرع الجزائري كل من المدنس، أو المخرب، أو المشوه، أو المحرق لمقابر الشهداء أو رفاتهم، الحبس من خمس سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج وذلك بموجب المادة 160 مكرر 6 من قانون العقوبات الجزائري.

مع جواز الحكم على الجاني بالحرمان من الحقوق الوطنية المنصوص عليها في المادة 08 من قانون العقوبات <sup>(2)</sup>، حيث تنص المادة 160 مكرر 8 على أنه: "في كل الحالات المنصوص عليها في المواد 160 مكرر 5، 160 مكرر 6، 160 مكرر 7 يمكن أن تأمر المحكمة بالحرمان من الحقوق المنصوص عليها في المادة 9 مكرر 1 من قانون العقوبات".

وتتمثل الحقوق الوطنية التي يمكن للمحكمة أن تأمر بها بحرمان الجاني منها إن رأت ذلك حسب نص المادة 09 مكرر 1 من قانون العقوبات <sup>(3)</sup>.

والملاحظ أن العقوبة التي وضعها المشرع الجزائري للجريمة شديدة مقارنة بالسلوك المقترف، مما يدعو إلى القول بأن القانون لا يتساهل مع السلوكات التي تمس بحماية القيمة الوطنية والمعنوية للشهداء بوصفهم رموز الأمة، ويؤكد عزمه وحرصه على حمايتها.

(1) - د/ باسم شهاب، مرجع سابق، ص 522.

(2) - ألغيت المادة 8 من الأمر رقم 66-456 المؤرخ في 8/6/1966 المتضمن قانون العقوبات بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المعدل والمتمم له، وأصبحت المادة 09 مكرر 1 هي التي تنص على الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية.

(3) - راجع قانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المتعلق بقانون العقوبات الجزائري.

هذا ويهدف المشرع الجزائري من تجريم انتهاك حرمة القبور إلى احترام حرية الأديان هذا المبدأ الذي ضمنه الدستور والقانون بالتنظيم، بيد أن هناك العديد من الشروط والضوابط اللازم توافرها لتجريم التعدي على القبور وحرمتها وتتمثل في التالي:

ويشترط أن يكون المكان معد للدفن، حيث تعد مقبرة إذا كانت معدة للدفن فيها والجبانة التي بطل أو منع الدفن فيها لأي سبب إلا أنها لا تزال محتفظة بمعالمها، أما إذا زالت معالم المقبرة ولم تعد محتفظة بمعالمها فلا تعد مقبرة لأغراض هذه الجريمة وفي حكم قضائي قضى بأن " من حفر في أرض جبانة قد زالت بالإضافة إلى أن الحكومة قد باعت الأرض باعتبارها من أملاكها".

كما يشترط قيام الجاني بارتكاب أحد الأعمال المادية التي تمثل انتهاك حرمة القيام وتدنيسه على أي مكان معد لدفن الموتى، أو لحفظ رفاتهم، وعليه يعد مرتكبا لجرائم انتهاك حرمة القبور والتعدي عليها، يستوي في ذلك قيام الشخص بتخريب، أو تشويه، أو إتلاف، أو حرق المقابر<sup>1</sup>.

ويشترط -أيضا- عدم وجود سبب قانوني أو قضائي يبيح الاعتداء على القبور أي أنه لا تقع الجريمة ضمن نطاق الأفعال المباحة من الناحية القانونية، مادام يوجد مسوغ قانوني وقضائي يبيح تلك الأفعال<sup>(2)</sup>.

وعليه طبقا للأحكام التي ينظمها القانون يفيد في أن أعمال البحث تدخل في نطاق الإباحة. ومن ثم فإن الشخص الذي يقوم بأعمال التنقيب داخل المقابر بعد حصوله على الترخيص اللازم يمكن أن يستفيد من أسباب الإباحة المنصوص عليها في التشريع بشرط احترام كافة الشروط الأخرى.

وعلى الصعيد القضائي قد تلجأ السلطة القضائية المختصة إلى إعطاء الاذن بفتح القبر والكشف عن جثة المتوفى، حيث يتعين أن يكون هذا القرار مستندا إلى أسباب ومبررات قانونية وواقعية ضرورية دعت السلطة المختصة إلى اتخاذ مثل هكذا قرار مهم وخطير، من المفترض عدم

(1)- منى عبد العالي موسى، مرجع سابق، ص 331.

(2)- تنص المادة 39 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: " لا جريمة اذا كان الفعل قد أمر أو اذن به القانون"

اللجوء إليه إلا في الضرورات القصوى كون القانون قد حمى جثة الانسان وحرّم انتهاكها، بأي شكل من الأشكال، والتي منها فتح أو كشف القبر<sup>1</sup>.

بعد أن بينا فيما سبق جرائم الاعتداء على المقابر في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، وبما أن هذا الأخير يأخذ في بعض الأحيان بما أقرته الشريعة الإسلامية فبدون شك سيكون هناك نوع من التوافق مع الشريعة الإسلامية حتى ولو كان التوافق بسيطاً، وتتمثل أوجه الاتفاق في<sup>2</sup> :

- اتفقا كل من الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري على فرض الحماية لأماكن الدفن، سواء كان ذلك حماية للميت وإكراماً له، أو من أجل الحفاظ على النظام العام، ويبقى دائماً هناك اختلاف في درجة الحماية.

-أخذت الشريعة الإسلامية بمبدأ الشرعية كأساس لتجريم انتهاك حرمة المقابر، فنجد أن الشريعة الإسلامية جرمت انتهاك حرمة المقابر على أساس أنها جرائم حدود في بعض الأحيان، ومن المعروف في الشريعة الإسلامية أنه لا حد بدون نص، وفي بعض الأحيان الأخرى أخذت بجرائم التعزير وقد سبق القول إن جرائم التعزير من الأصول العامة للشريعة الإسلامية ، وقد سائر المشرع الجزائري الشريعة الإسلامية في الأخذ بمبدأ شرعية التجريم .

- لقد سائر المشرع الجزائري الشريعة الإسلامية لما ذهب إليه في أحكام المقابر، فكل من الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري اتفقا على حماية المقابر بتجريم كل فعل يمس بحرمة المقابر .

أما عن الاختلاف بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري يتجسد في العديد من الأوجه، ويتمثل أساساً في :

-ان جرائم انتهاك المقابر في الشريعة الإسلامية عقوبتها حدية وتعزيرية، خلافاً للمشرع الجزائري الذي اعتبر كل العقوبات المتعلقة بالمقابر جنح، مع تأرجحها بين جنح بسيطة وأخرى متعددة، وهي حالة وحيدة إذا يتعلق الأمر بانتهاك حرمة مقابر الشهداء .

(1)- المرسوم 152/75 المؤرخ في 1975/12/15 المتعلق بتحديد قواعد حفظ الصحة فيما يخص الدفن ونقل الجثث وإخراج الموتى من القبور وإعادة دفنها.

(2) - محمد بشير فليفل، مرجع سابق، ص 255.

-العقوبات التي رتبها القانون الجزائري هي عقوبة الحبس والغرامة المالية فقط، خلافا للشرعية الإسلامية التي رتبت عقوبة حدية على النباش إذا بلغ ثمن الكفن النصاب، ورتبت عقوبات تعزيرية متعددة كالحبس والجلد، النفي، التوبيخ، والحجر، والتشهير، والقتل لمن استطال شره، فالعقوبات التعزيرية في الشريعة الإسلامية متنوعة يختار منها أولى الأمر ما يراه مناسبا لحال الجاني وظروف الجريمة، وهو ما يطلق عليها تفريد العقاب، وهذا ما ينطبق بالضبط على جرائم انتهاك حرمة المقابر.

-العقوبات في الشريعة الإسلامية هي عقوبات دنيوية وأخرى دينية تتعلق بالدين، أما القانون فلا يعاقب إلا بالعقوبات الدنيوية لأن العقوبات الدينية هي عقوبات أجلت للآخرة<sup>(1)</sup>.

إلا أنه قد اختلف القانون الجزائري مع الشريعة الإسلامية فيما يخص جرائم انتهاك حرمة المقابر، حيث أن هناك بعض الأفعال المجرمة في الشريعة الإسلامية وغير مجرمة في القانون الجزائري، فنجد مثلا أن البناء على القبور والذبح عندها هي أفعال مباحة ولا عقاب عليها في التشريع الجزائري، بل تعتبر من القربات والعبادات في المجتمع الجزائري في حين أنها تعتبر من الكبائر في الشريعة الإسلامية.

