الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة غرداية

معهد العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم الشريعة والقانون

أحكام الضرورة وأثرها في المجال الطبي

مذكرة تخرج لاستكمال متطلبات شهادة الليسانس

في شريعة إسلامية تخصص: شريعة وقانون

إعداد الطالبتين:

- حياة بوعقارب
- سمية غراير

إشراف الأستاذ:

أ. عبد القادر حباس

السنة الجامعية: (1433-1434هـ / 2012-2013م)

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة غرداية

معهد العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم الشريعة والقانون

أحكام الضرورة وأثرها في المجال الطبي

مذكرة تخرج لاستكمال متطلبات شهادة الليسانس

في شريعة إسلامية تخصص: شريعة وقانون

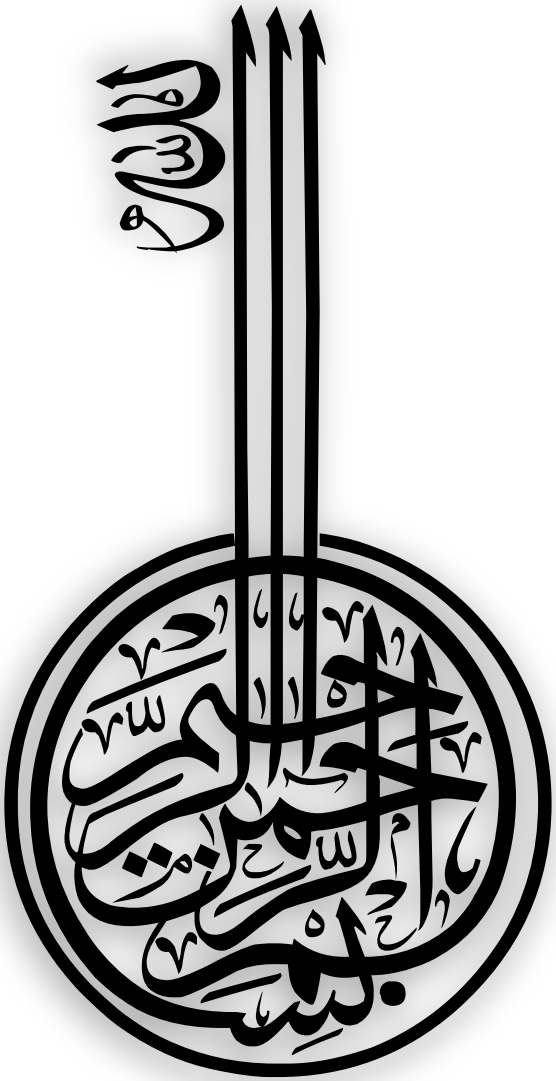
إعداد الطالبتين:

- حياة بوعقارب
- سمية غراير

إشراف الأستاذ:

أ. عبد القادر حباس

السنة الجامعية: (1433-1434هـ / 2012-2013م)



الإهداء

إلى كل من أضاء بعلمه عقل غيره أو هدف بالجواب الصحيح حيرة سائليه فأظهر بسماحته تواضع العلماء وبرحابته سماحة العارفين .

أهدي هذا العمل المتواضع إلى أبي الذي لم يبخل علي يوماً بشيء ، وإلى أمي التي ذودتني بالحنان والمحبة .

أقول لهم: أنتم وهبتوني الحياة والأمل والنشأة على شغف الاطلاع والمعرفة وإلى إخوتي وأسرتي جميعاً

إلى أهل وعشيرتي، إلى أستاذتي إلى زملائي وزميلاتي: سهام، حنان، رقية، إلى الشموع التي تحترق لتضيء للآخرين إلى كل من علمني حرفاً

إلى من كانوا يضيئون لي الطريق ويساندوني ويتنازلون عن حقوقهم لإرضائي والعيش في الهناء أخوتي وإخواني

أهدي هذا البحث المتواضع راجية من المولى عز وجل أن يجد القبول والنجاح

أحبكم حباً لو مرَّ على أرض قاحلة لتفجرت منها ينابيع المحبة

سمية

الحمد لله حمداً كثيراً طيباً مبارك فيه يليق بجلال مقامه وعظيم سلطانه، ثم الصلاة على المبعوث للعالمين سيدنا وسيدي محمد الصادق الأمين وصحابته الأبرار الميامين رضى الله عليهم وعلى آلهم أجمعين أما بعد:

بداية أهدي ثمرة جهدي هذه إلى أعز ما أملك في الوجود

إلى والدي العزيز الذي علمني بجدية الحياة والمعرفة وصاحب القلب الكبير.

وإلى شمعتي التي تحترق لتنير طريقي بحبها أمي الغالية الحنون أطال الله في عمرها

وإلى من كان الحب والحنان سبباً في وجودهم أخواتي العزيزات: فاطمة، مبروكة، رحيمة.

إلى أخواتي الزروجيات، خديجة أم الخير، زنوكة، فدوى، جمعة، مليكة، نصيرة، يمينة، مسعودة، سعاد، رقية، صارة

إلى عمتي الوحيدة وعائلتها، إلى عمي الوحيد وعائلته المحترمة إلى جداتي: محجوبة، خديجة

إلى أساتذتي الذين علموني معنى الأدب وقيمة العلم والاحترام

ملعم مبروك، أولا المختار، علي دوبدة، بوحفص حمزة.

إلى كل من كان له الفضل في وصولي إلى هذه المرتبة من العلم أخص بالذكر صديقتي: غريب صافية وإلى كتكوتة العائلة جالبة الحظ والبسمة ابنت خالتي بسمة

حياة

تقدير وتشكرات

الحمد لله رب العالمين خالق الانسان في أحسن تقويم وجعله ربيع الوجود والصلاة والسلام على رسوله الكريم

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «مَنِ اصْطَنَعَ إِلَيْكُمْ مَعْرُوفًا فَجَازُوهُ، فَإِنْ عَجَزْتُمْ عَنْ مُجَازَاتِهِ فَادْعُوا لَهُ، حَتَّى يَعْلَمَ أَنَّكُمْ شَكَرْتُمْ، فَإِنَّ اللَّهَ شَاكِرٌ يُحِبُّ الشَّاكِرِينَ» رواه الطبراني.

نحن في هذا المقام ليس لنا إلا أن ندعو للأستاذ المحترم "حباس عبد القادر" وأن نتقدم له بوافر الشكر والتقدير عللا رعايته لبحثنا منذ أن كان فكرة إلى أن وصل إلى ما هو عليه، فلم يبخل بنصائحه القيمة وإرشاداته النيرة، ونرجو أن تكون توجيهاته البناءة قد أوصلتنا إلى رضاه عن أعمالنا .

كما نشكره على تحمل مشاق الاطلاع على محتويات محاولتنا رغم اشغاله الكثيرة ونتمنى له التوفيق في أعماله

كما نشكر كل من الأستاذ محمد حدبوز وعمر نسيل وبولقصاع وعبد العالي بوعلام على دعمهم ومساندتهم لنا .

قائمة المحتويات

مقدمة

مقدمة

إن الحمد لله، نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونعود به من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضّل له ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله صلى الله عليه وسلم، أما بعد:

إن حالة الضرورة – محل دراستنا – وإن اختلف التشريع والفقه والقضاء المقارن في كونها من أسباب الإباحة أو من موانع المسؤولية الجنائية، فهي في جميع الأحوال تخرج الفعل المرتكب من نطاق الأفعال المعاقب عليها، فتمنع عنه العقوبة المقررة له قانوناً، فمن يرتكب جريمة تحت ضغط خطر الضرورة يعفى من المسؤولية الجنائية فقط أو المسؤولية كاملة، كون الفاعل لم يقدم على الجريمة بدافع خبيث، كما أن تلك الجريمة لم تصدر عن مزاج عدائي للمتهم من شأنه أن يعكس أو يشكل خطورة عن المجتمع.

ونفس الأمر بالنسبة للشريعة الإسلامية، هذه الشريعة التي نزلت هداية من خالق الكون وبارئه لإسعاد البشرية وإعلاء شأن الأمم والسمو بالإنسان نحو الكامل والرفعة، لذا كان من الطبيعي أن تأتي هذه الشريعة باتجاه رفع الحرج والضيق عن المكلفين بأحكامها قال تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ ومن مظاهر رفع الحرج والعسر في الشريعة الإسلامية، تشريع الرخص لحالة الضرورة ومراعة الأعذار دفعاً للمشقة وجلباً لليسر والتسهيل حرصاً على حياة الأفراد وحفاظاً على حقوقهم.

لقد واجه فقهاء الشريعة الإسلامية حالة الضرورة بالعديد من الأحكام التفصيلية وهي مستمدة من القرآن الكريم والسنة النبوية وباقي مصادر الحكم الشرعية الأخرى، وهذا فضلاً عن العديد من القواعد الشرعية التي لازالت منهلاً عذباً للمكلف والفقيه والمشرع على حد سواء، يستقون منها الأحكام ويردون إليها العديد من الحالات التفصيلية المستجدة ومن تلك القواعد قاعدة " الضرورات تبيح المحظورات" والضرر يزال" وغيرها من القواعد.

أهمية هذه الدراسة

تكمن أهمية البحث في حالة الضرورة، في بيان ماهية هذه الحالة وحدودها شرعاً وقانوناً، مما يفضي بنا إلى القول أن لا يمكن التذرع بضرورة السلوك إلا إذا توافرت أركانها وشروطها التي تبدو الشريعة الإسلامية بل حتى القانون الوضعي في موقف متشدد إزاءها.

والجدير بالذكر أننا تناولنا حالة الضرورة في هذه الدراسة بمعناها الضيق لا الواسع، تناولنا (الإضطرار الطبيعي) أي ما كان الخطر فيها ناشئاً عن فعل الطبيعة لا الإنسان ذلك لأن فقهاء الشريعة الإسلامية يصرفون لفظ الإضطرار إلى المعنى الموضوع له لغة، الذي يمثل الالجاء إلى كل الأفعال التي تتضمن درءاً لخطر سواء كان

مصدره الانسان أو غيره مما يؤدي إلى القول أن حالة الضرورة تضم العديد من الصور كدفع الصائع (الدفاع الشرعي)، والإكراه بنوعيه، والنسيان والنقص الطبيعي وصغر السن وغيرها .. أما في القانون الوضعي فلا تشمل إلا الاضطرار الناشيء عن فعل الطبيعة لا الانسان، لذا اقتضت الاشارة هنا إلى أننا قد تناولنا الضرورة بمفهومها الضيق لا الواسع.

الصعوبات

ومن الصعوبات التي تلقيناها في هذا البحث هي ندرة المراجع المتخصص في موضوع بحثنا، وبعض الصعوبات في فهم المصطلحات وضبطها بالإضافة إلى ضيق الوقت المخصص للمذكرة.

ومن المراجع المعتمد عليها في بحثنا: عمار عباس الحسيني: الضرورة وأثرها في المسؤولية الجنائية ؛ ونسرين عبد الحميد نبيه: نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة والقوانين الوضعية؛ ومرجع مفهوم مصطلح الضرورة بين الشرع والطب (بحث) لعبد الرحمن بن عثمان الجلعود، وكانت هناك عدة مراجع قانونية وعلمية.

الإشكالية:

بما أن الضرورة مبيحة لبعض الأفعال مسقطة لجملة من الأحكام، فما هو مفهومها فقهاً وقانوناً؟

وعلى ما تستند هذه النظرية؟ وماهي الضوابط التي تخضع لها الضرورة؟، وكيف تطبق في المجال الطبي؟

وماهي أوجه الالتقاء والافتراق فيها بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي؟

أسباب إختيار الموضوع

ولعل السبب في اختيار هذا الموضوع يكمن في أن حالة الضرورة هي أمر واسع يمكن أن نلمسه في الكثير من الأفعال والتصرفات اليومية، سواء ما كان منها يشكل جريمة ومنها ما لم يكن كذلك، بل نلمسه في العديد من السلع والأشياء، حيث أن حالة الضرورة بالمعنى الأولى تعد عذراً، كان من الطبيعي احتجاج أغلب مرتكبي الجرائم بها بدعوى أن سلوكهم الإجرامي قد تم تحت خطر الضرورة لاستبعاد إنزال العقوبة بهم وإبعاد للمسؤولية عنهم.

منهج الدراسة

قد كان المنهج المتبع في البحث المنهج المقارن هو بيان رأي الشريعة الإسلامية في كل موضوع ثم بيان رأي القانون الوضعي بما في ذلك التشريع والفقه والقضاء المقارن ثم بيان أوجه الشبه والاختلاف بين الشريعة والقانون.

تبرير الخطة

من أجل معالجة هذا الموضوع وتماشياً مع المنهج المتبع ولعرض المعلومات بطريقة بسيطة قمنا بتقسيم البحث إلى ثلاثة فصول وهي:

الفصل الأول: تحت عنوان ماهية الضرورة الذي يتضمن ثلاثة مباحث حيث يتمثل الفصل الأول في تعريف الضرورة لغة وأصطلاحاً وطبياً وفي الثاني ميزنا حالة الضرورة عن أهم الحالات التي قد تشترك معها في المفهوم أو العناصر أو الآثار والفرق بينها، وفي المبحث الثالث الأصل في مشروعية ترخيص الضرورة بالمصادر الشرعية.

الفصل الثاني: بحثنا مصدر مشروعية العمل بمقتضى الضرورة وأساسها فقسمنا الفصل إلى مبحثين، في الأول مصدر مشروعية العمل بمقتضى الضرورة الطبية وأساسها في الشريعة الإسلامية، وفي المبحث الثاني مصدر مشروعية العمل بمقتضى الضرورة وأساسها في القانون الوضعي، والتفصيل كما هو وارد في المذكرة.

الفصل الثالث: ونظراً لإندراج العديد من الأعمال الطبية تحت مفهوم الضرورة العلاجية وما يترتب عليها من مسؤولية الأطباء والفاعلين، بحثنا في الفصل الأخير أهم صور الأعمال الطبية الضرورية من وجهة النظر الجنائية، كالإجهاض الضروري وبتر واستقطاع الأعضاء البشرية والغير البشرية عند الضرورة ومنع الحمل والتعقيم الجنسي عند الضرورة وقتل المريض الميؤوس من شفائه بدافع الرحمة بما في ذلك إيقاف أجهزة الانعاش الصناعي بحجة الضرورة، ومن صور الضرورة الأخرى في نطاق الأعمال الطبية هي إجراء جراحة التجميل ونقل الدم عند الضرورة وافشاء السر الطبي عند الضرورة أيضاً وقد بحثنا تلك الأعمال الطبية في ثلاثة مباحث تناولنا في الأول تلك الأعمال من وجهة نظر الشريعة الإسلامية وفي الثاني من وجهة نظر القانون وفي الثالث أهم أوجه الشبه والاختلاف بين الشريعة والقانون.

الفصل الأول

ماهية الضرورة

المبحث الأول: ماهية الضرورة

المطلب الأول: تعريف الضرورة لغة

يقول علماء اللغة أن الضرورة إسم من الاضطرار الذي هو الاحتياج الشديد والإلجاء بالقوة والقصر، بمعنى أنها تدل عليه أو توحى بقيامه، تقول: حملتني الضرورة على كذا وكذا، وقد اضطر فلان إلى كذا وكذا[1].

جاء في لسان العرب:

الاضطرار: الاحتياج إلى الشيء، وقد اضطره إليه أمر والاسم الضرة، والضرورة كالضرة ، والضرار: المضارة، ورجل ذو ضارورة وضرورة أي ذو حاجة. وقد اضطر إلى الشيء أي ألجىء إليه.

وجاء فيه عن الليث: الضرورة اسم لمصدر الاضطرار تقول حملتني الضرورة على كذا وكذا، وقد أضطر فلان إلى كذا وكذا، وأصله من الضرر[2]. ومنه قول الله تعالى ﴿**فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلا عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ**﴾[3] أي فمن ألجئ أو ضاق عليه الأمر بالجوع فله الأكل من الميتة.

ويرد المضطر في اللغة على معنيين:

أحدهما: مكتسِب الضرر؛

الثاني: مكتسب دفعه.

فالظا لم يلجئ غيره بالبيع فهو مكتسب للضرر، وحينما يبيع فهو مكتسب دفع الضرر عنه، وكلا المعنيين مراد في الآية السابقة فهو مضطر بما أدركه من ألم الجوع، مضطر بدفع ذلك عن نفسه بتناول الميتة، وهو بالمعنى الأول مشروط، وبالمعنى الثاني مأمور[4].

1 – ابن منظور جمال الدين ابن مكرمة الأنصاري: لسان العرب، دار صادر، بيروت، ج 04، ص: 183.
2 – نفس المصدر، ج 04، ص: 184.
3 – سورة البقرة الآية: 173
4 – ابن بكر محمد عبدالله المعروف بابن العربي: أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دون سنة طبع، ج1، ص: 82

المطلب الثاني: تعريف الضرورة اصطلاحاً وقانوناً

أولاً: تعريف الضرورة في الاصطلاح:

تناول العلماء رحمهم الله قديما وحديثاً مصطلح الضرورة مما أدى إلى وجود أكثر من تعريف، هي في الواقع تعاريف متقاربة في المعنى، وإن كانت مختلفة في اللفظ[1].

أما تعريف الضرورة عند المالكية هي:

أنها الخوف على النفس من الهلاك علماً، أي أمراً متيقناً قطعاً – أو ظناً يراد به الظن الراجح، وهو المبني على أسباب معقولة [2]، فلا يشترط أن يصبر حتى يُشرف على الموت.

وهذا التعريف جامع لكل حالات الضرورة القائمة بالنفس، فهو يشمل حالة الضرورة القائمة بنفس الفاعل، وحالة الضرورة القائمة بنفس الغير، كما يصدق على حالة دفع الصائل (الدفاع الشرعي) وحالة الإكراه.

ولكن المأخذ الوحيد على التعريف السابق، أنه لا يشمل حالة الضرورة المتعلقة بالأموال، ولو شملها لكان هو التعريف العام للضرورة الذي نسعى للوصول إليه[3].

أما الحنفية يعرفون الضرورة على أنها:

(خوف الضرر على نفسه أو بعض أعضائه بتركه الأكل) [4].

كما يمكن تعريف الضرورة بعبارة آخرى:(أن تطرأ على الانسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو بالعضو أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال وتوابعها، ويتعين أو يباح عندئذ : ارتكاب الحرام، أو ترك الواجب، أو تأخيره عن وقته دفعاً للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشرع[5].

ثانياً: تعريف الضرورة في القانون:

* عرفها الدكتور عبد الرزاق الحديثي: (حالة الضرورة وفقاً للمادة (63) من قانون العقوبات العراقي، تعني وجود ظروف تهدد النفس أو المال بخطر جسيم محدق لا سبيل إلى دفعه بارتكاب جريمة وهي في أغلب حالاتها لا تكون إلا من فعل الطبيعة) [6].

1 – الشرح الكبير : للدردير، ج2، ص: 115، طبع المكتبة التجارية؛ شرح الزرقاني على مختصر خليل للزرقاني، ج3 ص: 28، طبعة 397هـ؛ فتح الجليل على مختصر خليل: للخرشي، ج3، ص 326، ط 1396هـ؛ وقد علق الشيخ العدوي على ذلك بقوله: وهل الاضطرار خوف الهلاك أو خوف المرض؟ قولان لمالك والشافعي (اهم قال بعد ذلك: لو ذهب مالك إلى أن الاضطرار خوف الهلاك) راجع موسوعة الفقه الاسلامي، ج1، ص62

2 – كون هذا التعريف لا يشمل الضرورة المتعلقة بالأموال لا يعد مأخذا عليه، لأن علماء المالكية ذكروه وهو بصدد حالات الضرورة التي تبيح للمضطر أن يتناول الطعام والشراب المحرم، فلم يجدوا مجالاً للحديث عن الأموال.

3 – الموفقات: اسحاق الشاطبي، ج2، دار الفكر العربي، ص: 08

4 – ابو بكر احمد بن علي الرازي الجصاص: أحكام القرآن، دار الكتاب العربي، بيروت، 1997، ج1، ص129.

5 – وهبة الزحيلي: نظرية الضرورة الشرعية، موسوعة الرسالة،ط4، بيروت، 1985، ص: 67-68
صالح العلي: اثر الربا في القروض الانتاجية في الاقتصاد الاسلامي، مجلة جامعة دمشق، المجلد التاسع عشر، العدد الأول، 2003، ص، 396.

6 – فخري عبد الرزاق الحديثي: شرح قانون العقوبات، القسم العام، مطبعة زمان، بغداد، 1992، ص: 348

* كما عرفها محمود نجيب حسني بأنها: (حالة الضرورة هي مجموعة من الظروف تهدد شخصاً وتوحي إليه بطريق الخلاص منه بارتكاب فعل إجرامي معين)[1].

ولعل أفضل التعريفات القانونية لحالة الضرورة هو ما قدره محمود ابراهيم اسماعيل بقوله: (حالة الضرورة هي ظرف خارجي يحمل خطراً حالاً، يتقابل أمامه حقان لشخصين، فيضحي بأحدهما في سبيل بقاء الآخر) [2].

فقد جاء هذا التعريف بالمعنى المراد من حالة الضرورة بأوجز عبارة كما أنه في ذات الوقت يشمل الضرورة المتعلقة بالنفس وتلك المتعلقة بالمال، لأن التعبير تكملة حق تشمل حق الحياة وما يتعلق به من الحقوق الأخرى، كما يشمل كذلك الحقوق المالية بصفة عامة). [3]

بين الفقه والقانون:

مما سبق يتضح أن اصطلاح الضرورة في الشريعة الإسلامية أوسع منه في القانون، كون الفقهاء يصرفون لفظ الإضطرار إلى معناه الحقيقي الموضوع له، أما في اصطلاح القانون فنرى أن شرح القانون يصرفون لفظ الاضطرار إلى القوة الطبيعية[4].

لذلك نلاحظ أن تعريف الضرورة في الفقه الاسلامي أعم وأشمل من تعريفها لدى شراح قانون العقوبات الوضعي[5].

المطلب الثالث: تعريف الضرورة الطبية

قبل الدخول في تعريف الضرورة الطبية فإنه يلزم أن يتم التعريف لكلتا الكلمتين " الضرورة" و" الطبية" على حدة لآن " الضرورة الطبية" عبارة مركبة منها أما الضرورة فقد تم التعريف بها سواء في اللغة أو الاصطلاح، وأما الطبية فهي في اللغة مأخوذة من الطب، وهو مأخوذ من " طَبَّ" من باب " قتل" والطب: هو العلم بالشيء والمهارة فيه، يقال: " رجل طب وطبيب" أي عالم حاذق، ويقال للذي يتعهد موضع قدمه أين يطأ به: طب أيضاً[6].

1 – محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام (النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص: 666.
2 – محمود ابراهيم اسماعيل: شرح الاحكام العامة في قانون العقوبات، طبعة عامة، 1959، ص: 505.
3 – يوسف قاسم: نظرية الضرورة في الفقه الاسلامي والقانون الجنائي الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1413هـ-1993م، ص: 86.
4 – عمار عباس حسيني: حالة الضرورة وآثرها في المسؤولية الجنائية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2011، ص: 38.
5 – لأن القول بأن الضرورة هو خوف الهلاك، بمعنى يصدق على كل الحالات الضرورة التي تحتمل خطراً أيا كان مصدره.
6 – ابي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا الرازي: معجم مقاييس اللغة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1429هـ-2008م، ص: 407 ؛ المصباح المنير: مادة " طب"، ج3، ص: 139

وأما الطب اصطلاحاً: فقد عرف بتعاريف متقاربة، لأن الغرض هو تحديد المراد دون إطالة فإني اكتفى بتعريف ابن سينا حيث عرفه بقول: " علم يُعرف منه أحوال بدن الإنسان من جهة ما يصح ويزول عن الصحة ليحفظ الصحة حاصلة ويستردها زائلة"[1].

