الجناية على الأعضاء المزروعة في ضوء الطب والدين

دراسة فقهية بينية معاصرة

دكتـــور

عادل الصاوي محمود الصاوي

أستاذ الشريعة المساعد بكلية العلوم الإدارية والإنسانية

قسم الحقوق – بكليات بريدة

المملكة العربية السعودية

أعترف أني لم أصل إلى الكمال ولم أقارب، فهذا شأن البشر ..

وأكرر ما قاله عماد الدين الأصفهاني واستحسنه بعده المؤلفون وأثبته الواقع ، قال:" إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتابا في يومه إلا قال في غده لو غير هذا لكان أحسن ، ولو زيد كذا لكان يستحسن ،ولو قدم هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جميع البشر " (١)

وأحسبُ أن جميع المسائل المعاصرة –سواء حدثت أجناسها أو أفرادها أم لا – يجب أن تتصور قبل كل شيء ، فإذا عرفت حقيقتها ، وشخصت صفاتها ، وتصورها الإنسان تصورًا تاما بذاتها ومقدماتها ونتائجها ،ثم طبقت على نصوص الشرع وأصوله الكلية ، وجد لها من الحلول ما لا يحصى، والبصير من يقف على حدود الشرع منجميع نواحيه؛ لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره ، ولا يبنى الحكم الصحيح إلا على تصور صحيح .

د. عادل الصاوي

(١)– أوليات عمر لغالب عبد الكافي ص١٤، حكاه عن عماد الدين محمد يوسف موسى في الفقه الإسلامي ص٤

مقدمة [١]

الحمد لله الذى خلق الانسان فأبدعه، وشرع الإسلام فأكمله، فقال عز من قائل :"الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا"[٢] وقال:" لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ"[٣]وقال :" يَا أَيُّهَا الْإِنْسَانُ مَا غَرَّكَ بِرَبِّكَ الْكَرِيمِ ٦الَّذِي خَلَقَكَ فَسَوَّاكَ فَعَدَلَكَ ٧فِي أَيِّ صُورَةٍ مَا شَاءَ رَكَّبَكَ ٨"[٤]وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، شهادة موجبة للفوز بأعلى درجات اليقين، ودافعة لشبهة المبطلين وتمويهات المعاندين.....

وأشهد أن سيدنا محمدا عبده ورسوله سيد الأولين والآخرين، وخاتم الأنبياء والمرسلين، المبعوث لكافة الخلائق أجمعين، القائل: "من يرد الله به خيرًا يفقهه في الدين"[٥] ﷺ، وعلى آله الطبيين الطاهرين، وأصحابه وتابعيهم بإحسان إلى يوم الدين.

---

(١) المقدمة: الجماعة التي تتقدم الجيش، من قدم بمعنى تقدم، وقد استعيرت لأول كل شيء، والمقَدِّمة: الناصية، ومقدمة الكتاب: ما يذكر قبل الشروع في المقصود لارتباطهما.

التعريفات تأليف: الشريف علي بن محمد الجرجاني صـ٢٢٥، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الفائق في غريب الحديث والأثر لمحمود بن عمر الزمخشري ٤٦٠/١، الطبعة الثانية، تحقيق : علي محمد البيجاوي، دار المعرفة، لبنان، العين لأبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي ١٢٣/٥، تحقيق د/ مهدي المخزومي، د/ إبراهيم السامرائي، دار مكتبة الهلال.

(٢) سورة المائدة جزء الآية ٣

(٣) سورة التين الآية ٤

(٤) سورة الانفطار ٦–٨

(٥) جزء من حديث صحيح أخرجه البخاري عن معاوية بن أبي سفيان، كتاب : العلم، باب : من يرد الله به خيرًا يفقهه في الدين" ٣٩/١، حديث رقم ٧١، تحقيق د/ مصطفى ديب البغا، طبعة دار ابن كثير، بيروت، الطبعة الثالثة ١٤٠٧هـ – ١٩٨٧م، ومسلم كتاب الزكاة، باب النهي عن المسألة ٧١٨/٢، حديث رقم ١٠٣٧.

أما بعدُ:

فقد تفضل الله – عز وجل – على الانسان بأن جعل أعضاءه سليمةً سويةً مُعدةً لمنافعها، وصيَّره مُعتدلاً متناسبَ الخلقِ من غير تفاوتٍ فيه [١]؛ لأن الأصل كمال البدن وحسن الخِلقة، ولكن قد يوجد في المجتمع من أُبتلى بفقد أطرافه، أو بعضها، أو حاسة من حواسه أو جزء من كماله بسبب القصاص منه، أو الجناية عليه ، أو حدوث حادث له ،وقد يعاد هذا الطرف أو هذه الحاسة بفضل ما حدث في هذا العصر من تطور طبي ساعد على رد أو ذرع الأعضاء أو غرسها مرة ثانية، وقد تقع الجناية على هذه الأعضاء المزروعة أو المغروسة، أو يقوم من زُرع له العضو بالجناية على غيره، وقد يُتلف نفس ما زرع له من غيره، فما المقصود بالجناية على الأعضاء المزروعة، وما هو الموجب أو المناط في استحقاق ما يجب في الجناية على العضو المزروع في حالة التعويض، وكيف يكون القصاص أو الحد وكيف يقدر القاضي ما يجب في حالة التعدي على العضو المزروع إذا أدت الجناية عليه إلى تعطيله كليا أو جزئيا مع ابقاءه، وهل تقوم هذه الأعضاء المزروعة مقام الأعضاء الأصلية في حالة الجناية عليها، أو القيام بها بالجناية على الآخر؟ وما موقف الفقه الإسلامي والطب الحديث من هذه النازلة [٢]، وهو الذي يظهر جليا خلال هذا البحث الموسوم: بـــ

"الجناية على الأعضاء المزروعة في ضوء الطب والدين دراسة فقهية بينية معاصرة"

والله يقضى بالحق ويهدى السبيل

(١)إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم لأبو السعود العمادي١/٥٨٧

(٢)إن البحث في فقه النوازل هو الترجمة العملية الواقعية في الفقه الإسلامي، وهو بهذا يظهر إيجابية الفقه في معالجة ما يستجد من أمور الحياة.

أسباب الكتابة في هذا الموضوع

يرجع أسباب اختياري لهذا الموضوع الأُمور الآتية :

١- حاجة الناس عامة والقضاة خاصة لمعرفة حكم الشرع في مثل هذه القضايا المعاصرة؛ نظراً لمسيسه الكبير بواقع القضاء بما ينعكس على أهمية الموضوع لاتصاله الوثيق بدنيا الناس وحدوثه منهم وبينهم .

٢- بيان أهمية الدراسات البينية مع بيان ضرورة الربط بين الطب والدين فيما يتعلق بمسائل البدن للوصول للحكم الشرعي الصحيح

٣- بيان أن الإسلام دين واقعى متكامل ينظر إلى واقع الناس فينظمها لاسيما فيما يتعلق بالنزاعات وما يترتب على ذلك من حقوق وواجبات وبيان أن للإسلام البصمة الواضحة حين جعل للنفس البشرية الحظ الأوفر من العناية والاهتمام فكفل حرمتها وعظم قدرها على اختلاف اجناسها وتغاير أنواعها وتباين ألوانها .

٤- بيان أن الفقه الإسلامي فيه من الخصائص والمُميزيات التي تجعله صالحًا لاستيعاب كل المستجدات الحديثة، ومعالجتها بطريقة دقيقة، وإعطائها الحكم الشرعي الصحيح المبني على قواعد الشريعة الإسلامية ونصوصها، وهذا يجعله مسايرًا للزمان والمكان، ولا عجب أن نجد بين نصوص الفقهاء الأجلاء ما يتضمن النص على هذه المسائل التي نحن بصددها، وبتدقيق النظر يستنبط الحكم.

٥- محاولة جمع ما قيل في هذا الموضوع من جانب الطب من غير استطراد وبناء الحكم الصحيح عليه يثبت مثالية الأحكام الشرعية للتطبيق العملي وواقعيتها .

٦- تزويد المكتبة الإسلامية بشيء جديد من التأصيل؛ حيث إن جمع متفرقات المسائل المستحدثة المتعلقة بموضوع البحث يُسهم في بناء صرح قضايا الفقه المعاصرة علما بأن البحث يتصف بالحداثة ومعالجة قضايا الواقع وهما صفتان منشودتان في البحوث المعاصرة .

إشكالية البحث:

البحث يحاول أن يجيب على إشكاليات مهمة أبرزها ما يلي:

١- ماهية الجناية على الأعضاء المزروعة، وما هو الموجب أو المناط في استحقاق ما يجب في الجناية على العضو المزروع في حالة التعويض، وكيف يكون القصاص أو الحد.

٢- كيف يقدر القاضي ما يجب في حالة التعدي على العضو المزروع إذا أدت الجناية عليه إلى تعطيله كليا أو جزئيا مع ابقاءه

٣- مدى وجوب وضرورة تعاون الأطباء مع الفقهاء في تقييم منفعة العضو للوصول للحكم الشرعي الصحيح

٤- ما أثر التقارير الطبية على الاستيفاء من الجاني على الأعضاء المزروعة عند ضبط التماثل.

٥- هل تقوم الأعضاء المزروعة مقام الأعضاء الأصلية في حالة الجناية عليها، أو القيام بها بالجناية على الآخر، وما الحكم إذا كان نقل العضو ذاتيا كاستخدام الجلد وغرسه من نفس الشخص .

٦- بالنسبة للمحكوم عليهم بقطع اليد في السرقة أو القصاص، هل يجوز إعادة غرس" زرع" الجزء المستقطع مرة أخرى؟

بالإضافة إلى أشياء كثيرة تسعى هذه الدراسة إلى الأجوبة عليها .

منهج البحث والدراسة:

١- عزو الآيات القرآنية إلى مواضعها من سور القرآن الكريم، مع ذكر الآية ورقمها، واسم السورة، مع بيان وجه الاستدلال من الآيات إذا احتاج الأمر ذلك.

٢- تخريج الأحاديث النبوية الشريفة، والآثار الواردة في البحث تخريجًا علميًا، وفقًا للأصول المعتمدة، مع بيان درجة الحديث إذا لم يوجد في البخاري أو مسلم، وذلك بالاستعانة بكتب السنة مع بيان موضع الحديث في هذه الكتب، بذكر الكتاب والباب، والجزء والصفحة، ورقم الحديث مع بيان وجه الاستدلال من الأحاديث والآثار، حتى يقتنع القارئ ويطمئن إلى سلامة ما يصل إليه هذا البحث من نتائج.

٣- ترجمة بعض الأعلام الذين ورد ذكرهم في البحث – بإيجاز – وبقدر ما يعطي القارئ صورة واضحة عن شخصية المترجم له، وذلك من خلال كتب التراجم والتاريخ، باستثناء الصحابة رواة الحديث لمسايرة طبيعة البحث ولعدم الحاجة الشديدة لمعرفة الجديد عن هؤلاء الصحابة الأجلاء.

٤- التعريف بالمصطلحات الأصولية، والفقهية، واللغوية والطبية التي وردت في البحث وخاصة الغريب منها، من خلال المصادر الأصولية والفقهية واللغوية الأصيلة.

٥- قمت بتوثيق النقول من المصادر والمراجع الخاصة بها؛ لأن ذلك من الصدق في العلم، وقد اعتمدت في التوثيق على طريقة اسم المصدر أو المرجع أولاً، ثم مصنِفِه بعد ذلك.

٦- عند الرجوع للأحكام الفقهية قد اعتمد على المذاهب الأربعة الرئيسة بدون التعرض للمذاهب الأخرى؛ لأن هذه المذاهب الأربعة هي المعتمدة غالبًا في تأصيل الأحكام عند أهل الفقه.

٧- قمت بعمل بعض المقارنات إذا استلزم الأمر ذلك، ثم موازنة هذه الآراء، واختيار الرأي الراجح المبني على الأدلة المعتمدة.

٨- ختمت البحث بخاتمة ضمنتها أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها من خلال البحث.

خطة البحث

المبحث الأول : حيثيات الموضوع ومحتوياته، وفيه مطالب:

المطلب الأول: تعريف الجناية على الأعضاء المزروعة

المطلب الثاني: ماهية الأعضاء المغروسة أو المزروعة عند أهل الطب

المطلب الثالث: الموقف الفقهي من قضية غرس الأعضاء

المطلب الرابع: الجناية على الأعضاء الاصطناعية في جسم الإنسان

المطلب الخامس: الجناية على منفعة العضو المزروع مع بقاءه

المطلب السادس: المطالبة بالتعويض مدة الاستشفاء أثر التعدي

المبحث الثاني : الاستعداد المرضي للمجني عليه، وأثر ذلك في عقوبة الجاني في الفقه الإسلامي

وفيه مطالب:

المطلب الأول: موقف القضاء من طلب التعويض للمجني عليه

المطلب الثاني: تطبيق الضمان في الجناية على الأعضاء المزروعة

المطلب الثالث: تعويض المجني عليه عن الفرص التي ضاعت عليه بسبب الجناية على أعضاءه المزروعة

المطلب الرابع: أثر التقارير الطبية عند ضبط التماثل بين الأعضاء المزروعة

المطلب الخامس: تطبيقات القواعد الفقهية في مجال الاستدلال لقضية الجناية على الأعضاء المزروعة للوصول للحكم عند المعاصرين.

المبحث الثالث : الاستيفاء وضرورة تعاون الأطباء، وفيه مطالب:

المطلب الأول: شروط الاستيفاء وضرورة تعاون الأطباء

المطلب الثاني: ما يسقط القصاص بعد وجوبه في الجناية على الأعضاء المزروعة

المطلب الثالث: مالا يمكن القصاص منه في الجناية على الأعضاء المزروعة

المطلب الرابع: إصابة المجني عليه بحالة نفسية أثر التعدي على أعضاءه المزروعة

المطلب الخامس: إصابة الجاني بحالة نفسية بعد جنايته على غيره

المطلب السادس: أثر التقارير الطبية عند استيفاء الحق

المبحث الأول

حيثيات الموضوع ومحتوياته وفيه مطالب:

المطلب الأول: تعريف الجناية على الأعضاء المزروعة

الجناية في اللغة: الذنب والجرم، وهي مصدر جنى، تقول جنى على قومه جناية، أي: أذنب ذنبا يؤاخذ عليه، والجِنايَةُ: الذَّنْبُ والجُرْم وهى ما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب أَو القصاص في الدنيا والآخرة . [١]

وهي: كل فعل محظور يتضمن ضررا على النفس أو غيرها [٢] ولكنها خصت في الشرع وفى عرف الفقهاء ، بما يحصل به التعدي على الأبدان .

وفي القانون الوضعي: هي جريمة يعاقب عليها القانون بعقوبة شائنة[٣]

والجناية عند بعض الفقهاء تشمل التعدي على النفس، والأطراف، والعرض، والمال، وكذلك استباحة ما حرمه الشرع من المأكول والمشروب، [٤]وليس هذا مقصدنا وانما المراد بالجناية في بحثنا هذا التعدي على الأعضاء المزروعة أو المغروسة[٥] في النفس أو المردودة في الأطراف

---

(١) لسان العرب مادة "جنى" ، المصباح المنير ١ /١٢٢

(٢) التعريفات لعلي بن محمد بن علي الجرجاني ص١٠٧الناشر : دار الكتاب العربي – بيروت الطبعة الأولى، ١٤٠٥ تحقيق : إبراهيم الإبياري عدد الأجزاء : ١

(٣) معجم المصطلحات القانونية ص١٣٠.

(٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد المتوفى: ٥٩٥هـ ج٤/ ص ١٧٧الناشر: دار الحديث – القاهرة تاريخ النشر: ١٤٢٥هـ – ٢٠٠٤ م

(٥) اتفقت المعاجم أن عبارة غرس في اللغة العربية تعني إثبات الشيء المغروس "الغريسة "في مكان =

أقسام الجناية:

قسم الفقهاء الجناية إلى أقسام ثلاثة:

١ –الجناية على النفس وهي القتل.

٢ –الجناية على ما دون النفس، وهي الإصابة التي لا تزهق الروح.

٣ –الجناية على ما هو نفس من وجه دون وجه كالجناية على الجنين؛ بأن ضرب حاملا فألقت جنينا ميتاً، فلا خلاف بين الفقهاء في أنه تجب فيه الغُرة (١)

=

الغرس، فيقال: غرس الشجر؛ أي: أثبته في الأرض.

أما " الزرع" فهو طرح الزُّرعة " أي البذر " في الأرض فيقال: زرع الأرض أي ألقى فيها البذر، ويقال زرع الحب أي بذره، وقد جاء في المصباح المنير: أن " الزرع" هو ما استنبت بالبذرة، وبهذا نجد أن كلمة " غرس " أدق وأصح من كلمة " زرع " لاستعمالها في مجال نقل الأعضاء.

بالإضافة إلى دقة المعنى نجد أن الاشتقاقات في كلمة غرس هي الأنسب لاستعمالها في مجال نقل الأعضاء، فنقول: " غريسة " للدلالة على العضو المغروس، وجمعها " غرائس" أي الأعضاء المغروسة.

وخير ما يؤيد ذلك أحاديث الرسول عليه الصلاة والسلام: فعَنْ قَتَادَةَ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "مَا مِنْ مُسْلِمٍ يَغْرِسُ غَرْسًا أَوْ يَزْرَعُ زَرْعًا فَيَأْكُلُ مِنْهُ طَيْرٌ أَوْ إِنْسَانٌ أَوْ بَهِيمَةٌ إِلَّا كَانَ لَهُ بِهِ صَدَقَةٌ "أخرجه البخاري ومسلم .

وعَنْ جَابِرٍ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دَخَلَ عَلَى أُمِّ مُبَشِّرٍ الْأَنْصَارِيَّةِ فِي نَخْلٍ لَهَا فَقَالَ لَهَا النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "مَنْ غَرَسَ هَذَا النَّخْلَ أَمُسْلِمٌ أَمْ كَافِرٌ فَقَالَتْ بَلْ مُسْلِمٌ فَقَالَ لَا يَغْرِسُ مُسْلِمٌ غَرْسًا وَلَا يَزْرَعُ زَرْعًا فَيَأْكُلَ مِنْهُ إِنْسَانٌ وَلَا دَابَّةٌ وَلَا شَيْءٌ إِلَّا كَانَتْ لَهُ صَدَقَةً " أخرجه مسلم

(١) لكن هل يختلف الحكم لو كان الجنين مغروسا بعمليات الحقن المجهري، التلقيح الصناعي عن الحمل الطبيعي ، يظهر ذلك في محله في هذا البحث .

فعن عمر بن الخطاب –رضي الله عنه –أنه استشار[١] في إملاص المرأة، فقال المغيرة بن شعبة –رضي الله عنه–: "شهدت النبي –صلى الله عليه وسلم–قضى فيه بغرةٍ عبدٍ أو أمةٍ"، فقال: لتأتين بمن يَشهد معك، فشهد معه محمد بن مسلمة[٢]

(١) هذا الفعل منه –رضي الله تعالى عنه– وهو يشاور يُعَلِّمُ فيه الفقهاءَ والعلماءَ أمرًا مهمًّا، وهو ضرورة الاستشارة في النوازل المستجدة، وفي المسائل الحادثة؛ فإنَّ عمر –رضي الله تعالى عنه– على جلالته في العلم والفهم في دين الله عز وجل يَستشير حيث لم يعلمْ، لأنه لم يكن لديه علم عن النبي –عليه الصلاة والسلام– في هذا الأمر. فهذا يعلم الفقهاءَ والعلماءَ ضرورة المشاورة، ويكشف عن أهميةِ المناقشة والمحاورة في المسائل العلمية المستجدة. لماذا؟ لأنَّ هذه المسائل قد يَعتريها من خفاءِ التصوّر ما يعتريها، ويعتريها من تَعَقُّدِ وقائِعِها واضطراب أحوالها ما يعتريها. الأمر الذي يُحَتِّمُ على الفقيهِ أنْ يَبحث في أمرين: أن يَبحث في النصوصِ الشرعيةِ وأقوال العلماء السابقين من جهة، وأن يبحث في واقعِ هذه المسألة المبحوثةِ من جهة أخرى، وأن يَستجليَ هذا بنفسِه أو بغيرِه، أن يَستجلي النصوص الشرعيَّة بنفسه أو بغيره، يعني يسأل غيره ممن قد يبلغ في هذا الشأن ما لا يبلغ، ثم يسأل أهل الاختصاص في هذا الشأن، إن كان الشأن طبيًّا؛ سأل أهل المعرفة بالطب، وإن كان الشأن هندسيًّا؛ سَأَلَ أهلَ العلم بالهندسة، وإن كان زراعيًّا وهكذا.