- كما أن الشريعة الإسلامية تمنع دفن الكفرة والمشركين في مقابر المسلمين، خلافا للقانون الجزائري حيث أنه إذا كان الميت يحمل الجنسية الجزائرية فإنه يدفن في المقابر المسلمين ولا يسأل عن دينه<sup>2</sup>.

وخلاصة هذا الفصل يمكن القول أن للمقابر حرمتها في الدين الإسلامي، لذلك فقد أقرت الشريعة الإسلامية لمنتهاك هذه الحرمة عقوبات تتراوح بين الحد والتعزير، ومن بين ما حرّمته هذه الأخيرة نبش القبور فاعتبرت نباش القبور سارقا، وأقرت له عقوبة حدية وهي القطع، كما اعتبرت الشريعة بناء المساجد على القبور والذبح عندها انتهاك لحرمة المقابر، تمثل وسيلة للشرك بالله عز وجل، وقد شددت العقوبة على من يرتكبها سدا للذريعة المفضية للشرك بالله عز وجل وحفاظا لحرمة القبور من البدع، مع أن العقوبات المقررة لها هي عقوبات تعزيرية.

وقد سائر القانون الجزائري الشريعة الإسلامية عندما قام بتجريم بعض الأفعال التي تؤدي إلى انتهاك حرمة المقابر، مع أنه لم يحدد أفعالا بعينها إلا في بعض الصور، فجرم أي فعل ينتهك

(1) - محمد بشير فليفل، مرجع سابق، ص 256، وكذا صونية بدري، مرجع سابق، ص 74.

(2) - صونية بدري، مرجع سابق، ص 72، وكذا محمد بشير فليفل، مرجع سابق، ص 255.

حرمة مدفن أو حرمة الموتى في المقابر أو غيرها من أماكن الدفن، كما جرم كل فعل يؤدي إلى تدنيس أو تخريب أو هدم المقابر أو أماكن الدفن، وعاقب على كل هذه الأفعال بعقوبة الجنحة البسيطة، غير أنه شدد العقوبة عندما تعلق الأمر بمقابر الشهداء لما لهم من مكانة كبيرة، فجرّم كل فعل يؤدي إلى تدنيس هذه المقابر أو تخريبها أو حرقها أو إتلافها، وعاقب عليها بعقوبة جنحة مشددة.

كما أنه لا خلاف بين الشريعة والقانون على المبادئ والأصول التي تقوم عليها العقوبة وإنما الخلاف على الكيفية التي تطبق بها هذه المبادئ والحدود، فقد طبقت الشريعة الإسلامية كل المبادئ التي تعترف بها القواعد الوضعية، ولكنها لم تجمع بينها في كل العقوبات ولم تسو بينها في كل الجرائم، وجعلت لكل مبدأ منطقته يعمل فيها وحده أو مع غيره.

وصفوة القول مهما كانت درجة التجريم في القانون يبقى دائما هناك اختلاف بينه وبين الشريعة الإسلامية حيث أن أهم الأفعال المجرمة في الشريعة الإسلامية، مباحة في القانون الجزائري ومن ذلك بناء المساجد على القبور، فهي تعتبر من الكبائر في الإسلام إذا كان الغرض منها الاستغاثة بالميت، غير أن القانون الجزائري لا يجرّم ذلك، بل وأكثر من ذلك فإن بناء المساجد على القبور يعتبر من القربان والطاعات عند الجزائريين<sup>(1)</sup>.

(1) - صونية بدري، مرجع سابق، ص75.

## الخاتمة

وهكذا تطوي هذه الدراسة بعدما تعرضنا الى أن كرامة وحرمة جسم الانسان لا تقتصر على حياته بل تمتد الى ما بعد الوفاة، لتشمل الانسان الميت أي الجثة، فيكون للإنسان الحق في احترام جثته، باعتبارها من بقايا جسده، فلا يجوز المساس بها أو الاعتداء عليها، وهذا ما أقرته كل من الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري من خلال النصوص العقابية التي سخرتها لحماية الجثة من العبث بها، وحماية المقابر من الأعمال بحرمة هذه الأماكن.

وإن كانت كل من الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية قد أحاطت الميت بحماية من كل اعتداء واقع عليه، إلا أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يتساويا مع بعضهما البعض، إلا إذا اعتمد القانون على الشريعة الإسلامية، وبالنظر الى كيفية تجريم المشرع الجزائري للمساس بحرمة الميت نجد أنه قد سائر الشريعة الإسلامية في بعض الحالات، غير أنه خالفها في كثير من الأمور الأخرى، لعل أبرزها عدم تجريمه لوطء الميتة على أنها زنا، أو عدم تجريمه للنش على أنه سرقة، كما اختلف القانون عن الشريعة الإسلامية في العقوبات المقررة، وبالتالي فالمشرع لم يحط الموتى بحماية كافية.

ومن نتائج البحث المتوصل اليها نذكر الآتي:

- أنه إذا كان من المتفق عليه، بأن الموت يتمثل بمفارقة الروح للجسد، إلا أن تحديد لحظة هذه المفارقة لم يكن محل إجماع وقد أثارت هذه المسألة جدلا واسعا بين علماء الطب والشريعة والقانون، بل امتد الجدل والخلاف إلى علماء كل طائفة من هؤلاء من منطلق لا ينكر المفهوم المتقدم للوفاة، وإنما من اللحظة التي يتحقق فيها هذا المفهوم.

- وقد بينا أن المشرع الجزائري لم يبين بكل وضوح، معيار تحديد لحظة الوفاة التي يسمح بعد إعلانها بالتدخل الطبي لنقل الأعضاء البشرية من جثث الموتى وزرعها في جسد آخر، بل ترك الأمر للجنة الطبية، وبدون تحديد الضوابط والاجراءات، وهو أمر سيؤدي الى كثير من التناقضات والمشكلات، وكذلك تضارب في أحكام القضاء في هذا الشأن.

- كما لا يجوز شرعا وقانونا الحكم بموت المتوفى دماغيا، ولا يستعجل عليه، وينتظر حتى يموت موتا حقيقية لاشك فيه، وبالتالي فإن أي اعتداء على شخص ميت دماغيا يعد اعتداء واقعا على إنسان حي، وليس اعتداء على جثة، وبالتالي، فمن المتصور وقوع جريمة قتل على مثل هذا الشخص إذا ما اقترن سلوك الجاني بنية قتله.

- كما أنه نظرا للتقدم الكبير الذي حدث في مجال العلوم الطبية، اقتضت الحاجة للخروج على مبدأ حرمة الجثة، وذلك في صورة تشريح الجثة لغرض قانوني " التشريح الجنائي " وهذا الأمر محل اتفاق بين العلماء المعاصرين.

أو تشريحها لغرض التعليمي " التشريح التعليمي " لطلاب كلية الطب، وهذا الأمر لا يجوز اذا وجدت البدائل الصناعية التي تقوم مقام الجثة، أما اذا لم يوجد البديل فانه يجوز تشريحها للضرورة، وذلك لما يمثله التشريح من فائدة بالغة في تطوير العلوم الطبية وإيجاد العلاج اللازم للمرض والتحقق من أسباب الوفاة، مقارنة بالضرر اللاحق بالجثة، بشرط الالتزام بالضوابط الشرعية واحترام إرادة الشخص قبل وفاته مع وجوب ترميم الجثة ودفنها بعد الانتهاء من التشريح احتراما لحرمة الميت.

- كما توصلنا الى أن عملية استقطاع الأعضاء من الأموات، تمكّنا من خلالها التعرف على كيفية التصرف في الجثة، فوجدنا أن الفقه الإسلامي، نظم ما يعرف بالوصية من الميت أثناء حياته، بعضو أو جزء من جسده، فإن لم يوص بذلك، ينتقل الإذن لأقاربه، وإذا ثبت عدم رغبته في ذلك، وجب احترام هذه الإرادة، وعدم الاعتداد بأي إرادة أخرى.

- كما لا يجوز أن يؤخذ من الجثة إلا مقدار ما تدعو اليه الضرورة والحاجة، وأن يتم استئصال العضو برفق دون امتهان لكرامته، وأن يعاد ترميم الموضع الذي أخذ منه، وذلك لما ورد عن أحمد وأبو داود وابن ماجه عن السيدة عائشة رضي الله عنها، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " كسر عظم الميت ككسره حيا".

- وقد حرص القانون الطبي الجزائري على تأكيد مبدأ حرمة الجثة، باعتباره مبدأ شرعي وقانوني لا يجوز المساس به، ومن ثم، فإن نزع الأعضاء منها لأغراض علاجية أو لأهداف علمية تجرى للميت كما تجرى للحي، بكل عناية واحترام وتكريم ودون إهانة أو عبث أو مساس بحرمة الميت أو معصومية الجثة.