فمراده بجهة ما يصح: أي حال الصحة وهي ضد المرض، كما عبر عن المرض بقوله: ويزول عن الصحة، لأن المرض يعرض للبدن فيخرجه عن الاعتدال[2].

أما قوله: ليحفظ الصحة حاصلة: أي لآجل حفظ الصحة، ببذل الأسباب الموجبة لبقائها واستمرارها بإذن الله، لكلمة " حاصلة" حال أي حفظ الصحة حال وجودها.

وأما قوله: " ويستردها زائلة" فمقصوده بالاسترداد استرجاع الصحة المفقودة من البدن ببذل الأسباب المعينة على ذلك، وكما قيل في حاصلة من كونها حالاً فكذا يقال في زائلة فإنها حال بالمعنى يسترد الصحة حال فقدها.

وهاتان العبارتان هما غاية الطب وهدفه، فإن غاية الطب النظر في بدن الإنسان محافظة للصحة حال وجودها، ويسعى في ردها حال فقدانها[3].

فما سبق هو تعريف لكل كلمة منفردة عن الأخرى، أما الضرورة الطبية فلم أعثر على حسب اطلاعي على تعريف خاص بها، ولذا فأجدني مضطراً لأن أجتهد في تعريفها حسب القدرة، وبما أن الضرورة الطبية تأتي في مراحل متعددة، فربما تكون في الكشف المبدئي أو المتقدم على المريض أو في العلاج بشقّية الجراحي والدوائي، وكذا الانقاذ، وعليه يمكن أن تعرف الضرورة الطبية بأنها: حالة ملجئة يخاف معها الضرر غالباً تستدعي حاذق كشفاً وعلاجاً وتعليماً وإنقاذاً[4].

فإذا ما وجدت هذه الحالة في كل مراحل الطب كما في الكشف بحالتيه ، والعلاج لحالته، أو حتى في العلم، وكذا الانقاذ الطبي، فإنه تجوز أن تدفع هذه الضرورة حتى لو بارتكاب المحظور كما سيأتي بيان ذلك بإذن الله تعالى.

وجاء التعبير: " تدخل حاذق" ليعم فيشمل أطرافا متعددة تستدعي الضرورة لتدخلهم كأخصائي الأشعة، والتخدير، والانقاذ، وغيرهم فليس التدخل مقصراً على الطبيب أو الجراح فقط، بل هما وغيرهما مما ذكرت. [5]

1 – محمد بن محمد المختار بن أحمد الشنقيطي: أحكام الجراحة الطبية، الجامعة الإسلامية، المدينة النبوية، ط2، 1415هـ-1994م، ص: 33

2 – الجرجاني علي بن محمد: التعريفات، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، ص: 224.

3 – الجرجاني: نفس المرجع السابق، ص: 38

4 – عبد الرحمان بن عثمان الجلعود: مفهوم مصطلح الضرورة بين الشرع والطب، ، بحث مقدم " تطبيق القواعد الفقهية على المسائل الطبية تحت رعاية إدارة الشريعة الدينية بالشؤون الصحة بالرياض، استاذ الفقه المشارك بقسم الثقافة الاسلامية سنة 2008

5 – عبد الرحمان بن عثمان الجلعود، نفس المرجع

المبحث الثاني: علاقة الضرورة بغيرها من المصطلحات

المطلب الأول: علاقة الضرورة بالضرر والفرق بينهما

أولاً: تعريف الضرر:

الضرر بالفتح ضد النفع، يقال: ضرَّه، يضُرّه، ضراً، والضَّر بالضم: الهزال وسوء الحال، فكل ما كان من سوء حال، وفقر، أو شدة في بدن فهو بضم الضاد، وما كان ضد النفع فهو يفتح الضاد[1]. ومن الأول: قول الله تعالى عن نبي الله ايوب عليه الصلاة والسلام: ﴿ **وَأَيُّوبَ إِذْ نَادَى رَبَّهُ أَنِّي مَسَّنِيَ الضُّرُّ وَأَنتَ أَرْحَمُ الرَّاحِمِينَ** ﴾[2]. ويطلق الضر على نقص يدخل الأعيان، ومنه الضرير الذي به ضرر من ذهاب عينه أو ضنى جسمه[3].

وفي الاصطلاح: النازل مما لا مدفع له[4]، وهو يشمل الضرر النازل بالإنسان من قبل غيره وهو ما يسمى بـ: الضرر الخارج، كالإكراه، كما يشمل الضرر النازل به من غير إكراه وهو ما يطلق عليه: الضرر الداخل، كالضرر الحاصل بفقد الطعام أو الشراب ونحوهما[5].

ثانياً: الفرق بين الضرورة والضرر:

أن الضرورة مشقة من الضرر، فهي مترتبة على الضرر، وناشئة عنه، فلا يتصور ضرورة بدون ضرر، وإلا أطلق عليها ضرورة، فإذا أوجدت ضرورة الأكل من المحرم مثلاً؛ فلأن عدم الأكل منها يترتب عليها ضرر الهلاك والتلف، وهكذا في كل الضرورات فما سميت بذلك إلا للضرر المترتب عليها.

المطلب الثاني: علاقة الضرورة بالإكراه المعنوي والفرق بينهما

أولاً: تعريف الإكراه:

لغة: مصدر من الفعل أكرهه ومجرده كره، يقال كَرُها وكُرُها وكراهية[6]، ويقال كره المنظر كراهة، فهو كريه، مثل قبح قباحة، فهو قبيح[7]، ويقال أكرهته على كذا أي حملته عليه كرها، وكرهت إليه الشيء تكريهاً نقيض حببته إليه[8].

---

1 – معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ص: 360؛ أحمد بن محمد بن علي المصري القومي: المصباح المنير، ط1، مكتبة لبنان، 1978، مادة ضرر، ص: 136.

2 – سورة الأنبياء الآية رقم: 83.

3 – معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ج3، ص: 361، المصباح المنير، ص: 136

4 – التعريفات، مرجع سابق، ص: 143

5 – عبد الرحمان بن عثمان الجلعود: مفهوم مصطلح الضرورة بين الشرع والطب، بحث مقدم " تطبيق القواعد الفقهية على المسائل الطبية تحت رعاية إدارة الشريعة الدينية بالشؤون الصحة بالرياض، استاذ الفقه المشارك بقسم الثقافة الاسلامية سنة 2008

6 – انظر ابن منظور: لسان العرب، الجزء الثالث، ص 534

7 – أنظر: أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ط6، المطبعة الأموية، ج2، ص 729.

8 – أنظر: الصحاح في اللغة والعلوم، الجزء الثاني، ص 388

وقد عرف الإكراه في الاصطلاح الشرعي بالعديد من التعريفات منها: " أنه حمل الغير على مالا يرضاه"[1]، كما جاء في المحلى لإبن حزم أنه كل ما يسمى باللغة إكراهاً وعرف بالحس أنه إكراه[2].

والدليل على عدم اعتبار التصرفات الجارية تحت الإكراه مؤثرة هي القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع المعقول.

فمن القرآن الكريم جاء في سورة البقرة قوله تعالى ﴿ **لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنْ الغَيِّ** ﴾[3] ووجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى قد نهى عن إكراه الناس وإجبارهم على الدخول في الدين، لأنه لو حصل ذلك لحصل شك في إسلام مكره لأن الاكراه من الأمور القلبية ولايتصور الإكراه على تلك الأمور

أما الدليل من السنة النبوية فهو قوله صلى الله عليه وسلم: « إِنَّ اللَّهَ قَدْ تَجَاوَزَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ ، وَالنِّسْيَانَ ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ »[4] ووجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى رفع الاثم عن المسلم إذا تصرف خلافا لما يقضي به الشرع مادام ناسياً أو خاطئاً أو مكرها على فعل ذلك الشيء.

ثانياً: الفرق بين الضرورة والإكراه المعنوي

أوجه الشبه:

1) كل من الإكراه المعنوي وحالة الضرورة تقوم على معنى واحد هو الإلجاء إلى الفعل[5]، فكل من المضطر والمكره معنوياً يجد نفسه في حالة خطر داهم لا يستطيع دفعه إلا بإرتكاب فعل جرمي، فكل منهما يؤدي دفعه إلى إرتكاب جريمة، بمعنى أن الجاني في كلتا الحالتين لا يستطيع أن يجد سبيلاً من الشر المحدق به إلا بسلوك سبيل الجريمة[6]؛
2) تتفق حالة الضرورة مع الإكراه المعنوي في أثر كل منهما، فكل منهما مانع من المسؤولية الجنائية[7]،بمعنى أنهما يعفيان الفاعل من المسؤولة الجنائية دون المدنية[8] إذا توافرت أركان وشروط كل منهما[9].

1 – أنظر بن همام: التحرير في أصول الفقه، مطبعة البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، 1351، ص 293
2 – انظر: ابن حزم: المحلى، ج3، دار الفكر، بيروت، ص 330
3 – سورة البقرة الآية: 256.
4 – ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، مكتبة أبي المعاطي، ج199/3 رقم الحديث 2043
5 – أنظر: الاشباه والنظائر للسيوطي، مرجع سابق، ص 84
6 – عمار عباس حسيني، مرجع سابق، ص 77.
7 – أنظر: مصطفى الزلمي: موانع المسؤولية، مكتب القبطان، بغداد، ط1، 1998، ص: 34.
8 – عمار عباس حسيني، مرجع سابق، ص: 77
9 – ويستثنى من ذلك ما لا تنتجه الضرورة في الشريعة الاسلامية كقتل معصوم الدم

أوجه الاختلاف:

1) يختلف الإكراه المعنوي عن حالة الضرورة في سبب كل منهما، ففي الإكراه المعنوي يدفع الكره إلى إتيان الفعل الجرمي شخصٌ آخر يأمر المكره بإتيان الفعل ويجبره عليه، بينما في حالة الضرورة، الذي يدفع الفاعل إلى إتيان الفعل هو عناصر الطبيعية[1]؛
2) فالإكراه المعنوي يسلب الإنسان حريته في الاختيار سلباً تاماً أو جزئياً بحسب جسامته، أما في حالة الضرورة فقد لا تسلبه حريته في الإختيار سلباً كلياً أو جزئياً بل قد تقضي موازنة عاقلة لها ما يبررها بين طريقتين فيقبل الإنسان أقلهما ضرراً بدافع إحساس طبيعي لا يعد اثماً من الناحية الجنائية[2].

المطلب الثالث: علاقة الضرورة بالحاجة والفرق بينهما

أولاً: تعريف الحاجة:

في اللغة: مأخوذة من حاج، وهو الاضطرار إلى الشيء، وتجمع على حوائج، وحاجات[3].

وفي الاصطلاح: ما يحتاج إليه ولا يصل إلى حد الضرورة[4]. قال الشاطبي رحمه الله عن الحاجة " أنها مفتقرة إليها من حيث الوّسعة، ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراع تدخل على المكلفين على الجملة الحرج والمشقة، ولكنه لا يبلغ الفساد العادي المؤّقع في المصالح العامة"[5]

ويمثل للحاجة بالجائع الذي إذا لم يجد ما يأكله أيهلك غير أنه يكون في جهد ومشقة فهذا لا يبيح الحرام ويبيح الفطر في رمضان[6].

وكالإجارة فإنها مبنية على مسيس الحاجة إلى المساكن ، مع القصور عن تملكها ، وامتناع مالكها عن بذلها عارية[7].

1 – أنظر شريف فوزي: مبادئ التشريع الجنائي الاسلامي، مكتب الخدمات الحديثة، الرباط، ص: 252.
أنظر: السعيد مصطفى السعيد، ص: 454.
2 – عمار عباس حسيني: مرجع سابق، ص: 83.
3 – معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ص: 114 ؛ لسان العرب، مرجع سابق، ص: 66 ؛ المصباح المنير: مرجع سابق، ص: 60.
4 – الجلال شمس الدين محمد بن أحمد: حاشية البناني، دار الكتب العالمية، محمد حسن عبد الغفار، ارشاد الفحول، دار السلام
5 – الموافقات: مرجع سابق، ص: 21.
6 – الزركشي بدر الدين بن محمد بن بهلدر الشافعي: المنثور في القواعد، مؤسسة الخليج، الكويت، 1982 ص: 09-03.
السيوطي جلال الدين عبد الرحمان السيوطي: الأشباه والنظائر، دار الكتاب العربي، بيروت، ص: 61.
7 – إرشاد الفحول، نفس المرجع السابق، ص: 216.

ثانياً: الفرق بين الضرورة والحاجة وأوجه التشابه:

أن كلا منهما يعبر من مراتب المصلحة ، فإن المصلحة التي يشرع الحكم من أجلها تنقسم إلى: (ضرورة، حاجة، تحسن) [1]، وقد تكون الحاجة في الأصل ضرورة في بعض الصور، كالإجارة لتربية الطفل، فلو لم تشرع الإجارة لما تم حفظ نفس الطفل، فالإجارة في مثل هذه الحالة ضرورة[2].

أوجه الاختلاف:

2) إن الحاجة أدنى من الضرورة، فالحاجة وإن كانت حالة جهد ومشقة فهي دون ضرورة، ومرتبتها أدنى منها، فإن الحاجة إذا فقدت لا تؤدي إلى الهلاك وربما استعمل الفقهاء رحمهم الله الحاجة بمعنى الأعم، وهو ما يشمل الضرورة، فيطلقون الضرورة مراداً بها الحاجة، لكن من ألجأ له، الضرورة فإنه يعتبر مضطراً حقيقة، وأما المحتاج فهو مضطراً مجازاً وربما كانت الحاجة ضرورة باعتبار المال[3]؛
3) أن الضرورة لا خلاف في الأخذ بها ، قال الإمام الغزالي رحمه الله: " أما الواقع ي رتبة الضرورات فلا بُعْدَ في أن يؤدي إليه اجتهاد مجتهد، وإن لم يشهد له أصل معين"[4] بخلاف الاحتجاج بالحاجة فهو محل خلاف؛
4) أن المناسبة قد تكون جلية تنتهي إلى القطع كالضرورات، وقد تكون خفية كالمعاني المستنبطة لا لدليل إلا مجرد إحمال الشرع لها ، وقد يختلف التأثير بالنسبة إلى الجلاء والخفاء[5].
5) أن الحكم الاستثنائي الذي يتوقف على الضرورة هو إباحة مؤقتة لمحظور ممنوع بنص الشريعة، تنتهي هذه الإباحة بزوال الاضطرار، وتتقيد بالشخص المضطر أما الأحكام التي تثبت بناء على الحاجة فهي لا تصادم نصاً، وتثبت بصورة دائمة يستفيد منها المحتاج وغيره[6].
6) الحاجة هي الحالة التي تجعل الإنسان معها في جهد ومشقة، أما الضرورة فهي الحالة التي تجعل الإنسان في حالة خوف من الهلاك[7]، فالضرورة لا تقوم إلا إذا كان المضطر في حالة تؤدي به إلى خطر جسيم لا يقبل له بدفعه، إلا بإجراء الفعل الذي ينقذه من هذا الخطر.

فالحاجة إذن هي خوف الضرر، أما الضرر فهي خوف الهلاك، يقول ابن العربي في تفسيره لقوله تعالى ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ﴾ أن معناه (من خاف التلف) [8] ، وبهذا القول أيضاً صاحب تفسير المنار[9] (وقد وافق الشرع

1 – حاشية البناني، ص:281، إرشاد الفحول، ص: 216.
2 – الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، لبنان/ بيروت،1421هـ – 2000م، ج 4، ص 190.
3 – الغزالي محمد بن محمد بن حامد العزالي: المستصفى، ط1، المطبعة الأميرية، بولاق، مصر، 1937، ص: 278 ؛ أحكام القرآن لإبن العربي، مرجع سابق، ص: 81 ؛ المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص: 997 ؛ نظرية الضرورة الشرعية، مرجع سابق، ص: 232.
4 – الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، المرجع السابق، ج 4، ص 380.
5 – إرشاد الفحول، مرجع سابق، ص: 216.
6 – المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص: 998
7 – قارن المدخل الفقهي للزراق، الفقرة 603.
8 – أحكام القرآن لإبن العربي، مرجع سابق، ج1، ص: 55.
9 – السيد محمد رشيد رضا المتوفى سنة 1354.

الفطرة فأباح للمضطر أكل الميتة وغيرها من المحرمات لهذه الضرورة، ولا يبيح ذلك أي جوع يعرض الإنسان أو الجوع الشديد مطلقاً، بل الجوع الذي لا يجد معه الإنسان الجائع شيئا يسد به رمقه) [1].

7) بما أن الضرورة هي خوف الهلاك فإن المحرم معها[2] يباح في حين أن الحاجة هي وضع يكون فيه الشخص في حالة جهد ومشقة فهي دون الضرورة منزلة، ولا يأتي معها الهلاك، فلذا لا يباح بها الممنوع شرعاً، ومثل ذلك الصائم المسافر بقاؤه صائما يحمله جهداً ومشقة فيرخص له الافطار لحاجته للقوة على السفر[3].

8) يختلفان من حيث المرتبة الداعية إلى كل منهما، فالحاجة هي المرحلة السابقة على قيام حالة الضرورة، وهي الممهدة لها –كما تقدم – ويترتب على هذا القول أن الحاجة أعم من الضرورة في مفهومها لأن عدم الاستجابة للحاجة تؤدي إلى ضيق وحرج وعسر للمكلف بالحكم الشرعي، عليه فالنسبة بينهما نسبة العموم والخصوص المطلق[4].

1 – تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار، لمحمد رشيد رضا، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط2، الجزء السادس، ص: 168.
2 – بحسب التفصيلات التي سنراها لاحقاً.
3 – أنظر درر الحاكم، ص: 34؛ وكذلك الأشباه والنظائر، للسيوطي، مرجع سابق، ص: 58.
4 – عمار عباس الحسيني، مرجع سابق، ص: 99.

المبحث الثالث: الأصل في مشروعية ترخيص الضرورة بالمصادر الشرعية

المطلب الأول: الترخيص بالضرورة من الكتاب

ورد في كتاب الله تعالى ما يدل على أن دين الإسلام يراعي حالات الإضطرار، إذ تعد حالات استثنائية، تستدعي التخفيف في الأحكام، فيباح فيها المحظور، ويسقط من أجلها الواجب، حتى تزول تلك الحالة، وتنقشع تلك الضرورة فيعود الحكم إلى سابقه، ومن الآيات الواردة بمشروعية العمل بمقتضى الضرورة ما يلي:

قال تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[1]

وقوله تعالى: ﴿ وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اِسْم اللَّه عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اُضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾[2]

فقد نصت هذه الآيات على أن الضرورة تبيح الشيء المحرم، فإن الاستثناء من التحريم إباحة[3]، فمن ألجأته الضرورة إلى المحرم سواء كانت هذه الضرورة جوعاً شديداً، أو فقداناً للأكل، أو إكراهاً من الغير على تناول المحرم، ولم يتناول المحرم مع قدرته على الحلال ولم يتجاوز الحد في تناول ما أبيح له إضطراراً فلا جناح عليه في تناول ذلك، فإذا ارتفع الجناح رجع الأمر إلى ما كان عليه، والمسلم في هذه الحالة مأمور بالأكل، بل منهي أن يلقي بيده إلى التهلكة، وأن يقتل نفسه فيجب عليه الأكل، ويأثم إن ترك الأكر حتى مات، وهذه الإباحة الواسعة من رحمته تعالى بعباده، ولهذا ختم سبحانه هذه الآية بإسمين مناسبين غاية المناسبة فقال: ﴿إِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[4] قال سعيد بن جبير رحمه الله: غفور لما أكل من الحرام، رحيم إذ أحل الحرام في الإضطرار. [5].

ففي الآيتين دليل للقاعدة الفقهية المشهورة: " الضرورات تبيح المحظورات" فكل محظور اضطر له الانسان فقد أباحه سبحانه فله الحمد والشكر[6].

1 – سورة البقرة الآية: 173

2 – سورة الأنعام الآية/ 119

3 – عبد الرحمان بن عثمان: مفهوم مصطلح الضرورة بين الشرع والطب، بحث مقدم " تطبيق القواعد الفقهية على المسائل الطبية، تحت رعاية إدارة التوعية الدينية بالشؤون الصحية، الرياض، 2008

4 – سورة البقة الآية: 199.

5 – ابي بكر عبد الله محمد بن احمد الأنصاري الخزرجي القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1987، ج2، ص: 227 ؛ أنظر تفسير لقرآن العظيم، ابن كثير، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ص: 152.

6 – عمار عباس الحسيني: حالة الضرورة وأثرها في المسؤولية الجنائية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ؛ أنظر المدخل الفقهي العام، ج2، ص: 995 ؛ القواعد الفقهية الكبرى، وما تفرع منها، ص: 254.

قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾[1] ، وقوله عز وجل: ﴿ا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾[2] فإن اليسر وإنتفاء الحرج ن صفات دين الإسلام الأساسية.

وقوله تعالى ﴿مَن كَفَرَ بِاللَّهِ مِن بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلاَّ مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ وَلَكِن مَّن شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾[3] حيث ذكر بعض العلماء أن من امثلة الضرورة المبيحة للمحرم الإكراه على التلفظ بالكفر[4]، مما يدل على استدلالهم بذه القاعدة.