وقد اتفق الفقهاء على أن قيمة الغُرة في الجنينِ الحرّ المسلم –كما قلنا – هي نصفُ عُشرِ ديةِ الحرّ المسلمِ، نصف عُشرِ الدية؛ أي خمس من الإبل؛ لأنَّ النبيَّ –ﷺ– قَضَى في الحرّ المسلمِ بمائةٍ من الإبلِ أو بألفِ دينارٍ.

(٢) محمد بن مسلمة بن خالد بن عدي بن مجدعة بن حارثة بن الحارث بن الخزرج بن عمرو بن مالك بن الأوس الأنصاري الأوسي ثم الحارثي، حليف بني عبد الأشهل. يكنى أبا عبد الرحمن. وقيل: أبو عبد الله.

شهد بدراً وأُحداً والمشاهد كلها مع رسول الله ﷺ إلا تبوك، ومات بالمدينة، ولم يستوطن غيرها. أسد الغابة لابن الأثير ج٢/ص٤٩١

٣ –العقوبة على الجناية:

تختلف العقوبة على الجناية بحسب نوع الجناية، فمنها ما يوجب القصاص، ومنها ما يوجب الدية، ومنها ما يوجب الحد، ومنها ما يوجب التعزير، وعليه فإن ضابط العقوبة مرتبط بنوع الجناية ، والجناية على الأعضاء المزروعة من النوازل المعاصرة التي تحتاج إلى توضيح عقوبتها المترتبة عليها ،وهل تنزل الأعضاء المزروعة منزلة الأعضاء الأصلية في العقوبة عند الجناية عليها ، وهو ما يظهر جليا خلال البحث .

المطلب الثاني

تعريف الأعضاء المغروسة أو المزروعة عند أهل الطب

غرس الأعضاء " زرع الأعضاء ": يقصد به نقل عضو سليم أو مجموعة من الأنسجة من متبرع Donner إلى مستقبل Recipient ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف .[١]وموضع الغرس: قد يوضع العضو المغروس في مكان العضو التالف ويسمى هذا النوع الموضع السوي Ortho topic ومثاله غرس القلب والرئتين والكبد والقرنية. وقد تغرس الأعضاء في غير موضعها المعهود ويسمى ذلك الموضع المختلف Hetero topic ومثاله زرع الكلى التي توضع في الحفرة الحرقفية بدلاً من موضعها في الخاصرة .[٢]

(١) انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً

(٢) المرجع السابق نفس الموضع المشار اليه

أنواع الغرس " الزرع "وفترة نقص التروية الدافئة Warm ischaemic Time

قام الأطباء بزرع مختلف الأعضاء والأنسجة، وأكثر هذه الأنواع شيوعاً نقل الدم ، حيث تنقل ملايين اللترات من الدم سنوياً وينقذ بذلك مئات الآلاف من الأشخاص في كل عام ، وفي الولايات المتحدة الأمريكية يتم نقل ١٢ مليون عملية نقل دم سنوياً[١] ونظراً لكثرة استخدام نقل الدم وعدم وجود أي مضاعفات خطيرة من نقله، إذا أعطي ضمن الشروط المعتبرة ، فإن هذا الإجراء لا يذكر عادة ضمن موضوع غرس الأعضاء وإن كان في الأصل داخلاً فيه ، ويلي نقل الدم، استخدام الجلد وغرسه. وهو إجراء واسع الانتشار أيضاً وقليل المضاعفات وخاصة إذا كان ذاتياً، أي :من نفس الشخص .

وانتشر في الوقت الراهن نقل الكلى "غرس الكلى ". وأنشئت مراكز في معظم بلدان العالم بما في ذلك ثلاثة مراكز في المملكة العربية السعودية التي تم فيها حتى الآن إجراء قرابة خمسمائة عملية نقل كلى تمت بنسبة نجاح كبيرة.

كذلك ينتشر منذ زمن نقل القرنية، ومشاكل غرسها محدودة جداً ؛ لأن القرنية لا تعتمد على التروية ورفضها محدود جداً. وتوجد مراكز لنقل القرنية في مصر والسعودية وبعض البلاد العربية الأخرى.

(1)) merk manual of diagnosis and therpay. 1982. 14 th edition Merk sharp & dohme NJ. p.p 1093 – 1098

ولا يزال غرس القلب قاصراً على الدول المتقدمة تقنياً لصعوبته البالغة وكلفته العالية، وإن كان قد تم في الأردن إجراء عمليات زرع قلب كما تم في الرياض بالمملكة العربية السعودية إجراء هذه العملية بنجاح.

ويواجه غرس الكبد والرئتين مصاعب كثيرة حتى في البلاد المتقدمة تقنيا، وبدأ يحقق بعض النجاح بعد استخدام عقار السيكلوسبودين لمعالجة مشاكل الرفض...

وأنشئت مراكز عدة في مختلف الأقطار لزرع العظام ولا أظن أن هناك مشاكل عويصة لا يمكن التغلب عليها في هذا المجال، وكذلك أنشئت مراكز لنقل المفاصل، وهي لا تزال في مراحلها الأولى، أما نقل البنكرياس، أو بعض خلاياه، فقد حقق في الآونة الأخيرة نجاحاً مطرداً بعد فترة فشل طويلة.

وحقق غرس نقل العظام نجاحاً طيباً بعد استخدام عقار السيكلوسبودين ، وهناك موضوع غرس الأعضاء التناسلية والغدد التناسلية وما يثيره من مشاكل بالنسبة للمسلمين، وكذلك غرس الأجنة المجمدة وموضوع الرحم الظئر وما يعتورهما من مشاكل أخلاقية وقانونية ودينية.

وقد فتح باب جديد مؤخراً، وهو تنمية الأجنة في المختبرات واستخدام أنسجتها للغرس في مختلف الأمراض، وهو باب جديد له مشاكله الأخلاقية والدينية العديدة.

ولا يدخل في موضوع غرس الأعضاء إدخال أجزاء من المعادن أو غيرها مثل السيلكون والداكرون والتيفلون، ومثالها صمامات القلب الصناعية ، وصمامات الأوعية الدموية ، و الأوعية الدموية الصناعية ... و المفاصل الصناعية والصفائح والمسامير التي توضح لتجبير العظام المكسورة.

وفي العادة لا تدخل أيضاً الصمامات المستخرجة من الخنازير والبقر والتي تستخدم أحياناً لإصلاح صمامات القلب المعطوبة في الإنسان ، ولا تذكر عادة ضمن موضوع غرس الأعضاء، وإن كانت في الأصل ضمن هذا الموضوع.

فترة نقص التروية الدافئة Warm ischaemic Time:

ويقصد بها المدة الزمنية التي يستطيع العضو أن يتحملها بعد انقطاع التروية الدموية عنه. ولا يستطيع الدماغ أن يعيش أكثر من أربع دقائق بدون تروية دموية، وربما يبدأ الفساد بعد دقيقتين فقط من توقف التروية الدموية عن الدماغ، ويستطيع القلب البقاء لعدة دقائق، أما الكلى فيمكن أن تصمد بدون تروية دموية لمدة أقصاها ٤٥ دقيقة. ويبقى الجلد لفترة زمنية طويلة نسبياً ١٢ ساعة وكذلك القرنية. أما العظام والغضاريف فإنها تتحمل انقطاع الدم عنها لمدة يوم أو يومين.

فترة نقص التروية الباردة Cold Ischaemic time : ويقصد بها المدة الزمنية التي يمكن أن يبقى فيها العضو بعد استقطاعه من الجسم ووضعه في محلول مثلج في درجة حرارة منخفضة. ويمكن للكلى أن تبقى دون فساد في درجة حرارة ٤ مئوية في محلول مبرد لمدة ٢٤ ساعة على الأكثر، وإذا استخدمت صدمات دفقية محددة بواسطة المحلول المبرد فإنه يمكن الاحتفاظ بالكلى لمدة ٧٢ ساعة دون حدوث نخر أنبوبي حاد Acute Tubular Necvosis ويمكن الاحتفاظ بالقلب في السوائل المبردة بالدفق الخاص لمدة ساعتين فقط [1] أما الأنسجة والخلايا فيمكن الاحتفاظ بها تحت النتروجين السائل في درجة حرارة منخفضة جداً ٧٦

(1)) Ascher N. etal; multiple organ Donnatson from a cadaver. In eds; Simmons R. Finch M. Ascher N. Najerant. Manual of vogular Access. organ Donnation & transplantation. Springer – Verlog ltd. New York Berline – Tokyo. 1984 pp. 105 118

تحت الصفر لمدة طويلة، ويمكن الاحتفاظ بالمني والأجنة المجمدة وغيرها من الأنسجة والخلايا لمدة عشر سنوات أو أكثر. وقد حددت القوانين في بعض البلاد الغربية وأستراليا أقصى مدة للاحتفاظ بالمني والأجنة المجمدة بعشر سنوات ، ويمكن الاحتفاظ بالكبد بعد التبريد بواسطة المحلول المبرد بالدفق المحدد لمدة ٨ ساعات فقط وتبقى البنكرياس في مثل هذه الحالة لمدة ٧٢ ساعة [١]

المطلب الثالـــــث

الموقـــــف الفقهي من قضية غرس الأعضاء

رغم أن غرس الأعضاء يعتبر من المواضيع المستحدثة والمستجدة في القرن العشرين إلا أن بدايات هذا الموضوع قد تمت منذ عصور قديمة[٢]

وأول ذكر لغرس الأعضاء أو إعادة غرس عضو[٣]لنفس الشخص الذي فقد ذلك العضو في التاريخ الإسلامي هو :" ما حدث لقتادة بن

---

(١) محمد علي البار عضو الكليات الملكية للأطباء بلندن وجلاسكو وأدنبره مستشار قسم الطب الإسلامي بمركز الملك فهد للبحوث الطبية . جامعة الملك عبد العزيزبحث منشور ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٤/ ٣٦

(٢) تاريخ غرس الأعضاء ص ٢. ٤

(٣) يعتبر الزرع للأعضاء من الميت هو الإجراء الأكثر شيوعاً الآن.

وذلك للأسباب التالية:

١ حدوث مفهوم موت الدماغ وانتشار استخدامه في معظم مناطق العالم:

٢ كثرة حوادث المرور في العالم:

ويرجع ذلك إلى زيادة في تناول الخمور والمخدرات وإلى تهور كثير من السائقين. وترجع منظمة الصحة العالمية WHO، أن نصف حوادث المرور في العالم أجمع يرجع إلى شرب الخمر.

وبما أن ضحايا حوادث المرور ممن هم في مقتبل العمر ولا يعانون من أي أمراض مزمنة وتكون وفاة عدد كبير منهم نتيجة موت الدماغ ، وبالتالي فإنهم من أكثر المجموعات الصالحة لنقل الأعضاء.

=

النعمان رضي الله عنه الذي فقد عينه في احدى المعارك ثم أعادها النبي ﷺ فكانت أحسن عينيه وأحدهما بصراً. " [1] وتحدث الفقهاء منذ أزمنة طويلة عن وصل العظام بعظم إنسان ميت أو عظم حيوان طاهر أو نجس ، ومثال ذلك:

ما ذكره الإمام النووي في منهاج الطالبين حيث قال: " ولو وصل عظمه بنجس لفقد الطاهر فمعذور وإلا وجب نزعه"[2]

وما ذكره الخطيب الشربيني في مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج من أن وصل العظم الذي انكسر بعظم آدمي محترم أو غير

=

٣ النوبات الدماغية وأورام الدماغ:

تحدث النوبات الدماغية ونزف الدماغ نتيجة انفجار أحد شرايين الدماغ، كما تحدث أورام دماغية، وفي هذه الحالات قد يموت الدماغ قبل موت القلب... وفي كثير منها تصلح هذه الحالات لنقل الأعضاء.

٤ الغرس من الموتى ليست له أي مخاطر من الناحية الطبية:

لا توجد أية محاذير بالنسبة للمتبرع الميت على عكس المتبرع الحي الذي قد يواجه بعض الأخطار المستقبلية عند التبرع بالكلية مثلاً، ونتيجة التقدم الطبي في استخدام عقاقير خفض المناعة فإن استخدام أعضاء الموتى الذين تبقى أعضاؤهم سليمة بواسطة التروية بأجهزة الإنعاش، يعتبر أمراً لا ضرر منه حتى على المستقبلالمتلقي .

(١)المقصد العلي في زوائد أبي يعلى الموصلي لأبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي (المتوفى: ٨٠٧هـ ١٩٦/٣ تحقيق: سيد كسروي حسن الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان ، شرح الزرقاني على المواهب ٢/ ٤٢، ٤٣.وفي المغازي للواقدي غزوة أحد ١/ ٢٤٢: ... وأصيبت عين قتادة بن النعمان، حتى وقعت على وجنته، قال قتادة: فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلّم فقلت: أي: رسول الله، إن تحتي امرأة شابة جميلة أحبها، وتحبني، وأنا أخشى أن تقذر مكان عيني، فأخذها رسول الله صلى الله عليه وسلّم فردها، فأبصرها وعادت كما كانت، فلم تضرب عليه ساعة من ليل أو نهار، وكان يقول بعد أن أسن: هي والله أقوى عيني، وكانت أحسنهما اهـ: المغازي. صححه الألباني في كتاب: بداية السول في تفضيل الرسول ص٤١

(٢) مغني المحتاج على متن منهاج الطالبين للإمام النووي شرح الخطيب الشربيني دار الفكر ج ١/ ١٩٠

محترم جائز شرعاً متى قال ذلك أهل الخبرة. وكذلك جواز وصل العظم بعظم حيوان طاهر مذكى أو نجس غير مذكى أو خنزير متى ما قرر ذلك أهل الخبرة أو أن عظم الآدمي غير متوفر [١]،وتحدث الفقهاء أيضاً في موضوع الغرس الذاتي منذ أزمنة بعيدة، ويذكر الدكتور محمد فوزي فيض الله أن الإمام النووي قرر في هذه المسألة وجهين: أحدهما لأبي إسحاق وقد استجازه، لأنه إحياء نفس بعضو، فجاز، كما يجوز أن يقطع عضواً إذا وقعت فيه الأكلة وذلك إحياء لنفسه، والآخر لا يجوز، لأنه إذا قطع عضواً منه كانت المخافة عليه أكثر" [٢]

(١) مغني المحتاج على متن منهاج الطالبين للإمام النووي شرح الخطيب الشربيني دار الفكر ج ١/ ١٩٠

(٢) المهذب في فقه الإمام الشافعي إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق ٢٧١/١ النشر بيروت. ومنذ ظهور مسألة نقل الدم كتب العديد من الفقهاء المحدثين فتاواهم في إباحته ، نذكر منهم فضيلة الشيخ حسن مأمونمفتي مصرفتوى رقم ١٠٦٥، وفتوى الدكتور أحمد فهمي أبو سنةبحث مقدم للمجمع الفقهي رابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة ١٤٠٥ وسبق نشره في مجلة التضامنكما ظهر كتاب بعنوان نقل الدم وأحكامه الشرعية للشيخ محمد صافيسورية حمص . مؤسسة الزعبي ١٣٩٢ هـ/ ١٩٧٣ وقد أباحت هذه الفتاوى وغيرها كثير، إجراء نقل الدم واعتبرته من أعمال البر والخير، وذلك لما فيه من إنقاذ حياة أشخاص كثيرين.

وكذلك ظهرت كتابات وفتاوى متعددة في موضوع نقل الأعضاء وكلها قد أباحته ، وكان لبعض هؤلاء بعض الشروط التي سنذكرها في حينها.

ونذكر من هذه الفتاوى ما يلي كأمثلة فحسب:

١ فتوى فضيلة الشيخ محمد خاطر في ٣ ذي الحجة ١٣٩٢/ ٣ فبراير ١٩٧٣ بإباحة سلخ جلد الميت لعلاج حروق الأحياء بفتوى رقم ١٠٦٩ واشترط في الإباحة الاقتصار على الموتى الذين لا أهل لهم، أو الموتى الذين أوصوا بذلك في حياتهم ، أو الموتى الذين أذن أهلهم بذلك.

٢ فتوى فضيلة الشيخ حسن مأمون ٦ شوال ١٣٧٨ هـ/ ٤ إبريل ١٩٥٩ م برقم ١٠٨٧ في إباحة نقل عيون الموتى إلى الأحياء، وأن ذلك جائز بإذن الموتى الذين لهم أهل أو الميت الذي أوصى بذلك، أو الميت الذي لا أهل له بدون إذن.

٣ فتوى الشيخ أحمد هريدي ٢٣ أكتوبر ١٩٦٦ برقم ٩٩٣ بجواز سلخ قرنية العين من ميت وتركيبها لحي، وذلك من الميت الذي لا أهل له، أو الميت الذي أذن أهله بذلك، أو الميت الذي أوصى بذلك قبل وفاته، هذه مجموعة من الفتاوى التي تحت يدي ولا شك أن غيرها كثير في هذا الباب.

إعادة الغرس: بالنسبة للمحكوم عليهم بقطع اليد في السرقة أو القصاص، هل يجوز إعادة غرس زرع الجزء المستقطع؟ أفتى بعض الفقهاء بعدم جواز ذلك؟ لأن العبرة من إقامة الحد لم تتم في هذه الحالة، ومال بعضهم إلى أن الحكم قد نفذ ولا مانع من إعادة الجزء المستقطع، هذه بعض الأسئلة المطروحة على الفقهاء الأجلاء التي يرغب الأطباء في معرفة جوابها وسأحاول في بحث آخر إن شاء الله بحث قضية:" رد الأعضاء المقطوعة في حد أو قصاص أو غير ذلك ".

المطلب الرابع

الجناية على الأعضاء الاصطناعية في جسم الإنسان(١)

أدلى الفقهاء السابقون باجتهاداتهم في أصل هذه المسألة، وهو اتخاذ الإنسان عضواً اصطناعياً مكان العضو الطبيعي الذي افتقده.

ومن الجدير أن نستعرض المسألة إجمالاً، نظراً إلى أنها تشكل مستنداً فرعياً في هذا البحث بعد الاستناد إلى تلك القواعد التي نوردها؛ وإظهاراً لجذور هذه المسألة في تراثنا الفقهي العظيم.

أصل هذه المسألة في التراث الفقهي القديم والتطور الذي انتهى إليه الطب فيها:

لجذور هذه المسألة مستند أصيل من السنة النبوية الشريفة، بالإضافة إلى القواعد الفقهية التي تشكل الأساس الاجتهادي فيها، وهو

(١)هو ما عالجه الفقهاء وأوضحوا حكمه قديماً، ومن مسألة زرع عضو من إنسان في جسم إنسان آخر، وهو ما يمارسه الأطباء، اليوم، وما يطرح نفسه لبيان حكمه الشرعي.