- ضرورة الحصول على موافقة أقارب المتوفى، تعبيرا عن حماية حقوقهم المعنوية على جثة قريبهم، تلك الحقوق التي تجد أساسها وجذورها في صلة الدم والقرابة التي تربط ما بين أفراد الأسرة، ولا ينبغي التعويل على الموافقة المفترضة، إذ قد ينشغل ذوو المتوفى بالمصاب الذي ألم بهم مما يحول دون اعتراضهم على التصرف في جثة قريبهم مع رفضهم لذلك.

- هذا وقد جرمت الشريعة الإسلامية أي فعل يمثل اعتداء على حرمة الميت سواء كان الفعل اعتداء على الجثة كوطنها أو قذفها، أو كان الفعل يمس بمكان الدفن كنش القبر أو بناء مساجد على القبور وغيرها، وعاقبت على مثل هذه الأفعال بعقوبات حدية وأخرى تعزيرية، ورتبت العقوبة الحدية فيما يخص جريمة نبش القبور، أما بخصوص جريمة بناء المساجد على القبور والتمسح بها، وجريمة الذبح عند القبور واتخاذها أعيادا فطبقت عليهما العقوبات التعزيرية.

- كما نجد أن المشرع الجزائري بدوره، قد كفل حماية جنائية خاصة لجثة الميت، فجرم كل الأفعال التي من شأنها المساس بكرامة وحرمة الجثة، كتجريم أفعال الهدم والتخريب وتدنيس القبور، بمقتضى المادة 150 من قانون العقوبات، كما جرم أي فعل يمس بالحرمة الواجبة للموتى بالتشويه، والتتكيل، أو أي أعمال وحشية أخرى تمس بجثة الميت، وذلك وفقا لنص المادة 153 من قانون العقوبات.

- أما فيما يتعلق بالجرائم الخاصة فهي التي ترتكب من قبل بعض المختصين الذين يسهل عليهم التعامل مع هذه الأعضاء، ألا وهم الأطباء والجراحون بشكل أساسي، والمتمثلة في جريمة انتزاع أعضاء الجثة المنصوص والمعاقب عليها في المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات، وبخاصة جريمة انتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد الميت، والتي نصت عليها المادة 303 مكرر 19 من نفس القانون.

مما سبق نجد أن المشرع الجزائري قد رتب على لكل من تسول له نفسه الاعتداء على حرمة جثة الميت، عقوبات متفاوتة ومختلفة الأحكام، وأقر عقوبة الحبس والغرامة معها دون أن يجعل من الغرامة عقوبة بديلة للجريمة، فاعتبر أغلبها جناحا، وطبق عليها العقوبات الأصلية المقررة في مواد الجناح، فيما عدا جريمتي انتزاع أعضاء الميت وانتزاع أنسجته أو خلاياه أو جمع مواده مع توافر الظروف المشددة المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 20 من قانون العقوبات الجزائري.

- كما فرض المشرع الجزائري على مرتكبي الجرائم التي تمثل انتهاكا واعتداء على حرمة المقابر، العقوبات المقررة لمواد الجرح البسيطة والمتمثلة في الحبس والغرامة المالية أو إحداها فقط، ما عدا حالة واحدة والمنصوص عليها في المادة 160 مكرر 6 ، ألا وهي جريمة تدنيس، أو تخريب، أو تشويه، أو إتلاف، أو حرق مقابر الشهداء أو رفاتهم، حيث أنه اعتبرها جنحة مشددة، ورتب عليها العقوبات الأصلية للجناية، والسبب في ذلك يرجع لمكانة الشهداء وقيمتهم العظيمة.

وعليه من خلال دراستنا لموضوع الحماية الجنائية لحرمة الميت في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، ارتأينا تقديم الاقتراحات التالية، والتي نرجو أن تساهم في إثراء هذا الموضوع:

- على المشرع الجزائري إعطاء قدر أكبر من الاهتمام والحماية للجثث الآدمية والمقابر، وذلك لضبط لحظة الموت من الناحية الجنائية والمدنية، لأن تحديدها يعني لنا نهاية جثة متوفى، يترتب عليها إجراءات قانونية وطبية مختلفة.

- لا بد من إصدار قانون مستقل، متكامل خاص بنقل الأعضاء البشرية ولاسيما من الأموات، وليس مجرد مواد قانونية متفرقة هنا وهناك، أو مجرد نصوص تنظيمية في قوانين مختلفة، مع الأخذ بما يكفل تحقيق التوازن بين حرية البحث الطبي العلمي، وتكريس حقوق الإنسان وحياته الأساسية، بضمان احترام الجسم البشري وجثته، والحفاظ على حقوقه وكرامته الآدمية.

- وضع ضوابط وشروط خاصة تتعلق بالجثة المراد تشريحها للأغراض الطبية العلاجية أو التعليمية، لأهداف علمية واضحة، كموافقة صاحب الجثة قبل وفاته، ثم ورثته بعد وفاته، وعدم نبش القبر عند تشريحها لعدم التعدي على الجثة بعد دفنها واستقرارها في القبر.

- لا بد من إعادة النظر فيما يتعلق بالاستئصال من القصر، الذي يجب أن يكون مشروطا بشروط شرعية قانونية واضحة، وبموافقة وليه بعد التبصير وفق الإجراءات المحددة شرعا وقانونا.

- ضرورة المساهمة الفقهية لجميع التطورات الطبية، بما فيها تطورات علوم الطب والجراحة، وذلك بتخريجها تخريجا شرعيا بما يتماشى ومقاصد الشريعة الإسلامية، مع ضرورة احترام أخلاقيات المهنة الطبية، في ضمان حرمة الجثة وكرامتها، وعدم الاعتداء عليها أو إهانتها بأي حال من الأحوال.

-القيام بحملات إعلامية تحسيسية، تتعلق بفقّه وأحكام الموتى والمقابر، على العامة من المواطنين خاصة المنحرفين، وفي حراسة المقابر وصيانتها، لكي يكونوا على بصيرة بالأحكام الشرعية، والنصوص القانونية المتعلقة بحرمة الأموات والمقابر، وذلك لجهل عامتهم بأدنى تلك الأحكام والقوانين، لعلهم يبتعدون عن انتهاك القبور.

- على المشرع الجزائري تشديد العقوبات المتعلقة بالجرائم الواقعة على الموتى والمقابر خاصة على بعض الفئات، كأن يكون الجاني من متولي شؤون المقابر، وذلك حسب جسامة الفعل المرتكب كجريمة وطء ميتة والتي كان من المفترض تسليط أقصى عقوبة لها، مع وجوب تفعيل هذه النصوص حتى تحقق الردع الكافي للمجرمين.

- ضرورة إعادة النظر فيما يتعلق بالعقوبات التكميلية الواردة في المادة 9 من قانون العقوبات الجزائري بالنسبة لكل الجرائم الواقعة على الجثث والمقابر.

## قائمة المصادر والمراجع:

أولاً- القرآن الكريم.

ثانياً- المراجع باللغة العربية:

أ- الكتب العامة:

1. المرداوي أبو الحسن علي بن سليمان، الإنصاف، تحقيق، محمد حامد الفقي، الجزء السابع، دار إحياء التراث، بيروت، 1957.
- 2- إبراهيم صادق الجندي، الموت الدماغى، الطبعة الأولى، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2001.
- 3- إبراهيم مصطفى أحمد وحسن الزيات، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، الجزء الأول، دار الدعوة، القاهرة، 1989.
- 4- ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، طبعة جديدة، القاهرة، 1970.
- 5- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الامام الشافعي (كتاب السرقة)، دار الكتب العلمية، الجزء الثالث عشر، لبنان، 1999.
- 6- أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، الجزء الرابع، دار المعرفة، القاهرة، 2010.
- 7- أبو عبد الله محمد الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، الطبعة الثانية، الجزء الثاني، دار الفكر للطباعة، بيروت، 2010.
- 8- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ضبط أحمد جاد، دون طبعة، دار قصر البخاري، الجزائر، 2012.
- 9- أبو عبد الله محمد سلامة الغنيمي، أطوار خلق الانسان في القرآن بين الاعجاز التربوى والاعجاز العلمى، الاعجاز العلمى في القرآن والسنة، عمان، 2014.
- 10- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.
- 11- أحمد أبو عبد الله الشيباني، مسند الإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة قرطبة، الجزء السادس، القاهرة، بدون سنة النشر.