المطلب الثاني: الترخيص بالضرورة من السنة

ورد في السنة النبوية ما يدل على الترخيص خالة الضرورة وإباحة ماهو محرم على المسلم في أصل التشريع ومن ذلك:

1- عن ابي واقد الليثي رضى الله عنه قال: «عَنْ أَبِي وَاقِدٍ اللَّيْثِيِّ ، قَالَ : قُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّا بِأَرْضٍ تُصِيبُنَا بِهَا مَخْمَصَةٌ[5] ، فَمَا يَحِلُّ لَنَا مِنَ الْمَيْتَةِ ؟ قَالَ : " إِذَا لَمْ تَصْطَبِحُوا[6] ، وَلَمْ تَغْتَبِقُوا[7] ، وَلَمْ تَحْتَفِئُوا[8] بَقْلًا [9]، فَشَأْنُكُمْ بِهَا "»[10]

2- عن جابر بن سمرة رضى الله عنه « أَنَّ أَهْلَ بَيْتٍ كَانُوا بِالْحَرَّةِ مُحْتَاجِينَ ، قَالَ : فَمَاتَتْ عِنْدَهُمْ نَاقَةٌ لَهُمْ أَوْ لِغَيْرِهِمْ ، فَرَخَّصَ لَهُمْ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي أَكْلِهَا " ، قَالَ : فَعَصَمَتْهُمْ بَقِيَّةَ شِتَائِهِمْ ، أَوْ سَنَتِهِمْ»[11]

1 – سورة البقرة الآية: 185.
2 – سورة المائدة الآية: 06.
3 – سورة النحل الآية: 106.
4 – ابن نجيم، زيد الدين بن ابراهيم بن محمد نجيم: الأشباه والنظائر، منشورات ادارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، ص: 85
5 – هي المجاعة يقال: خمص الشخص خمصاً إذا جاع: المصباح المنير ص: 70 مادة (خمص)
6 – من الصبح وهو الشرب أو النهار، النهاية في غريب الحيث 3، 6، المصباح المنير، ص: 26، مادة (صبح) نيل الأوطارج، ج30/9.
7 – من الغبوق، وهو الشب آخر النهار، النهاية في غريب الحديث 3، 6 مادة (صح)، نيل الأوطار ج30/9
8 – من الاختفاء وهو قلع البردي، وهو نبات يعمل منه الحصر، وقيل من جيد الثمر، وقد وردت بعدة رويات منها: " تجتفؤوا" أي جفأت القدر إذا رمت بما تجمع على رأسها من الوسخ والزبد، النهاية في غريب الحديث، 17/ 277، مادة جفأ.
9 – هو كل نبات أخضر به الأرض، معجم مقاييس اللغة ج274/1، المصباح المنير، ص: 23 مادة (بقل)
10 – أخرجه أحمد في المسند 277/26 رقم الحديث: 21898، والدرامي في كتاب الأضاحي، والحاكم في المستدرك، كتاب الأطعمة 125/4، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الضحايا، باب ما يحل من الميتة للضرورة ج356/9، والطبراني في المعجم الكبير 251/3 برقم: 3315، وقال محققوا المسند: حديث حسن بطريقه وشواهده
11 – أخرجه ابو داود الطاليس في مسنده ج132/2 برقم، 813، وأحمد في المسند 411/34 برقم 20815 ، وأبو داود في سننه، كتاب الأطعمة، باب فيمن اضطر إلى الميتة برقك 3816 ص 544، وابو يعلي في مسنده، ص 355، برقم 7448، والطبراني في المعجم الكبير 228/2 برقم 1946، 223/2 برقم 1924 قال محققوا مسند أحمد، إسناده ضعيف أو قال مسند الطيالسي، محمد الشركي : (حديث صحيح و شريك شايع فيه)

وجه الدلالة منها: أن النبي صلى الله عليه وسلم أباح لأمثال هؤلاء تناول الميتة، والأكل منها، بل أن بعض أهل العلم يرى أن الجائع المضطر له أن يأكل الميتة إلى أن تأخذ نفسه حاجتها من القوت. [1]

3- عن عمر وبن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن التمر والمعلق فقال: " مَنْ أَصَابَ بِفِيهِ مِنْ ذِى حَاجَةٍ غَيْرَ مُتَّخِذٍ خُبْنَةً[2] فَلاَ شَىْءَ عَلَيْهِ"[3]. ففي هذا الحديث رخصة للجائع المضطر الذي لا شيء معه يشتري به أن يأكل قدر ما يسد به جوعه دون أن يحمل شيئاً معه، فإن الأصل في مال الغير التحريم إلا يكون بطيب نفس منه، ويحمل هذا الحيث على أوقات المجاعة والضرورة[4].

المطلب الثالث: الترخيص بالضرورة من الإجماع

نقل بعض أهل العلم رحمهم الله الإجماع على الترخيص بالضرورة وأنها تبيح المحرم قال الإمام القرطبي رحمه الله: " وَلَا خِلَاف بَيْن أَهْل الْعِلْم مُتَأَخَّرِيهِمْ وَمُتَقَدِّمِيهِمْ فِي وُجُوب رَدّ مُهْجَة الْمُسْلِم عِنْد خَوْف الذَّهَاب وَالتَّلَف بِالشَّيْءِ الْيَسِير الَّذِي لَا مَضَرَّة فِيهِ عَلَى صَاحِبه وَفِيهِ الْبُلْغَة "[5].

وقال الموفق ابن قدامة رحمه الله: " جمع العلماء على تحريم الميتة ، حال الاختيار ، وعلى إباحة الأكل منها في حال الاضطرار ، وكذلك سائر المحرمات .....، ويباح له أكل ما يسد الرمق ، ويأمن معه الموت بالإجماع"[6].

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية وحمه الله: " أما لباس الحرير عند القتال للضرورة؛ فيجوز باتفاق المسلمين، وذلك بأن لا يقوم غيره مقامه في دفع السلاح والوقاية"[7].

وقال رحمه الله أيضاً: " ... وكذلك لو لم يجد ما يشربه إلا في إناء ذهب أو فضة، جاز له شربه، ولو لم يجد ثوبًا يقيه البرد أو يقيه السلاح أو يستر به عورته إلا ثوبًا من حرير منسوج بذهب أو فضة جاز له لبسه. فإن

1 - نفس المرجع السابق، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، ج 230/2، نيل الأوطان 31/9، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع منها 257.

2 - هي معطف الإزار وطرف الثوب، أي يأخذه منه في ثوبه، يقال: أخبئ الرجل أي خبأ شيئاً في خبنة ثوبه أو سرواله، النهاية في غريب الحديث ج09/2

3 - أخرجه أحمد في المسند، 665/11 رقم الحديث: 7094 ؛ وأبو داود في كتاب الحدود، باب ملا قطع فيه برقم: 4390 ص: 617، والترميذي في كتاب البيوع، باب ما جاء في الرخصة في أكل الثمر للمار بها برقم: 1289 ص: 313، وقال حديث حست، والنسائي في كتاب قطع السارق، باب الثمر يسرق بعد أن يؤويه الجرين برقم: 4961 ص: 680، ونص الآية 362/3 قال محققوا المسند حديث حسن

4 - الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، ج2، ص: 227، حاشية السند على سنن النسائي، ج8، ص: 85.

5 - القرطبي، محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، بيروت، دار الكتاب العربي، ج2، ص: 226.

6 - عبد الرحمان بن عثمان الجلعود، مفهوم مصطلح الضرورة بين الشرع والطب – تطبيق القواعد الفقهية على المسائل الطبية-، إدارة التوعية الدينية بالشؤون الصحية، الرياض، 2008

7 - مجموع الفتاوي ابن تيمية، ج 28، ص:27.

الضرورة تبيح أكل الميتة والدم ولحم الخنزير بنص القرآن والسنة وإجماع الأمة مع أن تحريم المطاعم أشد من تحريم الملابس؛ لأن تأثير الخبائث بالممازجة والمخالطة للبدن أعظم من تأثيرها بالملابسة والمباشرة للظاهر"[1].

فمثل هذه النصوص وغيرها تفيد بأن الإجماع منعقد لدى الأئمة بأن الضرورة إذا قامت جاز معها تناول المحرم سواء في المأكل أو المشرب أو الملبس أو لعلاج وغيرها.

1 - المصدر السابق، ج 21، ص:82.

الفصل الثاني

مصدر مشروعية العمل بمقتضى الضرورة وأسسها

المبحث الأول: مصدر مشروعية العمل بمقتضى الضرورة الطبية وأسسها في الشريعة الإسلامية

المطلب الأول: مصادر مشروعية العمل بأفعال الضرورة

يستقى حكم مشروعية عمل المضطر واعتباره من المجتهد أو المفتي أو القاضي بمقتضى الضرورة عذراً مشروعاً مانعاً من ترتب آثار فعل ارتكب تحت ضغطها وتأثيرها من القرآن الكريم والسنة النبوية والقواعد الشرعية العامة.

ومن الواضح أن القرآن الكريم دستوراً من الله لعباده للعمل بمقتضاه وهو لم يتناول جميع أحكام الجزئيات لأنها تتغير بتغير الزمن والمكان وتطور الإنسان غالباً، وإنما اقتصر على القواعد العامة الكلية الثابتة والخالدة، يتولى المجتهد والمشرع والقاضِ حين تطبيقاته ارجاع الجزئيات إلى تلك الكليات مع مراعاة الظروف المحيطة أو المقترنة بكل جزئية من تلك الجزئيات.

ومن هذه الظروف الضرورة، وقد قام الفقهاء في الشريعة الإسلامية في كل مذهب فقهي بتقعيد قواعد عامة منها أصولية لاستنباط الأحكام من النصوص الشرعية ومنها فقهية لتسهيل الوصول إلى تلك الأحكام للجزئيات المتناظرة[1].

أولا: الضرورة في القرآن الكريم

بين لنا القرآن الكريم في آيات متعددة أن الضرورة عذر مشروع مانع من المسؤولية الجنائية عن الجرائم التي ترتكب تحت ضغطها وتأثيرها ضد الحقوق العامة والخاصة إذا توافرت شروط هذه الضرورة[2]، ومن تلك الآيات قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ[3] بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ[4] غَيْرَ بَاغٍ[5] وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾[6].

1 – مصطفى إبراهيم الزلمي، موانع المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية، دار وائل نشر، توزيع، ط1، 2005، ص 222
2 – مصطفى إبراهيم الزلمي، نفس المرجع، ص 222.
3 – الأهلة في الذبيحة، رفع الصوت بالتسمية والمسلمون يسمون بالله.
4 – أصله مضتر فأدغمت الراء وقلبت التاء طاء لأجل الضاد.
5 – اي ليس له الدخل في حدوث ذلك هذه الضرورة بطريقة غير مباشرة.
6 – سورة البقرة الآية: 173.

وقوله تعالى: ﴿ فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ[1] غَيْرَ مُتَجَانِفٍ[2] لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾[3] وقوله تعالى: ﴿ قَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ ﴾[4].

في هذه الآيات وأمنا لها بين سبحانه وتعالى نماذج لتبدل حكم المحرمات في الظروف الاعتيادية من الحرمة إلى الجواز، بل إلى الوجوب في حالة الضرورة، لتهتدي بها ونقيس عليها غيرها إذا توافرت أركان القياس، لأن القياس وسيلة من وسائل لرجاع الجزئيات إلى كليات القرآن.

وعدول القاض أو المجتهد عن العمل بالحكم الأصلي الذي يسمى العزيمة إلى الحكم الإستثنائي الذي يسمى الرخصة لضرورة أو لغيرها، يسمى في اصطلاح علماء الأصول الاستحسان، وأمرنا القرآن باستعماله كلما دعت الحاجة إليه[5].

ثانياً: الضرورة في السنة النبوية الشريفة.

من الواضح أن الاستشهاد بالسنة النبوية على حكم نص عليه القرآن الكريم هو من باب التأكيد، لأنه وظيفة من وظائف السنة النبوية، وهناك أحاديث كثيرة في المراجع المستمدة من كتب الحديث يستنتج منها بوضوح أن الضرورة عذر مانع من المسؤولية الجنائية، أو مخفف للعقوبة في أكثر الجرائم التي ترتكب تحت تأثيرها ومن هذه الأحاديث ما يلي:

عن عقبة بن وهب العامري: « قَالَ: سَمِعْتُ أَبِي يُحَدِّثُ، عَنِ الْفُجَيْعِ الْعَامِرِيِّ، أَنَّهُ أَتَى رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: مَا يَحِلُّ لَنَا مِنَ الْمَيْتَةِ؟ فَقَالَ: "مَا طَعَامُكُمْ؟"، قَالَ: نَغْتَبِقُ وَنَصْطَبِحُ، قَالَ: "ذَاكَ الْجُوعُ"، فَأَحَلَّ لَهُمُ الْمَيْتَةَ عَلَى هَذَا الْحَالِ»[6].

عَنْ أَبِي وَاقِدٍ اللَّيْثِيِّ ، قَالَ : « قُلْتُ : يَا رَسُولَ اللهِ ، إِنَّا بِأَرْضٍ تُصِيبُنَا بِهَا مَخْمَصَةٌ ، فَمَا يَحِلُّ لَنَا مِنَ الْمَيْتَةِ ؟ قَالَ : إِذَا لَمْ تَصْطَبِحُوا[7] ، وَلَمْ تَغْتَبِقُوا[8] ، وَلَمْ تَحْتَفِئُوا بَقْلاً ، فَشَأْنُكُمْ بِهَا»

1 – المخمصة: المجاعة التي ألجأته إلى أكل شيء محرم.

2 – حذف عن الطريق: عدل عنه، والمراد هنا أن لا يكون هو المسبب لحدوث هذه المخمصة بطريقة غير مشروعة بأن سافر إلى مكان بقصد تحقيق غاية غير مشروعة أو تهاون في مزاولة عمل مشروعة وكسب مباح لتأمين عيشه من عليه نفقته مما أدى به إلى مواجهة مخمصة فعدم تدخل المضطر في حدوث الضرورة شرط في الشرع الإسلامي والقانون الوضعي اعتبار الضرورة عذراً مشروعاً مانعا من المسؤولية الجنائية.

3 – سورة المائدة، الآية: 03.

4 – سورة الأنعام الآية 119.

5 – مصطفى إبراهيم الزلمي، مرجع سابق، ص 222.

6 – رواه ابو داوود في سننه، ج3، ص: 395، وقال العبوة من آخر النهار والصبوح من أول النهار.

7 – الاصطباح: هنا أكل الصبوح وهو الغذاء.

8 – الغبوق: أكل العشاء.

عَنْ جَابِرِ بْنِ سَمُرَةَ ، « أَنَّ أَهْلَ بَيْتٍ كَانُوا بِالْحَرَّةِ مُحْتَاجِينَ ، قَالَ : فَمَاتَتْ عِنْدَهُمْ نَاقَةٌ لَهُمْ ، أَوْ لِغَيْرِهِمْ ، فَرَخَّصَ لَهُمُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي أَكْلِهَا ، قَالَ : فَعَصَمَتْهُمْ بَقِيَّةَ شِتَائِهِمْ ، أَوْ سَنَتِهِمْ».

وفي لفظ رواية

«أَنَّ رَجُلاً ، نَزَلَ الْحَرَّةَ وَمَعَهُ أَهْلُهُ وَوَلَدُهُ فَقَالَ رَجُلٌ إِنَّ نَاقَةً لِي ضَلَّتْ فَإِنْ وَجَدْتَهَا فَأَمْسِكْهَا فَوَجَدَهَا فَلَمْ يَجِدْ صَاحِبَهَا فَمَرِضَتْ فَقَالَتِ امْرَأَتُهُ : انْحَرْهَا فَأَبَى فَنَفَقَتْ[1]فَقَالَتْ : اسْلُخْهَا حَتَّى نَقْدُرْ[2]شَحْمَهَا ، وَلَحْمَهَا ، وَنَأْكُلَهُ ، فَقَالَ : حَتَّى أَسْأَلَ رَسُولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم : فَأَتَاهُ فَسَأَلَهُ فَقَالَ هَلْ عِنْدَكَ غِنًى يُغْنِيكَ ؟ قَالَ : لاَ قَالَ : فَكُلُوهَا قَالَ : فَجَاءَ صَاحِبُهَا فَأَخْبَرَهُ الْخَبَرَ فَقَالَ : هَلاَّ كُنْتَ نَحَرْتَهَا قَالَ : اسْتَحْيَيْتُ مِنْكَ»[3].

فهذه الأحاديث تدل على حل أكل الميتة للمضطر ويقاس على الميتة سائر المحرمات

ثالثاً: الضرورة في الإجماع

أجمع علماء الشريعة الإسلامية منذ صدرت الرسالة الإسلامية إلى يومنا هذا على عدم مؤاخذة المضطر، عما يقوم به من تصرفات غير مشروعة تحت وطأة خطر الضرورة، بحسب التفصيلات التي سنراها لاحقاً بإذن الله، وقد ذهب الصحابة في العديد من أحكامهم إلى عدم معاقبة المضطر عما أتاه من فعل جرمي تحت طائلة الخطر " الضرورة"، منها ما روى عن عمر بن الخطاب أن قال: لَا تقطع الْيَد فِي عذق[4]وَلَا عَام سنة[5]، ويروى أيضاً أَنَّ رَجُلا جَاءَ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فِي نَاقَةٍ نُحِرَتْ ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ : " هَلْ لَكَ فِي نَاقَتَيْنِ عشراوين[6] مُرْبِغَتَيْنِ سَمِينَتَيْنِ ؟ ، قَالَ : بِنَاقَتِكَ ، فَإِنَّا لا نَقْطَعُ فِي عَامِ السَّنَةِ[7].

وهاتان الروايتان دليل أكيد وصادق على أن الخليفة عمرو بن الخطاب، قد أوقف الحد في عام اشتدت فيه المجاعة على الناس فأضطروا إلى التجاوز على مال الغير بالسرقة لرفع خطر الجوع والهلاك.

1 – أي ماتت
2 – بفتح النون وسكون القاف وضم الدال، بمعنى طبخة في القدر وفي رواية أبي داوود نقدد اللحم بدل مهملة
3 – الحافظ أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبو داود، المجلد الأول، دار الكتاب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، ج3. ص: 358.
4 – الغذق، جزء من النحلة
5 – أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم: المحلى، الجزء الحادي عشر، منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ج11، ص434.
6 – الناقة العشراء: هي التي مضى 10 أشهر على حملها.
7 – بن حزم: المحلى، المرجع السابق، ج11، ص434.

كما أجمع علماء الأصول على أن: " الضرورات تبيح المحظورات وأوردوا لهذه الحالة العديد من التطبيقات التي تقتضي بإباحة المحرم تحت وطأة الضرورة مثل جواز تناول المحرمات من الدم والميتة عند الخوف من الهلاك، وجواز اجهاض الجنين حفاظاً على حياة الأم، وجواز اتلاف المال " مال الغير" أو تناول منه عند الضرورة، وجواز دفع الصائل، وجواز كشف العورة للطبيب، وجواز التلفظ بالكفر مع اطمئنان القلب عند الاقتضاء، وغير ذلك... [1]

رابعاً: الضرورة في المعقول

يقض العقل السليم والمنطق الراجح، بمشروعية دفع خطر حالة الضرورة، متى وقع ذلك الخطر على إحدى المصالح الضرورية للمضطر أو لغيره، على أن تتحقق أركان وشروط حالة الضرورة، وهذا مظاهر العناية الربانية واللطف الإلهي بعبارة الضعفاء كما أنه من خلال ما تقدم من أدلة شرعية نجد أنه من غير المعقول أن يخضع الإنسام للخطر الذي يؤدي به أو بغيره إلى الهلاك، ومثل هذا الخضوع يعد تعرض متعمداً للخطر المهلك، وهو أمر محرم ومرفوض في الشريعة الإسلامية، هذه الشريعة التي شرعت لصيانة المصالح الضرورية العديدة من الأحكام والرخص[2].

خامساً: القياس

القياس هو استدلال بعلة حكم منصوص عليها، وعلى وجوده في مسألة مشابهة لا نص عليها تتوفر فيها هذه العلة.

ومن ذلك جواز ارتكاب سائر المحرمات قياس على اباحة أكل الميتة والدم ولحم الخنزير على الاضطرار لقوله تعالى: ﴿ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ ﴾[3]،وكجواز بتر واستقطاع الأعضاء البشرية لزراعتها في جسد آخر قياس على جواز أكل لحوم الأحياء أو الأموات عند الضرورة.

ففي هذه الأحوال نجد الاشتراك المقيس عليه في العلة، والعلة هنا هي حصول خطر الضرورة وتحقيق مصلحة الإنقاذ من الهلاك[4].

1 – عمار عباس الحسيني، حالة الضرورة وآثارها في المسؤولية لجنائية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2011، ص: 117–118.
2 – نفس المرجع، ص 119.
3 – سورة النحل الآية: 115
4 – عمار عباس الحسيني، نفس المرجع، ص 106.

المطلب الثاني: الأساس الفقهي لمشروعية أفعال الضرورة.

أولاً: الأساس الفقهي هو دفع الضرر وإزالته

بعد أن عرفنا أن الشريعة الإسلامية شريعة يسر وتسهيل، نجد أن الأساس الذي بني عليه علماء القواعد والأصول نظرية الضرورة هو مبدأ ازالة الضرر المستمد، من قاعدة " الضررِ يُزالُ"[1] وأصل هذه القاعدة الحديث النبوي الشريف: «لا ضَرَرَ ، وَلا ضِرَارَ»[2]، وقد أكد علماء الأصول على أن المبدأ السابق، هو أصل للكثير من القواعد الأصولية المنظمة لحالة الضرورة كقاعدة: " الضَّرُورَاتُ تُبِيحُ المحْظُورَاتِ"[3]، وقاعدة " مَا أبيح لِلضَّرُورَةِ يُقَدَّرُ بِقَدَرِهَا"، وقاعدة " إِذَا تَعَارَضَ مَفْسَدَتَانِ روعي أَعْظَمَهَا ضِرَرًا بارتكاب أَخْفَهَا"، وقاعدة: "الْحَاجَةُ تَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الضَّرُورَةِ عَامَّةً كَانَتْ أَوْ خَاصَّةً" وغيرها من القواعد.

وقاعدة الضرر يزال: أو مبدأ ازالة الضرر: تعني ان الضرر يجب أن يرفع وتزال أثاره، فلو وقع فعل من أحد على غير سواء كان غير مشروع أصلاً أو مشروعا لكنه أضر بالغير، يزال بحيث لا يكون ابقاؤه مشروعاً.

أما مبدأ دفع الضرر ابتداء فيستفاد من قاعدة:" الضرر يدفع قدر الامكان"[4]، ويعني أن الضرر يجب أن يدفع قبل وقوعه قدر الامكان، وذلك بكل وسيلة كافية، قالو الوقاية خير من العلاج[5].

ثانياً: قيود المبدأ السابق.

ان المبدأ السابق في دفع الضرر ورفعه " ازالته" ليس مطلقاً بل هو مقيد بعدة قيود لعل أهمها:

- الضرر لا يزال بمثله[6]؛
- الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف.

1 – ابن نخيم: الاشباه و النظائر مرجع سابق، ج1، ص: 85.
2 – أحمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام، دار الجيل، بيروت، 1982، ج3، ص: 84.
3 – ابن نخيم، الاشباه و النظائر، المرجع السابق، ج1،ص:118.
4 – المادة 31 مجلة الأحكام لعدلية.
5 – عمار عباس الحسيني، حالة الضرورة وآثارها في المسؤولية لجنائية، نفس المرجع، ص: 122.
6 – المادة 25 مجلة الأحكام لعدلية.

ومفهوم القيد الأول أن ازالة الضرر، أو دفع الخطر في حالة الضرورة يجب أن يكون بدون إحداث ضرر، ومن ذلك أنه ليس للمضطر أن يتناول طعام مضطر آخر، كما لا يجوز للمضطر قتل غيره، لنجاة نفسه، كما لا يجوز إلقاء بعض ركاب السفينة لإنقاذ باقي الركاب بدافع الضرورة .. وغيره من الأمثلة.

ويتقرب من قاعدة الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف العديد من القواعد منها قاعدة: " يختار أهون الشرين"[1].

وقاعدة: إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها ضررا بارتكاب أخفها[2] [3].

ثالثاً: صور إزالة الضرر:

إن إزالة الضرر تكون بإحدى الصور الأربع الأتية:

- إزالة الضرر بدون احداث ضرر آخر؛
- إزالة الضرر بإختيار مالا يضر؛
- إزالة الضرر بضرر آخر مثله؛
- إزالة الضرر بضرر أخف منه.

استناداً إلى ما تقدم نجد أنه من البديهي أن إزالة الضرر بإحدى الصورتين الأولى والثانية جائز، أما في الثالثة والرابعة فهو غير جائز[4].