حديث عُرْوَةَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَبْدِ اللهِ بن عبد الله بن أُبَيٍّ أَنَّهُ أُصِيبَتْ ثَنِيَّتُهُ يَوْمَ أُحُدٍ فَأَمَرَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يَتَّخِذَ ثَنِيَّةً مِنْ ذَهَبٍ " [١]

فقد قرر الفقهاء بالاتفاق جواز اتخاذ سن أو أنملة أو أنف من ذهب، إن اقتضت الضرورة أن يكون ذهباً، وعلى خلاف فيما بينهم في جواز اتخاذه من الذهب إن قامت الفضة أو نحوها مقامه، فأجاز الشافعية والمالكية الذهب مطلقاً، ومنعه الحنفية عند عدم الضرورة[٢]

أما الأطراف، كاليد والرجل، وكالإصبع الكاملة منهما، فقد ذهب الحنفية والشافعية، في المعتمد عندهم، إلى عدم جواز اتخاذها من ذهب أو فضة، نظراً إلى أنها لن تكون أعضاء عاملة، بل لمجرد الزينة فلا ضرورة في تركيبها إذن، أي فلا ضرورة في ارتكاب المحظور[٣] ومعنى ذلك أن اتخاذ طرف اصطناعي من غير الذهب والفضة جائز بالاتفاق .

كما اتفقوا على أن وصل الجسد بعظم من حيوان طاهر، للتداوي به، أو للاستعاضة به عن عضو أو عظم فقده صاحبه، جائز، وإن وصل بعظم نجس مع وجود الطاهر، أو بدون ضرورة تدعو إلى ذلك، فهو غير جائز، ويجب نزعه عند الجمهور في هذه الحالة، إلا إن خيف من هلاك

(١)المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين لمحمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبَدَ، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي المتوفى: ٣٥٤هـ ٩٩/١ تحقيق: محمود إبراهيم زايد الناشر: دار الوعي – حلب الطبعة: الأولى، ١٣٩٦هـ

(٢)انظر مغني المحتاج للشربيني: ١/ ٣٩١، والهداية للمرغيناني: ٤/ ٦١، وجواهر الإكليل: ١٠/١ وما بعد.

(٣) انظر مغني المحتاج للشربيني: ١/ ٣٩١، والهداية للمرغيناني: ٤/ ٦١، وجواهر الإكليل: ١٠/١ وما بعد.

أو عطب، أما إن تعين العظم النجس، فلا مانع من الاستفادة منه عند الضرورة[١]

ولكن هل أجاز الفقهاء الاستفادة، في هذه الحال، من عظم إنسان آخر؟

في الفتاوى الهندية: لا يجوز الانتفاع بأجزاء الآدمي، قيل : للنجاسة، وقيل : لكرامة الإنسان، وهو الصحيح[٢]، وأطلق الشربيني في مغني المحتاج القول بحرمة ذلك فقال:" والآدمي يحرم الانتفاع به وبسائر أجزائه، لكرامته "[٣]

وأحسب أنه ينبغي أن يكون هذا الاجتهاد خاصاً بالحالات التي لا يتعين فيها الآدمي دون غيره، أما عندما يتعين الآدمي ولا يقوم مقامه جزء آخر من غيره، وكان في ذلك إنقاذ لحياته أو تمتيع بعضو أصيل في جسمه، فلا نشك في أن ضرورة إنقاذ حياة الإنسان أو إعادتها إلى النهج القديم، أرجح في سلم المصالح المعتبرة من مراعاة كرامة الإنسان بعد موته مع مراعاة الضوابط الشرعية في ذلك

هذه خلاصة لما انتهى إليه الفقهاء في هذه المسألة، في الأزمنة السالفة، ومن الواضح أنها تبرز مدى مسايرة الفقه الإسلامي لحركة الطب وتقدمه آنذاك، ومدى تناسق الفقه معه في السعي إلى خدمة الإنسان وتحقيق مصالحه.[٤]

---

(١) انظر الفتاوى الهندية: ٥/ ٣٥٤، وروضة الطالبين للنووي: ١/ ٢٧٥، والشرح الصغير للدردير: ٥٨/١.

(٢)الفتاوى الهندية: ٥/ ٣٥٤

(٣)مغني المحتاج: ١/ ١٩١

(٤)قال سلطان العلماء : "الطب كالشرع وضع لجلب مصالح السلامة والعافية، ولدرء مفاسد المعاطب =

غير أن الطب، بلغ اليوم مبلغا متقدما، بالنسبة إلى ما كان عليه بالأمس، فقد تجاوز مرحلة تثبيت أنف أو أنملة أو سن اصطناعي، أو وصل الجسم بعظم إنسان أو حيوان آخر، تجاوزه إلى زرع كلية مكان أخرى، وتركيب قلب مكان قلب آخر، وإلى استبدال عين سليمة بأخرى تالفة. وهو بهذا التقدم الذي بلغه اليوم، إنما يعيد الأمل إلى الإنسان الذي استيأس من حياته، ويضع الإنسان في الوقت ذاته أمام أسمى امتحانات التعاون والإيثار.

ثم إن هذا التقدم العلمي في نطاق الطب، يصور لنا بعضاً من الفروق بين عمل الطب في هذا المضمار بالأمس وعمله في اليوم.

وأبرز هذه الفروق، أن تلك الإنجازات الطبية القديمة، لم تكن تعدو عملاً تزيينيا أو سداً شكلياً لنقص في البدن، وليس له من فائدة إلا ضمن حدود الشكل والمظهر. فكان أثره المصلحي محصوراً في نطاق مرتبة التحسينات لمصلحة الحياة. أما هذا الذي وصل إليه الطب اليوم، فهو يرقى إلى درجة استعادة مقومات الحياة بعد فقدها أو بعد الإشراف على فقدها، فهو يدخل بذلك في إنجاز أبرز المقومات الضرورية لمصلحة الحياة.

=

والأسقام" ،وغاية الطب حفظ الصحة واستعادتها، وإزالة العلة أو تقليلها بقدر الإمكان، ولابد من أجل الوصول إلى ذلك – في بعض الأحيان – من تحمل أدنى المفسدتين لإزالة أعظمها، وتفويت أدنى المصلحتين لتحصيل أعظمها. قواعد الأحكام: للعز بن عبد السلام، جـ١: صـ٤، دار الجيل، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية ١٤٠٠هـ – ١٩٨٠م، وقواعد المصالح والمفاسد تحكم هذا الموضوع "حيثما كانت المصلحة فثم شرع الله" وكل مأمور به ففيه مصلحة الدارين أو أحدهما، وكل منهي عنه ففيه مفسدة فيهما أو في إحداهما.

ومما لا ريب فيه أن هذا الفرق في مضمار العمل الطبي في هذا المجال، ما بين الأمس واليوم، له تأثيره ودوره الكبير في إبراز كثير من وجوه الاختلاف في الأحكام الفقهية لهذه المسألة وغيرها ما بين الأمس واليوم، وهذا ما سنشرع في بيانه وتفصيل القول فيه بعون الله وتوفيقه.

الجناية على منفعة العضو المزروع: إذا اعتدى رجل على العضو المزروع في آخر، فضربه على عينه مثلا ، فذهبت حاسة البصر ولم يتلف العضو أو ضربه على أذنه فذهبت حاسة السمعوالعضو باقي ، فأراد المجني عليه القصاص، فهل له ذلك ،ومتى تكون الدية ، وهل يمكن الاستعانة بالأطباء في هذا المجال ؟

اختلف أهل العلم في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور أهل العلم من المالكية[١] ، والشافعية[٢] ، وهو المذهب عند الحنابلة[٣] ، وعليه الأكثر منهم ، ومحمد بن الحسن،في رواية ابن سماعة ، إلى أنه يقتص من الجاني إذا أمكن وإذا لم يمكن الاستيفاء فعلى الجاني الدية. [٤]

وفرق أصحاب هذا القول بين الفعل الذي يجب فيه القصاص وبين الفعل الذي لا يجب فيه القصاص، فإن كان الفعل يجب فيه القصاص اقتص منه، فإن ذهبت المنفعة فقد أخذ حقه، وإن لم تذهب فيكون المجني

(١) مواهب الجليل، ٦/ ٢٤٨، المدونة، ٤/ ٥٦٤-٥٦٥.
(٢) مغني المحتاج: ٢٩/٤، المهذب، ٢/ ١٨٧.
(٣) الإنصاف، ١٩/١٠
(٤) بدائع الصنائع، ٣٠٧/٧/ المبسوط، ٢٦/ ١٠١.

عليه، استوفى حقه في الفعل دون المنافع التي ذهبت منه، فيعمل على إذهاب المنفعة بالطرق الطبية، فإذا لم يمكن لزم الجاني دية المنفعة.

وإن كان الفعل لا يجب فيه القصاص عولج الجاني بما يذهب تلك المنفعة، فإن لم يمكن وجبت على الجاني الدية.

القول الثاني: ذهب أبو حنيفة[١] ، –رحمه الله – إلى أنه لا قصاص في الفعل ولا في ذهاب المنفعة، وإنما فيهما الأرش، وهو قول للحنابلة[٢] ، كما لو شج[٣]إنسان موضحة متعمدا فذهب منها بصره فلا قصاص، وفيها وفي البصر الأرش ،لأن القصاص على وجه المماثلة غير ممكن.

وذهب أبو يوسف، ومحمد بن الحسن في قول له[٤]، إلى أنه يقتص من الفعل إذا كان مما يجب فيه القصاص وفي المنفعة الدية ، لأن تلف البصر حصل من طريق التسبب لا من طريق السراية، بدليل أن الشجة تبقى بعد ذهاب البصر، وحدوث السراية يوجب تغيير الجناية كالقطع إذا سرى إلى النفس إنه لا يبقى قطعا بل يصير قتلا وهنا الشجة لم تتغير بل بقيت شجة كما كانت فدل على أن ذهاب البصر ليس من طريق السراية بل من طريق التسبب ، والجناية بطريق التسبب لا توجب القصاص كما في حفر البئر.

---

(١)بدائع الصنائع، ٧/٣٠٧/ المبسوط، ٢٦/ ١٠١

(الإنصاف: ١٠/١٩

(٣)الشجة هي: الجرح في الرأس والوجه خاصة، وفي غيرهما يسمى جرحا لا شجة، المغني ١٢ /١٧٥، والروض المربع شرح زاد المستقنع ومعه حاشية عبدالرحمن بن قاسم٧/٢٦٧.

(٤)بدائع الصنائع: ٧/ ٣٠٧، المبسوط، ٢٦/١٠١

الرأي الراجح في الموضوع:

والذي يترجح لدي هو قول الجمهور، لموافقته الأصل وهو جريان القصاص في كل ما يمكن، فيقتص من الجاني فإن ذهبت المنفعة وإلا استخدم ما يزيلها،قال أبو عمر : أحسن ما روي فيمن ضرب عين غيره فذهب بعض بصره عمدا وبقي بعض،ما رواه سنيد قال:حدثنا عباد بن العوام عن عمر بن عامر عن قتادة عن سعيد بن المسيب : أن رجلا أصاب عين رجل فذهب بعض بصره وبقي بعضه ، فرفع ذلك إلى علي رضي الله عنه فأمر بعينه الصحيحة فعصبت وأعطي رجل بيضة فانطلق بها وهو ينظر حتى انتهى بصره ، فأمر علي – رضى الله عنه –فخط عند ذلك خطا علما ثم أمر بعينه الأخرى فعصبت وفتحت الصحيحة وأعطى رجل بيضة فانطلق بها وهو ينظر حتى انتهى بصره ثم خط عند ذلك علما ، وعُرف ما بين الموضعين من المسافة ثم أمر به فحول إلى مكان وفعل به مثل ذلك ثم قاس فوجد مثل ذلك سواء ، فأعطاه بقدر ما نقص من بصره من مال الجاني عليه . [1]

(١)الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار لأبى عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي المتوفى : ٤٦٣هـ/٨٠/٩ ، وابن أبي شيبة في كتاب الديات باب الرجل يضرب عينه فيذهب .بعض بصره، برقم ٢٦٩٠٩ وحسنه زكريا بن غلام قادر الباكستاني في كتابه ما صح من آثار الصحابة في الفقه ١٢٦٤/٣

المطلب الخامس

الجناية على العضو المزروع الذي ليس له منفعة

يتضح مما سبق ما للجناية على الأعضاء المزروعة من أضرار جسمانية وأدبية –تؤثر في تكامل الإنسان الجسدي وحقه في الكسب، وغير ذلك من الإصابات التي تمس الصحة النفسية والسلامة الجسدية للمضرور، والتي قد تؤدي إلى وفاته في بعض الأحيان.

وأحسب انهيجوز التقييم للعضو مع وجود منفعته وبين وجود العضو مع ذهاب منفعته ، ويضمن الجاني قيمة العضو بدون منفعة ، ويرجع فيذلك لأهل التخصص .. والله أعلم وأحكم

المطلب السادس

المطالبة بالتعويض مدة الاستشفاء أثر التعدي، وضرورة تعاون الأطباء في التقييم

الأصل في الفقه الإسلامي أنه لا يرفع عن الفعل الضار صفة التعدي، ولا يسقط الضمان حتى لو ادعى المسئول جهله بالحالة البدنية المسبقة للمضرور.

ويرجع ذلك إلى أن القواعد العامة في الشريعة الإسلامية تحرم كل فعل ضار يؤدي إلى هلاك النفس، أو إتلاف بعض أعضاء الجسد، أو منافع الأعضاء وتلزم مرتكب هذا الفعل الضار بالضمان حتى ولو ادعى جهله بحالة الضعف التي كانت تنتاب المضرور، وأدت إلى تفاقم الضرر، ويدل على ذلك قوله تعالى :" وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ "

وفي هذا المعنى يقول الشيخ البهوتي : أو يلكُزُهُ بيدهِ في مقتَلٍ، أو في حالة ضَعْفِ قوةٍ من مرضٍ، أو صغرٍ، أو كبرٍ، أو حر مفرطٍ، أو برد شديدٍ، ونحوه فمات فعليه القودُ ؛ لأن ذلك الفعل يقتل غالبًا،

وإن ادعى جهل المرض في ذلك كله لم يقبل .

وعليه إذا قام شخص بالاعتداء على آخر، ثم أصيب المجني عليه بكسور أو بإصابات تمنعه من مزاولة عمله ، فانقطع عن العمل الذي يتكسب منه ،أو كان في شركة فانقطع عنها لمدة عام أو عامين مدة الاستشفاء ، أو أدت الجناية على العضو المزروع إلىتفويت الفرصة على المضرور فهل للمجني عليه حق المطالبة بالتعويض عن راتبتلك المدة التي انقطع فيها عن عمله أم لا ؟وهل يجمع للمجني عليه مع القصاص تعويضا ماليا إذا كانت الجناية على العضو المزروع عمدا ، وكذلك إذا كانت الجناية خطأ فهل يجمع له مع الدية أو الحكومة عوضا ماليا ؟[1]

(١)هذه المسألة ظهرت وبرزت في هذا العصر، بسبب كثرة حوادث السيارات ، التي تحدث إصابات خطيرة، تمنع الإنسان عن عمله فترة طويلة ، والباحث لضمان هذه المسألة عند أهل العلم المتقدمين لا يجد لها عرضا وبسطا مثل غيرها من المسائل التي توسعوا فيها ، بل قل من يتكلم عليها، وربما أشار بعضهم لما يقاربها عرضاِ.

المبحث الثاني

الاستعداد المرضي للمجني عليه، وأثر ذلك في عقوبة الجاني في الفقه الإسلامي

الأصل في الفقه الإسلامي أن الاستعداد المرضي للمجني عليه نتيجة وجوده في حالة ضعف قوة من مرض، أو صغر، أو كبر، أو حر مفرط، أو برد شديد، أو غيرها، لا يرفع عن الجاني صفة التعدي، ولا يسقط الضمان حتى لو ادعى الجاني جهله بالحالة البدنية المسبقة للمجني عليه.

وفي هذا المعنى يقول الشيخ البهوتي :" أو يلكُزُهُ بيدِهِ في مقتَلِ، أو في حالة ضَعْفِ قوةٍ من مرضٍ، أو صغرٍ، أو كبرٍ، أو حر مفرطٍ، أو برد شديدٍ، ونحوه فمات فعليه القودُ "؛ لأن ذلك الفعل يقتل غالبًا، وإن ادعى جهل المرض في ذلك كله لم يقبل . (١)

ويرجع ذلك إلى أن القواعد العامة في الشريعة الإسلامية تحرم كل فعل ضار يؤدي إلى هلاك النفس، أو إتلاف بعض أعضاء الجسد، وتلزم مرتكب هذا الفعل الضار بالضمان حتى ولو ادعى جهله بحالة الضعف التي كانت تنتاب المضرور، وأدت إلى تفاقم الضرر، ويدل على ذلك قول الله تعالى : " وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ "(٢)

(١) كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي جـ٥ صـ٥٠٦، طبعة دار الفكر.
(٢)البقرة ١٩٥

المطلب الأول

موقف القضاء من طلب التعويض للمجني عليه

يقدر القاضي التعويض اللازم لجبر الضرر للمجني عليه بعد أن يتحقق من توافر العناصر والشروط اللازمة للحكم بالتعويض.

وللتعويض عنصرين يتم تقديره وفقًا لهما :

العنصر الأول: ما أصاب المجنى عليه من خسارة.

العنصر الثاني : ما أصاب المجنى عليه من فوات كسب.

وإذا كان تقدير التعويض وفقًا للعنصرين السابقين يشمل الأضرار المالية التي تصيب المجنى عليه فإنه يشمل أيضًا الأضرار الجسمانية والأدبية.

والأضرار الجسمانية التي تصيب المجنى عليه هي الإصابات التي تؤثر في تكامل الجسد وحقه في الحياة، كالإصابة بفقدان منفعة العضو

أما الأضرار الأدبية فتتمثل في كل ما يصيب المتضرر في معنوياته وشعوره، ويدخل فيها الآلام الجسدية والنفسية ، [1] وقد استقر الفقه والقضاء على أن الضرر الأدبي كالضرر المادي يجوز التعويض عنه، ويترك تقدير التعويض لسلطة القاضي ويشترط لتقدير التعويض اللازم لجبر الضرر اللاحق بالمجنى عليه أن يكون الضرر المطلوب

(١) دروس في أحكام الالتزام، د/ عبد الفتاح عبد الباقي صـ٥٥، مع تصرف في العبارة، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، طبعة ١٩٨٩م.

التعويض عنه مباشرًا، ومحققًا، وأن يصيب حقًا أو مصلحة مشروعة للمضرور.

ويقصد بالضرر المباشر: ذلك الضرر الذي لا يتوسط بينه وبين الفعل الضار أي أمر آخر، وبحيث يعتبر نتيجة طبيعية ومؤكدة للخطأ. (١)

والضرر المحقق هو: الضرر الحال الذي وقع فعلاً وأصاب طالب التعويض، كأن يؤدي خطأ الجاني إلى وفاة المضرور، أو إصابته بجرح في جسمه، أو تلف في ماله، وإذا لم يقع الضرر فعلاً ولكنه مؤكد الوقوع في المستقبل؛ فإنه يعتبر ضررًا محققًا، ويجب التعويض عنه بالرغم من عدم وقوعه في الحال.

ومن ثم يجب لكي يتمكن المجني عليه من طلب التعويض للجناية على أعضاءه المزروعة أن يكون الضرر الذي أصابه قد وقع فعلاً أو أن وقوع الضرر في المستقبل أمر مؤكد.