- 12- أحمد بن فارس بن زكرياء أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، بيروت، 1979.
- 13- أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الجزء الثاني، المكتبة العلمية، بيروت، بدون سنة النشر.
- 14- أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار، مطبعة السنة المحمدية، الجزء الثاني، القاهرة، 1967.
- 15- د/ أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
- 16- د/ أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية لأعمال الطبية، ط 2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987.
- 17- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
- 17- د/ أحمد فتحي بهنسي، الجرائم في الفقه الإسلامي، الطبعة السادسة، دار الشروق، القاهرة، 1988.
- 18- أحمد مجحودة، أزمة الوضوح في الإثم الجنائي في القانون الجزائري والقانون المقارن، الجزء الثاني، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2000.
- 19- د/ الإمام محمد بن إدريس الشافعي، الأم، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت، 1990.
- 20- بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1996.
- 21- البخاري، في الصحيح، كتاب الجنائز، باب ما نهى عن سب الأموات، موسوعة الحديث الشريف، الكتب الستة، الجزء الأول، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، 1999..
- 22- جلال الدين بن عبد الرحمن بن الكمال أبي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1990.
- 23- د/ جهاد حمد حمد، الأحكام الشرعية في ضوء المستجدات الطبية والبيولوجية المعاصرة، الطبعة الثانية، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2017.

- 24-د/ جهاد محمود عبد المبدى، عمليات نقل وتأجير الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون، 2014.
- 25-د/ حسان تحوت، متى تنتهي الحياة، منشورات الفقه الإسلامي، جدة، 1985.
- 26-حسني عبد الحميد، البدائل الشرعية للعقوبات الوضعية، بدلائل العقوبات السالبة للحرية في الشريعة الإسلامية، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
- 27-حسين علي شحرور، الطب الشرعي مبادئ وحقائق، المركز الإسلامي الثقافي، بيروت، لبنان، 2000.
- 28-حمدي باشا عمر، عقود التبرعات-الهبة، الوصية، الوقف، دار هومة، الجزائر، 2004.
- 29-خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012.
- 30-خالد مصطفى هاشم، الجريمة، الطبعة الأولى، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، مصر، 2007.
- 31-خالد رشيد الجميلي، الحدود في الفقه الجنائي الإسلامي المقارن، الطبعة الأولى، دار الدولية للاستثمارات الثقافية، مصر، 2002.
- 32-خليل إبراهيم علي الزكروط، عقوبة التعزير وظروف استيفائها في الشريعة الإسلامية، دراسة تاريخية مقارنة مع القانون الوضعي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
- 33-دردوس مكي، القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، المطبعة الجهوية، الجزائر، 2005.
- 34-دعيج بطحي أدحيلان المطيري، الموت الدماغي وتكييفه الشرعي، دراسة فقهية طبية مقارنة، كلية الشريعة، جامعة الكويت، 1996.
- 35-رمسيس بهنام، القسم الخاص في قانون العقوبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1982.
- 36-رمضان جمال كمال، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، شركة ناس للطباعة، القاهرة، 2005.
- 37-د/ زهير محمد السباعي ود/ محمد علي البار، الطبيب آدابه وفقهه، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، 1998.
- 38- شمس الدين ابن قدامي المقدسي، الشرح الكبير، الجزء العاشر، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، لبنان، 1983.

- 39- الشيخ جاد الحق علي جاد الحق، بحوث وفتاوى إسلامية في قضايا معاصرة، الجزء الخامس، الأزهر الشريف الأمانة العامة للجنة العليا لدعوة الإسلام، القاهرة، 1993.
- 40- الشيخ زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، الاشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999.
- 41- صاحب عبد الفتلاوي، التشريعات الصحية دراسة مقارنة، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.
- 42- د/ طارق سرور، قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- 43- د/ طارق عفيفي صادق أحمد، نظرية الحق، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016.
- 44- د/ عبد السميع إبراهيم محمد، الموتة الدماغية إبراهيم محمد، الموتة الدماغية، مجلة كلية أصول الدين والدعوة، ع 34 ج 2، أسيوط، د.س.ن.
- 45- عبد الرحمن الجزيري، كتاب فقه على المذاهب الأربعة، الطبعة الثانية، الجزء الأول، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، 2003.
- 46- د/ عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات، قسم خاص، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، 2002.
- 47- د/ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، القسم العام، الطبعة الثالثة، القاهرة، 1963.
- 48- عبد الله البستاني، الوافي، معجم اللغة العربية، مكتبة لبنان، بيروت، 1980.
- 49- عبد الله بن قدامة المقدسي، المغني، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب، الرياض، 2010.
- 50- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، الجزء الخامس، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993.
- 51- عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الاعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.
- 52- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السابع، دار الكتاب العربي، بيروت، 1984.

- 53- **علوي عبد القادر السقاف**، كتاب الصلاة، الطبعة الأولى، الموسوعة الفقهية الدرر السنية، المملكة السعودية، الرياض، 2015.
- 54- **علي أحمد عبد العال الطهطاوي**، بدع الصوفية والكرامات والموالد، العدد الثالث، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000.
- 55- **علي بن الحسن الهنائي**، المنجد الأبجدي، دار المشرق، بيروت لبنان، المؤسسة الوطنية للكتاب، الطبعة السادسة، الجزائر، 1988.
- 56- **علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني**، التعريفات، الطبعة الثانية، تحقيق إبراهيم الابياري، دار الكتاب العربي، بيروت، 1984.
- 57- **علي محفوظ**، الابداع في مضار الابتداع، دار الكتاب العلمية، بيروت، 2012.
- 58- **فريحة حسن**، شرح قانون العقوبات الجزائري، جرائم الاعتداء على الأشخاص وجرائم الاعتداء على الأموال، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2006.
- 59- **فريد الزغبى**، الموسوعة الجنائية، الجزء الخامس عشر، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، 1995.
- 60- **د/ فوزية عبد الستار**، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة، 1990.
- 61- **قاسم بن عبد الله بن أمير القونوي**، أنيس الفقهاء، الطبعة الأولى، الجزء الأول، دار الوفا، جدة، 2004.
- 62- **د/ كامل السعيد**، الجرائم الواقعة على الانسان، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.
- 63- **كامل عبد العزيز محمد علي**، الجوانب القانونية والشرعية التي تنثيرها عمليات نقل خلايا الجسم، كلية الحقوق، جامعة أسبوط، 2007.
- 64- **ماجد عبد الناصر محمد الجبوري**، التشريع الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 2005.
- 65- **مسلم أبو الحسن بن الحجاج**، صحيح مسلم، دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، 2005.
- 66- **مسلم بن حجاج النيسابوري**، صحيح مسلم، ج 3، ط2، دار السلام للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2000.

- 67- محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998.
- 68- محمد أمين بن عمر عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، الجزء الثاني، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، 2003.
- 69- محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، تحقيق محمود خاطر، الجزء الأول، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، 1995.
- 70- محمد بن يعقوب الفيروز ابادي مجد الدين، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثامنة، بيروت، 2005.
- 71- محمد بن يوسف اطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، الجزء الثاني، دار الفتح، بيروت، 1973.
- 72- محمد رشاد متولي، جرائم الاعتداء على العرض في القانون الجزائري والمقارن، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
- 73- محمد سامي الشوا، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، عمان، 2004.
- 74- محمد سعيد عبد القادر، فقه القضاء في الإسلام، منشأة المعارف، طبعة أولى، القاهرة، 2008.
- 75- محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، الطبعة الأولى، دار النفائس، الأردن، 2006.
- 76- محمد الشنقيطي ومحمد الأمين بن محمد بن المختار الجنكي، أضواء البيان في إيضاح القرآن، مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر بيروت، 1995.
- 77- د/محمد صلاح الدين إبراهيم، حكم نقل وزرع أعضاء الإنسان بين الإباحة والتحریم، دراسة مقارنة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
- 78- د/ محمد طيب سليمان، الطب الشرعي، دون دار النشر، القاهرة، 1959.
- 79- محمد عبد الجواد النتشة، المسائل الطبية المستجدة في ضوء الشريعة الإسلامية، المجلد الثاني، إصدارات دار الحكمة، بريطانيا، 2001.
- 80- محمد علي البار، الطبيب آدابه وفقهه، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، 1998.
- 81- د/ محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ط 4، دار السعودية للنشر والتوزيع، جدة، 1983.

82-د/ محمد نجيب حسني، جرائم الاعتداء على الأموال، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.

83- محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، الطبعة الأولى، تحقيق محمود مطرحي، دار الفكر، بيروت، 1997.

84-د/ هدى محمد دياب وآخرون، الطب الشرعي والسموميات، منظمة الصحة العالمية، المكتب الإقليمي لشرق البحر المتوسط، 1998.

85-وهبة الزحلي، الفقه المالكي الميسر، دار الكلم الطيب، الطبعة الأولى، المجلد الثاني، سوريا، 2000.

86-يحيى ابن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، الجزء الخامس، طبعة إدارة الطباعة المنيرية، القاهرة، دون سنة النشر.

87-يحيى بن لعلي، الخبرة في الطب الشرعي، مطبعة عمار قرفي، الجزائر، 2006.

88-د/ يوسف القرضاوي، فتاوى معاصرة، الطبعة الأولى، دار الوفاء للطباعة والنشر، القاهرة، 1993.

#### ب-الكتب المتخصصة:

1- أحمد العمر، موت الدماغ، المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2007.

2- د/ أحمد نمور أحمد أبو جويد، الموت الدماغى، دراسة فقهية مقارنة، المجلة الأردنية للعلوم التطبيقية، مجلد 20، العدد 1، الأردن، 2018.

3-د/ أحمد محمد بدوي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، ملتزم بالطبع والنشر سعد سمك للمطبوعات القانونية والاقتصادية، القاهرة، 1999.

4- أسامة علي عصمت الشناوي، الحماية الجنائية لحق الإنسان في التصرف في أعضائه، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.

5-د/ أسامة نهاد رفعت، نقل الأعضاء البشرية بين الطب والشرعية والقانون، منشورات بيت الحكمة، بغداد، 2000.

6-أنور أبو بكر كريم هواني الجاف، مدى شرعية تشريح جثة الإنسان، دراسة قانونية مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2010.

- 7- إيمان عبد الرحمن المشموم، الحماية الشرعية لجثة المتوفى، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، جمعية دار البر، الامارات العربية المتحدة، دبي، 2013.
- 8-د/ باسم شهاب، الجرائم الماسة بكيان الإنسان، القتل بالسم، المساعدة على انتحار، القتل الرحيم، الإيذاء بصوره المختلفة، التعذيب، الإجهاض، قتل حديثي العهد بالولادة، انتهاك حرمة الجثة والرفات والقبر، دار هومه، الجزائر، 2011.
- 9-د/ بلحاج العربي بن أحمد، الحماية القانونية للجثة وفقا لأحكام الفقه الإسلامي والقانون الطبي الجزائري، دراسة مقارنة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016.
- 10-د/ بلحاج العربي بن أحمد، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي على ضوء القوانين الطبية المعاصرة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
- 11-د/ حسن عودة زعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية، عمان، 2001.
- 12-حسن عيسى عبد الظاهر، الحدود في الإسلام من فقه الجريمة والعقوبة، حولية كلية الشريعة والقانون، قطر، 1985.
- 13-رأفت صلاح أبو الهيجاء، مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، عالم الكتب الحديث، الأردن، 2006.
- 14-د/ رياض الخاني، شرعية تشريح جثة الإنسان للتعليم الطبي، دراسة مقارنة، الجزء الأول، كلية القانون، جامعة قار، تونس، 1986.
- 15-زايد نواف الدويري، بحوث فقهية، الباب الرابع باب القضايا الفقهية المعاصرة، الموت الدماغي فقهها وطبا، دار يافا العلمية للنشر والتوزيع، عمان، 2007.
- 16- سعيد بن علي بن وهف القحطاني، أحكام الجنائز، مؤسسة الجريسي للتوزيع والاعلان، الرياض، 2003.
- 17-د/ سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزراعة الأعضاء بين الشرع والقانون، الطبعة الأولى، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.
- 18-صالح محمود جابر، قاعدة حرمة الحي وحفظ نفسه أولى من حفظ الميت عن المثلة، دراسة أصولية تطبيقية معاصرة، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 43، ملحق 04، جامعة الأردن، 2016.

- 19-د/ صفاء حسن العجيلي، الاهمية الجنائية لتحديد لحظة الوفاة، دراسة مقارنة، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2011
- 20-د/صفاء السيد لولو الفار، خلاصة الاراء في الكلام عن موت جذع المخ وزراعة الأعضاء، المجلد1، ع 31، حولية كلية الدراسات الاسلامية والعربية، الاسكندرية، د. س. ن.
- 21-د/ طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- 22-عادل عبد المجيد الفجال، ضوابط استئصال الأعضاء البشرية من الجثث الآدمية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2010.
- 23-عارف بن مزيد بن حامد السحيمي، السنن الشرعية المتعلقة بدفن موتى المسلمين، الجامعة الإسلامية، السعودية، 2012.
- 24-عارف علي عارف القره داغي، قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية، سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة (4)، الطبعة الأولى، الجامعة الإسلامية الماليزية، ماليزيا، 2011.
- 25-د/ عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، ضوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي، قطر، 2000.
- 26- عبد الحليم محمد منصور، نقل الأعضاء من الميت إلى الحي بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، 2013.
- 27- عبد الرحمن بن يحيى المعلمي اليماني، عمارة القبور في الإسلام (المبيضة)، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، مجمع الفقه الإسلامي، جدة، 1967.
- 29- عبد العزيز خليفة القصار، حكم تشريح الانسان بين الشريعة والقانون، دار ابن حزم، الأردن، 1999.
- 30- عبد القادر الشخيلي، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية وعقوباتها في الشريعة والقوانين العربية والقانون الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، 2009.
- 31- عبد الله بن عمر بن محمد السحيباني، أحكام المقابر في الشريعة الإسلامية، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، المملكة العربية السعودية، 2005.

- 32- د/ عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مدى مشروعية الانتفاع بأعضاء الآدمي حيا أو ميتا في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
- 33- علي أحمد عبد العال الطهطاوي، بدع المقابر والجناز والمآثم (الابتداعات في مضار الابتداعات)، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000.
- 34- علي أحمد عبد العال الطهطاوي، شرح الصدور بأحكام المساجد والقبور، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
- 35- علي أحمد عبد العال الطهطاوي، زيارة القبور والاستتجاد بالمقبور، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
- 36- د/ علي محمد علي أحمد، معيار تحقق الوفاة، وما يتعلق بها من قضايا حديثة في الفقه الإسلامي (الموت الرحيم)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- 37- د/ علي محمد علي رمضان، موت الدماغ بين الحقيقة والوهم، المكتبة المصرية، الإسكندرية، 2003.
- 38- علياء طه محمود، مسؤولية الطبيب الجنائية عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، جامعة النهرين، العراق، 2013.
- 39- ماجد أبو رحية، الوجيز في أحكام الحدود والقصاص والتعزير، دار النفائس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2010.
- 40- محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، الطبعة الثالثة، مكتبة التابعين، القاهرة، 2004.
- 41- د/ محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، دراسة مقارنة، نقل الأعضاء، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1997.
- 42- د/ محمد علي البار، علم التشريح عند المسلمين، الطبعة الأولى، السعودية، جدة، 1987.
- 43- د/ محمد علي البار، موت القلب أم موت الدماغ، الدار السعودية للنشر والتوزيع، الرياض، 1986.
- 44- د/ محمد علي البار، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، 1994.

- 45- د/ محمد سعيد رمضان البوطي، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا، قضايا فقهية معاصرة، الطبعة الثانية، مكتبة الفارابي، دمشق، 1994.
- 46- محمد ناصر الدين الألباني، أحكام الجنائز وبدعها، الطبعة الأولى للطبعة الجديدة، مكتبة المعارف، الرياض، 1992.
- 47- محمد ناصر الدين الألباني، تحذير الساجد من اتخاذ القبور مساجد، الطبعة الأولى، مكتب المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، 2001.
- 48- د/ محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2001.
- 49- د/ محمود أحمد طه، الأساليب الطبيعية المعاصرة وانعكاساتها على المسؤولية الجنائية للطبيب وتحديد لحظة الوفاة، دار الفكر والقانون ، القاهرة، 2015.
- 50- مسلم الصحيح، كتاب الجنائز، باب النهي عن الجلوس على القبر والصلاة عليه، موسوعة الحديث الشريف، الكتب الستة، الجزء الأول، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، 1999.
- 51- د/ منذر الفضل، التصرف القانوني بالأعضاء البشرية، الطبعة الأولى، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، 2002.
- 52- د/ مهند صلاح العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002.
- 53- د/ ندى محمد نعيم الدقر، موت الدماغ بين الطب والإسلام، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، 1997.
- 54- د/ نزيه حماد، الأحكام الشرعية في العلاقات الجنسية، الطبعة الثانية، منار للنشر والتوزيع، دمشق، 2005.
- 55- نسرین عبد الحمید نبیه، نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين المقارنة، الناشر دار الوفا لدنيا للطباعة والنشر، جامعة النيل والفرات، 2008.
- 56- د/ هيثم عبد الرحمن عبد الغني البقلي، الحماية الجنائية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون المقارن، الطبعة الثانية، دار العلوم للنشر والتوزيع، مصر، 2010.
- 57- ياسين محمد أحمد غازي، الدر المنثور في أحكام الجنائز والقبور، الطبعة الأولى، الشركة الجديدة للطباعة، الأردن، 1995.