1 – المادة 29 مجلة الأحكام العدلية.

2 – المادة 28 مجلة الأحكام العدلية.

3 – عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1403هـ / 1983م،ص 87.

4 – عمار عباس الحسيني، حالة الضرورة وآثارها في المسؤولية لجنائية، مرجع سابق، ص: 123.

المبحث الثاني: مصدر مشروعية العمل بمقتضى الضرورة وأسسها في القانون الوضعي

المطلب الأول: مصدر مشروعية أفعال الضرورة في القانون الوضعي الجنائي

أولا: في التشريعات العربية

جاء في القانون المصري: " لا عقاب على من ارتكب جريمة ألجأته إلى إرتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره و لم يكن لإرادته دخل في حلوله و لا في قدرته منعه بطريقة أخرى"[1].

وجاء في قانون العقوبات العراقي: " لا يسأل جزائياً من ارتكب جريمة ألجأته إليها ضرورة وقاية نفسه او غيره او ماله او مال غيره من خطر جسيم محدق لم يتسبب هو فيه عمداً ولم يكن في قدرته منعه بوسيلة أخرى وبشرط أن يكون الفعل المكون للجريمة متناسباً والخطر المراد إنتقاؤه ولا يعتبر في حال ضرورة من اوجب القانون عليه مواجهة ذلك الخطر[2].

غير أن صياغة القانون العراقي أدق لاستعمال مصطلح "لا يسأل جزائياً" بدلاً من "لا عقاب"، لأن القوانين المذكورة المطابقة في المضمون والمحتوى العراقي استعملت تعبير " لا عقاب" وهو معيب، لأن عدم العقاب لا يستلزم عدم المسألة جنائياً بخلاف العكس[3]. لأن الشخص قد يسأل قانونياً عن ارتكاب الجريمة لكن مراعاة للظروف قد يسقط عنه الجزاء، ولكن كلمة أو لفظ " لا يسأل" أي أنه لا يسأل عن ارتكابه لهذه الجريمة نظراً للضغط الذي كان يمر به فلا محاكمة ولا عقاب بعكس الأول، قد تكون المحاكمة ولا يكون عقاباً للظرف الملازم للشخص.

أما قانون العقوبات الخاص بالجماهيرية الليبية الشعبية الاشتراكية الصادر سنة 1953 نص في المادة 72 على ما يلي: " لا عقاب على من ارتكب فعلاً أرغمته على ارتكابه ضرورة انقاذ نفسه من خطر محدق يهدد بضرر جسيم للنفس على وشك الوقوع به أو بغيره، ولم يكن لإرادته دخل في حلوله، ولا في قدرته منعه بطريقة أخرى مادام الفعل متناسباً مع الخطر. ولا يطبق هذا الحكم على من يخضعه واجب قانوني لتعريض نفسه للخطر"[4].

1 – المادة 61 قانون العقوبات المصري.
2 – المادة 63 قانون العقوبات العراقي.
3 – مصطفى إبراهيم الزلمي، موانع المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص: 254–255.
4 – المادة 72 القانون الليبي، قانون العقوبات.

غير أنه على الرغم من محاولة المشرع الليبي إيراد نص متكامل لحالة الضرورة، وأحكامها، فقد أخفق عندما استخدم عبارة " لا عقاب" كذلك أغفل عن شمول الخطر المحدق بمال الغافل أو مال غيره من نطاق محل الضرورة، الأمر الذي يعني مساءلة الفاعل، وفق أحكام القانون الليبي، متى درأ الخطر عن ماله أو مال غيره عند الضرورة.

أما المشرع الجزائري لسنة 1966، فقد نص على حالة الضرورة في نص المادة 48 منه بالقول: "لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها"[1].

يلاحظ على هذا النص عموماً أنه رخص للفاعل ارتكاب الفعل الجرمي تحت وطأة الضرورة دون أن يبين العناصر الواجب توافرها في خطر الضرورة وفعلها، كجسامة الخطر وأحداقه ولزوم الفعل وتناسبه مع الخطر، كما أنه استخدم تعبير " لا عقاب"[2].

فهو لم يرّد أمر المسألة القانونية بل أورد " لا عقاب " وكما سبق وأوردنا بهذا الشأن. كما أن تعبير "قوة لا قبل له بدفعها يجعل النص من العموم بحث يشمل حالات أخرى غير حالة الضرورة كالإكراه المادي والمعنوي والدفاع الشرعي"[3].

ثانياً: في التشريعات الغربية

تناولت معظم قوانين العقوبات الغربية حالات الضرورة، صراحة أو ضمناً.

فقانون العقوبات الفرنسي الجديد الصادر بـ: 1992 قد ذكر ثلاث حالات لأسباب الإباحة "Fait justificatifs" كان من بينها حالة الضرورة، حيث تناولتها في المادة 122 منه.

حيث تشير هذه المادة إلى تبرير الجريمة المرتكبة من كانت تلك الجريمة هي الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر المحذق.... [4].

أما بالنسبة لقانون العقوبات الملغى الصادر سنة 1810، جاء مختلفاً بهذا الخصوص إذ جاء في نص مادته 64 ما يلي، وهو ما لم يشر بين ثناياها إلى حالة الضرورة بشكل واضح ومباشر وهذا ما جعله محل

1 – المادة 48 قانون الإجراءات المدنية والجزائية الجزائري سنة 1966

2 – المادة 48 قانون الإجراءات المدنية والجزائرية ف 2 سنة 1966.

3 – عمار عباس الحسيني، حالة الضرورة وآثارها في المسؤولية لجنائية، مرجع سابق، ص 137.

4 – المادة 122 قانون العقوبات الفرنسي، سنة 1992.

انتقاد الفقه والقضاء الفرنسين حيث يفيد نصها : " بأنه ليس هناك جريمة متى كان المتهم في حالة جنون لحظة ارتكاب الفعل أو عندما يكون مكرهاً بقوة ليس بإمكانه مقاومتها[1].

وقد استعان الفقه والقضاء الفرنسيان على التوسع في مفهوم حالة الضرورة وفقاً لنص 64 من قانون العقوبات الفرنسي (الملغى) طيلة الفترة الماضية التي سبقت إصدار قانون عام 1992، ببعض المواد التي فيها الإشارة إلى حالة الضرورة، كالمعاقبة على قتل الحيوانات الأليفة بدون ضرورة، أو معاقبة أولئك الذين أعاقوا الطريق العام بدون ضرورة حقيقية تدع لذلك[2].

أما قانون العقوبات الإيطالي الصادر سنة 1930 فقد نص على حالة الضرورة في المادة الرابعة والخمسين (54) منه بالقول: " لا عقاب على من ارتكب فعلاً ألجأته إلى ارتكابه ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ما لم يعتمد احداثه ولم يكن في قدرته تحاشيه بطريقة أخرى ويشترط أن يكون الفعل متناسباً مع الخطر"[3].

والجدير بالذكر أن هذا القانون قد اعتبر حالة الضرورة من موانع المسؤولية الجنائية معتبراً إياها امتداد لفكرة الإكراه المعنوي.

أما القانون الأنجلو أمريكي فنص على حالة الضرورة بالقول: "

1) لا جريمة إذا وقع السلوك الذي يعتقد الفاعل أنه ضروري لاتقاء خطر يهدده أو يهدد الغير إذا ثبت:
   أ– أن الخطر المراد تفاديه يهذا السلوك أكبر من الخطر الناتج عن السلوك الممنوع قانوناً.
   ب– أن يكون هناك في هذا القانون وباقي القوانين العقابية استثناءات تتعلق بالموقف المذكور؛
   ج– أن لا يظهر هدف تشريعي آخر يستبعد الإباحة المطالب بها.
2) إذا كان الموقف الذي يتطلب الخيار بين الاضرار راجعا إلى عدم اكتراث أو إهماله فإن الإباحة التي يمنحها هذا القسم لا تسرى على اتهامه بأي جريمة يكون فيها عدم الاكتراث أو الإهمال، حسب الأحوال كافيا لقيام الإثم[4].

1 – المادة 64 ، قانون العقوبات الفرنسي الملغى.
2 – عمار عباس الحسيني، حالة الضرورة وآثارها في المسؤولية لجنائية، مرجع سابق، ص: 145.
3 – المادة 54 ، قانون العقوبات الإيطالي.
4 – عمار عباس الحسيني، المرجع السابق، ص: 146.

أما باقي التشريعات الغربية فقد نصت على حالة الضرورة أيضاً، حيث نص عليها قانون العقوبات الدنماركي الصادر سنة 1930 في مادته 14، وكذلك قانون العقوبات السويسري سنة 1938 في مادته 34، وقد نص عليها قانون العقوبات اليوغسلافي الصادر سنة 1951 في مادته 12، كذلك نص عليه قانون العقوبات الروسي في مادته 13 الصادر سنة 1960، وكذلك نص عليها قانون العقوبات الروماني الصادر سنة 1937 في مادته 131، أما قانون العقوبات البولوني الصادر سنة 1932 فقد نص عليها في مادته 22 كما نص عليها قانون العقوبات الفنلندي في مادته 10، وقانون العقوبات الهولندي في مادته 40[1].

المطلب الثاني: أسس انتقاء مسؤولية المضطر في القانون الوضعي

أولا: نظرية الإكراه المعنوي

إن أصل هذه النظرية يعود إلى القانون الروماني، ثم انتقلت فيما بعد إلى فقهاء القرون الوسطى، وعنوا بالتوسع فيها، وكانوا يبررون بها انعدام المسؤولة للأتباع عما يرتكبونه من جرائم نزولاً عند إرادة سادتهم الأشراف ذوي السلطات، وفي أوائل العصر الحديث أخذ بها الكثير من الكتاب لا سيما الشراع الفرنسيون الأقدمون[2].

وقد ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن لإرادته دور في اختيار أهون الشرين، إلا أن مجال اخياره ضيق إلى أدنى حدّ وطبيعة ارادة الانسان تحت تأثير غريزة حب البقاء مسوقة إلى ارتكاب الجريمة، وإن كان يبدو في الظاهر أنها حرة في ذلك إلا أنها في الواقع مكرهة على اثبات الجريمة.

ومن عيوب هذا الاتجاه أنه جمع بين حرية الاختيار والإكراه وأنه لا يبرر انتقاء المسؤولية إذا أوقعت الجريمة من شخص أخر غير من يحيط به الخطر ولم تربط الإثنين صلة وتبقيه كالأبوة، البنوة، اضافة إلى انتقاء مسؤولية المكره اكرها معنوياً يحتاج إلى أساس يبرره[3].

ثانياً: نظرية العودة إلى القانون الطبيعي

إن الفكرة الأساسية لهذه النظرية هي أن القانون الوضعي يقوم مقام القانون الطبيعي لينظم شؤون الناس وحاجاتهم بشكل أدق وأوفى، فهو قد حل محله ولكنه لم يلغه، فإذا عجز القانون الوضعي عن تحقيق الغاية منه عادة إلى القانون الطبيعي قوته[4].

1 – عمار عباس الحسيني، المرجع السابق، ص 147.
2 – مصطفى إبراهيم الزلمي، موانع المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 262.
3 – نفي المرجع، ص 263.
4 – عمار عباس الحسيني، حالة الضرورة وآثارها في المسؤولية لجنائية، نفس المرجع، ص 154.

ويرى هذا الاتجاه بأن الأساس هو العودة للقانون الطبيعي لأن القانون الوضعي حل محله، لينظم شؤون الناس وحاجاتهم بشكل أدق وأوفى، فهو وإن حل محله إلا أنه لم يلغه، وبناء على ذلك متى عجز القانون الطبيعي حبرات الطبيعة ملك مشترك لبنى الأنسان جميعاً ولكل فرد أن يأخذ منها حاجاته، ثم ادخل القانون الوضعي الملكية الفردية لتنظيم الحاجة المالية، فإذا اضاقت الحال بالفرد بحيث أصبح العدم يهلكه ولم تتداركه رحمة بني جنسه، تبين عجز القانون الوضعي عن تحقيق الغاية، فعندئذ يسمح له القانون الطبيعي أن يأخذ من مال الغير ما يسدد به حاجته وينقذه من الهلاك، وما يأخذه ليس إلا جزاء من الملك المشترك بين الجميع، وقد كان رجال الكنيسة في مقدمة القائلين بهذه الفكرة حين برروا عدم عقاب السارق على سرقته في وقت القحط والعوز الشديد، ولذا لم يقولو بإسقاط مسؤولية المضطر في حالة ازهاق روح لإنقاذ روحه أو روح أخرى، لأن القانون الطبيعي لم يبح ذلك يوماً ما، ثم توسع اتجاه انصار هذا الرأي في القرن السابع عشر (17) فقالوا بانتفاء المسؤولية كلما دعت الضرورة لارتكاب جريمة سواء أكنت ضد المال أو ضد النفس[1].

والملاحظ أن هذا الرأي يتفق مع الشريعة الإسلامية بالنسبة لحالات اعتداد المضطر على الأموال لإنقاذ حياته، وعدم عقاب السارق في حالة الضرورة، غير أنه يختلف معها بالنسبة لجرائم الأشخاص وتحميل المضطر المسؤولية المدنية إذا زال عذره، حيث ذهب جمهور فقهاء الشريعة إلى وجوب التعويض[2].

ثالثاً: نظرية عدم جدوى العقاب

الفكرة الأساسية لهذه النظرية ترجع إلى أن الجزاء "Lapine" جنائي أم مدني، يهدف إلى تحقيق أحد الأغراض الاجتماعية التي تتطلبها العدالة التشريعية، وهي أما منع الفعل المخالف أو تنفيذ فعل أمر به القانون أو إعادة الحال إلى ما كان عليه أو تحقيق توازن متعادل نظرية عدم جدوى العقاب[3].

يرى هذا الاتجاه أن الأساس هو عدم فائدة العقاب وهي الردع فالجريمة المرتكبة تحت ضغط الضرورة لا فائدة في معاقبة مرتكبها لأنه لم يقدم عليها رغبة وخبث وارادة آثمة.

ويلاحظ على هذا الراي أن فائدة العقاب تنحصر في الردع ولو سلمنا جداً أنه هو وحده، فإن الردع يكون مفيداً بالنسبة لمن يقضي على حياة شخص بريء لإنقاذ حياة نفسه، وبوجه خاص اذا قلنا ان اساس العقاب هو العدالة سواء وجدت الفائدة أو لا[4].

1 – مصطفى إبراهيم الزلمي، موانع المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 262.
2 – نفس المرجع، ص 262.
3 – عمار عباس الحسيني، المرجع السابق، ص 155.
4 – مصطفى إبراهيم الزلمي، المرجع السابق، ص 263.

رابعاً: نظرية غريزة حب البقاء

فادت المدرسة النفعية بغريزة البقاء كعامل في تقدير السلوك الإنساني، وبذلك فقد كانت نواة صالحة لقيام الفكر الوضعي الذي يعني بالإنسان الواقعي وليس الإنسان المثالي ولعل من أبرز من دعا لهذه النظرية هو الفيلسوف " هوبر" الذي اباح القتل الضروري، لأن غريزة حب البقاء تجبر الفاعل على ارتكاب افعالاً جرمية.

فهذه النظرية إذن، تفسر امتناع العقاب على جريمة الضرورة استناداً على غريزة حب البقاء، هذه الغريزة التي تقوم برد الفعل المنعكس على كل ما من شأنه أن يهدد الحياة، وفقاُ لما هو مغروس في الطبيعة البشرية من حب البقاء والحرص على الذات كل ذلك وفق هذه النظرية يجعل من الفاعل المرتكب تحت ضغط الضرورة مشروعاً لا عقاب عليه[1].

خامساً: نظرية انتفاء القصد الجنائي.

ترمي هذه النظرية أن يكون عدم العقاب على جريمة الضرورة راجعاً إلى انتفاء القصد الجنائي لدى الفاعل أو عدم توافر نية الإضرار بالغير لديه[2].

ولما كانت حالة الضرورة تعني وجود الانسان نفسه أو غيره أو ماله أو مال غيره في حالة خطر جسيم محذق لا سبيل للخلاص منه إلا بإرتكاب الفعل المكون للجريمة، وحيث أن القصد الجرمي لا يقوم إلا بالعلم والإرادة المتجهة إلى تحقيق النتيجة الجرمية، فإن أصحاب هذه النظرية يجدون أن إمتناع المسؤولية الجنائية عن جريمة الضرورة مستنداً إلى إنتفاء النية الجرمية لدى الفاعل، وقد قال الأستاذ "Yhiry" بهذا الصدد عدم العقاب على جريمة الضرورة يجد أساسه في سببها فقط، لأن المجتمع لا يقدر أن يلزم الفاعل تحت التهديد بعقاب ما، على فعل انطوى نصيب كبير من نكران الذات، فإنعدام الغاية السيئة تثبت نزاهة الفاعل وبراءة قصده إلى ابعد الحدود مما يؤدي إلى حتمية القول أن الأنسان إذا ما عوقب على هذه الأفعال الضرورية فكأنه عوقب على صدقات الإنسان إذا ما عوقب على هذه الأفعال الضرورية فكأنه عوقب على صفات لازمت كيانه الشخصي منذ ولادته ..." [3].

1 – مصطفى إبراهيم الزلمي، المرجع السابق ، ص 263.
2 – عمار عباس الحسيني، مرجع سابق، ص 162.
3 – دنون أحمد الرجبو، النظرية العامة للإكراه والضرورة، القاهرة، 1968–1969، ص 140.

نخلص من ذلك إلى أن أساس عدم العقاب في حالة الضرورة، وفق هذه النظرية راجع إلى إنعدام القصد الجنائي السيء لدى الفاعل وانعدام نية الإضرار بالغير لديه، فالشخص الذي يكاد يهلك جوعاً ويسرق ما يسد به رمقه، لم يقصد إلا حفظ نفسه من التلف، ولم يرد في ذهنه أن يضر بالغير[1].

سادساً: نظرية الضعف البشري

إن أول من قال بفكرة عدم معاقبة الفاعل عن جريمة الضرورة استناداً إلى فكرة الضعف البشري هو الإستاذ " ماتيوس " في القرن السابع عشر (17)، ومفاد هذه النظرية أن سبب عدم العقوبة في حالة الضرورة يرجع إلى الضعف البشري المستولي على الإنسان بحكم طبيعة بشرية، وقد اتسعت هذه النظرية وكتب لها الانتشار في القرن الثامن عشر (18) حينما أخذ العالم الإيطالي " فيلا نجيري" بالدفاع عنها بعد أن أدخل عليها بعض التحسينات وهي خاصة الأفعال التي اطلق عليها " **الفقه أرسطو**" تعبير الأفعال المختلطة حيث قال " فيلا نجيري" عنها: " على أساس ضوابط معينة فإذا كان الإنسان بين شرين أو أكثر متساوين فلا عقاب على الفاعل إذا اختار أيا منهما، أما إذا وقع الإختيار بين شرين أو أكثر غير متساوين فإختار أقل الضررين لا عقاب عليه"[2].

سابعاً: نظرية تنازع الحقوق والمصالح.

إن الفكرة العامة لهذه النظرية هي: أنه كلما تدعوا الضرورة في نطاق القانون الإداري أو المدني إلى التضحية بحق ضماناً لمصلحة عامة أو خاصة، فإن الأمر لا يختلف كثيراً في ظل القانون الجنائي، فكلما تعارض حقان في حالة من حالات الضرورة فإنه يجب أن لا يحمي صاحب الحق الأدنى قيمة، ولا يعاقب المعتدى عليه[3].

فعلى حسب رأيهم – أصحاب النظرية – فإن أساس امتناع عقاب لمضطر على جريمة التي دفع بها الخطر المحذق الذي واجهه هو افضلية حق الحياة، فالحياة هي الحق الأول والأسمى وهي تحوي الحقوق الشخصية وأي مساس بها يقضي على تلك الحقوق كافة، إذا لا وجود لها إذا انعدمت الحياة ولذا إذا

1 – عمار عباس الحسيني، حالة الضرورة وآثارها في المسؤولية لجنائية، مرجع سابق، ص 163.
2 – دنون أحمد الرجبو، المرجع السابق، ص 139.
3 – مصطفى إبراهيم الزلمي، المرجع السابق ، ص 167.

تعارض حق شخص في الحياة مع حق آخر في الملكية وجبت تضحية الملكية فهو ضئيل بالنسبة إلى الحق في الحياة، إضافة إلى أن حق الملكية يعوض بخلاف حق الحياة[1].

إن من أهم عيوب هذا الرأي هو أنه يتعرض مع قواعد المنطقة القاضية بأن الدعوى العامة لإنتفاء بدليل خاص، فالقول بأنه إذا تعارضت مصلحة الحياة مع مصلحة المالي تقدم الأولى على الثانية قول لا يختلف فيه اثنان لا في الشريعة الإسلامية ولا في القانون، بل هذا هو أساس انتفاء مسؤولية المضطر في الشريعة الإسلامية ومبرر لجواز إنقاذ الحياة بمال الغير بدون أذنه على أساس تقديم الأهم، غير أن دعوة أنصار هذا الرأي هي عدم مسؤولية المضطر في جميع الجرائم التي يقترفونها في حالة الضرورة ولو كانت المصالح والحقوق المتضاربة متساوية، كقتل المضطر لإنسان برئ لإنقاذ حياة نفسه أو اتلاف مال الغير للمحافظة على ماله، ولو كانت الدعوى خاصة بحالة تضارب المصالح غير المتكافئة لا تقف هذا الرأي مع الشريعة الإسلامية.

المطلب الثالث: المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

من خلال ما تقدم من عرض أهم مصادر مشروعية أفعال الضرورة وأساسها، في الشريعة الإسلامية والقانون الجنائي الوضعي، وجدنا أن هناك أوجهاً للشبه والاختلاف بينهما في هذا المطلب كما يلي:

أولا: أوجه الشبه [2]:

تتفق القوانين الوضعية وكذا أحكام القضاء، في اعفاء المضطر من المسؤولية الجنائية فقط أو الجنائية والمدنية متى توافرت أركان الضرورة وشروطها.

ثانياً: أوجه الاختلاف:

تختلف القوانين الوضعية، وكذا أحكام القضاء، في العديد من الأوجه مع الشريعة الإسلاية ولعل أهم تلك الأوجه هي:

1) أن مصدر مشروعية العمل بمقتضى الضرورة في الشريعة الإسلامية نجده في المصادر الشريعة الأصلية كالقرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والتبعية كالإجماع والمعقول والقياس والاستحسان[3]؛

1 – مصطفى إبراهيم الزلمي، المرجع السابق، ص 263

2 – ليس هنالك أوجه تشابه بوضوح بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية، ولعل ذلك يرجع إلى الاختلاف التام بين مصادر وأسس مشروعية الضرورة بين الشريعة والقانون.

3 – عمار عباس الحسيني، حالة الضرورة وآثارها في المسؤولية لجنائية، مرجع سابق، ص 172.

في حين أن مصدر مشروعية العمل بمقتضى الضرورة في القانون الوضعي يكمن في النصوص التشريعية الجزائية التي تناولت حالة الضرورة، ولسنا بحاجة إلى القول هنا بأن ليس هناك تماثل بين المصدرين – الشرعي و القانون الوضعي – ذلك أن الأول هو كلام الله سبحانه وتعالى وسنة نبيه الشريفة، أو ما جاء به علماء المسلمين وفقهائهم.