أما الضرر المحتمل وهو: ما يكون غير محقق الوقوع في المستقبل فلا تعويض عنه إلا إذا تحقق فعلاً.(٢)ولكي يتمكن القاضي من تقدير التعويض اللازم لجبر الضرر في الفقه الإسلامي فإنه يجب أن تتوفر عناصر الضمان وشروطه.

(١) فكرة الضرر المباشر بين النظرية والتطبيق، د/ علي سيد حسن صـ٤٨٢، ٥٤٣، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، سنة ١٩٨٢م، العددان ١، ٢.

(٢) مصادر الالتزام، د/ عبد الودود يحيى صـ٢٥٢، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٢م.

وإليك البيان :

تأصيل التعويض عن تفويت المنفعة للأعضاء المزروعة في الفقه الإسلامي

وقع خلاف بين الجمهور والحنفية في ضمان المنافع بالإتلاف، فذهب الجمهور إلى ضمانها، وذهب السادة الأحناف إلى عدم ضمانها.

ومقصدنا هنا هو بيان التعويض عن منافع الأعضاء المزروعة عندما يحصل لها إتلاف أو تفويت في جناية التعدي عليها

الأدلة من الكتاب والسنة وقواعد الشريعة على التعويض عن تفويت المنفعة

التعويض عن المنفعة بالجناية على الأعضاء تشملها أدلة مشروعية الضمان، ومن ذلك

قول الله _تعالى_: "وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا"[1] **ووجه الدلالة من الآية:** أن الله جعل موجب قتل المؤمن عن طريق الخطأ الدية، وهذه الدية تمثل تعويضاً لولي المقتول، أما تحرير الرقبة فهي كفارة لهذا الفعل.

ومن السنة أن بعض ازواج النبي أهدت رسول الله ﷺ إلى النبي _صلى الله عليه و سلم_ طعاما في قصعة فضربت عائشة القصعة بيدها

(١) النساء: من الآية٩٢

فألقت ما فيها فقال النبي صلى الله عليه و سلم :"طعام بطعام وإناء بإناء" (١)

وقوله _ﷺ_: " مَنْ تَطَبَّبَ وَلاَ يُعْلَمُ مِنْهُ طِبٌّ فَهُوَ ضَامِنٌ "(٢)

وعن النعمان بن بشير قال: قال رسول الله ﷺ: ما أوقف دابة في سبيل من سبل المسلمين أو في سوق من أسواقهم فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن(٣)

وعقلا نقول :إنّ تفويت المنفعة التي انعقد سبب وجودها بحيث أصبحت في حكم المنفعة المتحققة يترتب عليه ضرر، وقواعد الشريعة تقضي أنه: "لا ضرر ولا ضرار" ، وأن "الضرر يزال"، وضمان المتلفات يدخل تحت هذه القواعد دخولاً أولياً.

ودلالة هذه القواعد الشرعية والفقهية عامة، فيدخل فيها رفع الضرر الحاصل بسبب تفويت المنفعة التي انعقد سبب وجودها، ولا يتحقق رفع هذا الضرر إلا بالتعويض العادل عنه.

(١) الجامع الصحيح سنن الترمذي ، كتاب الأحكام، باب من جاء فيمن يكسر له الشيء ما يحكم له من مال الكاسر الناشر : دار إحياء التراث العربي – بيروت ، قال أبو عيسى هذا حديث حسن صحيح ،قال الشيخ الألباني : صحيح

(٢) سنن أبي داود أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني كتاب الديات ،باب : فِيمَنْ تَطَبَّبَ وَلاَ يُعْلَمُ مِنْهُ طِبٌّ فَأَعْنَتَ، الناشر : دار الكتاب العربي . بيروت . والمعنى أن من تطبب ولم يعلم منه طبأي من تعاطى الطبومارسه ولميك متخصصاأو كان متخصصا وفرط وأهملفهو ضامنلمن طبه بالدية ان مات بسببه لتهوره بالإقدام على ما يقتل

(٣)الدار قطني في سننه ج٣/ص١٧٩ ح٢٨٥

ويُشترط هنا أن يكون الإتلاف بالتسبب المكوِّن للفعل الموجب للتعويض صدر عن طريق التعدي، سواء أكان عن طريق العمد أم الخطأ، أم الإهمال أم التقصير .

كما يُشترط للتعويض هنا أن يكون هذا التفويت حصل نتيجة لهذا التعدي، أما إن انقطعت العلاقة بينهما فلا تعويض أيضاً، والمكلف بإثبات العلاقة هنا هو المضرور أو وليه، لقول النبي ـﷺ_: "لو يُعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجالٍ وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه" [1]؛ ولأن المدعى عليه هنا متمسك بالأصل ومستصحب له، والأصل براءة الذمة،كما أنّ التعدي وعلاقته بالضرر أمرٌ عارض والأصل من الأمور العارضة العدم.

نصوص بعض الفقهاء التي تتعلق بالتعويض عن تفويت المنفعة التي انعقد سبب وجودها

ورد عن شريح: أنه قضى في الكسر إذا انجبر، قال: لا يزيده ذلك إلا شدة، يُعطى أجرة الطبيب وقدر ما شُغل عن صنعته ، فإعطاؤه قدر ما شُغل من صنعته، هذا يمثل التعويض عن المنفعة التي فاتت عليه بسبب هذا التعدي المتمثل في الكسر.

(١) الجمع بين الصحيحين البخاري ومسلم لمحمد بن فتوح الحميدي دار النشر / دار ابن حزم – لبنان/ بيروت – ١٤٢٣هـ – ٢٠٠٢م الطبعة: الثانية تحقيق : د. علي حسين البواب ١٤/٢ ،السنن الكبرى وفي ذيله الجوهر النقي

لأبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي١٣٠/٩،الطبعة : الطبعة : الأولى . ١٣٤٤ هـ

وجاء في المعيار المعرب أن من أخذ وثيقةً لرجلٍ فأحرقها، أو خرقها، وفي الوثيقة دين أو منفعة، فإنه يلزمه ما في الوثيقة من دين، على حسب ما أهلك من ذلك ، فتحريق الوثيقة التي فيها دين أو منفعة أو تخريقها يعد صورة من صور تفويت المنفعة التي انعقد سبب وجودها، وقد قرر في هذه الصورة لزوم المعتدي عليها بالإحراق أو التخريق ما فيها من الدين، وهذا يمثل التعويض عنها، وهو المراد.

وفي شرح الدر المختار: "رجل جرح رجلاً فعجز المجروح عن الكسب، يجب على الجارح النفقة والمداواة" فها هنا المنفعة التي حصل لها التفويت هي الكسب، والسبب في تفويتها التعدي بالجرح، والتعويض عنها هو إيجاب النفقة على الجارح.

وجاء عن ابن تيمية – رحمه الله – قال: "وإذا ترك العامل العمل حتى فسد الثمر فينبغي أن يجب عليه ضمان نصيب المالك ويُنظر كم يجيء لو عمل بطريق الاجتهاد كما يضمن لو يبس الشجر، وهذا لأن ترك العمل من غير فسخ العقد حرام وغرر، وهو سبب في عدم هذا الثمر فيكون كما لو تلفت الثمرة تحت اليد العادية، مثل أن يغصب الشجر غاصب ويعطلها عن السقي حتى يفسد ثمرها، إذ الضمان باليد العادية كالضمان بالتسبب بالإتلاف

فهنا نجد أن ابن تيمية – رحمه الله – قرر بوضوح الضمان بسبب تفويت المنفعة التي انعقد سبب وجودها، ويبيّن أن تفويت المنفعة التي انعقد سبب وجودها يدخل ضمن الإتلاف الموجب للضمان

أهمية التطبيق القضائي

الأحكام القضائية لها أهمية عظمى، لأنها تمثل جانباً كبيراً للتطبيق الفقهي، وهي تشتمل على الاجتهاد والاستنباط وتنزيل الأحكام على الوقائع، بل إنك لتجد فيها من دقائق المسائل ما لا تجده في كثير من كتب الفقه، ذاك أن التنظير الفقهي مهما بلغ من الدقة إلا أنه يظل بعيداً عن الواقع العلمي، ولذا تجد كثيراً من المسائل قد لا ترد على الفقيه إلا عند العمل.

ونظراً لأهمية الأحكام القضائية من الناحية الفقهية اعتنى علماء السلف بها، بل أفردها بعضهم بالمصنفات، بل إننا نجد كثيراً من الفقهاء يصرحون بأنه ينبغي للقاضي أن يكون عالماً بقضاء من سبقه .

المطلب الثاني

تطبيق الضمان في الجناية على الأعضاء المزروعة في الفقه الإسلامي

الضمان في اللغة: يطلق على معان، منها : الالتزام يقال : ضمنت الشيء أي التزمته، وضمنته الشيء أي ألزمته إياه، وفي اللسان : ضمن الشيء ضمانًا، كفل به فهو ضامن وضمين، وضمنته الشيء تضمينًا فتضمنه عني، مثل غرمته، وكل شيء جعلته في وعاء فقد ضمنته إياه. [1] واستعمل فقهاء الشريعة الإسلامية كلمة الضمان في معنيين:

الأول: في معنى الكفالة، أي ضم ذمة إلى أخرى في المطالبة.

(١)لسان العرب، مادة ضمن، جـ١٣ صـ٢٥٧.

الثاني: في معنى الالتزام، بتعويض الغير عن ضرر أصابه. [١]

والمقصود هنا هو المعنى الثاني للضمان، أي الضمان بمعنى الالتزام بالتعويض، والذي يهدف إلى جبر الضرر وإزالته.

مفهوم الضمان بمعنى التعويض: أطلق بعض الفقهاء لفظ الضمان وقصد منه معنى التعويض، ويتضح ذلك من تعريفه للضمان: فقد عرفه الإمام الغزالي بقوله : الضمان هو وجوب الشيء أو بدله بالمثل أو القيمة.[٢]وعرفه الإمام الشوكاني بقوله : الضمان عبارة عن غرامة التالف.[٣] وعرفه الأستاذ الدكتور / مصطفى الزرقا بقوله : الضمان هو التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير.[٤]

فهذه التعريفات للضمان تدور حول معنى الالتزام بتعويض الضرر الذي أصاب الغير بالمثل أو القيمة، وبذلك يعرف الفقه الإسلامي فكرة التعويض عن الضرر المادي اللاحق بالآخرين في أنفسهم أو أموالهم، إذ أن من القواعد المقررة في الفقه الإسلامي أن الضرر يزال .

وأساس ذلك الحديث النبوي الشريف "لا ضرر ولا ضرار" وإزالة الضرر الواقع على النفس عمدًا يكون بالمثل قصاصًا والدية عند العفو عن القصاص، والضرر الواقع على النفس خطأ يزال بدفع الدية من

(١) الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، د/ محمد فاروق بدر العكام، صـ٩، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، طبعة ١٩٩٧م.

(٢) الوجيز في مذهب الإمام الشافعي، للإمام أبي حامد الغزالي، جـ١ صـ٢٠٨، طبعة مطبعة الآداب ١٣١٧هـ.

(٣)نيل الأوطار للشوكاني جـ٥ صـ٢٥٣، ٢٧٤، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، طبعة ١٣٤٧هـ.

(٤)المدخل الفقهي العام، د/ مصطفى أحمد الزرقا، جـ٢ صـ١٠٣٢، طبعة دار الفكر ١٩٦٨م.

المال، أما إزالة الضرر الواقع على المال فإنه يتحقق بالتعويض لما فيه من جبر الضرر ورد لمالية المعتدى عليه كما كانت قبل الاعتداء، فإن الجوابر مشروعة لاستدراك المصالح الفائتة [١] يقول الإمام عز الدين بن عبد السلام : "والغرضُ من الجوابرِ جبرُ ما فات من مصالح حقوق الله وحقوق عباده، ولا يشترط في ذلك أن يكون من وجب عليه الجبر آثمًا، وكذلك شُرع الجبر مع الخطأ والعمد والجهل والعلم والذكر والنسيان، وعلى المجانين والصبيان، بخلاف الزواجر فإن معظمها لا يجب إلا على عاصٍ زجرًا له عن المعصية وقد تجب الزواجر دفعًا للمفاسد من غير إثم ولا عُدوان، كما في حد الحنفي إذا شرب النبيذ".[٢]

دليـل مشروعيتــه : يستدل للضمان بمعنى التعويض بقول الله تعالى :" وَدَاوُودَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ ٧٨فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا وَسَخَّرْنَا مَعَ دَاوُودَ الْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَالطَّيْرَ وَكُنَّا فَاعِلِينَ ٧٩ "[٣]

وجــه الدلالــة : تدل الآيتين الكريمتين على التضمين في الأموال عند إتلافها بقصد أو بغير قصد؛ فقد قال الإمام الخطيب الشربيني في تفسيره

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، صـ٨٥، طبعة عيسى البابي الحلبي، طبعة ١٣٨٧هـ ١٩٨٦م، الأشباه والنظائر للسيوطي، صـ٨٣.

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للإمام عز الدين بن عبد السلام جـ١ صـ١٧٨.، المصدران السابقان نفس المواضع المشار اليها ، الفروق للعلامة أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي، المتوفي سنة ٦٤٨هـ، ومعه تهذيب الفروق للشيخ محمد علي جـ١ صـ٢١٣، الفرق التاسع والثلاثون، طبعة دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.

(٣) سورة الأنبياء الآيتين ٧٨، ٧٩.

للآية : وحكمه في شرعنا عند الشافعي وجوب ضمان المتلف....". [١] وقال العلامة ابن العربي [٢] : "لا إشكال في أن من أتلف شيئًا فعليه الضمان".[٣]ومن السنة النبوية المطهرة : ما رواه أنس – رضي الله عنه – قال : أهدت بعض أزواج النبي – ﷺ– طعامًا في قصعةٍ، فَضَربتْ عائشةُ القصعةَ بيدها فألقت ما فيها، فقال النبي: طعامُ بطعامٍ وإناءُ بإناءٍ .[٤]

وجه الدلالة : يدل الحديث الشريف على أن من أتلف على غيره شيئًا، كان عليه ضمانه، وأن من استهلك عروضًا أو حيوانًا فعليه مثل ما استهلك ولا يقضي بالقيمة إلا عند عدم المثل.[٥]

حكمة مشروعية الضمان : شرع الضمان كوسيلة لحفظ أنفس الناس وأموالهم، وصيانة لحقوقهم بما يحققه من رفع للضرر، ودرء للعدوان،

(١) تفسير القرآن الكريم المسمى بالسراج المنير، للإمام الخطيب الشربيني، ٥١٥/٢، طبعة دار المعرفة، بيروت، لبنان.

(٢) ابن العربي : هو محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن عبد الله المعافري، الأندلسي، الإشبيلي، المالكي، عالم مشارك في الحديث، والفقه، والأصول، وعلوم القرآن، وغيرها، ولد بإشبيلية وولى القضاء بها، وهو من فقهاء المالكية المغاربة، توفي – رحمه الله – سنة ٥٤٣هـ.

معجم المؤلفين، لعمر رضا كحالة ٢٤٢/١٠، ٢٤٣.

(٣) أحكام القرآن لابن العربي جـ٣ صـ١٢٦٨، تحقيق : محمد علي البيجاوي، طبعة عيسى البابي الحلبي.

(٤) أخرجه الترمذي، كتاب الأحكام، باب : ما جاء فيمن يكسر له الشيء ما يحكم له من مال الكاسر جـ٣ / صـ٦٤٠، رقم ١٣٥٩، تحقيق : أحمد محمد شاكر وآخرون، الناشر : دار إحياء التراث العربي، بيروت.

قال أبو عيسى : هذا حديث حسن صحيح.

(٥) فتح الباري على صحيح البخاري ١٤٨/٥.

وجبر لما انتقص من الأموال وزجر للمعتدين، وبذلك يأمن الناس على أنفسهم وأموالهم.

عناصر الضمان في الفقه الإسلامي : تقدير التعويض في الفقه الإسلامي يراعى فيه المبدأ الأساسي الذي يقوم عليه الضمان وهو: جبر الضرر وإزالته ويتم تقدير التعويض على أساس جبر المصالح الفائتة على المضرور والتلف اللاحق به.

وإليك عناصر الضمان فيما نحن بصدد بحثه:

العنصر الأول : يجب أن يكون التعويض جابرًا للمصالح الفائتة على المتضرر سواء كانت حقوقًا لله –تعالى– أم حقوقًا للعباد كالمساس بنفس الإنسان أو سلامة جسده أو ما تقوم به حياته من مال؛ لأن فوات هذه المصالح اعتداء وإضرار، والضرر يجب أن يزال شرعًا.(١)

وفي معنى هذا يقول العلامة القرافي : ... أما إزالة الضرر الواقع على المال فإنه يتحقق بالتعويض لما فيه من جبر الضرر ورد لمالية المعتدي عليه كما كانت قبل الاعتداء، فإن الجوابر مشروعة لاستدراك المصالح الفائتة. (٢)

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقاء صـ١٧٩، الطبعة الرابعة ١٤١٧هـ – ١٩٩٦م، درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، تأليف : علي حيدر، صـ٣٣، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

(٢)الفروق للقرافي جـ١ صـ٢١٣، الفرق التاسع والثلاثون، فيض القدير شرح الجامع الصغير، تأليف : عبد الرءوف المناوي جـ٤ / صـ٢٦٦، الناشر : المكتبة التجارية الكبرى، مصر، الطبعة الأولى، ١٣٥٦هـ.

العنصر الآخر : يجب جبر التلف اللاحق بأموال المضرور ويتحقق ذلك عن طريق تضمين المتسبب في الضرر وإلزامه بالتعويض ليقوم الضمان مقام المتلف فينتفي الضرر بالقدر الممكن.

قال العلامة الكاساني : "الإتلاف سبب لوجوب الضمان عند استجماع شرائط الوجوب؛ لأن إتلاف الشيء إخراجه من أن يكون منتفعًا به منفعة مطلوبة منه عادة، وهذا اعتداء وإضرار، وقد قال سبحانه – وتعالى– " فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ" وقال عليه الصلاة والسلام : "لا ضرر ولا ضرار في الإسلام".وقد تعذر نفي الضرر من حيث الصورة، فيجب نفيه من حيث المعنى بالضمان ليقوم الضمان مقام المتلَف فينتفي الضرر بالقدر الممكن، ولهذا وجب الضمان بالغصب فبالإتلاف أولى".(١)

شروط ضمان ضرر الجناية على العضو المزروع في الفقه الإسلامي : يشترط لوجوب الضمان في الفقه الإسلامي أن يكون الضرر الذي أصاب المجنى عليه محققًا، وأن ينطوي هذا الضرر على إخلال بحق، أو مصلحة مالية مشروعة للمضرور.

وإليك بيان ذلك :

أولاً : يجب أن يكون الضرر محققًا : ويقصد بالضرر المحقق : الضرر الذي وقع فعلاً، والذي يسبب نقصًا أو عجزًا عن الانتفاع على سبيل الدوام، سواء تعلق هذا الضرر بالنفس، أو المال.

(١) بدائع الصنائع للكاساني جـ٩ صـ٤٥٣، ٤٥٤، مطبعة الإمام، الناشر زكريا علي يوسف

ومثاله في بحثنا : أن تؤدي الجناية على العضو المزروع إلى الموت، أو إلى تلف عضو، أو تفويت منفعة لا يرجى عودها، والضرر المحقق في الفقه الإسلامي يشمل المحقق الوقوع في الحال أو في المستقبل.

جاء في البهجة للشيخ التسولي عند قول صاحب التحفة : ومحدث لما فيه للجار ضرر محقق؛ فاحترز الناظم بالمحقق عن المحتمل .... والمحقق شامل لمحقق الوقوع في الحال أو في المستقبل، فيمنع الشخص من إحداث فرن بقرب من يتضرر بدخانه أو ناره .[١]

ومن ثم إذا كان الفعل الضار يؤدي إلى ضرر محقق الوقوع في المستقبل فإنه يجب منع صاحبه من فعله فإذا وقع الضرر وجبت إزالته بالضمان.