- 58- يوسف القرضاوي، فتاوى معاصرة، الطبعة الاولى، دار الوفاء للطباعة والنشر، 1993.
- 59- يونس عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الاسلامي، دراسة فقهية، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
- ج- الرسائل الجامعية:
- 1- رسائل الدكتوراه:
- 1- إيهاب يسر أنور علي، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1994.
- 2- حسام عبد الواحد كاظم الحميداوي، الموت وآثاره القانونية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، 1999.
- 3- جابر مهنا الشبل، مدى مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، بغداد، 1991.
- 4- د/ شعبان أبو عجيلة عصارة، الانعاش الاصطناعي وتحديد لحظة الوفاة، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد 7، جامعة الزاوية، 2015.
- 5- عايد بن معافى بن جمعان الجدعاني، المستجدات في كتاب الجنائز جمعاً ودراسة، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 2011.
- 6- محمد بشير فليفل، الحماية الجنائية لحرمة الميت في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، أطروحة دكتوراه الفلسفة والعلوم الأمنية، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2008.
- 7- معاشو لخضر، النظام القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية - دراسة مقارنة - أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، 2015/2014.

## 2- رسائل الماجستير:

- 1- اسماعيل نعمة عبود، جريمة انتهاك حرمة الموتى في التشريع العراقي، مذكرة ماجستير، جامعة بابل، العراق، 2000.
- 2- أسمي قاوة فضيلة، الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
- 3- بن سعاد زهراء، الحماية الجنائية لحرمة الميت في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة باتنة، السنة الدراسية 2010-2011.
- 4- رقية أسعد صالح عرار، أحكام التصرف بالجثة في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2010.
- 5- صونية بدري، الحماية الجنائية لحرمة الميت بين الشريعة والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة تبسة، 2012/2013.
- 6- عبد الوهاب مصطفى ضاهر، عمارة القبور في الإسلام، بحث تمهيدي لمرحلة الماجستير في الدراسات السلامية، الالوكة، 2014.
- 7- محمد بن سليمان بن عبد الله العمرو، أحكام جرائم الاعتداء على الأموات وعقوبتها بين الشريعة والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2004.
- 8- محيا بن سعيد السحيمي، أحكام القذف في الشريعة الإسلامية، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، مكة المكرمة، 1986.
- 9- محمد بن ناصر بن محمد المسعد، القرارات الجنائية الطبية لهيئة كبار العلماء، مذكرة ماجستير إلى كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2003.
- 10 - ناريمان وفيق محمد أبو مطر، التجارب العلمية على جسم الإنسان، دراسة فقهية مقارنة، مذكرة ماجستير مقدمة الى كلية الشريعة والقانون، جامعة الإسلامية غزة، 2011.

11- نايف بن سعد بن عبد الرحمن الشنفي، أحكام تشريح جثة الآدمي وتطبيقاته القضائية، بحث تكميلي لنيل شهادة الماجستير في قسم الفقه المقارن، المملكة العربية السعودية، 2005.

#### د-المقالات:

1- الشيخ بدر متولي عبد الباسط، نهاية الحياة الإنسانية في نظر الإسلام، مقال منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث، الجزء الثاني، جدة، 1987.

2- د/ أحمد شوقي إبراهيم، نهاية الحياة البشرية، مقال منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث، الجزء الثاني، جدة 1987.

3- أحمد القاضي، القلب وعلاقته بالحياة، مقال منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث، الجزء الثاني، جدة، 1987.

4- د/ أحمد شرف الدين، الحدود الإنسانية والشرعية والقانونية للإنعاش الصناعي، مجلة العدالة، العدد 35، السنة العاشرة، جامعة الكويت، 1983

5- د/ أمل بنت إبراهيم بن عبد الله الدباسي، دفع الصائل وأحكامه، دراسة فقهية، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، السعودية، 2017.

6- د/ بكر بن عبد الله أبو زيد، أجهزة الإنعاش وحقيقة الوفاة بين الفقهاء والأطباء، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث، الجزء الثاني، جدة، 1987.

7- د/ بكر بن عبد الله أبو زيد، حكم الانتزاع لعضو من مولود حي عديم الدماغ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الثالث، جدة، 1990.

8- د/ بلحاج العربي بن أحمد، الأحكام الشرعية والطبية للمتوفى في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 42، الرياض، 1999.

9- د/ توفيق الواعي، حقيقة الموت والحياة في القرآن والأحكام الشرعية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث، الجزء الثاني، جدة، 1987.

10- د/ جمال مهدي محمود الاكشة، تشريح جثة الإنسان بين الحظر والإباحة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، العدد الأول، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2010.

- 11- د/ **حمد محمد الهاجري**، موت الدماغ بين الفقهاء والأطباء، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، مجلة علمية محكمة، العدد 24 ، جامعة قطر، 2006.
- 12- أ/**حيدرة محمد**، تشريح الجثث والانتفاع بأعضاء الميت في الشريعة الإسلامية والقانون الطبي الجزائري، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد السادس، جامعة مستغانم، الجزائر، 2011.
- 13- **خواثر سامية**، حكم الوصية بالتصرف في الأعضاء البشرية، مجلة البدر، العدد الثاني، المجلد العاشر، الجزائر، 2018.
- 14- **رياض الخاني**، المظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب والتصرف بأعضاء الجسم البشري، المجلة الجنائية القومية، العدد الأول، المجلد 14، القاهرة، 1971.
- 15- د/ **سعد عبد العزيز الشويخ**، موت الدماغ، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد الحادي عشر، شوال /محرم 1432/1433هـ، جامعة بن سعود الإسلامية، 2011.
- 16- د/ **الشربيني عصام الدين** ، الموت والحياة بين الأطباء والفقهاء، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع 3، ج 2، جدة، 1987.
- 17- د/ **صالح بن علي الشمراني**، أثر القول باعتبار الموت الدماغي موت حقيقيا أو لا في الاحكام الفقهية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، مجلة علمية محكمة متخصصة في الفقه الإسلامي، العدد التاسع والثمانون، السنة 22، جامعة أم القرى، 2011.
- 18- د/ **طارق الزعين**، تعريف الموت، مجلة القضاء، العدد الثاني، السنة 36، بغداد، 1981.
- 19- د/ **عبد الكريم مأمون**، اثبات الموافقة بشأن التصرف في جثث الموتى، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008.
- 20- د/ **عبد الهادي الخليلي**، الموت وموت الدماغ، مجلة دراسات قضائية، العدد الرابع، السنة الثانية، بيت الحكمة، بغداد، 2000.
- 21- **فايز الظفيري**، نقل وزرع الأعضاء من منظور جنائي، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة 25 ، الكويت، ربيع الأول 1422 هـ، الموافق 5 يونيو 2001.
- 22- د/ **فهد عبد الله العمري**، احكام زيارة القبور، مجلة البحوث الإسلامية، الجزء 85، المملكة العربية السعودية، 2008.