وهو أثر عظيم وتراث زاخر لم تستطع التشريعات الجزائية الإرتقاء إلى مستواه[1].

2) تختلف التشريعات عن الشريعة الإسلامية في الأساس الذي جاء به فقهاء الشريعة والقانون، ففقهاء القانون الوضعي أقاموا أساس العمل بمقتضى الضرورة على نظريات مختلفة فمنهم من أقامها على أساس الإكراه المعنوي ومنهم من أقامها على أساس العودة إلى أحكام القانون الطبيعي، ومنهم من أقامها على أساس عدم المنفعة من عقاب الجاني المضطر، أو بالاستناد إلى غريزة حب البقاء، أو انتفاء القصد الجنائي أو الضعف البشري ، ومنهم من ردّ ذلك إلى التنازع بين الحقوق والمصالح، وكما رأينا فإن هذه النظريات لم تصمد طويلاً أمام سهام النقد التي وجهت إليها، بل أن العديد من القائلين بها والداعين إليها سرعان ما تحولوا عنها إلى نظريات أخرى[2].

في حين نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية وعلماء الأصول، قد وضعوا الأساس الواضح والمتين لمشروعية أفعال الضرورة، فقالوا بأن الضرورات تبيح المحظورات[3]، وأن الضرر يزال[4]، كما أن الضرر يدفع قدر الإمكان[5].

3) فيما يتعلق بنظرية تنازع الحقوق والمصالح التي طرحها فقهاء القانون، تبدوا وللوهلة الأولى أنها يمكن أن تكون أساساً صحيحاً لمشروعية أفعال الضرورة في فقه القانون الوضعي لا سيما وأن الموازنة بين المصالح والمفاسد هي أساس تلك المشروعية في التشريع الإسلامية كما رأينا، أما عن هذا الأساس في الشريعة الإسلامية وقد أسهب " ابن عبد السلام" في شرح هذا الأساس، حيث انتهى إلى أنه عند تنازع المصالح يقدم أكثرها نفعاً[6]، أما عند تنازع المفاسد يرتكب أخف المفسدين.

والشريعة الإسلامية تتميز عن القانون الوضعي وفقهه في حالة مهمة، هي حالة ما إذا كان الخطر محذقاً بالأنفس، فالتشريعات الوضعية وفقهاء القانون الوضعي وأحكام القضاء ترى أن الفاعل يعفى من المسؤولية متى درء الخطر المحذق عن نفسه بقتل آخر ويعتبرون التناسب بين الخطر وفعل الضرورة قائما هنا، الأمر الذي يستبعد براءة الفاعل، ويعللون ذلك بالقول أن القانون لا يفرض

1 – كما في القانون الفرنس الملغى سنة 1810 والحالي الصادر في 1992.
2 – عمار عباس الحسيني، المرجع السابق، ص 173
3 – المادة 21 مجلة الأحكام العدلية
4 – المادة 20 مجلة الأحكام العدلية
5 – المادة 31 مجلة الأحكام العدلية
6 – إبن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج84/1.

البطولة هنا ما دام الشخص واقعاً تحت ضغط هذا الخطر ولم يكن يملك الحرية الكافية للتضحية بنفسه في سبيل الأخرين، وذهب البعض أن القانون يجب أن لا يكترث لمثل هذا النزاع ولا يلتفت إليه[1].

أما الشريعة الإسلامية فإن الأمر يختلف عن ذلك كثيراً إذ لا يمكن التضحية بنفس بشرية في سبيل انقاذ الأخرى فالأنفس متساوية ولا يمكن اهدار احداهما ما لم يكن صاحبها مهدر الدم، وبالتالي نجد المثال الذي ضربه شراح القانون والذي يعفون الفاعل فيه من العقاب مستندين فيها إلى نظرية تنازع المصالح والحقوق لا يجد له أساساً أو تبريراً في الشريعة الإسلامية.

بل وتذهب الشريعة الإسلامية إلى أبعد من ذلك فهي ترفض التضحية بالنفس البشرية في سبيل صيانة مجموعة من الأنفس إذ لا فضل أحد على أحد إلا بالتقوى، حيث تعتبر الفاعل هنا قاتل متعمداً شرعاً قام بالركنين المعنوي والمادي لجريمة القتل، الفاعل حينما يدفع زميله ليفوز ب++++ النجاة هو قاتل متعمداً قام بالركن المادي كما أنه يعلم بأن مصير زميله سيكون الموت حتماً، وقد انصرفت ارادته لذلك وبذلك يتحقق الركن المعنوي لجريمة القتل العمدي.

وهذا الفرق الكبير تميز فيه أحكام الشريعة الإسلامية من أحكام القانون الوضعي ولا غرابة في ذلك متى عرفنا أن القانون الوضعي هو نتاج العقل البشر الذي لا يمكن أن يرقى إلى ما جاءت به الشريعة الإسلامية من أحكام[2].

1 – عمار عباس الحسيني، حالة الضرورة وآثارها في المسؤولية لجنائية، نفس المرجع، ص 176.

2 – نفس المرجع، ص 176.

الفصل الثالث

أهم صور حالة الضرورة

في المجال الطبي

المبحث الأول: أهم صور حالة الضرورة في المجال الطبي في الشريعة الإسلامية

المطلب الأول: الإجهاض الضروري في الشريعة الإسلامية

الإجهاض الضروري في الفقه الإسلامي:

لم يتفق فقهاء المسلمين على حكم واحد للإجهاض – بوجه عام – ولهم في ذلك آراء ثلاثة كما يلي:

الرأي الأول:

هو اختيار فقهاء الإمامة[1] والإباضية[2] وبعض الشافعية[3] ورأي الحنابلة[4]، وبعض المالكية[5]، ورأي للظاهرية[6]، وذهبوا إلى تحريم إجهاض الحمل في طور النطفة منذ بداية التلقيح فضلاً عن المراحل اللاحقة له.

وقد استدل أنصار هذا الرأي بالعديد من الأدلة لعل أهمها:

1) قوله سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا جَاءَكَ الْمُؤْمِنَاتُ يُبَايِعْنَكَ عَلَىٰ أَنْ لَا يُشْرِكْنَ بِاللَّهِ شَيْئًا وَلَا يَسْرِقْنَ وَلَا يَزْنِينَ وَلَا يَقْتُلْنَ﴾[7]

ووجه الدلالة أن أخذ البيعة من النساء على عدم قتل أولادهن مقترناً بأخذها على عدم الشرك بالله والسرقة والزنا، ويدل على تحريم قتلهن أولادهن وبما أن المتعارف آنذاك أن النساء يقتلن أولادهن بإسقاطهم وليس بالوأد أو غيره مما كان يضعه الرجال في طريقة قتلهم لأولادهم ففيهم من **الآية أذن أن القتل المنهي** عنه هنا هو الإسقاط[8].

2) استدلوا كذلك بالإجماع، فقد ورد عن ابن تيمية، وقد سئل عن رجل وطئ جاريته فحملت منه فاستعمل كثيراً من الأدوية والسموم، وكان يلطخ ذكره بالقطران ويطأها حتى تسقط ....يقول ابن تيمية .. أن إسقاط الحمل حرام بإجماع المسلمين وهو من الوأد[9].

وكذلك ما ستدل به الغزالي لقوله: (أن اجهاض النطفة على موجود حامل وأول مراتب الوجود أن تقع المادة في الرحم وتختلط بالبويضة وتستعد لقبول الحياة وافساد ذلك جناية[10].

---

1 – أحمد بن يعقوب: الكافي، ط4، دار المعارف للمطبوعات، بيروت، لبنان ، ج344/7.

2 – محمد بن يوسف أطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، مكتبة الإرشاد جدة، المملكة العربية السعودية، ج/ 119–121.

3 – أبو حامد بن أحمد الغزالي: إحياء علوم الدين، دار المعارف بيروت، لبنان، ج51/1

4 – ابن تيمية تقي الدين الشهير: الفتاوي الكبرى، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1983، ج400/3

5 – الشيخ الدردير: الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، ج226/3

6 – ابن حزم، المحلى، ج31/11–32.

7 – سورة الصف الآية: 61

8 – ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج258/4.

9 – ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، مرجع سابق، ج400/3

10 – الغزالي: إحياء علوم الدين، ج51/3

الرأي الثاني:

هو اختيار فقهاء المالكية[1]، وبعض الشافعية[2]، ورأي للزيدية[3]، وذهبوا إلى جواز إجهاض الحمل قبل تمام الأربعين يوم، وخصوا التحريم بإجهاض الجنين بعد إتمام الأربعين يوم، وقد استدل أنصار هذا الرأي بالعديد من الأدلة منها أن النطفة قبل إتمام الأربعين يوم هي جماد ولا حرمة للجماد، فقد ورد في البحر الزخار للزيدية (إذا جاز العزل جاز تغيير النطفة والعلقة والمضغة إذ لا حرمة لجماد وكجواز منع النسل بالعزل) [4].

الرأي الثالث:

وهو اختيار بعض الحنابلة[5] وبعض الزيدية[6] وبعض الشافعية[7] وذهبوا إلى جواز اجهاض الحمل قبل نفخ الروح فيه بـ (120) يوماً بعد بدء الإلقاح وأوجبوا الدية جزاء على إسقاط الجنين بعد مرور هذه الفترة[8] هذا فضلاً عن العقوبة الأخروية[9].

وقد استدلوا على هذا الرأي بالعديد من الأدلة منها: أن قبل المدة المذكورة حياة الجنين لم تعلم بيقين، وفعل القتل لا يتصور إلا في محل وهو إنسان حي، عليه فلا يجب الضمان بالشك[10]،كما أنه ليس في صورة آدمي[11]،وفي هذا يقول الكاساني (وإن لم يستبن شيء من خلقه فلا شيء فيه لأنه ليس بجنين إنما هو مضغة)[12].

والذي نراه هنا هو جواز إجراء الإجهاض متى كان الدافع إليه ضرورة علاجية بصرف النظر عن مدة الحمل أو عمر الجنين، بمعنى أن يكون هناك خطر جسيم وحالٌ يحدق بحياة الأم، لا سبيل لتفاديه إلا عن طريق التضحية بحياة الجنين[13].

1 – بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج399/3؛ القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج08/12.
2 – محمد بن الأمير الصنعاني، سبل السلام، المحقق: محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، 1427هـ/2006م، ج1036/3.
3 – ابن المرتضي، البحر الزخار، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ج81/3
4 – نفس المرجع، نفس الموضوع.
5 – البهوتي منصور بن يونس: كشاف القناع، دار الكتب العلمية، بيروت، ج252/1
ابن قدامة، المغني، ج540/9.
6 – البحر الزخار للزيدية، ج81/3
7 – الموسوعة الفقهية الصادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت، ج57/3.
8 – انظر الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ص: 59
9 – أنظر الشدلي، حق الجين في الحياة في الشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، مارس 1979، ص: 24.
10 – أنظر بهذا المعنى: فتح القدير، الجزء الثامن، ص: 324؛ المغو لإبن قدامة، ج540/9
11 – أنظر حاشية رد المحتار لإبن عابدين، ج201/1؛ الفتاوي الهندية، ج76/5.
12 – أنظر الكاساني: بدائع الصنائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ج325/7.
13 – عمار عباس الحسيني، حالة الضرورة وآثارها في المسؤولية لجنائية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2011، ص: 422.

تعريف الإجهاض:

الإجهاض هو خروج محتويات الرحم قبل اثنين وعشرين اسبوعاً من آخر حيضة حاضتها المرأة أو 20 أسبوعاً من لحظة تلقيح البويضة بالحيوان المنوي[1].

ثانيا: الإجهاض:

هو عبارة عن لفظ محتويات الرحم الحامل قبل إتمام فترة الحمل ويتساوي في ذلك إذا تم إفراغ محتويات الرحم حتى الشهر السادس الرحمي – أي قبل قابلية الجنين للحياة – وهو ما يعبر عنه بالإجهاض عادة أو إذا تم إفراغ محتويات الرحم بعد ذلك وقبل إتمام أشهر الحمل وهو ما يعبر عنه بالولادة المبكرة، وبالتالي فإن الإجهاض من الناحية القانونية يشمل لفظ محتويات رحم لجنين غير قابل للحياة أو ولادة مبكرة لجنين قابل للحياة[2].

ثالثا: الإجهاض الإجرامي:

يعتبر الإجهاض جريمة شرعاً وقانوناً متى توافرت أركانها، وهذه الأركان هي:

الركن الأول: الحمل: لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية[3]، في أن الحمل يبدأ منذ تلقيح المرأة بجمين الرجل حتى الولادة[4]، وقد اعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية وجود الحمل ضرورياً للمساءلة قضاءً وديانة[5].

الركن الثاني: الركن المادي: ويشترط فيه إستعمال وسائل تؤدي إلى الإجهاض كالعقاقير أو استعمال العنف أو العمليات الجراحية[6]، بما يشترط فيه انفصال الجنين عن أمه، وهو ما اشترطه جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، معللين رأيهم بأنه في حالة عدم إنفصال الجنين عن أمه يحصل الشك في وجوده، ولا تبنى الأحكام على الشك[7]، كما يشترط في هذا الركن أن تكون هناك علاقة سببية بين الفعل والنتيجة بمعنى أن يكون انفصال الجنين ناشئاً عن فعل الجاني باستخدام تلك الوسائل.

الركن الثالث: القصد الجنائي: لم يعط فقهاء الشريعة أهمية لهذا الركن بل قالوا أن الإجهاض كالقتل العمد أو الخطأ، وفي جميع الحالات العقوبة هي الدية وإلا أنها تكون من مال الجاني في حالة عدم وجود القصد الجنائي، وعلى عاقلته عند عدم وجوده[8].

1 – محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، دار السعودية للنشر والتوزيع، ص: 431.

2 – أمر فرج يوسف: أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية من الناحية الجنائية والمدنية والتأديبية والمستشفيات والمهن المعاونة لهم، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2008، ص: 227.

3 – بإستثناء فقهاء الشافعية، حيث يرون الفرق بين الحمل والجنين، وأن تسميته بالحمل تبدأ من التلقيح، أما تسميته بالجنين فتبدأ فيما بعد صيرورة الحمل مضغة وعلقة.

4 – عمار عباس حسني، حالة الضرورة وأثرها في المسؤولية الجنائية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2001، ص: 423

5 – نفس المرجع، ص: 423

6 – بإستثناء الظاهرية، أنظر المحلى لإبن حزم، ج28/11.

7 – أنظر، المغز لإبن قدامة، ج799/7 وما بعدها، الشرح الصغير، ج368/2، الفتح القدير، ج304/10.

8 – عمار عباس حسني، مرجع سابق، ص: 424.

فالإجهاض الإجرامي بالمعنى المتقدم، جريمة يسأل فاعلها وفق ما تقدم متى تم ذلك الإجهاض خارج إطار الضرورة العلاجية.

ثالثا: الإجهاض العلاجي:

هو إيقاف سير الحمل في أحد أدواره قبل الوقت الطبيعي لولادته وذلك لأسباب طبية ككونه الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياة الأم بشهادة الأطباء الثقات، وهذا القسم من الإجهاض جائز شرعاً وقانوناً لأسباب كثيرة لعل أهمها أن حياة الأم حقيقية وحياة الجنين تقديرية فترجح الأولى في المفاضلة على الثانية حين تعارضها في البقاء، كما أن حياة الأم بعد الإجهاض أمر واصل إلى حد الظن.

الغالب لدى الأطباء المختصين هو بقاء حياة الجنين بدون الإجهاض مع خطورة حياة الأم أمر مشكوك فيه، فإذا تعارض الظن مع الشك يقدم الظن بإجماع علماء الشريعة ورجال القانون[1]، كما أنه إذا دار الأمر بين موت الجنين وموت أمه يؤثر بقائها لأنه أصله وهي عماد وركن الأسرة[2].

فالإجهاض بالمعنى المتقدم هو إجهاض ضروري، وهو مباح وفقاً لأدلة المتقدمة في إباحة فعل الضرورة[3]، فالضرورات تبيح المحظورات[4]، غير أنه يشترط الإباحة للإجهاض الضروري تحقق شروط الضرورة وأركانها بمعنى ان يكون هناك خطر حال وجسيم يحدق بحياة الأم، لا سبيل لتفاديه إلا عن طريق التضحية بالجنين وأن يثبت ذلك بتقرير الاطباء الشرعيين الثقات.

أما إذا لم يكن هناك خطر قائم على حياة الأم، بل كان مجرد خوف واحتمال حدوث الضرر غير المستندين إلى مدرك كمجرد الضرر البدني أو النفسي أو كانت هناك وسيلة أخرى لدفع الضرر غير إجهاض الحمل لم يجر الإجهاض فالضرورة تقدر بقدرها[5]، كما أن الضرر يدفع قدر الإمكان[6]، وإذا تعرضت مفسدتان روعي أعظمها بارتكاب أخفها[7]، وإذا تعارض شرين يختار أهونهما[8].

وقد ذهبت العديد من الفتاوي الشرعية للفقهاء المحدثين إلى إباحة الإجهاض الضروري[9].

1 – عامر عباس حسيني، مرجع سابق، ص: 425.
2 – نفس المرجع، ص: 425.
3 – من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والإجماع والمعقول.
4 – المادة (21) من جملة الأحكام العدلية.
5 – المادة (22) من جملة الأحكام العدلية.
6 – المادة (31) من جملة الأحكام العدلية.
7 – المادة (27) من جملة الأحكام العدلية.
8 – وفقاً للقاعدة (يختار أهون الشرين)، المادة (29) من جملة الأحكام العدلية.
9 – أنظر: الفتوى المنشورة في مجلة الأزهر، المجلد (30)، الجزء السابع، 1959، ص: 544.

المطلب الثاني: الضرورة في بتر وزراعة الأعضاء البشرية وغير البشرية

أولا: زراعة الأعضاء الصناعية:

قد تدعو الضرورة العلاجية إلى زراعة أعضاء معدنية أو بلاستيكية داخل جسد الإنسان كالحاجة إلى زراعة قلب صناعي أو كلية صناعية .. إلخ، من الأعضاء التي قد تدعو الضرورة العلاجية إليها، فهل تبرر حالة الضرورة زراعة مثل هذه الأعضاء؟

لا نقاش في جواز زراعة مثل هذه الأعضاء، كون هذا العمل قد طبق في عهد الرسالة الإسلامية[1]، كما أن مثل تلك الأعضاء تعتبر من قبل الدواء المأمور به شرعاً والتي تساعد الإنسان على البقاء لقوله صلى الله عليه وسلم: «تداووا يا عباد الله ، فإن الله لم يضع داء إلا وضع له شفاء ، إلا داء واحدا الهرم »[2].

كما أن كل عضو مصنع في عداد الطاهر لأن عملية التصنيع تحيل النجاسة إلى غيرها سواء بالمزيج أو بالحرارة أو بمقتضى الضرورة، ويعد الاهتمام بصناعة الأعضاء التي يحتاجها الإنسان من قبيل التكامل العلمي المأمور به شرعاً وبالتالي تصنع وتباع وتشترى بلا حرج من أي مادة صنعت[3].

ثانياً زراعة الأعضاء المأخوذة من الحيوان:

قد تدعو الضرورة إلى زراعة بعض الأجزاء المأخوذة من جسم الحيوان ولا فرق بين زرع عضو كامل أو زرع غدة تشبه في عملها غدد الإنسان وهذا الحيوان قد يكون مما يباح أكله وقد لا يكون كذلك، وقد يكون حياً وقد لا يكون كذلك أيضاً ونبين حكم تلك الأنواع تباعاً:

أ- إذا كان الحيوان مما يباح أكله، كزرع الأعضاء المأخوذة من الحيوان الحي الذي يباح أكله فهو أمر مباح قياساً على أكله من باب أولى[4].

أما إذا كان الحيوان الذي يباح أكله ميتاً وأريد الاستفادة من جزء من أجزائه لعلاج الإنسان فإنه لا يباح إلا عند الضرورة[5]، لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[6].

ب- إذا كان الحيوان مما لا يباح أكله في حالة الضرورة إلى بتر واستقطاع عضو من جسم حيوان لا يباح أكله كالخنزير فإنه لا يباح إلا عند الضرورة العلاجية[7]، بمعنى أن يكون المريض في حالة خطر جسيم وحال لا

1 - أنظر عمار عباس حسيني، نفس المرجع السابق، ص: 428
2 - الحافظ أحمد بن حجر العسقلاني، تح: الباري بشرح صحيح البخاري، دار المعرفة، ج113/10
3 - عمار عباس حسيني، نفس المرجع السابق، ص: 428
4 - نفس المرجع، ص: 428
5 - أنظر المغز لإبن قدامة، مرجع سابق، ج729/1، حاشية الدسوقي، ج90/1
6 - سورة النحل الآية: 115
7 - عمار عباس حسيني، المرجع السابق، ص: 429

سبيل لتفادي الخطر (المرض) إلا باستقطاع ذلك العضو من ذلك الحيوان وزرعه أي لا يوجد غير ذلك من المباحات، كما يشترط أن يكون ذلك الزرع بالقدر الضروري، فالضرورة تقدر بقدرها.

ثالثاً: بتر وزراعة الأعضاء البشرية من جثت الموتى:

قد تدعو الضرورة إلى بتر واستقطاع عضو بشري من انسان ميت لغرض زرعه في جسد آخر ويتم التوصل إلى حكم هذه المسألة قياساً على أكل لحم الميت عند الضرورة، وللفقهاء عدة آراء فهذه المسألة لعل أهمها:

الرأي الأول:

هو اختيار فقهاء الشافعية[1]، وبعض الحنفية[2]، ورأي للإمامة[3]، وبعض الحنابلة[4]، وبعض الزيدية[5]، وذهبوا إلى إباحة ذلك الاستقطاع والزرع لأي جزء من جسد الميت، معصوم الدم أم مهدر الدم.

وحجة القائلين بهذا الرأي هي أن حرمة الإنسان الحي أكيد من حرمة الميت[6]. اعمالاً للقاعدة الفقهية (يتحمل الضرر الأخف لإتفاء الضرر الأشد.[7] كما أن رعاية مصالح الأحياء أولى من ترك جزء المنتفع به يبلي في التراب[8].

الرأي الثاني:

هو اختيار فقهاء المالكية[9]، والظاهرية[10]، والراجح لدى الحنفية[11]،وذهبوا إلى حظر إستقطاع وأكل لحم الميت مطلقاً، معصوم الدم أم مهدر الدم، وعلتهم في ذلك هي حرمة بني الإنسان.

الرأي الثالث:

هو الذاهب إلى التفرقة بين الإنسان الميت مهدر الدم والميت معصوم الدم، إذ يجوز الانتفاع بأجزاء الأول دون الثاني متى دعت إلى ذلك الضرورة العلاجية قياساً على استقطاع وأكل لحمه عند الضرورة وذهب إلى هذا الرأي بعض الشافعية[12]، وبعض الحنابلة[13].