جاء في الهداية للشيخ المرغيناني : وإذا مال الحائط إلى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه في مدة يقدر على نقضه فتركه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس أو مال.[٢]

ومن هذا يفهم أنه لا يتم تقدير التعويض عن الضرر المحقق الوقوع في المستقبل إلا إذا وقع فعلاً؛ لأن الضرر المستقبل وإن تحقق سببه إلا أنه

(١) البهجة شرح التحفة لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام، لأبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي، جـ٢ صـ٣٣٥، الطبعة الثانية ١٣٧٠هـ / ١٩٥١م، طبعة مصطفى البابي الحلبي، تكملة فتح القدير جـ٨ صـ٣٤٢، المطبعة الكبرى الأميرية ١٣١٨هـ.

(٢)الهداية شرح بداية المبتدئ للمرغيناني جـ٤ صـ١٤٤، طبعة ١٣٥٥هـ / ١٩٣٦م، طبعة مصطفى البابي الحلبي.

لم ينكشف مقداره حالاً، فضمانه في الحال يؤدي إلى عدم العدالة، وبخاصة إذا زاد الضرر عن التعويض المقدر أو نقص عنه.

أما الضرر المحتمل [١] : وهو الذي لم يقع في الحال، وليس محقق الوقوع في المستقبل، فإنه لا يوجب الضمان؛ لأنه مجرد احتمال وتوهم قد يقع وقد لا يقع، والأحكام الشرعية تبنى على اليقين ولا عبرة للتوهم[٢] في بنائها.[٣]

أما تفويت الفرصة على المضرور فإنه يعتبر ضرر غير محقق الوقوع، ومن ثم لا يجب ضمانه بحسب الأصل، إلا أنه يجوز للحاكم تعزير المتسبب في هذا الضرر وتضمينه؛ لأن تفويت الفرصة في ذاته يعتبر إخلالاً بحق أو مصلحة مشروعة للمضرور وإضرار به، وهو ما يتعارض مع قواعد الشريعة الإسلامية الغراء التي تنهي عن الضرر وتوجب إزالته.[٤]

((١) الهداية شرح بداية المبتدئ للمرغيناني جـ٤ صـ١٤٤، طبعة ١٣٥٥هـ / ١٩٣٦م، طبعة مصطفى البابي الحلبي.

((٢) التوهم هو : إدراك الطرف المرجوح من طرفي أمر متردد فيه، والأمر الموهوم يكون نادر الوقوع؛ لذلك لا ينبني على التوهم حكم؛ لأن الحكم لا ينبني إلا على حجة والتوهم لا يصلح حجة.
شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا صـ٣٦٣.

(٣)شرح مجلة الأحكام العدلية لسليم رستم باز، المادة ٧٤، صـ٥، الطبعة الثالثة ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، شرح القواعد الفقهية للزرقا، الموضع السابق، مصادر الالتزام، د/ عبد الودود يحيى، صـ٢٥٣.

(٤)انظر في هذا المعنى : رسالة دكتوراه د/ محمد فاروق بدري العكام بعنوان : الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي صـ٢٢٣، ٢٢٥، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، طبعة ١٩٧٧م، رسالة دكتوراه د/ أسامة محمد حسن العبد بعنوان : نظرية الاستهلاك في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي صـ٦٦، ٦٧، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، طبعة ١٩٨٥م.

ثانيًا: يجب أن تنطوي الجناية على العضو المزروع إخلال بحق أو مصلحة مالية للمضرور :ويتحقق هذا الشرط إذا ترتب على الضرر تفويت مصالح، أو إخلال بحق، وسواء أكانت حقوقًا لله – تعالى – أم حقوقًا للعباد كالمساس بنفس الإنسان أو سلامة جسده؛ لأن تفويت هذه المصالح أو تلك الحقوق اعتداء وإضرار. والضرر يجب أن يزال ويتحقق ذلك بالضمان

ولا شك أن الجناية على العضو المزروع قد تسبب هلاك النفس أو تلف بعض الأعضاء – إذا أُعطيت بدون وعي ولا نظام وبدون ضابط – الأمر الذي يوجب تضمين المتسبب لاستدراك المصالح الفائتة. كما يتحقق هذا الشرط إذا ترتب على الضرر تلف مال[١] للمضرور.

ولا يكفي إتلاف مال المضرور للحكم بالضمان، بل يجب أن يكون هذا المال متقومًا.[٢]فإذا كان المال غير متقوم بأن كان غير محاز بالفعل كالطير في السماء، والسمك في الماء فإنه لا يكون متقومًا ، ولا يجب الضمان على من يتلفه[٣] وكذلك إذا كان المال غير طاهر وغير منتفع به شرعًا، كالخمر والخنزير في حق المسلم، والميتة والدم في غير

(١) المال في اللغة : ما مَلَكْته من جميع الأشياء، والجمع أموال قال ابن الأثير : المال في الأصل ما يملك من الذهب والفضة، ثم أُطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان. لسان العرب جـ١١ صـ٦٣٥، مادة مول، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى.

والمال في اصطلاح الفقهاء : عرفه السادة الأحناف بأنه : ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة. المبسوط للإمام السرخسي جـ١١ صـ٧٩، طبعة دار المعرفة.

(٢) المال المتقوم : هو ما كان محازًا بالفعل من كل شيء طاهر أباح الشارع الانتفاع به في حال السعة والاختيار، وله قيمة يعتد بها شرعًا، تبيين الحقائق ٤٨/٤.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني جـ٦ صـ٣٠١٩، تبيين الحقائق ٤٤/٤، نهاية المحتاج للرملي ١٦٧/٥، ١٦٨.

الاضطرار، فإنه لا يعتبر مالاً متقومًا ولا يجب الضمان على من يتلفه.[١]جاء في مجمع الضمانات : ... ومتى وجد الضرر المحقق الذي يمس حقًا أو مصلحة مشروعة للمضرور فإنه يوجب ضمانه، وسواء كان الفعل الضار الذي أفضى إلى هذا الضرر بالمباشرة أو بالتسبب، ولكن المباشر يضمن دائمًا، أما المتسبب فلا يضمن إلا إذا كان متعديًا فإن لم يكن متعديًا فلا ضمان عليه.[٢]

ومن القواعد المقررة إذا اجتمعت المباشرة والتسبب تقدمت المباشرة على التسبب، وترجح جانب المباشرة على جانب المتسبب في الضمان.

(١) بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك للعلامة أحمد بن محمد الصاوي المالكي المتوفي سنة ١٢٤١هـ، على الشرح الصغير للشيخ أحمد الدردير جـ٢ صـ٣٤٩، طبعة دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي.

(٢) مجمع الضمانات للبغدادي صـ١٦٥، الطبعة الأولى، المطبعة الخيرية سنة ١٣٠٨هـ. ومعنى هذا أنه إذا اجتمع في حادثة من الحوادث سبب وغرر ومباشرة قدمت المباشرة، وإذا اجتمع غرر ومباشرة قدمت المباشر؛ لأن المباشر هو الفاعل وهو العلة المؤثرة والأصل في الأحكام أن تضاف إلى عللها المؤثرة لا إلى أسبابها الموصلة؛ لأنها أقوى وأقرب. شرح القواعد الفقهية للزرقاء صـ٤٤٧، المقاصد الشرعية في القواعد الفقهية، د/ عبد العزيز عزام، طبعة مكتبة الرسالة الدولية بالقاهرة ١٩٩٨م، صـ٣٨٤.

المطلب الثالث

تعويض المجني عليه عن الفرص التي ضاعت عليه بسبب الجناية.

اختلف الفقهاء في تعويض المجني عليه عما فاته بسبب الجناية قبل البرء والحكم، مما كان يتكسب به من صناعة أو تجارة أو نحوها[١]

القول الأول : أن الجاني يضمن للمجني عليه ما فاته من نفقة ، وإليه ذهب بعض الحنفية[٢] وبعض المالكية [٣]، وهو المفتى به عند الحنفية [٤]، إلا أنه مقيد ليس على إطلاقه ، فعند الحنفية بناء على ما استظهره ابن عابدين [٥] مقيد بما يلي :

أولا: أذا كان المجني عليه فقيرا ، ثانيا : فيضمن له نفقته لا كسبه أو ما فاته ، وفرق ظاهر بين النفقة والكسب، ثالثا :أن ذلك يحسب من الدية أو الحكومة [٦] .

(١) بحث الشيخ المطلق في مجلة البحوث الإسلامية الصادرة عن رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء بالرياض ،العدد السبعون صـ٣١٥.

(٢) رد المحتار على الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٥٦٢/٦.

(٣) شرح الزرقاني على مختصر خليل ومعه حاشية الرهوني ٢٣٣/٦

(٤) حاشية ابن عابدين٥٦٢/٦.

(٥) محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز المعروف بابن عابدين،الحنفي ، اشتغل بالتجارة، ثم انصرف للعلم، فأصبح إمام الحنفية في زمانه توفي سنة ١٢٥٢هـ معجم المؤلفين٧٧/٩.

(٦) حاشية ابن عابدين٥٦٢/٦.

والمالكية قيدوه بأمرين :

أولا: إذا كان المجني عليه فقيرا . ثانيا : وليس له ما يعيش عليه غير هذه الصنعة [١]

القول الثاني :أن الجاني لا يضمن للمجني عليه ما فاته، وبه قال بعض الحنفية [٢] وبعض المالكية، وعليه نصوص المتقدمين والمتأخرين من المالكية [٣] .

وأما الشافعية والحنابلة فلم ينصوا على هذه المسألة ، ولكن قد تخرج أقوال لهم، بناء على مسألة ضمان منافع المغصوب والحر، هل هي مضمونة بالحبس وغيره كالاستخدام ، أم هي مضمونة بالاستغلال والاستخدام فقط،

في ذلك خلاف على قولين :

أحدهما: أن المنافع مضمونة بالحبس وغيره، وهو أحد الوجهين عند الشافعية [٤] ، والصحيح عند الحنابلة [٥]

الثاني : أن المنافع لا تضمن إلا بالاستغلال ، وهو الأصح عند الشافعية [٦] ووجه عند الحنابلة [٧]فعلى القول الأول ،وهو أن منافع الحر

(١) حاشية الرهوني ٦/٢٣٣.

(٢) المبسوط ٢٦/٨١، حاشية ابن عابدين٦/٥٦٢.

(٣) حاشية الرهوني على شرح الزرقاني٦ /٢٣٤.

(٤) البيان شرح المهذب للعمراني٧/٨٠، مغني المحتاج٢/٢٨٦ .

(٥)االمغني٧/٤٢٩.٤٣٠، الإنصاف٦/١٢٩،كشاف القناع٤/١٨٩٦.

(٦)مغني المحتاج٢ /٢٨٦.

(٧)المغني ٧/٤٣٠، الإنصاف٦/١٢٩.

الحر مضمونة بالحبس وغيره ، يخرج عليه قول بتضمين الجاني ، بجامع أن في كل منهما تفويت للكسب، على أنه في الجناية، قد لا يقصد قطعه عن العمل، ولكن هذا القصد غير مراعى في الفعل من حيث النتيجة وهي التفويت عن العمل .

والذي يظهر لي في هذه المسألة :أن المجني عليه إذا كانت الجناية عليه خطأ فليس له إلا الدية، ولا يجمع له بين الدية والتعويض عن مدة الاستشفاء لأن حقه في الدية فقط كما لا يجمع بين العوض والمعوض ، وإن كانت الجناية عليه عمداً فله القصاص فيما يجب فيه القصاص أو الدية وما ليس فيه قصاص له فيه الدية أو الحكومة، وليس له شيء غير ذلك .

ومما يدل على هذا : أن هذه الجنايات كانت تقع في عهد النبي – صلى الله عليه وسلم– وأصحابه فلم يوجبوا له إلا ذلك ، والصحابة كانوا أصحاب عمل ولم يرد حسب علمي وسؤاليفي حوادث الجنايات أنه يجمع للمجني عليه بين الدية أو القصاص والتعويض عن مدة انقطاعه عن العمل مع كون هذا الأمر والحدث مما ينبغي شهرته وذكره لو حدث.

المطلب الرابع

أثر التقارير الطبية عند ضبط التماثل بين الأعضاء المزروعة

الطب في وجهة نظر الشرع الإسلامي له اعتبار من حيث التعرف على المصالح والمفاسد بالنسبة للإنسان، ولذا يقول عز الدين بن عبد السلام : "الطب كالشرع وُضع لجلب مصالح السلامة والعافية، ولدرء مفاسد المعاطب والأسقام" ويقول أيضًا : "والذي وضع الشرع هو الذي وضع الطب، فإن كل واحد منهما موضوع لجلب مصالح العباد ودرء مفاسدهم"[١] وسبحان الله القائل : "وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ إِلَّا رِجَالًا نُوحِي إِلَيْهِمْ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ" وقوله : "وَمَا أَرْسَلْنَا قَبْلَكَ إِلَّا رِجَالًا نُوحِي إِلَيْهِمْ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ" [٢] وعلم الطب بفضل ما فتح الله من التعرف على أسرار النفس البشرية؛ لم يعد يقتصر على تناول الأدوية، أو استعمال الوسائل العلاجية الأخرى المعهودة، بل أصبح أكثر فعالية وأكثر طموحًا عما كان عليه في الماضي، فأصبح العلاج بطريق نقل الأعضاء من إنسان لآخر، وشتل الجنين، وغير ذلك.

كما أن تطبيقات الهندسة الوراثية سائرة على قدم وساق، ولا يمضي يوم إلا وتطالعنا أخبارها في النبات والحيوان والإنسان.

ومن هنا طُرحت العديد من القضايا الطبية المعاصرة، على بساط البحث والنقاش؛ لمعرفة الرأي الشرعي فيها، بجانب الرأي الطبي، وذلك

---

(١) قواعد الأحكام ٦/١.

(٢) سورة النحل، جزء الآية ٤٣، وسورة الأنبياء، جزء الآية ٧.

في مسائل من نحو : الاستشفاء بنقل الدم [١] البشري، ونقل الأعضاء البشرية، وموت الدماغ، والبصمة الوراثية ودورها في إثبات ونفي النسب، والاستنساخ، وتأجير الأرحام، ورتق غشاء البكارة، ومحاولة التعرف على نوع الجنين واختيار جنسه من الذكورة أو الأنوثة، وقضية الهرمنة ... إلخ.[٢]

وما من شك أن العلوم على اختلاف أنواعها تتفاوت قوة وضعفًا في اتصالها، وفي احتياج كل علم إلى غيره، إلا أن العلوم الطبية في حاجة ماسة إلى العلوم الفقهية، كما أن الفقهاء في حاجة إلى علم الأطباء عندما يقررون حكمًا من الأحكام التي لها صلة بالجوانب الصحية؛ لأن الفقهاء هم أهل الذكر فيما يتعلق بالأحكام الشرعية، والأطباء هم أهل الذكر فيما يتعلق بالشئون الطبية، قال تعالى : " فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ " [٣]

(١)يعتبر نقل الدم من الأمور التي تحدث يومياً. ولا ضرر فيها على المتبرع ما لم يكن يعاني من فقر دم بل فيه فائدة له... وقد يحدث الضرر للمتلقي للدم، ولذا لا بد من توفر شروط عدة في الدم المنقول منها خلوه من الأمراض المعدية كالملاريا والزهري وفيروس الإيدز وفيروس التهاب الكبد من نوع B خاصة. ومنها مطابقة فصيلة الدم المنقول له.

(٢)حقوق المريض في الإسلام : للشيخ إبراهيم عطا الفيومي الأمين العام لمجمع البحوث الإسلامية، مقال في مجلة الأزهر، ص٣٩٨، ربيع الأول ١٤٢٦هـ – إبريل ٢٠٠٥م.
وقد أورد في هذا المقال جملة من القواعد الفقهية والضوابط ذات الصلة بمهنة الطب وأحكام التداوي. ص٤٠١ – ٤٠٣ من هذا المقال. وأيضا : الأحكام المتعلقة بالهرمنة في ضوء الاجتهادات الفقهية والمعطيات الطبية د. عادل الصاوي محمود ص دار الفكر الجامعي

(٣)سورة النحل، جزء الآية ٤٣، وسورة الأنبياء، جزء الآية ٧.

ومن هنا تأتي ضرورة تدخل فقهاء الشريعة، وعلماء الطب لرسم الحدود التي لا يجوز للطب تجاوزها وبناء الاحكام على يقين المتخصصين في كل مجال ، وهو ما ادعو اليه حيث إن الفتوى تتغير بتغير المكان والأشخاص والأعراف والتشخيص المبنى على التخصص الدقيق لوصف العلاج المناسب ..

وعليه فإن للتقرير الطبي أثر في بناء الاحكام فيما يتعلق بقضية البحث ، وفي هذا الإطار تعددت وجهات النظر في الحكم على هذه القضايا الطبية المعاصرة من الناحية الشرعية..

المطلب الخامس

تطبيقات القواعد الفقهية (١) في مجال الاستدلال لقضية الجناية على الأعضاء المزروعة للوصول للحكم عند المعاصرين.

القواعد الفقهية لها مكانتها بين سائر العلوم؛ إذ هي تعين الفقيه والمتفقه على اكتساب الملكة العلمية التي تساعده على أن يلحق أي فرع أو حادثة بالقاعدة التي تناسبها عن طريق الإلحاق والتخريج وبها يكون الفقه الإسلامي جامعًا لما يحدث وسوف يحدث من المسائل على مر الأزمان والعصور.

وسوف أعرض بمشيئة الله – تعالى – في هذا الباب القواعد الفقهية التي أستند إليها في هذا الموضوع، علمًا بأن القواعد الفقهية لها

(١)القواعد : جمع قاعدة، والقاعدة في اللغة : أساس الشيء وأصله معنويًا كان ذلك الشيء أو حسيًا ومنه قوله تعالى : وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ "البقرة الآية ١٢٧.وقوله : "قَدْ مَكَرَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ فَأَتَى اللَّهُ بُنْيَانَهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ فَخَرَّ عَلَيْهِمُ السَّقْفُ مِنْ فَوْقِهِمْ وَأَتَاهُمُ الْعَذَابُ مِنْ حَيْثُ لَا يَشْعُرُونَ " سورة النحل الآية ٢٦.

فالقاعدة في هاتين الآيتين بمعنى الأساس، وهو ما يرفع عليه البنيان، وقد تطلق على الشيء المعنوي فيقال قواعد الإسلام، وقواعد النحو، وقواعد الفقه، وقواعد الأصول كلها قواعد معنوية. معجم المفردات، ألفاظ القرآن الكريم، للراغب الأصفهاني، تحقيق : نديم مرعي صـ٤٢٤، دار الفكر، بيروت. ويؤخذ من هذا أن القاعدة في اللغة : أساس الشيء والأصل الذي يبنى عليه غيره سواء كان حسيًا أو معنويًا. وأما القاعدة في الاصطلاح فيختلف مفهومها باختلاف العلوم ويتعدد اصطلاحها بتعدد المجالات، فعند الأصوليين والنحاة : حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته لتعرف أحكامها منه مثل قول الأصوليين : الأمر إذا جرد عن القرائن أفاد الوجوب، ومثل قول النحاة، الفاعل مرفوع والمفعول به منصوب. وأما الفقهاء فقد عرفوا القاعدة بقولهم : الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة تفهم أحكامها منها. إيضاح السالك إلى قواعد الإمام مالك، تحقيق الخطابي، صـ١١.

تعلق أصيل بموضوع البحث حيث إن هذا الموضوع من أصل عام أقرته الشريعة الإسلامية.