- 23- ليلي بعتاش، الإشكالات القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزراعة الأعضاء من الأموات إلى الأحياء، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد الثاني، المجلد الأول، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2012.
- 24- د/ محمد علي البار، التشريح علومه وأحكامه، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة 6، العدد الثامن، جدة، 2007.
- 25- د/ محمد علي البار، أجهزة الإنعاش، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، الجزء الأول، جدة، 1987.
- 26- د/ محمد مختار المهدي، نهاية الحياة الإنسانية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث، الجزء الثاني، جدة، 1987.
- 27- د/ محمد مختار المهدي، مفهوم وفاة الإنسان من الناحية العملية ومقارنته بالمفهوم الشرعي، بحث مقدم إلى ندوة التعريف الطبي للموت، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، مصر، 1997.
- 28- د/ منى عبد العالي موسى، جريمة انتهاك حرمة القبور، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة 10، العراق، 2018.
- 29- أ/ محمد جاسم عبد العيساوي، تشريح الجثث ضوابطها وأحكامها في الفقه الإسلامي، مجلة العلوم الإسلامية العدد الثامن والعشرون، جامعة الأنبار، السنة 7.
- 30- د/ محمد سليمان الأشقر، نهاية الحياة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الجزء الثاني، العدد الثالث، الكويت، 1987.
- 31- د/ محمد نعيم ياسين، نهاية الحياة الإنسانية في ضوء علماء المسلمين والمعطيات الطبية، مجلة الفقه الإسلامي، الجزء الثاني، العدد الثالث، الكويت، 1970.
- 32- ناجي الطنطاوي، إصلاح المساجد من البدع والعوائد، مجلة البحوث الإسلامية، العدد الثاني، بدون دار النشر، 1973.
- 33- نهلة عاشور منسي، أحكام الموت الدماغية، مجلة كلية العلوم الإسلامية، العدد الثامن، العراق، 2014.
- 34- د/ نيكل محمود سلوم، حكم المثلة في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة 1، تكريت، العراق، 2009.

## هـ- البحوث والمدخلات:

- 1- **تدريست كريمة**، تحديد لحظة الوفاة والمسؤولية الجنائية للطبيب، مقال منشور بالمجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص رقم 1، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008.
- 2- **رواب جمال، طحطاح علال**، نقل الأعضاء البشرية من الأموات الى الأحياء بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، الملتقى الوطني الثاني، خميس ميانة، 2009.
- 3- **د/ سمر الأشقر**، المركز القانوني للميت دماغيا، بحث مقدم إلى نقابة المحامين الأردنيين لنيل إجازة المحاماة، الأردن، 2004.
- 4- **د/ صفوت حسن لطفي**، تحديد المفهوم الحديث لموت الدماغ، بحث مقدم إلى ندوة التعريف الطبي للموت، المنظمة الإسلامية الطبية، الكويت، 1997.
- 5- **عمر قارون الفحل**، زراعة الأعضاء في القانون، بحث منشور في مجلة المحامون السورية، العدد 53، سوريا، 1988.
- 6- **د/ فوزي عبد السلام**، الأهمية الطبية لظاهرة موت الدماغ، بحث مقدم إلى ندوة المسؤولية الطبية، بنغازي، ليبيا، بدون سنة النشر.
- 7- **د/ فيصل عبد الرحيم شاهين**، تعريف الموت، بحث مقدم إلى ندوة التعريف الطبي للموت، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت، 1997.
- 8- **محمد الحاج علي**، الموت من الناحية الطبية، بحث مقدم إلى مؤتمر الطب والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1998.
- 9- **محمد أمين الخرشنة**، الحماية الجنائية لحرمة الأديان من الازدراء، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، العدد الثاني، المجلد 14، الامارات العربية المتحدة، ربيع الأول 1439/ ديسمبر 2017.
- 10- **محمد كريديه**، التحديد الطبي الإسلامي في مفهوم الدماغ، بحث مقدم لندوة التعريف الطبي للموت، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت، 1997.
- 11- **د/ مصطفى العوجي**، التشريع اللبناني الخاص بنقل الأعضاء البشرية، بحث مقدم إلى مؤتمر الطب والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1998.

- 12- محمد علي البار، ما الفرق بين الموت الاكلينيكي والموت، بحث مقدم لندوة التعريف الطبي للموت، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت، 1997.
- 13- د/محمد علي سالم، د/ نبراس عبد الكاظم، د/ اسراء محمد علي سالم، الحماية الجنائية للعتبات المقدسة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 6، جامعة بابل، العراق، 2014.
- 14- د/ محمد نعيم ياسين، بداية الحياة ونهايتها، بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد الرابع، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، السنة 8، ديسمبر 1985.
- 15- د/محمد نعيم ياسين، حكم التبرع بالأعضاء في ضوء الأحكام الشرعية، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد 3، الكويت، 1988.
- 16- د/ يحيى هاشم حسن فرغل، ملاحظات حول تعريف الموت ونقل الأعضاء، بحث مقدم إلى مؤتمر الطب والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1998.
- 17- يوسف القرضاوي، زراعة الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية بحث مقدم لمجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف في بحثه الأخير (ربيع الأول 1430هـ/مارس 2009م).
- 18- دندى نعيم الدقر، الفرق بين موت الدماغ وموت المخ كليا، بحث مقدم الى كلية مؤتمر الطب والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، 1998.
- 19- الفتاوى الإسلامية، دار الإفتاء المصرية، المجلد 4، وزارة الأوقاف، القاهرة، 1983.
- 20- أبحاث هيئة كبار العلماء، في حكم تشريح جثة المسلم الصادرة في مجلة البحوث الإسلامية، العدد الرابع، 1978.
- 21- اصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الطبعة الثانية، مطبعة الموسوعة الفقهية، الكويت، 1985.

## و-النصوص القانونية والتنظيمية:

### 1-النصوص القانونية:

#### أ-الاتفاقيات الدولية:

1-اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، المعتمدة من طرف الجمعية العامة

لمنظمة الأمم المتحدة يوم 15 نوفمبر 2000، المصادق عليها بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم

55/02 المؤرخ في 22 ذي القعدة عام 1422 الموافق ل 05 فبراير 2002.

2-بروتكول منع وقمع الاتجار بالأشخاص خاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة

لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، المعتمدة من طرف الجمعية العامة لمنظمة الأمم

المتحدة يوم 15 نوفمبر 2000، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 417/03

المؤرخ في 14 رمضان عام 1424 الموافق ل 09 نوفمبر عام 2003.

#### ب-القوانين والأوامر الجزائرية:

1-الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 1966/6/8 المتضمن لقانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية

العدد 49، الصادر بتاريخ 1966/6/11 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 01/09 المؤرخ

في 296 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009(الجريدة الرسمية 15 مؤرخة في

2009/03/08) والمعدل والمتمم بموجب القانون 02/16 المؤرخ في 2016/06/19.

2-الأمر رقم 11-155 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل

والمتمم بالقانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006 والمعدل والمتمم بموجب

القانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016.

3-الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر لعام 1975

المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 2005/02/22

الجريدة الرسمية العدد 44 الصادرة بتاريخ 2005/06/26.

4-الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فبراير المتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية عدد 21،

الصادر في 1970 والمعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08/14 المؤرخ في 13 شوال عام

1435 الموافق في 9 أوت عام 2014 الجريدة الرسمية 2014/49 والمعدل بالقانون رقم

03/17 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1438 الموافق 10 يناير عام 2017 الجريدة الرسمية 2017/02.

5-الأمر رقم 79/75 المؤرخ في 15/12/1975 المتعلق بدفن الموتى، الجريدة الرسمية عدد 103، الصادر بتاريخ 26/12/1975.

6-قانون رقم 05/85 المؤرخ في 16/02/1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية عدد 08، الصادر بتاريخ 17/02/1985 معدل ومتمم بموجب القانون رقم 17/90، مؤرخ في 31/07/1990، يعدل ويتم القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16/02/1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية عدد 35 الصادرة بتاريخ 15/08/1990.

7-قانون رقم 01/09 مؤرخ في 25/02/2009، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد 15 الصادرة بتاريخ 08/03/2009.

8-الأمر رقم 83-13 الصادر في 02 جوان 1983، والمتعلق بتعويض حوادث العمل والأمراض المهنية المعدل والمتمم بموجب الامر 19/96 المؤرخ في 20 صفر عام 1417 الموافق 06 يوليو 1996.

9-القانون رقم 99/07 المتعلق بقانون المجاهد والشهيد المؤرخ في ذي الحجة عام 14196 الموافق ل 5 أبريل 1999.

### ج-القوانين العربية:

1-الظهير الشريف رقم 1.59.413 صادر في 28 جمادى الثانية 1382(26 نوفمبر 1962) المعدل بموجب القانون رقم 33.18 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.19.44 بتاريخ 4 رجب 1440(11 مارس 2019)، الجريدة الرسمية عدد 6763 بتاريخ 18 رجب 1440(25 مارس 2019).

2-الظهير شريف رقم 16/98 لعام 1999 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها.

3-قانون العقوبات الأردني رقم 16 لعام 1960 المعدل بموجب القانون رقم 8 لسنة 2011، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 5090 الصادرة في 2011/5/2 والمعدل والمتمم بموجب القانون رقم 27 لعام 2017 الجريدة الرسمية رقم 5479 الصادر بتاريخ 2017/08/30.