1 – حاشية العلامة سلمان الجمل، ج279/5.
2 – حاشية رد المحتار، ج110/5.
3 – الطوسي، الخلاف، ج287/6.
4 – ابن قدامة، المغنى، ج80/11
5 – أحمد بن يحي بن المرتضي، البحر الزاخر، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ص 134.
6 – عمار عباس حسيني، مرجع سابق، ص 430
7 – أنظر المادة (27) من مجلة الأحكام العدلية.
8 – عمار عباس حسيني، المرجع السابق، ص: 430
9 – نفس المرجع ، ص ص 430–431.
10 – ابن حزم على ابن احمد الظاهري: المحلى، دار الفكر بيروت، ج426/7
11 – السرخسي محمد احمد بن سهل، المبسط، ط1، دار المعرفة، ج4147/1
12 – الشربيني محمد بن احمد، مغز المحتاج، دار الكتاب العلمية، بيروت، ج307/4.
13 – ابن قدامة موفق الدين ابي محمد عبد الله بن احمد، المغنى، دار الكتاب العربي، ج79/11.

والذي نراه بهذا الصدد هو جواز بتر واستقطاع أي جزء من جثة الإنسان الميت لزراعته في جسد شخص آخر حي لمن دعت الضرورة العلاجية إلى ذلك لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلا عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾[1]. وقوله تعالى: ﴿ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلا عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾[2] وقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اضطُرَّ غَيرَ باغٍ وَلا عادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفورٌ رَحيمٌ﴾[3]

ولعل ما يؤكد هذا هو صدور العدد من الفتاوي الشرعية للفقهاء المحدثين التي تقضي بجواز الاستقطاع من الجثة لزرعها في جسد شخص آخر محتاج،[4] كما أن إباحة مثل هذا الاستقطاع يجب أن لا يؤثر في مبدأ حرمة الموتى[5] ، الذي مؤداه حماية الجثة لكرامة بني الإنسان حياً أو ميتاً[6]، ولما يمثله المحافظة على حرمة الموتى من قيم معنوية عند الأهل لذلك لابد لأجل المحافظة على تلك القيم الحصول على إذن الميت بالاستقطاع قبل وفاته أو اذن الأهل بعد وفاته.

رابعاً: بتر واستقطاع الأعضاء البشرية من إنسان حي:

قد يكون بتر واستقطاع العضو من شخص حي لزراعته في جسد شخص آخر، ويمكن معرفة حكم تلك الحالة في الشريعة الإسلامية من خلال القياس على حكم استقطاع جزء من الإنسان الحي وأكله عند الضرورة وللفقهاء:

الرأي الأول:

هو اختيار فقهاء الحنفية[7]، والمالكية[8]، والظاهرية[9]، ذهبوا إلى حظر ذلك الاستقطاع والأكل مطلقاً بمعنى عدم جواز انتفاع الإنسان حي مثله مهما كانت صفته لأن الحرمة ثابتة للإنسانية ويعللون رأيهم بخشية التلف أو الهلاك الذي يصب الإنسان الحي ولكرامة بني الإنسان بغض النظر عن صفته[10] كما أنه لا يجوز الانتفاع بأجزاء الأدمي إلا اللبن وحده لوجود نص إباحته[11].

1 – سورة الأنعام الآية: 145
2 – سورة البقرة، الآية 173
3 – سورة النحل الآية 115
4 – عمار عباس حسيني، مرجع سابق، ص: 314
5 – نفس المرجع ، ص: 314
6 – نفس المرجع ، ص:314
7 – همام كمال الدين بن عبد الواحد، فتح القدير، المطبعة الأميرية الكبرى، بولاق، مصر، ج64/8
8 – انظر تفسير القرطبي، ج299/2
9 – ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج133/1
10 – انظر ابن عابدين محمد أمين، حاشية رد المحتار، دار الفكر ، 1399ه/1979م، ج628/2.
11 – أنظر المحلى، مرجع سابق، ح110/7.

الرأي الثاني:

هو اختيار فقهاء الشافعية[1]، والحنابلة[2]، والأمامية[3]، والزيدية[4]، وذهبوا إلى التفرقة في ذلك بين الإنسان الحي المهدر الدم والإنسان معصوم الدم، حيث يجوز الاستقطاع من الإنسان الحي المهدر الدم ولا يجوز ذلك من الإنسان معصوم الدم.

وجذير بالذكر أن هناك حالة أخرى تقع ضمن الإطار الخاص ببتر واستقطاع الأعضاء البشرية من الأحياء وهي حالة بتر واستقطاع عضو بشري من شخص لزرعه في مكان آخر من نفس جسده وفي هذه الحالة يقول الزلمي[5]: لا نقاش في جواز استقطاع عضو بشري في نفس الجسد كأخذ بعض جلد يده لزرعه في وجهه لغرض التجميل أو أخذ وريد ساقه لزراعتها فيقبله عند الضرورة العلاجية.

خامساً: شروط إباحة نقل الأعضاء البشرية

أولا: الضرورة القصوى للنقل بحيث تكون حالة المنقول إليه المرضية في تدهور صحي مستمر ولا ينقذه من هلاك محقق إلا نقل عضو سليم إليه من إنسان أخر بينهما درجة قرابة حتى الدرجة الثانية، ويجوز النقل حتى الدرجة الرابعة إذ احالت ضرورة دون نقل من الدرجات السابقة، ويقدر ذلك أهل الخبرة الطبية العدول شريطة أن يكون المأخوذ منه وافق عل ذلك حال كونه بالغاً عاقلاً مختاراً[6].

ثانياً: أن يكون النقل محققاً لمصلحة مؤكدة للمنقول إليه من الوجهة الطبية ويمنع عنه ضرراً مؤكداً يحل باستمرار العضو المصاب، ولا توجد وسيلة أخرى لإنقاذه من الموت والهلاك الحال المحقق إلا بهذا الفعل[7].

ثالثاً: أن لا يكون بتر واستقطاع العضو البشري بمقابل، بمعنى أن يكون ذلك هبة وذلك لحرمة بني الإنسان وكرامته، كما أن الفقه الإسلامي يجمع أن أجزاء الإنسان لا يمكن بيعها وشراؤها، فالإنسان حياً أو ميتاً لا يمكن أن يكون محلاً مشروعاً للمعاملات المالية[8]، فالإنسان ليس مالاً وكما يقول ابن عابدين (الأدمي مكرم شرعاً وإن كان كافراً، فإيراد العقد عليه وابتذاله وإلحاقه بالجمادات أذل له وهو غير جائز) [9].

رابعاً: يجب أن لا يترتب على استقطاع العضو البشري من الإنسان الحي الضرر فاحش بالمعطى، بمعنى أن يكون العضو المراد استقطاعه من الأعضاء المزدوجة في جسم الإنسان بناءاً عليه لا يجوز مطلقاً استقطاع عضو

1 – أنظر المبسط للسيوطي، ح287/6.
2 – البكوتي منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات، دار الفكر بيروت، ج410/3.
3 – أنظر المبسوط، مرجع سابق، ص 287
4 – أنظر عمار عباس حسني، مرجع سابق، ص 433
5 – نفس المرجع، نفس الموضوع.
6 – نسرين عبد الحميد نبيه، نقل وبيع الأعضاء البشرية بين لشريعة والقوانين الوضعية، دار الوفاء، الإسكندرية، ط1، 2008، ص: 14.
7 – نسرين عبد الحميد نبيه، نفس المرجع، ص: 14.
8 – أنظر عباس حسيني، المرجع السابق، ص: 434
9 – أنظر حاشية رد المحتار، لإبن عابدين، مرجع سابق، ص: 162.

بشري إذا ترتب عليه موت المعطي كالقلب مثلاً لأن ذلك بعد انتحاراً وهو كبيرة من الكبائر، اللهم إذا كان من يؤخذ منه القلب مهدر الدم لأنه لا حرمة لحياته فهي مستحقة الإزالة أصلاً، كما يشترط أن لا يترتب على ذلك الاستقطاع أي خلل في جسم الإنسان المعطي يمنعه من أداء واجباته الدينية على وجهها الأكمل[1].

خامسا: ألا يؤدي نقل العضو إلى ضرورة محقق بالمنقول منه يضره كلياً أو جزئياً أو يمنعه من مزاولة عمله الذي يباشره في الحياة مادياً أو معنوياً، أو يؤثر عليه سلبياً في حال أو المآل بطريقة مؤكدة من الناحية الطبية، كأن يكون العضو المنقول أساسياً في الحياة مثل القلب والكبد وغيرها ، لأن مصلحة المنقول إليه ليست بأولى من الناحية الشرعية من مصلحة المنقول منه، والضرر لا يزال بالضرر، ولا ضرر ولا ضرار، ويكفي في ذلك المصلحة الغالبة الراجحة، والضرر القليل المحتمل عادة و عرفاً وشرعاً لا يمنع هذا الجواز في الترخيص إذا تم العلم به مسبقاً وأمكن تحمله أو الوقاية منه مادياً ومعنوياً بالنسبة للمنقول منه، ويحدد ذلك أهل الخبرة الطبية العدول[2].

سادساً: أن تقدر الضرورة بقدرها[3]، بمعنى أن الإستقطاع لا يباح إلا بالقدر الذي يستهدف به تفادي خطر أو أضرار عند المتلقي أعظم من الضرر الذي يتعرض له المعطي.

سابعاً: أن لا تؤثر الأعضاء المستقطعة من جسم الإنسان في إختلاط الإنسان كنقل البويضة من رحم امرأة إلى رحم امرأة عاقر أو نقل حيمن إلى رحم امرأة زوجها عاقر للحصول على الولد أو مزج بعض مركبات رجل بمركبات دم رجل أخر للحصول على مواصفات وراثية معينة، فمثل هذه الأعمال لا تباح وهي محرمة شرعاً. لأنها تؤدي إلى التلاعب بأصل الإنسانية، كما أن الغاية العلاجية فيها ليست ضرورية[4].

ثامناً: أن يكون بتر واستقطاع العضو البشري هو الوسيلة الوحيدة لإنقاذ ذلك المريض بمعنى أن لا يكون هنالك عضو مماثل يؤدي لنفس الحاجة العضوية، يمكن استقطاعه من الحيوان أو من جثة الميت أو تركيبه صناعياً فعند ذلك لا يباح استقطاع العضو البشري من الحي لزرعه في جسد آخر[5].

1 – أنظر عمار عباس حسني، المرجع السابق، ص: 435
2 – انظر: نسرين عبد الحميد نبيه، نقل وبيع الأعضاء البشرية بين لشريعة والقوانين الوضعية، ط1، دار الوفاء، الإسكندرية ، 2008، ص: 14
3 – أنظر المادة (25) من مجلة الأحكام العدلية.
4 – أنظر عمار عباس حسني، مرجع سابق، ص: 436
5 – أنظر عمار عباس حسني، مرجع سابق، ص: 436

المطلب الثالث: الضرورة القتل بدافع الرحمة

يعرف القتل بدافع الرحمة بأنه ذلك الموت الرحيم الذي يخلص مريضاً لا يرجى شفائه من آلامه، أو هو طريقة لإعانة الشخص على الموت بنفسه أو مساعدة الغير موتاً هادئاً[1].

والقتل بدافع الرحمة، بمعناه الواسع يشمل كل الأسباب التي تدفع الشخص إلى قتل نفسه أو طلب ذلك من الغير أو قيام الغير بذلك بدون طلب المجني عليه، والأسباب إلى ذلك عديدة فقد تكون اقتصادية أو اجتماعية أو فكرية أو صحية[2]، غير أن المقصود في الدراسة هو المعني الضيق للقتل بدافع الرحمة الذي لا يمكن أن يتسع لكل هذه الأسباب فالمقصود هنا هو الأسباب الصحية، فقد يصاب أحد الناس بمرض عضال يصبح معه طريح الفراش ويظل يعاني من الأوجاع الجسدية، والآلام النفسية حيث يقف العلم والعلاج عاجزاً عن شفائه فهو مريض ميؤوس من شفائه كما أن حياته تصبح حياة لا فائدة من استمرارها ويصبح في وضع يجعل من يشرف على علاجه أو العناية به يشفق على حالته ويتمنى له الموت حتى يستريح من المعاناة اليومية، لذلك فقد يقدم المريض أو الطبيب أو القريب الذي يتولى رعاية المريض إحداث الموت له بطريقة أو بأخرى، إشفاقاً منه على حاله أو قد يقوم المريض هو نفسه بإنهاء تلك الآلام عن طريق الانتحار أو طلب ذلك من الغير[3]

صور قتل المريض بدافع الرحمة:

يتخذ قتل المريض بدافع الرحمة صوراً متعددة يكاد يكون حكم الشريعة الإسلامية فيها وحداً إلا وهو التحريم، ولعل أهم هذه الصور:

الصورة الأولى: قتل المريض نفسه (الإنتحار)

الصورة الثانية: هي الصورة التي يقتل فيها الإنسان نفسه بمساعدة الغير.

الصورة الثالثة: هي الصورة التي يطلب فيها المريض من الغير إنهاء حياته.

الصورة الثالثة: هي الصورة التي لا يطلب فيها المريض ذلك، بل يقوم الغير بذلك إشفاقاً على المريض ويدخل في هذه الصورة إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي.

الصورة الأولى:

بهذه الصورة تخضع للقواعد العامة للإنتحار في الشريعة الإسلامية القاضية بالتحريم والأدلة على ذلك متعددة من القرآن والسنة النبوية الشريفة.

1 – عمار عباس حسيني، المرجع السابق، ص 437
2 – نفس المرجع، ص 437
3 – نفس المرجع، ص 437

ففي القرآن الكريم، قال تعالى: ﴿وَلا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ عُدْوَانًا وَظُلْمًا فَسَوْفَ نُصْلِيهِ نَارًا وَكَانَ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا﴾[1] وقوله تعالى:﴿ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [2] وقوله تعالى:﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ﴾ [3] ووجه الدلالة في الآية الكريمة هو أن الله سبحانه وتعالى حرم قتل النفس بصورة مباشرة أو غير مباشرة، والإنتحار قتل النفس بصورة مباشرة وهو إلقاء النفس في التهلكة، وحق الحياة كما رأينا هو من الحقوق المشتركة بين العبد وربه، ومن السنة النبوية الشريفة ورد العديد من الأحاديث التي تؤكد على تحريم قتل الإنسان لنفسه وإن كان مريضاً ميؤوساً من شفائه فقد ورد عنه صلى الله عليه وسلم: « وَمَنْ تَحَسَّى سُمًّا فَقَتَلَ نَفْسَهُ فَسُمُّهُ فِي يَدِهِ يَتَحَسَّاهُ فِي نَارِ جَهَنَّمَ خَالِدًا مُخَلَّدًا فيها أَبَدًا»[4] ، وقد ورد عنه صلى الله عليه وسلم: « مَنْ قَتَلَ نَفْسَهُ بِحَدِيدَةٍ فَحَدِيدَتُهُ فِي يَدِهِ يَتَوَجَّأُ بِهَا فِي بَطْنِهِ فِي نَارِ جَهَنَّمَ خَالِداً فِيهَا أَبَداً، وَمَنْ شَرِبَ سَمّاً فَقَتَلَ نَفْسَهُ فَهُوَ يَتَحَسَّاهُ فِي نَارِ جَهَنَّمَ خَالِداً مُخَلَّداً فِيهَا أَبَداً، وَمَنْ تَرَدَّى مِنْ جَبَلٍ فَقَتَلَ نَفْسَهُ فَهُوَ يَتَرَدَّى فِي نَارِ جَهَنَّمَ خَالِداً مُخَلَّداً فِيهَا أَبَداً»[5] وقوله صلى الله عليه وسلم: « كَانَ فِيمَنْ كَانَ قَبْلَكُمْ رَجُلٌ بِهِ جُرْحٌ ، فَجَزِعَ ، فَأَخَذَ سِكِّينًا ، فَحَزَّ بِهَا يَدَهُ ، فَمَا رَقَأَ الدَّمُ حَتَّى مَاتَ . قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : بَادَرَنِي عَبْدِي بِنَفْسِهِ ، حَرَّمْتُ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ»[6]

من ذلك يتضح أن اليأس من الشفاء لا يشكل ضرورة تبيح الإنتحار، فالإنتحار قتل النفس وهو أمر منهي عنه كما رأينا – بل أن على المؤمن المريض أن يوكل أمره إلى الله فهو الشافي والمعافي وليس لأي مخلوق أن يجزم باليأس من شفاء المريض وعدم الفائدة من علاجه، كما أن المرض ابتلاء من الباري عز وجل وعلى المسلم الصبر على الإبتلاء في كل صوره.

وما يؤكد هذا المعنى ما ورد في المحلى لابن حزم الظاهري في: أنه في بعض الغزوات أصيب بعض الصحابة بإصابات قاتلة وظلوا أياماً يعانون من الآلام المبرحة، قبل أن يتوفاهم الله ، لكن لم يتبادر إلى ذهن أحد من الصحابة أو من غيرهم أن يضعوا حداً لهذه الآلام المبرحة عن طريق قتلهم[7].

نلخص من كل ما تقدم إلى أن الشريعة الإسلامية تعتبر الإنتحار فعلاً محرماً و تعاقب عليه عقاباً دنيوياً بالتعزير إذا بلغ حد الشروع فقط بإعتباره معصية نهى عنه الله ورسوله، فيستحق من يرتكبها أن يعزر عليها، أما إذا بلغ المنتحر الموت تكون عقوبته حينذاك عقوبة أخروية كما أنه ليس لحالة الضرورة أي تأثير على وصف الإنتحار إذ أنها لا تبيحه مطلقاً والأدلة على ذلك متعاضدة كما تقدم.

1 – سورة النساء، الآيتان: 29–30.
2 – سورة البقرة الآية: 198.
3 – سورة الأحزاب الآية: 36.
4 – أنظر صحيح مسلم، الجزء الأول، ص 65
5 – انظر صحيح البخاري بشرح فتح الباريح247/10 رقم الحديث: 5778 ؛ صحيح مسلم، ج66/1 رقم الحديث: 175.
6 – انظر: صحيح البخاري، ج496/6، رقم الحديث: 3463.
7 – أنظر المحلى لابن حزم/ ج418/7، ج518/10.

الصورة الثانية:

هي الصورة التي يقتل فيها الإنسان نفسه بمساعدة غيره كأن يقدم هذا الغير مواد إلى ذلك المريض تساعده على الانتحار، وبإفتراض أن من قدم هذا المواد يعلم أن المريض يستخدمها في قتل نفسه، فإن حالة الضرورة لا تبرر مثل هذا الفعل بالنسبة لمن قدم تلك المواد، هذا فضلاً عن أنها لا تبرر فعل الانتحار للمريض كما تقدم.

فهذا النوع من المساعدة محرم، ومعاقب عليه والأدلة على ذلك واضحة من القرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع فقهاء المسلمين، ففي القرآن الكريم قال تعالى: ﴿وَلا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلاّ بِالْحَقِّ﴾[1] ووجه الدلالة في الآية الكريمة أن المساعدة على الانتحار هي قتل للنفس بغير الحق، كما قاله سبحانه وتعالى ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلا تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾[2] ووجه الدلالة أن تقديم المواد التي من شأنها أن تساعد المريض على الانتحار ليست سوى إعانة على الإثم، وقد نهى سبحانه وتعالى عن مثل تلك الإعانة.

والسنة النبوية تؤكد المعنى المتقدم بقوله صلى الله عليه وسلم: «مَنْ أَعَانَ عَلَى قَتْلِ مُؤْمِنٍ بِشَطْرِ كَلِمَةٍ لَقِيَ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ مَكْتُوبٌ بَيْنَ عَيْنَيْهِ آيِسٌ مِنْ رَحْمَةِ اللَّهِ»[3]، كما قال صلى الله عليه وسلم: «مَن رَأى مِنكُم مُنكَرَاً فَلْيُغَيِّرْهُ بِيَدِهِ، فَإِنْ لَمْ يَستَطعْ فَبِلِسَانِهِ، فَإِنْ لَمْ يَستَطعْ فَبِقَلبِه وَذَلِكَ أَضْعَفُ الإِيمَانِ»[4]، ووجه الدلالة في الحديث الشريف هو بما أن الانتحار عمل منكر فمن واجب الإنسان النهي عنه وعدم تقديم المساعدة التي تفضي إليه لكونه عمل منكر وقد اتفق جمهور فقهاء المسلمين بإستثناء الحنفية[5]، على وجوب عقوبة القصاص من يقتل غيره مباشرة أو تسبباً والمساعدة على الانتحار هي قتل بالتسبب، كما أن قاعدة (الحسبة) أي الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر[6] تؤدي إلى هذه النتيجة أي تحريم أفعال المساعدة على الانتحار من باب أن تلك المساعدة على الانتحار أمر منكر وليس بنا حاجة إلى القول هنا أنه في جميع الأحوال بما فيها الضرورة لا يباح قتل النفس.

عليه فإنه هذه الصورة (الثانية) من صور قتل المريض بدافع الرحمة محرمة ولا يمكن إباحتها.

الصورة الثالثة:

هي الصورة التي يطلب فيها المريض من الغير إنهاء حياته ومثل هذه الصورة تتمثل في أن يطلب هذا المريض من القائم على رعايته كأحد أبنائه أو ممرضه أو طبيبه انهاء حياته لتخليصه من آلام المريض التي لم تعد تطاق وقد يحتج الفاعل هنا بحالة الضرورة بالقول أنه قام بذلك الفعل تحت ضغط وتوسلات المريض الذي لم تعد آلامه تطاق، وحكم هذه الصورة التحريم أيضاً[7].

1 – سورة الإسراء الآية 33.
2 – سورة المائدة الآية 02.
3 – أنظر سنن ابن ماجة ج874/2 الحديث رقم: 2620
4 – رواه مسلم بسند صحيح عن ابي سعد الخذري؛ أنظر صحيح مسلم، كتاب الإيمان، ج79/6، الحديث رقم 78
5 – فقد ذهب فقهاء الحنفية إلى أنه القصاص في القتل بالتسبب، ولكن فيه الدية وعقولات التعزيزية، أنظر بدائع الصنائع، للكساني، ج239/7.
6 – عمار عباس حسيني، ص 443.
7 – نفس المرجع، ص: 443

1) أن حالة الضرورة –كما رأينا لا تبيح قتل الإنسان لغيره لأن الأنفس معصومة ولا ينتزعها إلا بارئها؛
2) أن من واجب الغير – القائم على رعاية المريض –كالإبن أو الممرض ومن على شاكلتهم، أن يقوم بتقوية وتثبيت الوازع الديني لدى المريض ومساعدته على التخلص من الأفكار السوداء التي تدفعه إلى التفكير بالموت مذكراً إياه أن الأرواح بيد الله سبحانه وتعالى، قال تعالى: ﴿وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ مَاذَا تَكْسِبُ غَدًا وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ بِأَيِّ أَرْضٍ تَمُوتُ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾[1]؛
3) أن رضاء المجنى عليه في الشريعة الإسلامية لا يبيح القتل فالفعل يبقى محرماً ولا يؤثر فيه القول أن المجني عليه كان راضياً بهذا الإعتداء وقد اتفق فقهاء المسلمين على ذلك[2] وأن اختلفوا في العقوبة التي توقع على الجاني.

وحجة هؤلاء الفقهاء أن النفس ليست مباحة إنما هي محرمة حتى على صاحبها إذ لا يجوز له أن يقتل نفسه بالتالي فمن باب أولى أن يكون قتله غير جائز لأن إذنه كان في شيء لا يملكه ، فالإذن لا يرفع الحرمة عن القتل برضا المجني عليه لأن عصمة دماء الناس مما لا تحتمل الإباحة[3].