وهذا الأصل هو أن الأصل في الأشياء الإباحة قال – تعالى: " هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا " (١)

والقرآن هو المصدر الأول للأحكام الشرعية، والسنة هي المصدر الثاني، وما نص عليه في إحداهما لا يقال فيه بالرأي، فلا رأي مع النص وما لا نص فيه يعرف حكمه بالاجتهاد مع أفراد المجتهدين، أو من مجموعهم، واجتهاد الجماعة مقدم على اجتهاد الأفراد ومرجع الاجتهاد القياس، أو رعاية مصالح الخلق المشروعة وكليهما يرجع إلى المقايسة بوجه عام؛ فالمقايسة على الشواهد الخاصة هي القياس المطلق، وعلى الشواهد العامة هي قياس المصلحة أو التعليل بالمصالح المرسلة؛ فالمقصود العام من التشريع هو مصالح الخلق، وهذا يتطلب البحث عن الأغراض التي قصد إليها الشارع بأوامره ونواهيه، ليستعين المجتهد بمعرفة هذه الأغراض على استنباط الأحكام لما يعرض له من أفعال لم ينص على حكمها(٢)والقواعد الشرعية مهمة في الفقه عظيمة النفع، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، وتتضح له مناهج الفتوى وتكشف.(٣)

(١)البقرة جزء الآية ٢٩.

(٢) أصول التشريع الإسلامي للأستاذ علي حسب الله، صـ٢٣١، الطبعة السادسة ١٤٠٢هـ – ١٩٨٢م.

(٣)الفروق للقرافي جـ١، صـ٣، مع تصرف في العبارة.

ولا شك أن القواعد الفقهية تؤدي أجل الخدمات للفقه والفقهاء؛ فمن حيث نفعها للفقه تجعله دائم التجدد فلا تتحجر مسائله ولا تتجمد قضاياه، ومن حيث نفعها للفقهاء تأخذ بأيديهم إلى أيسر السبل لاستنباط الأحكام وضبطها بضوابط وقوانين في شكل مجموعات على أساس اشتراك كل مجموعة في العلل أو تجمعها وحدة المناط، سواء اختلفت موضوعاتها وأبوابها أو اتحدت. [١]والرجوع إلى القواعد الفقهية عند دراسة القضايا المعاصرة يمثل الآن ضرورة اجتهادية، وخصوصًا في النوازل التي لا يحكمها نص صريح خاص؛ فهي تعين على إلحاق المسألة المعروضة بأشباهها من المسائل المحكوم عليها، كما تعين على تخريج هذه المسألة على نظائرها في الفقه.

والقواعد الفقهية تعتبر دليلاً شرعيًا يمكن استنباط الأحكام منها، وقد صرح بذلك الإمام القرافي من فقهاء السادة المالكية وهو بهذا التصريح جعل القواعد الفقهية في درجة الحجج القوية التي ينقض لها حكم القاضي بشرط سلامتها عن المعارض، وفي هذا رفع من درجة الاحتجاج بالقاعدة الفقهية. [٢]

(١)إيضاح المسالك إلى مذهب الإمام مالك، صـ١٢٢.

(٢)الفروق للإمام القرافي جـ١ صـ٧٥.

ويؤيد هذا الاتجاه ابن عرفة [١]من فقهاء المذهب المالكي، فقد نقل عنه : جواز نسبة القول إلى المذهب المالكي إذا كان استنباطًا من القاعدة الفقهية وذلك حين سئل : هل يجوز أن ينسب إلى المذهب قول من له معرفة بقواعد المذهب، ومشهور أقواله والترجيح والقياس ؟

فأجاب بقوله : يجوز له ذلك بعد بذل جهده في تذكر قواعد المذهب، ومن لم يكن كذلك، لا يجوز له ذلك .[٢] وهذا يدل على صحة الحكم إذا استند إلى القواعد الفقهية. ولا شك أن التأصيل لحكم المسألة المعروضة بالقاعدة الفقهية يعطي لمن يعتمد عليه اطمئنانًا إلى صحة نظره، كما يعطي لرأيه

(١) ابن عرفة : إذا أطلق يراد به ابن عرفة الورغمي، وهناك ابن عرفة الدسوقي، وقلما يقال عنه ابن عرفة؛ لأن شهرته الدسوقي وسوف أعرفهما للتفرقة حيث سمعت من بعض الباحثين أن ابن عرفة هو الدسوقي، وليس هذا بصحيح.

الأول : ابن عرفة ٧١٦ – ٨٠٣هـ : وهو المراد هنا – أبو عبد الله : محمد بن محمد بن عرفة، الورغمي نسبة إلى ورغمة من قرى أفريقيا، التونسي، المالكي، من تآليفه : المبسوط في الفقه المالكي. معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة جـ١١ / صـ٢٨٥، لبنان، بيروت، دار إحياء التراث العربي، سنة ١٩٥٧هـ.

وابن عرفة مشهور بكونه صاحب التعريفات في المذهب المالكي، إذ يقال غالبًا : عرّفه ابن عرفة بقوله ....

الثاني : هو أبو عبد الله محمد بن أحمد عرفة الدسوقي، الأزهري، ولد بدسوق إحدى مدى كفر الشيخ، كان فريدًا في تسهيل المعاني، ولا يتكلف فخامة الألفاظ، ولذلك اشتهرت حاشيته المسماه باسمه حاشية الدسوقي من بين مؤلفات المذهب. توفي – رحمه الله – في شهر ربيع الأول سنة ١٣٢٠هـ، وصُليَ عليه في الأزهر في مشهد حافل، ودفن بتربة المجاورين.

الأعلام للزركلي جـ٦ / صـ١٧، لبنان، بيروت، دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة، ١٩٨٠م، شجرة النور لمحمد بن محمد مخلوف صـ٣٦١، لبنان، بيروت، دار الكتاب العربي، عجائب الآثار في التراجم والأخبار : لعبد الرحمن الجبرتي جـ٤ / صـ٢٣١ : ٢٣٣، القاهرة، مطبعة الكاغدخانة الحكيم دربي سنة ١٢٩٧م.

(٢) مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب جـ١ صـ٢٨.

أرجحية وقوة على رأي غيره؛ لأنه بالرجوع والاعتماد على القواعد الفقهية يكون قد بحث المسألة في ضوء الاتجاهات الكلية العامة في الشريعة، ويكون في مأمن من أن يخطئ جهة الاستدلال أو طريق النظر.[١] وإليك عرض لبعض القواعد الفقهية التي لها تعلق أصيل بموضوع البحث " الجناية على الأعضاء المزروعة في ضوء الطب والدين"

قاعدة : الضرر يزال في ميزان الاستدلال على قضية الجناية على الأعضاء المزروعة : ومعنى هذه القاعدة : أن الضرر تجب إزالته؛ لأن الضرر ظلم وعدوان والواجب عدم إيقاعه؛ لأن الأضرار مرفوعة ومزالة ولا يحق أن تقع أصلاً.[٢]وهذه القاعدة من القواعد الأم المسوقات بشأن الضرر، من خطر إيقاعه، ووجوب إزالته بعد الوقوع.[٣] ولها أهمية كبيرة

(١) – تنحصر أهمية القواعد الفقهية – كما يقول الإمام السيوطي :

١–أنها تربي في الباحث الملكة الفقهية وتجعله قادرًا على الإلحاق، والتخريج لمعرفة الأحكام التي ليست بمستورة في الفقه حسب قواعد مذهب الإمام.

٢–أنها تيسر للباحثين تتبع جزئيات الأحكام، واستخراجها من موضوعاتها المختلفة، وحصرها في موضوع واحد مع مراعاة الاستثناء من كل قاعدة، وبذلك يتفادى التناقض في الأحكام المتشابهة.

٣–إن دراستها تساعد على الحفظ والضبط للمسائل الكثيرة المتناظرة بحيث تكون القاعدة وسيلة لاستحضار الأحكام.

٤–إن هذه القواعد لها دور ملحوظ في تيسير الفقه الإسلامي، ولم شعثه، حيث تنتظم الفروع الكثيرة في سلك واحد متسق تحت قاعدة واحدة.

٥–إنها تربط الأحكام المبعثرة في خيط واحد يدل على أن هذه الأحكام جاءت لتحقيق المصالح المتقاربة لتحقيق مصلحة أفضل.

(٢) شرح القواعد الفقهية، تأليف الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، ت ١٣٥٧هـ، صـ١٧٩، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، تأليف علي حيدر، صـ٣٣، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، المقاصد الشرعية في القواعد الفقهية، صـ١١٤، دار البيان للنشر والتوزيع.

(٣)كتاب القواعد، تأليف أبي بكر محمد بن عبد المؤمن المعروف بتقي الدين الحصني، المتوفي سنة ٨٢٩هـ، جـ١ صـ٣٣٣، تحقيق د/ عبد الرحمن بن عبد الله الشعلان، مكتبة الرشد، الرياض.

حيث إن لها مدخلاً في كل باب أو مسألة فيها دفع ضرر واقع أو متوقع.[١] وهي قاعدة مشهورة في الشريعة، ومعدودة من قواعدها الهامة وهي تتضمن النهي عن الإضرار بالناس ابتداء وعن مضارتهم بسبب ما وقع منهم من ضرر، وقد بنى عليها كثير من الأحكام الشرعية.[٢]والضرر ما قابل النفع، والضرر يزال : جملة خبرية لفظًا إنشائية معنى؛ لأن الإخبار في كلام الفقهاء للوجوب، فيكون المراد بها الإنشاء أي أن، الإضرار يجب إزالتها بل هي مزالة من الله ابتداءً ودوامًا، وليس هناك تكليف فيه ضرر؛ لأنه مزال ومرفوع شرعًا، وكذلك الإنسان مكلف أن يزيل الضرر عن نفسه؛ لأن نفسه ليست ملكًا له بل هي مملوكة لله – تعالى –؛ لأنه خالقها وبارئها، ولا يجوز أن يلحق الضرر بغيره؛ لأنه ظلم والظلم حرام، وإقرار الظالم على ظلمه ممنوع.[٣]

يقول صاحب فواتح الرحموت : وإطلاق الضرر يفهم منه أن التحريم ليس قاصرًا على الأضرار الواقعة بالفعل بل يشمل ما كان منها ابتداء بعدم تشريع حكم يلزم منه ضرر، سواء كان ذلك الحكم تكليفيًا أو وضعيًا[٤] ويدخل تحت هذه القاعدة قاعدة : الضرر لا يزال بالضرر[٥]

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا، الموضع السابق نفسه.

(٢)أصول التشريع الإسلامي صـ٣٤٥.

(٣) المقاصد الشرعية، الموضع السابق نفسه.

(٤) فواتح الرحموت للأنصاري، صـ٣١٤، وفي ذلك أيضًا : المقاصد الشرعية صـ١١٤.

(٥) شرح القواعد الفقهية، تأليف الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، ت ١٣٥٧هـ، صـ١٧٩، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، تأليف علي حيدر، صـ٣٣، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، المقاصد الشرعية في القواعد الفقهية، صـ١١٤، دار البيان للنشر والتوزيع.

فهي قيد عليها أي أن الضرر يزال، ولكن لا بضرر؛ لأنه لو أزيل الضرر بالضرر، لما صدق الضرر يزال، فشأنها معها كشأن الأخص مع الأعم.(١)

وبتطبيق هذه القاعدة على موضوع البحث(٢) يتبين :

أن العقوبات الإسلامية والتي منها معاقبة الجاني في قضية التعدي على الأعضاء المزروعة أدوات فعالة في القضاء على الجريمة والمجرمين، ووسائل نفاذة في نشر الأمن والسلام واستئصال الجريمة، والدليل على ذلك واقع البيئة التي تطبق فيها، وحينئذ لا يلتفت إلى أي نقد أو اعتراض أو تشويه لمعنى العقوبة وأساليبها وأنواعها في شريعة الله – تعالى – فتلك المزاعم باطلة، وأفكار مروجيها خطأ، ومصدرها الجهل بحقيقة الأمور في الشريعة، ومراعاة مصلحة شخص على حساب الجماعة كلها ومن ثم فإن هذه القاعدة وغيرها مما هو في معناها أساس لمنع الفعل الضار وترتب نتائجه في التعويض المالي والعقوبة، كما إنها عمدة الفقهاء وعدتهم في تقرير الأحكام الشرعية للحوادث والنوازل الكثيرة المستجدة.

يقول العلامة الإمام السيوطي: اعلم أن هذه القاعدة ينبني عليها كثير من أبواب الفقه. من ذلك : الرد بالعيب، وجميع أنواع الخيار : من اختلاف الوصف المشروط، والتغرير، وإفلاس المشتري، وغير ذلك، والحجر

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا، الموضع السابق نفسه.

(٢) الغرض من هذه التطبيقات هو إجراء طريقة الاستدلال بالقاعدة، وهدفنا من هذا هو إثبات وتأكيد أن الاستدلال بالقاعدة ليس استدلالاً لأمر مجرد يراه العقل، وإنما هو طريقة من طرق الاستدلال بالنصوص الشرعية، مضمونها أن القضية أو الواقعة وإن لم يدل على حكمها نص معين، فإنها تدخل تحت أصل كلي دلت عليه عدة نصوص شرعية. الأشباه والنظائر للسيوطي، صـ٨٤، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

بأنواعه، والشفعة؛ لأنها شرعت لدفع ضرر القسمة، والقصاص، والحدود، والكفارات، وضمان المتلف، والقسمة، ونصب الأئمة، والقضاة، ودفع الصائل، وقتال المشركين، والبغاه، وفسخ النكاح بالعيوب أو الإعسار، أو غير ذلك[١]مما في حكمة شرعيته دفع للضرر، قال ﷺ : " لا ضرر ولا ضرار " فالحديث نص في تحريم الضرر مطلقًا؛ لأن النفي بلا الاستغراقية يفيد تحريم سائر أنواع الضرر من الشرع؛ لأنه نوع من الظلم، إلا ما خص بدليل كالحدود والعقوبات؛ فالغرض من الحديث منع الضرر أيًا كان. ولهذا فلا يجوز لأحد أن يلحق الضرر لا بنفسه ولا بغيره. بل ولا يجوز أن يقابل الضرر بضرار فكأن النبي يقول : لا تضروا ولا تقابلوا الضرر بضرار وهذه مرتبة عليا إذا لم يقابل الإنسان إضرار الناس بالضرار، ومن الجدير بالذكر أن قضية ضمان المتلف تدخل تحت هذه القاعدة بل هي فرع أصيل من فروعها، فيضمن المتلِف عوض ما أتلف للضرر الذي أحدثه.

وقد شرع ضمان المتلف لدفع الضرر؛ لأننا لو لم نقل بذلك، لأتلف الناس الأشياء دون اكتراث، وهذا ضرر والإضرار مزالة أيًا كان نوعها، فإذا سلط الإنسان ميزابه[٢] على الطريق العام بحيث يضر بالمارين فإنه يزال، وكذلك إذا تعدى على طريق ببناء أو حفر بالوعة أو غير ذلك.

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي، صـ٨٤، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

(٢) الميزاب المزراب وهو أنبوبة من الحديد ونحوه تركب في جانب البيت من أعلاه لينصرف منها ماء المطر المجتمع. المعجم الوجيز مادة زرب.

يتضح لنا من خلال ما سبق باستعراض هذا الفرع أن الفقهاء الأجلاء باستنباطهم لهذه الفروع من نصوص الشريعة الإسلامية وقواعدها أبرزوا لنا أن الضرر يزال أي تجب إزالته؛ لأن الضرر ظلم وعدوان والواجب عدم إيقاعه وإقرار الظالم على ظلمه حرام وممنوع، وهذا الاستنباط لهذه الفروع الفقهية ساعد في حل كثير من المشكلات التي تقع للمسلمين بل ساعد في ضبط حل هذه المشكلات في إطار نصوص الشريعة وقواعدها.

قاعدة: يختار أهون الشرين وأخف الضررين في ميزان الاستدلال على قضية الجناية على الأعضاء المزروعة

ومعنى القاعدة : أن الأمر إذا تردد بين ضررين أحدهما أشد من الآخر فيحتمل الضرر الأخف، ولا يرتكب الأشد، ومراعاة أعظمهما تكون بإزالته، لأن المفاسد تراعى نفيًا، كما أن المصالح تراعى إثباتًا [(١)]؛ فالمفاسد بصفة عامة واجبة الدفع؛ لكن قد تجتمع في أمر ما مفسدتان ولا تدفع إحداهما إلا بإتيان الأخرى، وهنا نحكِّم القاعدة بارتكاب أخف المفسدتين دفعًا لأعظمهما، فمجالها الموازنة بين المفاسد عند اجتماعها وتلازم درئها على الوجه الأخف.

من لطيف ما استدل به العلماء على هذه القاعدة ما روى عن أنس ابن مالك – رضي الله عنه – أن أعرابيًا قام إلى ناحية في المسجد وبال فيها فصاح به الناس، فقال رسول الله – ﷺ – "دعوه" فلما فرغ أمر رسول الله ﷺ بذنوب فصبت على بوله".[(٢)]

(١)شرح القواعد الفقهية للزرقا صـ٢٠١.

(٢) متفق عليه واللفظ لمسلم.

وجه الدلالة من الحديث :

قال الإمام النووي : "... وفيه دفع أعظم الضررين باحتمال أخفهما؛ فقوله – ﷺ– "دعوه" لمصلحتين إحداهما : أنه لو قطع عليه بوله لتضرر [١] وأصل التنجيس قد حصل، فكان احتمال زيادته أولى من إيقاع الضرر به، والثانية : أن التنجيس قد حصل في جزء يسير في المسجد، فلو أقاموه في أثناء بوله لتنجست ثيابه وبدنه ومواضع كثيرة من المسجد".[٢]

وعليه إذا تعارضت مفسدتان، ولا مفر من فعل واحدة منهما لا محالة، ففي هذه الحالة نرتكب أخفهما دفعًا لأعظمهما ضررًا؛ فتكون هذه القاعدة تقييدًا لقاعدة : "لا يزال الضرر بالضرر" أي أن الضرر لا يزال بالضرر ما لم يكن أحد الضررين أعظم فعند ذلك نزيل الضرر الأعظم بارتكاب الضرر الأخف.

وبتطبيق هذه القاعدة على موضوع البحث نرى أن معاقبة الجاني بمثل ما جنى بهفيه ضرر يعود عليه ، وترك معاقبته فيه ضرر يعود على المجنى عليه وعلى المجتمع فيرتكب الضرر الاخف وهو تقرير معاقبة الجاني لدفع الضرر الأعم .

(١) ولعل هذا من باب الإعجاز في سنة رسول الله– ﷺ – حيث أثبت الطب الحديث أن حبس البول يسبب أضرار.

(٢) شرح النووي لصحيح مسلم جـ٣ / صـ١٩١، وقد نقل الاستدلال عنه الدكتور الندوي في القواعد الفقهية صـ٣١٦، ٣١٧.

المبحث الثالث

الاستيفاء وضرورة تعاون الأطباء

المطلب الأول

شروط الاستيفاء وضرورة تعاون الأطباء عند خوف الحيف

اشترط الفقهاء– رحمهم الله– لجواز استيفاء القصاص فيما دون النفس شروطاً خاصة ترجع إلى أساس واحد، هو تحقيق التماثل ، والدليل على اشتراط التماثل في قول الحق سبحانه :" وَالْجُرُوحَ قِصَاص " ، وقوله تبارك وتعالى: "وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ " ، وقوله عز من قائل : "فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ "

ومن تلك الشروط التي اشترطوها الأمن من الحيف ، ولا يؤمن من الحيف ، إلا إذا كان القطع في الأطراف من المفاصل كمفصل الإصبع أو مفصل الزند أو مفصل المرفق أو مفصل الكعب أو مفصل الركبة ،أو كان القطع له حد ينتهي إليه كم ارن الأنف[1] ، فإن لم يكن القطع له حد ينتهي إليه ، أو من غير مفصل كالقطع من نصف الساعد أو العضد أو الساق.