4-القانون الأردني رقم 23 لعام 1977 الخاص بالانتفاع بأعضاء جسم الانسان المعدل بموجب القانون رقم 23 لعام 2000.

5-قانون العقوبات الاماراتي رقم 3 لعام 1987 المعدل بالقانون رقم 34 لعام 2005.

6-القانون الاماراتي رقم 15 لعام 1993 في شأن نقل وزراعة الأعضاء البشرية المعدل بموجب القانون رقم 2016/5 الجريدة الرسمية، العدد 601، السنة السادسة والأربعون بتاريخ 2016/08/15.

7-قانون العقوبات القطري رقم 14 لسنة 1971 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 11 لعام 2004 الجريدة الرسمية العدد 7 الصادرة في 30 مايو 2004.

8-القانون القطري رقم 15 لعام 2015 بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية الجريدة الرسمية العدد 16 الصادرة بتاريخ 2015/8/19.

9-القانون القطري رقم 2 لعام 2012 بشأن تشريح الجثث الادمية الجريدة الرسمية العدد 7 الصادرة بتاريخ 2012/06/18.

9-قانون العقوبات اللبناني مرسوم اشتراعي رقم 340 صادر في 1 مارس 1943 الجريدة الرسمية العدد 104 الصادرة بتاريخ 27 أكتوبر 1943.

10-قانون العقوبات المصري رقم 58 المؤرخ في 15 نوفمبر 1937 الوقائع المصرية عدد 71 المؤرخ في 5 أغسطس عام 1937 المعدل والمتمم بالقانون رقم 147 المؤرخ في 20 جمادى الآخرة 1427 هـ الموافق 15 تموز/ يوليو 2006.

11-القانون المصري رقم 5 لعام 2010 المتعلق بشأن تنظيم وزرع الأعضاء البشرية.

12- القانون المصري الخاص بالمواليد رقم (130) لعام 1946 المعدل بالقانون رقم 123 لعام 1975.

13- القانون المصري رقم 103 لعام 1962 المتعلق بشأن تنظيم بنك العيون والتنازل عنها المعدل بموجب القانون رقم 79 لعام 2003.

14- قانون الجزاء الكويتي رقم 16 لعام 1960 المؤرخ في 11 جوان 1960 المعدل والمتمم لبعض أحكامه بالقانون رقم 31 لعام 1970.

15- القانون الكويتي رقم 55 لعام 1987 بشأن زراعة الأعضاء المعدل بموجب القانون رقم 5 لعام 2010.

16- قانون الصحة العامة العراقي رقم 98 لعام 1981 المعدل بموجب القانون رقم 54 لعام 2001.

17- القانون العراقي رقم 85 لعام 1986 المتعلق بزراعة الأعضاء البشرية المعدل بموجب القانون رقم 11 لعام 2016.

18- قانون السوري رقم 30 لعام 2003 بشأن زرع ونقل الأعضاء.

19- قانون المجلة التونسية لعام 2005 العدد 46 المؤرخ في 6 جوان 2005.

20- قانون الأعضاء التونسي لعام 1991.

## 2- النصوص التنظيمية:

### أ- المراسيم:

1- المرسوم التشريعي رقم 148 تاريخ 22 حزيران لعام 1949 المتضمن قانون العقوبات السوري.

2- المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم 109 لعام 1983 الخاص بالانتفاع بشأن أخذ الأنسجة والأعضاء البشرية لحاجات طبية وعلمية.

3- مرسوم تنفيذي رقم 276/92 مؤرخ في 06 يوليو 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية عدد 52 الصادر في 08 يوليو 1992.

4-مرسوم رقم 75-152 مؤرخ في 15/12/1975 يتضمن تحديد قواعد حفظ الصحة فيما يخص الدفن ونقل الجثث وإخراج الموتى من القبور وإعادة دفنها، الجريدة الرسمية عدد 103 الصادر بتاريخ 1975/12/26.

5- مرسوم التنفيذي رقم 77/16 المؤرخ في 24 فبراير 2016، الذي يحدد القواعد المتعلقة بالدفن ونقل الجثث وإخراج الموتى من القبور وإعادة الدفن، ج.ر.ج.د.ش عدد 12، الصادرة في 28 فبراير 2016.

#### ب-القرارات الوزارية:

1-القرار الوزاري الجزائري بتاريخ 19 نوفمبر 2002 المحدد للمعايير العلمية والطبية التي تسمح بالتحقق الطبي والشرعي للوفاة من أجل نزع الأعضاء والأنسجة.

2-القرار الوزاري رقم 29/10811 بتاريخ 18/06/1994 المحدد للإجراءات العامة لزراعة الأعضاء في المملكة العربية السعودية.

#### ثانيا-المراجع باللغة الفرنسية:

#### 1-Ouvrage:

- 1-**ALKANDARI Fayez**, Les prélèvements d'éléments du corps en droit français et koweïtien, revue de la recherche juridique, N° 1, 2004.
- 2-**Laud Anne**, droit de la santé et commentaires, panorama N°35, recueil DALLOZ, PARIS, 16 OCTOBRE 2014.

#### 2-Articles:

- 1-Code pénal français, Librairie Dalloz, Paris, 1957.
- 2-Code pénal français, édition Dalloz, Paris, 2010.
- 3 -Code pénal français, édition Dalloz, paris, 16 octobre 2014.
- 4-loi n° 76-1181 de 22 décembre 1976, relative au prélèvement d'organes.

5-Décret n°96-1041 du 2 décembre 1996, relatif au constat de la mort préalable au prélèvement d'organes, de tissus et de cellules à des fins thérapeutiques ou scientifiques et modifiant le code de la sante publique .

6-Code de la santé publique n°800-2004 modifié par la loi n°2016-41 du 26 janvier 2016.

### 3-Documents :

1- étude comparative de L'encadrement GURIDIQUE internationale.

2-MONDIALE Écris, L'essentiel de la Bioéthique et du droit de la biomédecine, éditions galion l'extenso, Paris, 2008.

ثالثا - اللغة الإنجليزية:

1 - **Lan Kennedy and Andrew Glubb**, médical Law texte, and matériaux, butter Worth, London, 1989.

2- **M. Brazier**, medicine patients and the Law, penguin book, 1992.

## Résumé

La sainteté de l'être humain est considérée comme l'une des plus grandes interdictions et rendue nécessaire par une sauvegarde, car elle ne se limite pas à sa vie, elle reste plutôt dans la vie et après la mort, mais à la lumière des développements médicaux en cours dans le monde, l'aspiration à bénéficier des organes et des parties des cadavres a augmenté dans de nombreux domaines et domaines médicaux et éducatifs, ce qui a conduit Trop souvent pour attaquer et violer leur sainteté.

Il est certain que les atteintes à cette sainteté sont l'un des sujets les plus importants qui méritent d'être étudiés et étudiés, dans le but de mettre en évidence le jugement et la position juridique sur celui-ci, notamment avec le grand nombre de violations et d'attaques contre le caractère sacré des morts, en particulier sur leur corps, et leur répétition de manière remarquable.

Par conséquent, à la suite du grand nombre d'attaques et d'actes auxquels les tombes sont soumises, la plupart des législations artificielles, y compris le législateur algérien, ont eu tendance à promulguer des textes juridiques criminalisant ces actes, garantissant l'inviolabilité des morts et renforçant la protection de leurs tombes. Sa tombe et tout ce qui y est lié, et ainsi vous avez appliqué les objectifs tolérants de la loi islamique, qui appellent au respect et à la révérence pour les morts.

## Summary

The sanctity of the human being is considered one of the greatest prohibitions and necessitated by protection, as it is not restricted to his life, rather it remains in life and after death. However, in light of the medical developments taking place in the world, the aspiration to benefit from the organs and parts of the dead bodies has increased in many fields and medical and educational fields so often to assault and violate their sanctity.

It is certain that the incidents of assaulting that sanctity are one of the most important topics worthy of research and study, with the aim of highlighting the legal ruling and the legal position on it, especially with the large number of violations and attacks on the sanctity of the dead, especially on their bodies, and their repetition in a remarkable manner.

Therefore, as a result of the large number of attacks and acts that graves are subjected to, most of the positive legislation, including the Algerian legislator, has tended to enact legal texts criminalizing these acts, guaranteeing the inviolability of the dead and strengthening protection for their graves, as punitive punishments were arranged for violating the rights of the dead, whether this is placed on his body or on His grave and everything related to it, and thus you have applied the tolerant objectives of Islamic law, which call for the respect and reverence of the dead.