الصورة الرابعة:

هي الصورة التي لا يطلب فيها الميؤوس من شفائه من الغير كالطبيب مثلاً، إنهاء حياته إلا أن ذلك الغير يبادر من تلقاء نفسه بقتل المريض بدافع الرحمة أو الشفقة وهذه الصورة لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تبررها حالة الضرورة، فضلاً عما تقدم من أن حالة الضرورة لا تبيح قتل الغير فإن هذه الحالة تعد من قبيل القتل العمد، والأدلة على ذلك كثيرة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وإجماع فقهاء المسلمين[4].

فمن القرآن الكريم قال تعالى: ﴿ وَلاَ تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ ﴾[5] ووجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى حرم قتل الإنسان إلا بالحق كأن يكون مهدر الدم أو مرتد وكذلك قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا﴾[6].

ومن السنة النبوية وردت العديد من الأحاديث الشريفة التي تؤكد كذلك حرمة قتل الغير حيث جعل الشارع أول ما يقضي به بين الناس يوم القيامة هو الدماء، لقوله صلى الله عليه وسلم: «أَوَّلُ مَا يُقْضَى بَيْنَ النَّاسِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، فِي الدِّمَاءِ»[7].

1 – سورة لقمان الآية: 34
2 – أنظر مثلاً: نهاية المحتاج ، ج428/7؛ بدائع الصنائع، ج236/7؛ المحلى لابن حزم، ح518/10؛ التاج المذهب لأحكام المذهب، لحميد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني، مصبعة دار احياء الكتب العربية، مصر ط1، 1997، ج285/4.
3 – المرجع السابق المواضيع المشار إليها.
4 – أنظر عمار عباس حسيني، مرجع سابق، ص 444.
5 – سورة الإسراء الآية: 33.
6 – سورة النساء، الآية 93
7 – الشوكاني: نيل الأوطار، مرجع سابق، ج196/7.

وقتل المريض الميؤوس من شفائه هو قتل عمد تتوافر فيه كافة شروط القتل العمد، ولا يبرر القول بغير ذلك أن الدافع إلى القتل كان الضرورة، أي الخطر الحال والجسيم الذي كان يعاني منه المريض ذلك لإنتفاء العديد من عناصر الضرورة كإنتفاء شرط اللزوم إذ أن القتل ليس هو الوسيلة الوحيدة لتفادي خطر المرض كما أنه ليس هناك تناسب بين إنهاء حياة المريض والمرض الذي يقاسي منه.

ومن التطبيقات التي أوردها فقهاء المسلمين التي يستفاد منها حرمة قتل المريض الميؤوس من شفائه أو من ذهب جزء من حياته، ما ذهب إليه بعضهم من أنه إذا اعتدى إنسان على آخر فأوشكه على الهلاك ثم اعتدى هذا الأخير فيما بعد على إنسان فأفقده ما تبقى من حياته فمذهب جمهور الفقهاء أن القاتل هو المعتدي الثاني وليس الأول ولا يبرر من عدم ذلك القول أن المجني عليه كان على وشك الهلاك عند قتله من قبل المعتدي الثاني لأن المجني عليه كان عند الإعتداء الثاني معدوداً في جملة الأحياء فهو يرث ويوصي[1].

إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي:

لقد أثار الإنعاش الصناعي مشكلة دينية تتعلق بالقدرة على إعادة الحياة للموتى فقد قيل بأن هناك أشخاصاً قد ماتوا واعيدت لهم الحياة بوسائل طبية الأمر الذي يتعارض مع القيم العقائدية التي تقضي بأنه ليس بمقدور البشر إعادة الحياة لمن مات إلا إذا كان بمعجزة أنزلها الله سبحانه وتعالى بسلطان من عنده[2].

ولمعرفة أحكام إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي وهل هو جائز عند الضرورة أم لا، لابد من معرفة حقيقة ألا وهي أنه إذا كانت المدة بين توقف القلب والرئتين عن العمل وبين موت المخ، لا تستغرق غير بضع دقائق حيث يعد الإنسان في هذه الفترة القصيرة من بين الأحياء، وبالتالي يفترض إنقاذه حتى لا تموت خلايا مخه ففي مثل هذه الحالة تستخدم أجهزة الإنعاش الصناعي لتزويد خلايا المخ بالدم والأكسجين اللذين تتوقف عليهما حياته إذن فالغرض من استخدام هذه الأجهزة هو ضمان استمرار الحياة ولا يعد بعد ذلك من قبيل إعادة الحياة إليه لأنه مازال حياً في حكم الشرع[3]، ولا يجوز للطبيب رفع أجهزة الإنعاش هذه إلا في حالتين:

1) التأكد من موت خلايا مخ المريض، وهذا المعيار الطبي والشرعي للموت[4]، ولما كان المخ يسيطر على المراكز العليا في الإنسان بالتالي دوره في تناسق عمل وظائف أعضاء الجسم فالإنسان يفقد بموت مخه كل الصفات طبا وشرعا وليس في مقدور البشر أن يعيد الحياة إليه، وإذا كانت أجهزة الإنعاش الصناعي لا تكفل في هذه الحالة إلا الحياة الصناعية بعض خلايا الجسم فلا يصح القول بأنها تعيد الحياة للموتى[5].

1 – أنظر: المحلى لابن حزم، ج18/10؛ المنثور في القواعد للزركشي، ح106/2؛ مواهب الجليل للحطاب، ج244/6؛ حاسية رد المحتار لابن عابدين، ج361/5.

2 – عمار عباس حسيني، مرجع سابق، ص 446

3 – نفس المرجع، ص 447

4 – أنظر: تعرف الوفاة الدماغية بأنها العطل التام لجميع وظائف الدماغ الكلية بما في ذلك جذع الدماغ تعطلاً لا رجعة فيه، أنظر كذلك المغز لابن قدامة، ج452/2؛ المنشور في القواعد للزركشي، ج107/2.

5 – ن عمار عباس حسيني، المرجع السابق، ص 447.

تطبيقاً لذلك فإنه لا صعوبة في القول أن إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي يعد قتلاً من ثم قبل موت خلايا مخ المريض ولا يمكن الإحتجاج بحالة الضرورة الناشئة عن اليأس من شفاء المريض.

2) التأكد من إنتفاء حاجة المريض لأجهزة الإنعاش الصناعي، بمعنى التأكد من إستمرارية تدفق الدم إلى خلايا المخ وضمان إستمرار حياته طبعياً حتى وإن رفعت هذه الأجهزة.

والسؤال الذي يثار هنا ما الحكم عند رفع أجهزة الإنعاش الصناعي من المريض الميؤوس من شفائه متى كان هناك مريض آخر يمكن إنقاذ حياته في الظن الغالب بتركيب تلك الأجهزة؟

حقيقة أن الجواب على هذا السؤال يتم بالرجوع إلى القواعد العامة في الشريعة الإسلامية ومنها أنه: (إذا تعارضت مصلحتان أحداهما محققة والأخرى محتملة تقدم المصلحة المحققة على المحتملة)، ومثلوا لذلك بحكم القاضي بموت الزوج المفقود لمصلحة زوجته.

فمصلحتها محققة ومصلحة بقاء الزوج على قيد الحياة محتملة فتقدم الأولى على الثانية[1]. كما أن الطبيب هنا مخول طبقاً للقواعد الكلية بالتقديم والتأخير شرط أن يقدم إختياره في تركيب تلك الأجهزة على معايير موضوعية وليس على إعتبارات شخصية تعتمد المال والسلطة وغيرها[2].

من كل ما تقدم يتضح أن الضرورة قد تدعو إلى رفع أو إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي في صور ودوافع متعددة لعل أهمها اليأس من شفاء المريض، وإن كان يعيش تحت رحمة تلك الأجهزة أو تزاحم أكثر من مريض على جهاز واحد أو عدد محدود من الأجهزة لا يكفي للمرضى المحتاجين إليها وعرفنا أنه في الحالة الأولى لا يمكن التسليم بالموافقة على رفع تلك الأجهزة ما لم يتم التأكد من موت خلايا مخ المريض لأن المريض هنا يعتبر في عداد الأحياء[3].

أما في الحالة الثانية فرأينا أن الطبيب مخول وفقاً لقواعد الموازنة بين المصالح في إعطاء الأولوية في إستخدام تلك الأجهزة وفقا لقواعد موضوعية لا شخصية

المطلب الرابع: الضرورة في منع الحمل والعقم الجنسي:

منع الحمل أمر معروف منذ العصور القديمة فقد ورد في الكتاب (قصة الحضارة) نقلاً عن كتب الطب القديمة ما نصه : " .. استعمال بعض الأعشاب بما يسببه اعوجاج الرحم يمنع الحمل تحاشياً للفضيحة أو العقوبة على ظهور الحمل لعلاقات غير مشروعة"[4]، ويختلف حكم منع الحمل بإختلاف الباعث إليه، واختلاف مدته، وبهذا يقسم منع الحمل إلى قسمين هما:

1 – أنظر الزلمي، مرجع سابق، ص: 263.
2 – عمار عباس حسيني، مرجع سابق، ص 448
3 – نفس المرجع السابق، ص 449.
4 – انظر قصة الحضارة لويل ديورانت، ج87/1؛ أنظر عمار عباس حسيني، ص: 449.

المنع الوقتي:

للمنع الوقتي وسائل تستعمل من قبل الزوج كالقذف خارج المهبل أو في كيس مربوط بالقضيب، ومنها من قبل الزوجة كإستعمال أدوية منع أو بواسطة شد الرحم من قبل الطبيب بصورة وقتية أو نحو ذلك، والوسيلة التي كانت مستخدمة في عهد الرسالة هي العزل، والعزل هو أن يجامع الرجل زوجته فإذا إقترب الإنزال نزع وانسحب ليتم الإنزال المنوي خارج المهبل[1].

وهذا المنع مختلف في حكمه في الشريعة الإسلامية، وللفقهاء المسلمين في ذلك آراء ثلاثة كما يلي:

الرأي الأول:

ذهب هذا الرأي إلى تحريم المنع المؤقت مطلقاً أياً كانت الوسيلة وأسبابه وهو رأي ابن حزم الظاهري[2]، وقد استدل ابن حزم في رأيه هذا بالعديد من الأدلة منها قوله تعالى: ﴿وَإِذَا الْمَوْءُودَةُ سُئِلَتْ بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ﴾[3] غير أنه يرد على هذا الدليل أن الوأد في اللغة يعني (دفن الحي) ومنه قوله تعالى سالف الذكر، ولو كان قتل الحيمن **وّاذا لكان** العزل قتلاً لما يزيد على مليون حي، عليه ستكون عفوية العزل – وفق هذا الرأي – هي عقوبة وأد مائة مليون موءودة، وكفارة مائة مليون وأد عن كل وأد عنق رقبة هي عقوبة من المستحيل الإلزام أو الإلتزام بها.

كما يؤكد الغزالي هذا الرأي، بقوله : " ليس كالإجهاض والوأد لأن ذلك جناية على موجود حاصل"[4]. بمعنى أن العزل ليس إجهاضاً ولا وأداً.

الرأي الثاني:

هو اختيار فقهاء الشافعية[5]، ويذهب إلى ان العزل مباح مطلقاً سواء كان من الزوجة الحرة أو الأمة وجل أدلة هذا الرأي هي:

1) ما روي عن جابر رضي الله عنه قال «كُنَّا نَعْزِلُ عَلَى عَهْدِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَالْقُرْآنُ يَنْزِلُ»[6] فهذا يدل على إباحته وإلا لنهاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم.
2) إستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم «اعْزِلْ عَنْهَا إِنْ شِئْتَ ، فَإِنَّهُ سَيَأْتِيهَا مَا قُدِّرَ لَهَا»[7]

1 – أنظر عمار عباس حسيني، ص: 450.
2 – أنظر المحلى لابن حزم الظاهري، ج07/10
3 – سورة الكوثر، الآية 08.
4 – أنظر الغزالي محمد بن محمد أبو حامد: إحياء علوم الدين، دار الفكر، ج51/2.
5 – أنظر المهذب، اج66/2
6 – أنظر سنن الترميذي ح74/5، صحيح البخاري، ج58/4.
7 – أنظر عمار عباس حسيني، مرجع سابق، ص: 451.

الرأي الثالث:

وهو اختيار جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، وذهبوا إلى أن العزل من تم بإتفاق الزوجين كان جائزاً غير أنه لا يجوز أن يتم بدون موافقة الزوجة ، لأن ذلك حق مشترك بينهما، فلا يجوز للزوج أن يستبد بإرادته المنفردة، وإستدلوا على ذلك بما روي عن عمر بن الخطاب من أنه قال " نهى رسولُ الله صلى الله عليه وسلم أن يُعزَلَ عَنِ الحُرَّةِ إلا بإذْنِهَا " [1] وهذا الحديث يدل من خلال مفهوم المخالفة على جواز العزل بإذن الزوجة، كذلك يستدل عن طريق القياس على أن المنع المؤقت جائز بإتفاق الطرفين أيا كانت الوسيلة.

كما استدل أنصار هذا الرأي بالمعقول وهو أن الزوجة في الولد لها حقاً، وعليها من العزل ضرر، وبالتالي فلا يجوز العزل إلا بإذنها لأن إسقاط الحق لا يكون إلا من صاحبه وتحمل الضرر لا يكون إلا برضا المضرور في حدود ما يتحمل شرعاً[2].

المنع الدائم:

هو ما يسمى بالتعقيم الجنسي، وهذه الطريقة قديمة وتستخدم لمنع الحمل بشكل دائم أو لمنع المباشرة الجنسية، ولعل أشهر وسائلها (الخصاء)، وقد استعمله البابليون والأشوريون والفرس لأولاد الأسرى الذين كانوا يعتبرون عبيداً، وإستعمله المصريون للزنوج المجلوبين من السودان وغيرهم ثم إنتقلت هذه العادة إلى اليونانيين والرومانيين، وأخصاء يمنع الرجل من الممارسة الجنسية وكان يتم بطرق وحشية بدائية همجية منها قطع الخصيتين أو بسلهما أو رضهما ومنها قطع قضيب الرجل، وقد كان كثيراً من هؤلاء يسقطون موتى أثناء تلك العملية، وقد كان يعتبر عقوبة للزاني السارق عند الآشوريين وللخونة عن البابليون والفرس وقد استعمله المسيحيون في القرون الوسطى لأولادهم ليصبحوا رهباناً ثم انتقلت هذه العادة إلى بعض البلدان في الشرق الأوسط[3].

وقد يتم هذا النوع من المنع في الوقت الحاضر بطرق جراحيةّ، فللرجل يتم بسد أو ربط أو قطع الأنبوب الذي تسلكه النطاف من الخصية إلى الحويصلة المنوية وهو الأنبوب المسمى بـ: (الأسهر) وللنساء يتم بربط القنوات أو قطع القناتين الحاملتين للبويضات من المبيض إلى الرحم فلا تصل البويضة إلى المحل الذي تتحذ فيه مع الحيمن[4].

وهذا النوع بما يعتريه من آثار سيئة وخطيرة تتمثل بمنع الذرية طيلة فترة حياة الإنسان، ذكراً كان أم أنثى وما يتضمنه من خطر جراحي عند إجرائه لاسيما كما رأينا في كيفية إجرائه في العصور القديمة ، لا خلاف بأن مثل هذا النوع من المنع محرم لغير ضرورة علاجية[5]، وذلك العديد من الأدلة لعل أهمها:

1 – أنظر نيل الأوطار، للشوكاني، ج211/6–212.
2 – أنظر عمار عباس حسيني، ص 451.
3 – عمار عباس حسيني، نفس المرجع السابق، ص 453
4 – نفس المرجع ، ص 453.
5 – نفس المرجع، 453.

1) هناك العديد من الآيات الكريمة التي تؤكد صراحة وجوب الزواج لإستمرار النوع الإنساني كقوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَةِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ﴾[1]؛ وقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ ﴾[2] وغيرها من الآيات الكريمة الدالة على وجوب التناسل والتكاثر لإحياء وإعزاز الإسلام

2) ما ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم من وجوب الزواج والحث على التكاثر، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «تَنَاكَحُوا تَنَاسَلُوا تَكْثُرُوا فَإِنِّي مُبَاهٍ بِكُمُ الأُمَمَ يَوْمَ القِيَامَةِ»[3] وفي آخر القول (ولو بالقسط).

3) أن الغاية الأساسية من الزواج ليست الرغبات الجنسية، إنما هي إستمرار النوع الإنساني.

يتضح أن المنع الدائم محرماً شرعاً لأن التناسل والتكاثر سنة طبيعية أكد عليها سبحانه وتعالى في القرآن الكريم، وأكدتها سنة نبيه العظيم محمد صلى الله عليه وسلم وتناولها فقهاء المسلمين في باب (كتاب النكاح) كما أن هذا الحق أي التكاثر ليس من الحقوق التي يختص بها الزوج أو الزوجة لوحدهما، بل أنه من الحقوق المشتركة بين الإنسان وخالقه، والمجتمع لذلك فمن لا يملك الحق لا يملك التصرف فيه[4].

أما إجراء التعقيم الجنسي لضرورات أخرى غير الضرورة العلاجية فلا شك في حرمته وعدم جوازه كأن يكون إجراؤه لغايات مختلفة كما في الحالات التالية:

1) قد يقوم البعض بإجراء التعقيم الجنسي له أو لزوجته أو لكليهما معاً، لغايات ودوافع إقتصادية بمعنى لغرض تنظيم ميزانية الأسرة والخشية من كثرة المواليد الأمر الذي يشكل عبئاً على هذه الأسرة وبالتالي إحتمال إنهيار حساباتها الإقتصادية، ولا شك في حرمة مثل هذا النوع من التعقيم بنصوص صريحة وواضحة من القرآن الكريم كقوله تعالى: ﴿ وَلاَ تَقْتُلُواْ أَوْلادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلاقٍ نَّحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُم إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْءاً كَبِيراً﴾[5]، وقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ ﴾[6].
ووجه الدلالة في الآيات الكريمة أن عدم الإنجاب الدائم هو قتلاً للأبناء وهذا محرم بأي شكل من الأشكال وإن كان الدافع إلى ذلك اقتصاديا كما رأينا، لأن الله سبحانه وتعالى يبعث مع كل مولود رزقه.

2) قد يقوم البعض بإجراء عذا النوع من المنع لأسباب اجتماعية وتتعدد الصور التي تندرج تحت هذا المعنى منها:

1 – سورة النحل الآية: 72
2 – سورة الثور الآية 32.
3 – مسند أحمد ج241/5. سنن النسائي، ج68/4. أنظر كذلك سنن أبي داود، ج473/1.
4 – عمار عباس حسيني، مرجع سابق، ص 454.
5 – سورة الإسراء، الآية 31.
6 – سورة الأنعام، الآية 151.

- رغبة المرأة في الحفاظ على شبابها وقوامها وتحرزها من الطلق والنفاس، والرضاعة ولاشك في حرمة مثل هذا النوع من الدوافع على التعقيم كونه لا يمثل أي ضرورة علاجية كما أنه من خلال الموازنة بين مصلحة الإنجاب والتكاثر وهذه الدوافع نجد أن قيمة المصلحة الأولى أعلى بكثير وأهم من مصلحة جمال المرأة وقوامها؛
- قد يكون الدافع إلى مثل هذا النوع من منع الحمل هو الخوف من إنجاب البنات خشية العار، فلا شك في حرمة مثل هذا النوع من الدافع على التعقيم أو منع الحمل كونه من العادات الجاهلية الموروثة التي نهى الله سبحانه وتعالى عنها بنص صريح.

قال تعالى: ﴿ وَيَجْعَلُونَ لِلَّهِ الْبَنَاتِ سُبْحَانَهُ وَلَهُمْ مَا يَشْتَهُونَ (57) وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُمْ بِالْأُنْثَى ظَلَّ وَجْهُهُ مُسْوَدًّا وَهُوَ كَظِيمٌ (58) يَتَوَارَى مِنَ الْقَوْمِ مِنْ سُوءِ مَا بُشِّرَ بِهِ أَيُمْسِكُهُ عَلَى هُونٍ أَمْ يَدُسُّهُ فِي التُّرَابِ أَلَا سَاءَ مَا يَحْكُمُونَ (59) لِلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِالْآخِرَةِ مَثَلُ السَّوْءِ وَلِلَّهِ الْمَثَلُ الْأَعْلَى وَهُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ (60) ﴾[1]. وقوله تعالى: ﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاء يَهَبُ لِمَنْ يَشَاء إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَاء الذُّكُورَ (49) أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَن يَشَاء عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ (50)﴾[2].

فلا شك في عدم مشروعية مثل هذه الصور من التعقيم الجنسي كون الدافع إليها لا تقتضيه ولا تبرره الضرورة بأي صورة من صورها.

من كل ما تقدم يتضح أن المنع الدائم أو المؤقت جائز شرعا لضرورة علاجية لقوله تعالى: : ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلا عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾[3] ووفقا للقواعد الشرعية السالفة الذكر كقاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"[4] وقاعدة " الضرر يزال"[5] وقاعدة " الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"[6] وقاعدة " إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها بإرتكاب أخفها"[7].

1 – سورة النحل الآية: 57–60
2 – سورة الشورى، الآية: 49–50.
3 – سورة النحل الآية: 115.
4 – أنظر المادة (21) من مجلة الأحكام العدلية.
5 – أنظر المادة (20) من مجلة الأحكام العدلية.
6 – أنظر المادة (27) من مجلة الأحكام العدلية.
7 – أنظر المادة (28) من مجلة الأحكام العدلية.

المطلب الخامس: صور أخرى من الأعمال الطبية الضرورية

أولا: الضرورة في إفشاء السر الطبي:

إن من صلب مهنة الطبيب وإلتزاماته الأخلاقية الحفاظ على الأسرار التي يودعها المريض لديه والتي تتصل اتصالاً وثيقاً بالأمراض المصابين بها أو ما يتعلق منها بحياتهم الشخصية التي يتعرف عليها الطبيب أثناء قيامه بمهنته، وهذا الإلتزام فضلاً عن كونه إلتزاماً قانونياً[1]، يعد كذلك التزاما أخلاقياً وشرعياً، لأن الأسرار التي يعرفها الأطباء هنا بحكم مهنتهم هي بحكم الأمانة التي يودعها المريض لدى الطبيب.

قال تعالى: ﴿نَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾[2]، كما قول تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ﴾[3] ووجه الدلالة في الآيات الكريمة الواردة الله سبحانه وتعالى أكد حفظ الأمانات وعدم التفريط بها أو تسليمها إلى غير أهلها وأعتبر سبحانه وتعالى حفظ الأمانات والعهود من صفات المؤمنين.

كما أكدت السنة النبوية الشريفة على المعنى المتقدم بقوله صلى الله عليه وسلم: «آيَةُ الْمُنَافِقِ ثَلَاثٌ : إِذَا حَدَّثَ كَذَبَ ، وَإِذَا وَعَدَ أَخْلَفَ ، وَإِذَا اؤْتُمِنَ خَانَ»[4] ووجه الدلالة في الحديث الشريف أن الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم قد اعتبر خيانة الأمانة من آيات المنافق.