(١) مارن الأنف: ما لان منه، انظر رد المحتار على الدر المختار، ٥/ ٣٥٤، والمغني، ١١/ ٥٤٤.

فقد اختلف أهل العلم في ذلك على أقوال ثلاثة :

القول الأول: لا قصاص على الجاني بل عليه الدية، وإليه ذهب الحنفية والحنابلة[١]، وهو قول الليث بن سعد[٢]قال ابن قدامة – رحمه الله–: فإن كان من غير مفصل فلا قصاص فيه من موضع القطع بغير خلاف نعلمه ".

أدلة القول الأول:

١– ما روى نمران بن جارية[٣]عن أبيه: أن رجلا ضرب رجلا على ساعده بالسيف فقطعها من غير مفصل، فاستعدى عليه النبي ، فأمر له بالدية، فقال يا رسول الله ! إني أريد القصاص، فقال: "خذ الدية بارك الله لك فيها"[٤] ولم يقض له بالقصاص

وأجيب عنه: بأنه حديث ضعيف [٥]، فلا يصلح للاحتجاج به ، وأعل بعلتين، الأولى :جهالة نمران بن جارية، قيل إن اسمه ثمران بن حارثة ،أو ثمران بن جابر ، أو نمر ابن جابر، والثانية: ضعف دهثم بن قران[٦]

(١) المبسوط ١٣٥/٢٦، بدائع الصنائع، ٢٩٨/٧.،المغني ٥٣٧/١١، شرح منتهى الإرادات ٥٩/٦. كشاف القناع، ٢٩٣٣/٥، الإنصاف ١٧/١٠.

(٢) هو: الليث بن سعد بن عبدالرحمن، أبو الحارث، إمام أهل مصر في عصره ، توفي سنة ١٧٥هـ الكامل لابن الأثير ٨٩/٥.

(٣) هو: نمران بن جارية بن ظفر الحنفي الكوفي، قال أبو الحسن القطان : حاله مجهول، وقال صاحب ميزان الاعتدال في نقد الرجال : لا يعرف انظر: ميزان الاعتدال في نقد الرجال ص٤٨/٧ .

(٤) رواه ابن ماجة في كتاب الديات ،باب مالا قود فيه ، برقم ٢٦٣٦، والبيهقي في كتاب الجراح، باب مالا قصاص فيه ٦٥/٨، والبزار في مسند جارية بن ظفر الحنفي ٢٥١/٩، برقم ٣٧٩٢.

(٥) ضعفه الألباني في كتابه إرواء الغليل في تخريج أحاديث منارالسبيل٢٩٥/٧.

(٦) هو: دهثم بن قران الحنفي وقيل: دهشم . قال عنه الإمام أحمد بن حنبل: ليس بشيء، وقال عنه يحيى بن معين: ضعيف ليس بشيء وقال أبو حاتم: هو يمامة من عكل محله محل الإعراب انظر: الجرح والتعديل ٤٤٣/٣ .

٢- واستدلوا بحديث " لا قصاص في العظم" [١].

والإجماع على أنه لا قصاص في عظم الرأس ، فكذلك سائر العظام [٢]

ونوقش :بأنه قياس فاسد الاعتبار، لأنه في مقابلة النص ، وهو حديث أنس [٣] .

ثم أيضا هو قياس مع الفارق ، لأن عظام الرأس من المتالف ،فلا يصح القياس عليها.

٣- ولأن القطع ليس من مفصل فلا يؤمن فيه من الحيف[٤] لأنه قد ينال ما دونه من لحم مما لا يعرف قدره [٥] .

وأجيب عنه: بأنه يمكن إقامة القصاص من غير حيف ولا زيادة إذا قرر ذلك أهل الخبرة .

القول الثاني: يقتص من الجاني من أقرب مفصل إلى محل الجناية، ويعطى المجني عليه حكومة الباقي، وهذا قول الشافعية [٦]، وأحد الوجهين عند الحنابلة[٧] .

(١) نصب الراية، ١٠٧/٥.
(٢) الدراية في تخريج الهداية ٢٦٩/٢، وقال الغماري لم أجده، وانظر نصب الراية ١٠٧/٥.
(٣) وذكر ابن حجر الإجماع نقلا عن الطحاوي، فتح الباري ٢٣٣/١٢.
(٤) فتح الباري ٢٣٣/١٢.
(٥) كشاف القناع: ٥/ ٢٩٣٣.
(٦) العناية شرح الهداية ٢٣٤/١٠، فتح الباري ٢٣٣/١٢.
(٧) العناية شرح الهداية ٢٣٤/١٠، فتح الباري ٢٣٣/١٢.

فمن قطعت ذراعه من نصف الساعد كان له أن يقتص من الكوع ويأخذ حكومة من نصف الساعد، والوجه الثاني عند الحنابلة، لا يجب له أرش قال الزركشي [١] :هذا أشهر الوجهين[٢] واستدلوا على ذلك :

بأن فيه تحصيل استيفاء بعض الحق، والميسور لا يسقط بالمعسور

ونوقش هذا : بأنه يصار إلى هذا إذا لم يكن القصاص من نفس المكان، أما إذا أمكن فإنه يقتص منه وتحصل المماثلة .

القول الثالث: يقتص من الجاني في كل ما يستطاع إذا كان ذلك ممكناً ولا خوف منه، وإليه ذهب المالكية، واختاره ابن المنذر والشوكاني بل إن ابن حزم يرى أن القصاص يجري في كل كسر .[٣]

أدلة هذا القول :

١. العمومات ، ومنها قوله تعالى: "فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم "وقوله تعالى: "وَالْجُرُوحَ قِصَاص " . وقوله تعالى: "وجزاء سيئة سيئة مثلها ". فمتى ما أمكن أن يقتص من الجاني فإنه يصار إليه، وهذا ما جاء به النص الكريم.

(١) هو: بدر الدين أبو عبدالله محمد الزركشي ، ولد – رحمه الله – بمصر سنة ٧٤٥هـ، فقيه ، أصولي ، محدث، أديب، توفي – رحمه الله – بمصر سنة ٧٩٤هـ، وله مصنفات منها: البحر في أصول الفقه، وشرح التنبيه للشيرازي، وشرح جمع الجوامع للسبكي . انظر: معجم المؤلفين لعمر كحالة ١٢١/٩، ١٢٢ . مغني المحتاج ٤/ ٢٨، المهذب، ١٩٢/٢، ١٩٣.

(٢) الإنصاف: ١٨/١٠.

(٣) مواهب الجليل: ٢٤٧/٦، والمدونة ٥٧٠/٤– ٥٧١.

تفسير القرطبي ٢٠٢/٦. السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ٣٨٧/٤..الشرح الممتع على زاد المستقنع٦٥/٦. المحلى١١/٨.

٢. وقول الرسول . ﷺ . في حديث أنس في كسر السن : " كتاب الله القصاص "

قال ابن المنذر : ومن قال لا قصاص في عظم، هو مخالف للحديث ، والخروج إلى النظر غير جائز مع وجود الخبر.

٣. ولأن المماثلة ممكنة، فوجب فيها القود

الترجيح: أحسب أن القول الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثالث، من أنه يقتص من الجاني إذا كان ذلك ممكناً ، ومحل الخلاف في هذه المسألة هو هل القصاص من غير مفصل ممكن أولا ، فمن منعه علل ذلك بعدم الإمكان ، وهذا متصور في الزمن القديم ، لا سيما مع ضعف الوسائل الطبية ، ولكن في عصرنا الحاضر، ومع تقدم علم الطب ، فإن ذلك ممكن عندهم بكل دقة

ومما يرجح هذا القول:

أ . أن الله . تعالى أمر بالعدل ، فمتى أمكن الأخذ به ، وجب المصير إليه.

والإجماع منعقد على أنه يقتص من الجاني إذا أمكن ، وهذا ممكن في زمننا هذا ، الذي تقدم فيه الطب، تقدما عظينا، وهذا من نعم الله علينا، فله الحمد والشكر.

قال الشوكاني : والحاصل أن القصاص ثابت في الجروح، وهي تشمل ما كان ذا مفصل وما كان غير ذي مفصل، إذا أمكن الوقوف على مقداره[١]

وإذا لم يمكن أن يقتص من مكان الجناية أخذ من أدنى مفصل وللمجني عليه أرش الزائد كما هو قول الشافعية وأحد الوجهين عند الحنابلة.

وهذا القول أولى ممن يقول يصار إلى الدية، لأنه يمكن أن يجري القصاص في بعض الجناية، وهذا لازم لأصحاب القول الأول لمن قال منهم .: "إذا جني بأعظم من الموضحة" [٢]اقتص بموضحة وله أرش الزائد، فهنا كذلك، لما تعذر الاستيفاء من محل الجناية، استوفينا من أقرب مفصل، ونأخذ أرشاً للزائد، **واحسب شرط المساواة وإلا فلا، ومما يؤيد ذلك:**

جاء في البحر الرائق" وَوُجُوبُ الْقِصَاصِ فِي الْأَطْرَافِ يَعْتَمِدُ الْمُسَاوَاةَ فِي الْجُزْءِ الْمُبَانِ بَعْدَ الْمُسَاوَاةِ فِي الْعِصْمَةِ ؛ وَلِهَذَا لَا تُقْطَعُ الصَّحِيحَةُ بِالشَّلَّاءِ وَفِي النَّفْسِ لَا يُشْتَرَطُ ذَلِكَ حَتَّى يُقْتَلُ الصَّحِيحُ بِالزَّمِنِ وَالْمَفْلُوجِ" وقال : وَالرَّجُلُ بِالْمَرْأَةِ وَالْكَبِيرُ بِالصَّغِيرِ وَالصَّحِيحُ بِالْأَعْمَى وَالزَّمِنِ وَنَاقِصِ الْأَطْرَافِ وَبِالْمَجْنُونِ ..... وَإِنَّمَا جَرَى الْقِصَاصُ بَيْنَهُمْ لِوُجُودِ الْمُسَاوَاةِ بَيْنَهُمْ فِي الْعِصْمَةِ وَالْمُسَاوَاةُ فِيهَا هِيَ الْمُعْتَبَرَةُ....وَلَوْ أُعْتُبِرَتْ فِيمَا وَرَاءَهَا لَانْسَدَّ بَابُ الْقِصَاصِ وَلَظَهَرَ الْفِتَنُ .

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ٣٨٧/٤، الفروع ، لابن مفلح، ٤٩٠/٥-٤٩١ .

(٢) الموضحة هي: التي تصل إلى العظم وسميت موضحة لأنها أبدت وضح العظم وهو بياضه، المغني١٥٩.١٥٨/١٢ . الشرح الممتع على زاد المستقنع ٦٥/٦ .

وفى البحر أيضا : وَفِي النَّوَادِرِ رَجُلٌ أَصْلَعُ ذَهَبَ شَعْرُهُ شَجَّهُ إنْسَانٌ مُوضِحَةً عَمْدًا قَالَ مُحَمَّدٌ لَا يُقْتَصُّ وَعَلَيْهِ الْأَرْشُ ؛ لِأَنَّهُ أَقَلُّ مِنْ مُوضِحَةٍ ؛ لِأَنَّ الْمُسَاوَاةَ مُعْتَبَرَةٌ فِي تَنَاوُلِ الْأَطْرَافِ وَلَا مُسَاوَاةَ ؛ لِأَنَّ الْمُوضِحَةَ فِي أَحَدِهِمَا مُؤَثِّرَةٌ فِي الْجِلْدِ وَاللَّحْمِ فَتَعَذَّرَ مُرَاعَاةُ الْمُسَاوَاةِ وَصَارَ كَصَحِيحِ الْيَدِ إذَا قَطَعَ يَدَ الْأَشَلِّ لَا يَقْطَعُ فَكَذَا هَذَا ، وَإِنْ قَالَ الشَّارِحُ رَضِيت أَنْ يُقْتَصَّ مِنِّي لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ إذَا لَمْ تُوجِبْ الْقِصَاصَ لَا يُوجِبُ الِاسْتِيفَاءَ بِالرِّضَا ، وَإِنْ كَانَ الشَّاجُّ أَيْضًا أَصْلَعَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّ اعْتِبَارَ الْمُسَاوَاةِ مُمْكِنٌ فَصَارَ كَالْأَشَلِّ إذَا قَطَعَ يَدَ الْأَشَلِّ .

المطلب الثاني

ما يسقط القصاص بعد وجوبه في الجناية على الأعضاء المزروعة

يسقط القصاص بعد وجوبه في الجناية على الأعضاء المزروعة بموت الجانى أو قتله وكذلك إذا فات العضو بآفة سماوية أو قطع بغير حق .

يقول صاحب البدائع [1] : بَيَانُ مَا يُسْقِطُ الْقِصَاصَ بَعْدَ وُجُوبِهِ فَالْمُسْقِطُ لَهُ أَنْوَاعٌ : مِنْهَا فَوَاتُ مَحَلِّ الْقِصَاصِ بِأَنْ مَاتَ مَنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُتَصَوَّرُ بَقَاءُ الشَّيْءِ فِي غَيْرِ مَحَلِّهِ ، وَإِذَا سَقَطَ الْقِصَاصُ بِالْمَوْتِ لَا تَجِبُ الدِّيَةُ عِنْدَنَا ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ هُوَ الْوَاجِبُ عَيْنًا عِنْدَنَا ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ – رَحِمَهُ اللَّهُ – ، وَعَلَى قَوْلِهِ الْآخَرِ تَجِبُ الدِّيَةُ ، وَقَدْ بَيَّنَّا فَسَادَهُ فِيمَا تَقَدَّمَ ، وَكَذَا إذَا قُتِلَ مَنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٢٤٦/٧ الناشر دار الكتاب العربي سنة النشر ١٩٨ بيروت

بِغَيْرِ حَقٍّ أَوْ بِحَقٍّ بِالرِّدَّةِ وَالْقِصَاصِ بِأَنْ قَتَلَ إنْسَانًا فَقُتِلَ بِهِ قِصَاصًا يَسْقُطُ الْقِصَاصُ ، وَلَا يَجِبُ لِمَا قُلْنَا ، وَكَذَلِكَ الْقِصَاصُ الْوَاجِبُ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ [١] وإذَا فَاتَ ذَلِكَ الْعُضْوُ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ أَوْ قُطِعَ بِغَيْرِ حَقٍّ يَسْقُطُ الْقِصَاصُ مِنْ غَيْرِ مَالٍ عِنْدَنَا لِمَا قُلْنَا ، وَإِنْ قُطِعَ بِحَقٍّ بِأَنْ قَطَعَ يَدَ غَيْرِهِ فَقُطِعَ بِهِ أَوْ سَرَقَ مَالَ إنْسَانٍ فَقُطِعَ يَسْقُطُ الْقِصَاصُ أَيْضًا لِفَوَاتِ مَحَلِّهِ

المطلب الثالث

مالا يمكن القصاص منه في الجناية على الأعضاء المزروعة فيما دون النفس

مما تجدر الإشارة إليه، ويحسن التنبيه عليه، أنه إذا أريد القصاص من الجاني، ثم تبين أنه مريض، يؤخر القصاص عنه، والمتتبع لهذه المسألة في كتب أهل العلم يجدهم لا يتعرضون لها بسطا وطرقا، كما تطرقوا لمسألة استيفاء الحد من المريض وتوسعوا فيها، ولعلهم يكتفون بذلك لتقارب المسألتين .

ونعود إلى المسألة فنقول: إذا كان القصاص في النفس، فإنه لا يؤخر لمرض الجاني، لأن القتل سيذهب به وبمرضه ولا فائدة له في التأخير

(١)والدليل على ذلك من السنة :عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّ عَمَّتَهُ الرُّبَيِّعَ لَطَمَتْ جَارِيَةً فَكَسَرَتْ ثَنِيَّتَهَا، وَطَلَبُوا إِلَيْهِمُ الْعَفْوَ فَأَبَوْا، وَالْأَرْشَ فَأَبَوْا، وَأَبَوْا إِلَّا الْقِصَاصَ، فَاخْتَصَمُوا إِلَى رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَأَمَرَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالْقِصَاصِ ، فَقَالَ أَنَسُ بْنُ النَّضْرِ: أَتُكْسَرُ ثَنِيَّةُ الرُّبَيِّعُ ؟ لَا وَالَّذِي بَعَثَكَ بِالْحَقِّ لَا تُكْسَرُ ثَنِيَّتُهَا، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " يَا أَنَسُ، كِتَابُ اللهِ عَزَّ وَجَلَّ الْقِصَاصُ " فَرَضِيَ الْقَوْمُ، فَعَفَوْا ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " إِنَّ مِنْ عِبَادِ اللهِ عَزَّ وَجَلَّ مَنْ لَوْ أَقْسَمَ عَلَى اللهِ لَأَبَرَّهُ "الجمع بين الصحيحين البخاري ومسلم لمحمد بن فتوح الحميدي ٢/٤٧٦دار النشر ، دار ابن حزم – لبنان ، بيروت – ١٤٢٣هـ – ٢٠٠٢م الطبعة: الثانية تحقيق : د. علي حسين البواب

وأما إذا كان القصاص فيما دون النفس، فإن المرض لا يخلو من حالين :

الحـال الأولـى: أن يكـون المـرض يرجـى زوالـه، كـالحر والبـرد الـذي لا يستمر، فحينئذ ينتظر حتى يزول المرض، ثم يقام عليه القصاص، لئلا يؤدي ذلك إلى إلحاق الضرر بالجاني، عند إقامة القصاص، عليه وهو مريض، و المراد من إقامة القصاص المماثلة بالجاني، فلو أقيم عليه وهو مـريض لأدى ذلـك إلـى المماثلـة وزيـادة ، وفـي هـذا ظلـم وتعـدي عليـه، ومعلوم أن من شروط استيفاء القصاص الأمن من الحيف.

وقد ذهب إلى هذا جمهور أهل العلم من الحنفية[١]والمالكية [٢]والحنابلة [٣]والشافعية [٤] في قول لهم، أنه لا يقام القصاص مع حر أو برد يضر بالجاني، ونص المالكية والشافعية على المرض.

في حين ذهب الشافعية في قول لهم، وابن قدامة من الحنابلة، إلى عدم تأخير استيفاء القصاص، معللين ذلك بأن حقوق الآدميين مبنية على الضيق، بخلاف حقوق الله[٥].

(١) المبسوط ١٠٠/٩ .

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد٣٢١/٤، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ٣٣٥/٨ ، شرح مختصر خليل للخرشي ١٧٦/٨ .

(٣) المغني ٥١٤/١١.٥١٥، الإنصاف ٤٨٥/٩، حاشية الروض المربع ٢٢٧/٧.

(٤) روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي ٢٢٥/٩،أسنى المطالب شرح روض الطالب ١٣٣/٤، حاشيتا القليوبي وعميرة على كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين ١٨٧/٤،نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ٢٩٠/٧

(٥) المغني ٥١٤/١١.٥١٥، الإنصاف ٤٨٥/٩، حاشية الروض المربع ٢٢٧/٧.، والمصادر السابقة نفس المواضع المشار اليها .

الترجيح :

والذي يترجح عندي، هو القول الأول ، لقوة ما استدلوا به ، ثم إنه لا ضرر في التأخير و الانتظار، إلا أن يكون الجاني اعتدى في وقت شدة حر، أو شدة برد ، فيقتص منه في مثل ذلك الوقت ، لأن القصاص مبني على المماثلة.

الحال الثانية: مرض لا يرجى زواله، ويؤثر على الجاني لو أقيم عليه القصاص .

فذهب الشافعية في قول لهم، وابن قدامة، إلى عدم التأخير، لأن حقوق الله مبنية على المسامحة بخلاف حق الآدمي.(١)

وذهب المالكية (٢)والشافعية في قول لهم إلى (٣)جواز التأخير، ويستدل لهم على ذلك :

١. بأن من شروط استيفاء القصاص فيما دون النفس، إمكان الاستيفاء من غير حيف ولا زيادة(٤) لأن الله تعالى يقول :"وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ "وقال :"فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُم"

٢. ولأن دم الجاني معصوم إلا في قدر جنايته ، فما زاد عليها يبقى على العصمة ، فيحرم استيفاؤه بعد الجناية ، كتحريمه قبلها، ومن ضرورة المنع

(١) روضة الطالبين ٢٢٥/٩ ، حاشيتا قليوبي وعميرة ١٨٧/٤. المغني٤٤٢/١٢ .

(٢) مواهب الجليل ٣٣٥/٨ ، حاشية الخرشي ١٧٦/٨.

(٣) روضة الطالبين٢٢٥/٩ ، حاشيتا قليوبي وعميرة ١٨٠/٤، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ٢٩٠/٧.

(٤) المغني ١١/ ٥٣١

من الزيادة المنع من القصاص ، لأنها من لوازمه ، فلا يمكن المنع منها إلا بالمنع منه.

٣. وإذا كان لا يؤمن من الحيف فإنه يتعذر القصاص، لئلا يتلف بالقود مع المرض فيلزم منه ، أخذ نفس بغير نفس

وأحسب أن الراجح هو القول الثاني

وإذا تعذر استيفاء القصاص مطلقا ، وكان المرض ميؤسا منه، ويؤثر على الجاني لو اقتص منه ،فعلى القول المرجوح يقام عليه القصاص ، وعلى ما رجحناه لا يقام عليه القصاص، والله أعلى وأعلم

المطلب الرابع

إصابة المجني عليه بحالة نفسية بعد التعدي عليه في ضوء الطب وحكم الدين

إذا اعتدى شخص على آخر فأصيب المجني عليه بحالية نفسية، فما هو الحكم في ذلك، وكيف يقتص له ؟ قبل بيان الحكم نعرف الأمراض النفسية:

فالأمراض النفسية : هي أسلوب غير سوي للتوافق أو محاولة شاذة لحل أزمة نفسية، لم تعد الحيل الدفاعية المعتدلة قادرة على حلها أو القضاء على القلق المصاحب لها وهذه الحيل النشطة ما هي إلا الأمراض النفسية[١]

وبناء على هذا يقال: إن الأمراض النفسية على قسمين:

(١) المدخل الميسر إلى الصحة النفسية والعلاج النفسي ، د. أسماء الحصين ص٢٦٣ .

القسم الأول: مالا يخرج عن حد العقل ولا يرفع أهلية الوجوب.

القسم الثاني: ما يخرج عن حد العقل ويزيل الإدراك.

فإذا كان المرض النفسي يخرج عن حد العقل ويستمر مع المجني عليه، فتجب له دية كاملة.

والعقل كما قال أهل العلم . رحمهم الله تعالى . : هو ما يعرف به الإنسان حقائق المعلومات ، ويهتدى إلى مصالحه ، ويتقى ما يضره ، ويدخل به في التكليف ، وهو شرط في ثبوت الولايات ، وصحة التصرفات ، وأداء العبادات.

وإذا كان المرض النفسي لم يخرج المجني عليه عن حد العقل فله من الدية بقدرها إذا أمكن تقدير ذلك ، وإذا لم يمكن فله حكومة [١].

قال ابن قدامة: فإن نقص عقله نقصا معلوما، مثل أن صار يجب يوما ويفيق يوماً، فعلية من الدية بقدر ذلك ، لأن ما وجبت فيه الدية، وجب بعضها في بعضه بقدره، كالأصابع، وإن لم يعلم، مثل أن صار مدهشاً، أو يفزع مما لا يفزع منه، ويستوحش إذا خلا، فهذا لا يمكن تقديره، فتجب فيه حكومة[٢] وهذا بناء على أنه لا يجري القصاص في ذهاب العقل فيصار إلى الدية أو الحكومة.

(١) الحكومة هي: أن يقوم المجني عليه كأنه عبد لا جناية به ثم يقوم وهي به قد برأت، فما نقصته الجناية ، فله مثله من الدية، المغني ١٢/١٧٨.

(٢) المغني١٢/ ١٥٢،المقنع والشرح الكبير ومعهما الإنصاف٢٥/٥٢٧.

قال النووي رحمه الله . : والأقرب منع القصاص في العقل ، ووجوبه في الشم ، والبطش ، والذوق ، لأن لها محالا مضبوطة ، ولأهل الخبرة طرق في إبطالها [١].

وجاء في حاشية الروض المربع : ولا يجري فيه . أي العقل . القصاص للاختلاف في محله[٢].

أما إذا أمكن طبياً وقال أهل العلم و الخبرة بالطب، بأنه يمكن أن يفعل به كما فعل من غير حيف، فهو الواجب أن يصار إليه ، لأن الله تعالى يقول: "فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى" ويقول سبحانه وتعالى: "وَإِن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ".

وأما إذا كان يشتكي المجني عليه من آلام في الرأس ، تأتيه أحيانا ، فهل له في ذلك شيء؟.

الظاهر نعم ، ويجتهد القاضي في تقدير ما يجب ، لأن هذا من العدل، وإذا أسقطنا ذلك كان ظلما للمجني عليه، بل إن محمد بن الحسن من الحنفية ، أوجب حكومة للجراحات التي لا يبقى لها أثر مقابل الألم ، فهنا أولى ،والله تعالى أعلم.

(١) روضة الطالبين ١٨٦/٩.

(٢) حاشية الروض المربع ٢٦٢/٧، حاشية رقم ٢.

المطلب الخامس

إصابة الجانى بحالة نفسية بعد جنايته على غيره

إذا اعتدى شخص على آخر، والجاني قبل ارتكاب جنايته كان عاقلاً، وبعد الجناية أصيب بحالة نفيسة، فهل يسقط ما وجب عليه أو يقتص منه ؟

الحقيقة إن مرض الجاني لا يخلو من أمرين :

أحدهما : أن لا يخرجه المرض عن حد العقل وأهلية الوجوب والتكليف ، فهنا يؤاخذ بفعله ويعاقب عليه ، ولا يكون هذا المرض مانعا لمحاكمته ومسقطا للقصاص منه .

والثاني : أن يخرجه المرض عن حد العقل والتكليف ، فيلحق بالمجنون ويأخذ حكمه ،وعليه إما أن تكون إصابته بتلك الحالة بعد الحكم عليه، أو قبل الحكم عليه.

فإن كانت إصابته قبل الحكم عليه ،ففيه خلاف بين أهل العلم:

القول الأول: أنه يحاكم و إليه ذهب الشافعية، والحنابلة والحنفية في قول لهم، وهو اختيار سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم رحمه الله . وعليه العمل في المحاكم الشرعية في المملكة العربية السعودية [١].

واستدلوا على ذلك : بأن التكليف لا يشترط إلا وقت ارتكاب الجناية، وهو حين ارتكابها ، عاقل مكلف، فيؤاخذ بذلك.

(١) روضة الطالبين ١٤٩/٩، مغني المحتاج ١٥/٤، تحفة المحتاج ١٩/٤. المغني٤٨٢/١١، المقنع والشرح الكبير ومعهما الإنصاف ٨٠/٢٥. رد المحتار على الدر المختار٣٧٦/٥.

القول الثاني: منع المحاكمة وهذا مذهب الحنفية والمالكية ، واستدلوا على ذلك:

بأن شرط العقوبة التكليف، وهذا الشرط يجب توفره وقت المحاكمة فإذا لم يكن مكلفاً امتنعت محاكمته[١] ويناقش : بأن العبرة حال ارتكاب الجناية ، وهو مكلف فيؤاخذ بذلك ،والمالكية يرون أنه ينتظر حتى يفيق فإن أيس منه فلهم قولان:

الأول: يسقط القصاص وتؤخذ الدية من ماله وهو قول ابن المواز [٢] .

الثاني: يسلم لأولياء المقتول إن شاءوا قتلوه أو أخذوا الدية وهو قول اللخمي [٣] .

والراجح القول الأول: لأن القصاص قد وجب عليه حال رشده ، ولأن رجوعه غير مقبول في القصاص، بخلاف الحدود .[٤]

وإن كانت الإصابة بالحالة النفسية بعد الحكم عليه، ففي هذا خلاف بين أهل العلم:

(١) رد المحتار على الدر المختار، ٣٤٣/٥، بدائع الصنائع، ٢٤٣/٧.

(٢) هو: محمد بن إبراهيم بن رباح الأسكندري ،المالكي ،المشهور بابن المواز، وكان راسخا في الفقه ، صنف كتابا في الفقه، قال عنه ابن فرحون : وهو أجل كتاب ألفه المالكيون ، توفي سنة ٢٦٠هـ، ترتيب المدارك٧٢/٣.مواهب الجليل: ٢٣٢/٦، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٢٣٧/٤.

(٣) هو: أبو الحسن علي بن محمد الربعي المعروف باللخمي ، القيرواني ، الإمام الحافظ ، له تعليق على المدونة سماه التبصرة ، مشهور معتمد في المذهب . توفي سنة ٤٧٨هـ ، شجرة النور الزكية ١١٧/١ .

(٤) المقنع والشرح الكبير ومعها الإنصاف: ٨٠/٢٥.

القول الأول : أنها لا تمنع المحاكمة إذا كانت الجناية توجب قصاصا، أما إذا كانت توجب حدا وهذا الحد ثبت بالإقرار لا بالبينة فإنه لا ينفذ الحكم عليه ،لأنه قد يرجع عن إقراره، والحدود تدرأ بالشبهات.

وإليه ذهب الشافعية . (١)

القول الثاني: ذهب أبو حنيفة ، إلى إنه يفرق بين ما إذا سلم للتنفيذ أو لا، فإن كانت الإصابة بتلك الحالة بعد التسليم، فلا تمنع المحاكمة، وإن كانت قبل التسليم للتنفيذ فإنها تمنع المحاكمة ويصار إلى الدية استحساناً. (٢)

القول الثالث: ذهب مالك إلى إنها لا تمنع المحاكمة، إذا كانت العقوبة قصاصاً، وفي غيره يوقف التنفيذ، ويظل الحكم موقوفاً حتى يذهب ما به .

والذي أحسب ترجيحه هو القول الأول، لقوة ما ذكروه؛ ولأن الحق في القصاص ثبت حال رشده فلا يسقط إذا جُن .

(١)المقنع والشرح الكبير ومعهما الإنصاف: ٨٠/٢٥ ، بدائع الصنائع، ٢٤٣/٧. رد المحتار على الدر المختار٤٧٠/٥ ،مواهب الجليل: ٦/ ٢٣٢.

(٢) تحفة المحتاج ١٩/٤، مغني المحتاج ١٥/٤.

المطلب السادس

أثر التقارير الطبية عند إستيفاء الحق

عند إقامة الحد الشرعي على شخص، هل يرسل إلى المستشفى ويعرض على الأطباء، للتأكد من سلامته وصحته، وعدم تضرره بإقامة الحد ؟

الجواب: لا، فلا يشترط فيمن ثبت عليه الحد أن يرسل إلى المستشفى للتأكد من سلامته وصحته، لأنه ليس من شروط الاستيفاء[1] ، ثم لو فتح هذا الباب لسقطت الحدود بالحيل ، وصار المرجع في إقامتها أناس غير مقبولي القول ، من ضعاف النفوس .

وقال الشيخ العلامة محمد بن إبراهيم –رحمه الله – : ولا ينبغي أن يعرض على الأطباء كل من وجب عليه حد فإن هذا الباب لو فتح لسقطت الحدود بالحيل وصار المرجع في إقامتها أناس غير مقبولي القول إذا ادعى الجاني عدم تحمله العقوبة مثلا ، وهذا مما يقع في بعض المحاكم، أنه بعد صدور الحكم عليه يدعي عدم تحمله العقوبة لكبره أو مرضه ، وكذا لو استجد وظهر به مرض بعد الحكم عليه أو في أثناء محاكمته ، ثم يأتي بتقارير طبية تؤكد ذلك ، وربما كان لهذه التقارير وجاهتها ، لاسيما إذا كانت هذه التقارير من مستشفيات موثوق بها فيعمل بها والله أعلم واحكم

(١)المقنع والشرح الكبير ومعهما الإنصاف ١٦٧/٢٦.

أسجد لله – سبحانه وتعالى – على إتمام هذا العمل المتواضع في موضوع البحث، وهو : "الجناية على الأعضاء المزروعة في ضوء الطب والدين" ويعلم الله أني بذلت فيه أقصى ما في وسعي حتى يخرج على هذه الصورة التي أتمنى من الله – عز وجل – أن تكون خالصة لوجهه الكريم، وقد توصلت من خلال العرض السالف للنتائج الآتية نتائج البحث :بعد أن تعرضنا في هذا البحث إلى أفكار رئيسة بُنيت عليها النظرة الإسلامية في مجال التعدي على الأعضاء المزروعة ، نحاول هنا عرض لبعض النتائج وفق الفهم الذي انتهيت إليه من موضوع البحث :

النتيجة الأولى: "الشارع لا يقصد بالشريعة إيلام الناس"

إن غاية الشريعة الإسلامية تحقيق المصالح العباد ودفع الحرج عنهم، فالشارع لا يقصد بالشريعة إيلام الناس وإعناتهم، ولا يأمرهم بالأفعال لما فيها من المشقات، بل لما يترتب عليها من المصالح، لا ينهاهم عنها لحرمانهم ما فيها من لذة ومتعة، بل لما يغلب عليها من مفسدة ومضرة، وإمعانًا في ضبط المصالح، وحرصهم على أن تكون بابًا لذوي الأهواء المتقولين في الدين بالهوى، وضعوا لها ضوابط محددة أحكموا مبناها والتزموا بأدناها ومنتهاها، فبرعوا في تلمس المصالح النافعة التي تدفع الحرج والضيق، ولم يكتفوا بما تلمسوه بل وضعوا قواعدهم التي استنتجوها لمن بعدهم ليتتبعوا خطاهم، ويقتفوا أثرهم

النتيجة الثانية: "الفقه الإسلامي صالح لاستيعاب كل المستجدات"

الفقه الإسلامي فيه من الخصائص والمميزات التي تجعله صالحًا لاستيعاب كل المستجدات الحديثة، ومعالجتها بطريقة دقيقة، وإعطائها

الحكم الشرعي الصحيح المبني على قواعد الشريعة الإسلامية ونصوصها، وهذا يجعله مسايرًا للزمان والمكان، ولا عجب أن نجد بين نصوص الفقهاء الأجلاء ما يتضمن النص على هذه المسائل وإن لم تكن عباراتهم صريحة، ولكن بتدقيق النظر يستنبط الحكم

النتيجة الثالثة : "الرجوع إلى القواعد الفقهية يمثل ضرورة اجتهادية"

القواعد الفقهية عبارة عن أحكام شرعية كلية تندرج تحتها جزئيات فرعية كثيرة تأخذ حكمها، وهذه الأحكام الكلية حصيلة نظر فقهي عميق واجتهاد في استقراء الأدلة الشرعية، ووقوف على المقاصد والأهداف العامة للشريعة من خلال الكتاب والسنة واجتهادات الصحابة في القضايا الفرعية، والرجوع إلى القواعد الفقهية عند دراسة القضايا الحديثة يمثل ضرورة اجتهادية وخصوصًا في النوازل التي لا يحكمها نص صريح، فالقواعد تعتبر دليلاً شرعيًا يمكن استنباط الأحكام منها بشرط سلامتها من المعارض.

النتيجة الرابعة : "قبول المضرور لمخاطر المتعدي لا يعفي المأذون له من الضمان"

إن قبول المضرور للمخاطر وإذنه للفاعل في مباشرة الفعل الماس بالنفس أو ما دونها، لا يعفي المأذون له من الضمان، إلا إذا كان لغرض العلاج وكان المأذون له أهلاً للقيام بهذا الفعل ولم يتعمد إلحاق الضرر بالآذن.

النتيجة الخامسة : "الطب في وجهة نظر الشرع له اعتبار"

إن الطب في وجهة نظر الشرع الإسلامي له اعتبار من حيث التعرف على المصالح والمفاسد بالنسبة للإنسان، فالطب كالشرع وضع

لجلب مصالح السلامة ولدرء مفاسد المعاطب والأسقام، ومن هنا لزم تعاون الأطباء والفقهاء للتعرف على الحكم الشرعي في القضايا الفقهية الطبية الحديثة؛ لأنه تعاون مشترك يؤدي إلى نظر فقهي صحيح.

النتيجة السادسة :"بيان أهمية الفقه الافتراضي"

بعض الفقهاء قد لا يعطون أهمية للفقه الافتراضي ويعتبرون ذلك مضيعة للوقت والجهد، والحقيقة أن هذا التصور يحتاج إلى مراجعة ونظر خاصة بعد إثبات الواقع المعاصر أن الفقهاء الأجلاء لم يكن لهم ترف فكري كما يتصور البعض.

توصيات البحث:

١- ضرورة الاهتمام بالدراسات البينية مع بيان ضرورة الربط بين الطب والدين فيما يتعلق بمسائل البدن للوصول للحكم الشرعي الصحيح

٢- ضرورة بيان تعاليم الإسلام وأنه دين واقعى متكامل ينظر إلى واقع الناس فينظمها لاسيما فيما يتعلق بالنزاعات وما يترتب على ذلك من حقوق وواجبات وبيان أن للإسلام البصمة الواضحة حين جعل للنفس البشرية الحظ الأوفر من العناية والاهتمام فكفل حرمتها وعظم قدرها على اختلاف اجناسها وتغاير أنواعها وتباين ألوانها .

٣- ضرورة التسريع في الأخذ بالإجراءات العقابية لتجنب ارتكاب الجنايات وبخاصة الجناية على الأعضاء عموما والمزروعة بوجه خاص

٤- أهمية جمع ما قيل في هذا الموضوع من جانب الطب من غير استطراد وبناء الحكم الصحيح عليه يثبت مثالية الأحكام الشرعية للتطبيق العملي وواقعيتها .

وأخيرا فإننا ننبه على أن الواقع العملي يؤكد أهمية الموضوع، فهو يدل على وجود حالات كثيرة يتسبب فيها بعض الناس في تفويت مصالح الآخرين، تأكد وترجح وجودها، دون أي اعتبار لجانب الشخص الذي لحقه الضرر.

علما بأن الموضوع له علاقة وطيدة وصلة قوية بالقضاء، والأنظمة التي تتعلق به، والتي يجب أن تدرس بكلية الشريعة وكلية الحقوق، خاصة مادة المرافعات، فبحث الموضوع يثري الناحية العلمية، ويزيد في تأهيل الباحث في مجال التخصص.

إضافة إلى أن القضاء من مصادر الأنظمة الاحتياطية فلعل دراسة مثل هذه القضايا وإبرازها يكون حافزاً على إدخال هذا الموضوع في بعض الأنظمة صراحة، لما يترتب عليه من تحقيق المصالح، ودفع المفاسد في هذا الباب، وحفظ حقوق الناس التي هي مقصد للشارع في شرعه للقضاء، وما يتعلق به من الدعاوى والإثبات.

هذا والله أعلى وأعلم وصلى اللهم على سيدنا محمد

د. عادل الصاوي محمود

أستاذ الشريعة المساعد بكلية العلوم الإدارية والإنسانية

قسم الحقوق – المملكة العربية السعودية