جدير بالذكر أن الالتزام بحفظ الأسرار التي يحصل عليها الطبيب بحكم مهنة ليس أمراً حديث العهد، فلا عجب إذا وجدنا كتب الطب الهندية تنص عليه كما عرفه روما في بعض عبارات شيشرون كما أن تاريخ الإمبراطورية الرومانية حافل بالكثير من العقوبات التي قضي بها على الأطباء لإفشائهم أسرار مهنتهم، ومن هذه العقوبات السجن والالقاء للوحوش[5].

غير أن هذا الالتزام لا يمكن عده التزاماً مطلقاً لأن هناك بعض الحالات يكون عدم الإفشاء فيها والتزام الكتمان مؤدياً إلى ضرر جسيم يلحق آحدى المصالح المعتبرة في حالات عديدة مثل:

- إذا استشير طبيب في مشروع زواج وهو يعلم أن المريض الذي لديه مصاب بمرض الزهري فهل يلتزم الطبيب بكتمان الأمر عن الطرف الأخر؟
- الطبيب الذي يكتشف أن عاملاً في مصنع الزجاج مصاب بمرض معد ومن طبيعة هذه الصناعة تساعد على إنتشاء العدوى، حيث يضطر العمال فيها إلى استعمال أنبوبة صغيرة مفتوحة من الجانبين

1 – حيث نصت على هذا الالتزام معظم التشريعات العقابية فضلاً عن التشريعات الخاصة.
2 – سورة النساء الآية: 58.
3 – سورة المؤمنون الآية 08.
4 – أنظر الحافظ أحمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، المجلد الأول، دار المعرفة، ص: 89، رقم الحديث: 33.
5 – عمار عباس حسيني، مرجع سابق، ص 463

تنقل من فم إلى فم[1]، فهل يباح للطبيب إعلان هذا المرض تلافياً لخطر المرض الذي سيصيب زملاءه في العمل؟

في الأمثلة الواردة وماشابهها نجد أن هناك تنازعاً بين مصلحتين، مصلحة المريض الذي من حقه الطبيعي أن تستر أسراره الشخصية وما يتصل بها طي الكتمان، ومصلحة الطرف الأخر متمثلة بمصلحة المجتمع، وفي المثال الأول نجد أن عدم الإفشاء بمرض الخطيب يؤدي في المستقبل إلى إنشاء أسرة كاملة مصابة بهذا المرض مما يؤدي إلى هدم نواة المجتمع (الأسرة)، وفي المثال الثاني نجد أن العامل المصاب بذلك المرض والذي يساهم في إنتاج كميات كبيرة من الزجاج يومياً من شأن عدم الإفشاء بمرضه أن يؤدي ذلك إلى الكتمان إلى نقل المرض المصاب به هذا العامل إلى العاملين الآخرين معه في نفس المعمل، ونفس الأمر في المثال الثالث الذي أوردناه[2].

ولا يختلف الأمر كثيراً إذا ما إكتشف الطبيب أثناء علاجه لمريضه أن هذا المريض قد ارتكب أو ساهم في ارتكاب جريمة.

بعد ذلك، السؤال يثار هنا، هل يعد الطبيب في حالة ضرورة إذا ما خرج عن إلتزامه بكتمان تلك الأسرار؟

حقيقة، بالرجوع إلى القواعد العامة نجد أن افشاء مثل هذه الأسرار مباح بل قد يرقى إلى مرتبة الواجب (فالضرورات تبيح المحظورات) [3]، كما أنه يختار أهون الشرين فالشر الذي يلحق المريض من إفشاء السر الطبي في الأحوال المتقدمة أهون من الشر الذي سيلحق بالمجتمع في حالة عدم الإفشاء.

وكذلك قاعدة (درأ المفاسد أولى من جلب المنافع) [4]، فدرأ مفسدة الحاق تلك الأمراض والإضرار بالأخرين أولى من مصلحة حفظ أسرار المريض وكذلك وفقاً للقاعدة (تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام) [5]، يمكن وجوب تحمل المريض للضرر الذي سيلحق به جراء الإفشاء بالسر الطبي، دفعاً للضرر العام الذي من المتمكن أن يلحق بالطرق الأخرى ونفس الأمر بالنسبة للقاعدة الشرعية العامة الأخرى كقاعدة (إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها بإرتكاب أخفها) [6]، وكذلك قاعدة (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف) [7]، وقاعدة (الضرر يزال) [8].

1 – عمار عباس حسيني، مرجع سابق، ص 464
2 – نفس المرجع، ص 465.
3 – أنظر المادة (21) من مجلة الأحكام العدلية.
4 – أنظر المادة (29) من مجلة الأحكام العدلية.
5 – أنظر المادة (26) من مجلة الأحكام العدلية.
6 – أنظر المادة (28) من مجلة الأحكام العدلية. يقول ابن رجب في قواعده (وإذا اجتمع لمضطر محرمان فإن كل منهما لا يباح بدون ضرورة، ولذلك وجب تقديم أخفهما مفسدة لأن زيادة لا ضرورة أليها فلا تباح)
7 – أنظر المادة (27) من مجلة الأحكام العدلية.
8 – أنظر المادة (20) من مجلة الأحكام العدلية.

من كل ما تقدم يتضح أن بإمكان الطبيب الخروج عن إلتزامه بكتمان اسرار المريض، متى ترتب على الإحتفاظ بتلك الأسرار ضرر حال وجسيم يحدق بالطرف الأخرى لا سبيل لتلافيه إلا بهذا الإفشاء.

جدير بالذكر أن (الضرورات تقدر بقدرها) [1]، فليس للطبيب إفشاء كل الأسرار التي يحصل عليها، بل فقط تلك الأسرار التي من شأن كتمانها وعدم إباحتها إلحاق ضرراً بالطرق الأخرى، أما الأسرار التي ليس للطرق الأخرى مصلحة راجحة في معرفتها فيجب كتمانها وعدم الإفشاء بها.

ثانياً: الضرورة في جراحة التجميل:

إن جراحة التجميل ليست كباقي الجراحة فالقصد بها الشفاء من علة، إنما الغرض من هذه الجراحة إصلاح تشويه يخدش الذوق العام أو يثير الألم والنقمة أو الاشمئزاز في النفوس ولم يكن هذا النوع من الجراحة حديث العهد، إنما له تطبيقات قديمة[2].

وقد اتسع هذا النوع من العمليات الجراحية[3]، في الوقت الحاضر نتيجة تطورات الحرب وما نجم عنها بما يسمى بمشوهي الحرب[4]، الذين نجد تشوههم هذا كثيراً ما يحرمهم من حقهم في الحياة الطبيعية وإكتساب الرزق أو الزواج أو يجعلهم محلاً للسخرية من قبل الناس أو محلاً لنقمة البشرية، ولهذا نجد أن بعض الدول تقوم بإخفاء مشوهي الحرب عندها في أمكنة خاصة بعيدة عن أعين الجمهور حتى لا تؤدي الأحياء بمنظرهم المريع، أضف إلى ذلك أن المشوهين أنفسهم قد يتعرضون إلى حالات عصبية عنيفة جراء هذا التشويه[5].

وهذه التشوهات قد لا تكون مكتسبة نتيجة الحروب[6]، أو غيرها، بل قد تكون تشوهات أو عيوب خلقية ولادية بمعنى أن الإنسان يولد وتولد معه مثل هذه التشوهات كإحتداب الظهر أو بروز الصدر أو التصاق أصبعين أو شق الشفة أو الحنك أو زيادة أصبع في اليد أو القدم أو زيادة قطعة غضروفية أو لحمية بارزة في وجهه .. إلخ من التشوهات. ويختلف حكم الإضطرار إلى مثل هذه العمليات حسب نوعها وكما يلي:

النوع الأول:

جراحة التجميل العلاجية هذا النوع يجري لإصلاح تشويه قائم (ولادي أو مكتسب) على أن يبلغ هذا التشوه درجة الجسامة بحيث يعرقل المجرى الطبيعي لحياة صاحب التشوه، كأن يمنعه من الزواج أو إكتساب الرزق أو تولي وظيفة ما، وهذا النوع من العمليات يعتبر من قبيل الضرورة العلاجية إذا تحققت عناصر الضرورة بمعنى أن يكون هذا التشوه على درجة من الجسامة بحيث يؤثر على حالة المريض النفسية وأن لا يوجد سبيل لتفادي ذلك

1 – أنظر المادة (22) من مجلة الأحكام العدلية.
2 – عمار عباس حسيني، مرجع سابق، ص 466–467.
3 – قد اتسع نطاق مثل هذه العمليات في العراق في الآونة الأخيرة، وأصبحت تجري ي العديد من المستشفيات المتخصصة الحكومية والأهلية.
4 – نفس المرجع السابق، ص 467.
5 – أنظر زكي الأبراشي: مسؤولية الأطباء الجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، القاهرة، ص499
6 – وقد لا تكون تلك التشوهات المكتسبة ناشئة عن الحروب فقط، ذلك أن الواقع اليوم يؤكد وجود العديد من أشكال التشوهات الناشئة عن الحروق المختلفة أو الشجارات المؤدية إلى إحداث عاهة مستديمة.

التشوه إلا هذا التدخل الجراحي، كما يشترط أن يكون الهدف منها هدفاً علاجياً وأن تجري تحت إشراف المختصين من الأطباء بهذا المجال لما لهذا النوع من العمليات الجراحية من خطورة واضحة في عدم تحقق النتيجة المبتغاة[1].

فليس القول بجواز إزالة العيب الخلقي مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية بل على العكس فهي إن لم تكن توجبه فهي لا تحرمه، وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن بعض العيوب الخلقية تمنع من **إنعقاد الآمامة**، لذا فإن من الواجب إزالة تلك العيوب متى كان ذلك ممكناً[2].

ومن كل ما تقدم يتضح أن جراحة التجميل لمثل هذا النوع من التشوهات مباحة وفقاً لأحكام الضرورة العلاجية، فالشريعة الإسلامية وجدت لترعى ضرورات الحياة، وبما أن الأفراد جميعهم ضعفاء أمام الألم الجسماني، والنفساني وأحياناً لا يستطعون الاستمرار في تحمله بل يفضلون الموت على البقاء في أحضان الألم، ولهذا نجد هذا النوع من الجراحة التجميلية مباح وفقاً لأحكام الضرورة العلاجية[3]، ووجه الضرورة هنا أن الشخص هنا سيجد نفسه ازاء موقفين متعارضين لابد من اختيار أحدهما، فإما أن تظل هذه العاهة قائمة مع السنين، وتبقى آلامها مستمرة أو يتم اجتثاث هذا العيب وتوفير الراحة النفسية لهذا الشخص وهو الحل الأفضل.

وقد ذهبت دار الإفتاء المصرية إلى مشروعية مثل هذا النوع من الجراحة متى كان التشويه القائم يؤثر على صحة الفرد النفسية وكان الهدف من جراء تلك الجراحة علاجياً[4]، كما أن مثل هذا النوع من الجراحة وفقاً للقواعد الشرعية الحكمة كقاعدة. (الضرر يزال) [5]، بمعنى إباحة ازالة الضرر الناشئ عن وجود مثل هذا التشوه.

النوع الثاني:

جراحة التجميل غير العلاجية هي ذلك النوع الذي يكون الغرض منه مجرداً عن كل هدف علاجي، حيث يكون الغرض منها زيادة الحسن ومحاولة إستبقاء الجمال، كأن تلجأ المرأة إلى هذه الجراحة لتؤخر فعل السنين وتحدي إرادة الزمن، وقلما تجد حالة الضرورة لها متسعاً في مثل هذه العمليات كونها مجردة عن كل هدف علاجي.

وقد إتسع مثل هذا النوع من الجراحة التجميلية حتى أن البعض قد أصبح من المولعين بتقويم أشكالهم، وإخفاء عيوبهم عن طريق هذا النوع من العمليات الجراحية في ألمانيا مثلاً وجد أن البعض ذهب إلى تغيير شكل أنفه مرتين في العام الواحد.

1 – أنظر عمار عباس حسيني، ص 468.
2 – نفس المرجع، ص 469.
3 – نفس المرجع، ص 469.
4 – انظر فتوى دار الإفتاء المصرية، سجل 103، تسلسل، 211، منشورة في مجلة الأزهر، المجلد 19، ص 906.
5 – أنظر المادة (20) من مجلة الأحكام العدلية.

وقد أكد الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم عدم مشروعية مثل هذا النوع من جراحة التجميل، لقوله صلى الله عليه وسلم: « لعَنَ المحِلِّلَ والمحَلَّلَ له والواشِمَةَ والموشُومَةَ والواسِمَةَ والموسُومَةَ والنامِصَةَ والمتَنَمِّصَةَ والوَاصِلَةَ والمسْتَوْصِلَةَ»[1].

وقد ذهبت بعض الفتاوي الشرعية الحديثة إلى تحريم مثل هذا النوع من العمليات لعدم تحقق الضرورة العلاجية فيها، فضلاً عن كونها تلاعباً في خلق الله سبحانه وتعالى.

ولا نرى أن ضرورة العلاجية مجال في مثل هذا النوع من جراحة التجميل لأن العيب المراد إصلاحه هنا هو عيب طبيعي ناشئ عن الآثار التي تفعلها السنون في الإنسان هذا فضلاً عما تقدم[2].

إلا أنه مع ذلك قد تجد حالة الضرورة (غير العلاجية) [3]، مجالاً لها في هذا النوع من جراحة التجميل، بالتالي تباح متى كان الهدف منها مشروعاً والوسائل المستخدمة مشروعة مثل ذلك أن تلجأ المرأة الكبيرة في السن غير المتزوجة إلى إصلاح فعل السنين من أجل التزوج وفقاً لسنة الحياة الطبيعية وكذلك الرجل.

أما إذا كان الهدف من هذه العمليات غير مشروعة[4]، كأن تلجأ المرأة (المومس) إلى ذلك من أجل الإحتفاظ بشباب دائم لغايات غير مشروعة كتصغير حجم النهدين أو إزالة التجاعيد في الوجه وباقي أجزاء الجسم كما يجري في أوساط معينة هذا اليوم .. تدارك فعل الدهر وإزالة أثر السنين فلا شك في عدم إباحتها.

ثالثاً: الضرورة في نقل الدم:

مع تقدم الطب يوم بعد يوم تبدو الضرورة العلاجية ملحة إلى نقل الدم البشري من شخص إلى آخر، فهل يجوز ذلك شرعاً؟

حقيقة لقد أصبح نقل الدم من الظواهر الطبية المعروفة كما أن الطب قد وضع أسسه وشروطه بحيث لا يؤثر على صحة الإنسان المتبرع، ومن ثم فائدة المريض، وبما أن طبيعة نقل الدم للمريض لا تكون إلا للضرورة القصوى فإن الضرورة العلاجية حاصلة والتداوي بنقل الدم جائز لهذه الصورة[5].

1 – ابو الفضل احمد بن علاء الدين ابن الحجر العسقلاني ، فتح الباري يشرح صحيح البخاري، المجلد العاشر، دار المعرفة، رقم الحديث 5931 ص: 372؛ أنظر كذلك صحيح مسلم، الجزء الثالث، ص: 329. رقم الحديث، 119–120.

2 – أنظر عمار عباس حسيني، مرجع سابق، ص 470.

3 – إحالة الضرورة المقصودة هنا هي أقرب إلى مفهوم الحاجة، منها إلى مفهوم الضرورة لتجردها من الخطر الجسيم الحال المحذق بالإنسان. عمار عباس حسيني ، مرجع سابق، ص 468.

4 – ولعل هذا النوع من العمليات يكون غير مشروعا، وذلك استناداً إلى باب سد الذرائع المفضية إلى مفاسد من كان الباعث فيها غير مشروعاً وقد ذهب بعض فقهاء الشريعة الإسلامية إلى وجود سد كل الذرائع المفضية إلى مفاسد، أنظر مثلاً: القرافي أحمد بن ادريس عبد الرحمن الصنهاجي، الفروق، دار المعرفة، بيروت، ص 33.

5 – أنظر عمار عباس حسيني، ص 472.

وقد ذهبت العديد من الفتاوي الشرعية[1]، لفقهاء محدثين إلى إجازة نقل الدم شرعاً مستدلين بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[2]، وقوله تعالى: ﴿فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾[3]، فمن هذه الآيات الكريمة استدلوا على القول بأنه إذا توقف شفاء المريض أو الجريح أو إنقاذ حياته على نقل الدم من شخص أخر بأن لا يوجد من المباحات ما يقوم مقامه في شفائه وإنقاذ حياته، جاز نقل الدم إليه وبلا شبهة ولو من غير مسلم، كذلك إذا توقفت سلامته على نقل هذا الدم جاز ذلك أما إذا لم يتوقف أصل الشفاء على ذلك ولكن يتوقف عليه تعجيل الشفاء فنصوص الشافعية تقضي بجواز لنقل الدم لتعجيل ذلك الشفاء وهو وجه عند الحنفية[4].

وخلاصة القول أنه إذا توقف شفاء المريض وإنقاذ حياته على نقل الدم جاز للضرورة العلاجية، والأدلة على ذلك متعاضدة من اللقرآن الكريم، والقواعد الشرعية والحكمة كقاعدة (الضرورات تبيح المحظورات) [5]، كم أن الواقع العملي اليوم يؤكد على أن نقل الدم أصبح ظاهرة طبية إعتبارية.

نخلص مما تقدم إلى أهم القيود أو الضوابط التي يجب مراعاتها عند نقل الدم من الشخص لآخر في حالة الضرورة العلاجية.

1) أن يكون هناك ضرر جسيم وحال يحذق بحياة المريض؛
2) أن لا يكون هناك من المباحات ما يقوم مقام الدم من الإنسان أو غيره، بحيث يؤدي إلى نفس الغرض المطلوب؛
3) أن يتم نقل الدم بوسائل طبية منعاً لنقل الأمراض إلى المتبرع عند سحب الدم منه أو المريض أثناء حقن الدم فيه؛
4) أن لا يكون نقل الدم بمقابل مالي، بمعنى أن يكون ذلك النقل قد تم هبة من المعطي وقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن (ثمن الدم) [6]؛
5) أن يكون سحب الدم من المتبرع بالقدر الضروري الذي لا يؤثر على صحته فلا يجوز سحب كل الدم مثلاً لأن ذلك سيؤدي إلى إنهاء حياة المتبرع حتماً وإن كان في ذلك إنقاذ لعدد كبير من المرضى المحتاجين لهذا الدم، إذ أن من شروط نقل الدم هنا لا يترتب على المتبرع ضرر فاحش، كما أن الضرورات تقدر بقدرها.

1 – من فتاوي لجنة الشريف، ص: 202.
2 – سورة البقرة الآية 173.
3 – سورة الأنعام الآية 119.
4 – الفتوى السابقة، نفس الصفحة.
5 – أنظر المادة (21) من مجلة الأحكام العدلية.
6 – أنظر صحيح البخاري، بشرح فتح الباري، الجزء الأول، ص 463.

المبحث الثاني: أهم صور حالة الضرورة في المجال الطبي في القانون الوضعي

المطلب الأول: الإجهاض الضروري

الاجهاض الضروري:

لم تضع قوانين العقوبات تعريفاً لجريمة الإجهاض، غير أن تلك القوانين حرمت الاجهاض بنصوص واضحة ومحددة، كما أن شراح القانون جاؤوا بالعديد من التعاريف منها: الإجهاض هو إخراج الجنين عمداً من الرحم قبل الموعد الطبيعي للولادة[1].

كما عرفه الأستاذ " الجوهري": الاجهاض هو إخراج الجنين عمداً بوسيلة من شأنها أن تؤدي إلى إسقاطه قبل أن يستكمل مدة الحمل الطبيعية"[2].

كما عرفه الأستاذان (Gross and Jones) بأنه: إخراج الحمل من الرحم في غير الموعد الطبيعي له، وبلاضرورة بأية وسيلة من الوسائل[3].

والذي يبدو من هذه التعريفات أنها جميعاً تدور حول حقيقة أساسية هي أنهاء حياة الجنين قبل مدة ولادته أو قتله داخل الرحم[4].

أركان الاجهاض:

لا يمكن قيام جريمة الإجهاض ما لم تقم أركانها وشروطها وكما يلي:

الركن الأول: وجود الحمل

الحمل هو المحل الذي يقع عليه الاعتداء بالإجهاض ويمكن أن نطلق عليه (الجنين المسكن في الرحم)[5]، بعبارة أخرى لا تقع هذه الجريمة إلا على إمرأة حامل،والحمل هو البويضة الملقحة بدأ بالتلقيح إلى أن تتم الولادة الطبيعية، فلا يشترط أن يكون الجنين قد تَكَوَنَ أو دبت فيه الحركة، وتتم هذه الجريمة أيضاً متى نزل الجنين قبل موعده المقرر متى كان نزوله غير طبيعي[6].

1 – محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988م، ص 501.
2 – عمار عباس حسيني ، مرجع سابق، ص 490.
3 – نفس المرجع، ص 490.
4 – نفس المرجع، ص 490.
5 – أحمد أبو الروس، جرائم الاجهاض والاعتداء على العرض والشرف والاعتبار والحياء العام والاخلال بالآداب العامة من الوجهة القانونية والفنية، المكتبة القانونية، مكتب الجامعي الحديث، الازاريطة، الاسكندرية، ص 15.
6 – أحمد فتحي البهنمي، القصاص في الفقه الإسلامي، دار الشروق، القاهرة، الطبعة 05، 1989، ص 99.

فحياة الجنين تبدأ بالإخصاب أي تلقيح الحيوان لمنوي لبويضة المرأة، وبمجرد إندماج الخليتين المذكرة والمؤنثة يتكون الجنين ويستحق الحماية فالجنين هو البويضة الملقحة، أما نهاية حياة الجنين تكون حينما تبدأ عملية الولادة لا حينما تنتهي ويترتب على ذلك ما يلي[1]:

1) لا يعد إجهاضاً كل الأفعال التي تستهدف الحيلولة دون الاخصاب أي أفعال منع الحمل سواء كان ذلك بمنع الحيوان المنوي من الدخول إلى الرحم أو الأفعال التي تستهدف منعه من الوصول إلى البويضة أو منعه من تلقيحها.
2) لا يعد إجهاضاً كذلك قتل الوليد بعد الولادة، لأننا هنا نكون ازاء جريمة قتل عمد إنصبت على جسم كائن حي مستقل بحياته، ويعد الفعل هنا جريمة قتل لطفل حديث العهد بالولادة.
3) لا يعد جريمة قتل كل فعل انصب على حياة الجنين في بطن الأم، كون ذلك جريمة اجهاض، وقد حكمت محكمة النقض المصرية بـ (أن قتل الجنين لا يعد جريمة قتل بل إجهاض.
4) لا يعد اجهاضاً متى انفصل الجنين وبقي حياً، لأن الفعل هنا يعد (اعجالاً للولادة) وتعد النتيجة ظرفاً خارجاً عن إرادة الجاني حيث يعتبر الفعل هنا شروعاً في الجريمة.
5) لا يعد اجهاضاً كل فعل ارتكب بقصد الاجهاض تم اتضح أن المرأة ليست حاملاً لأن الجريمة هنا تعد جريمة مستحيلة التنفيذ لإنعدام الموضوع، وهو (الحمل)[2]، ويعد الفعل شروعاً في الجريمة. ومسألة التحقق من كون المرأة حامل أو غير حامل عند محاولة إسقاطها يعود لأهل الخبرة من الأطباء العدليين والشرعيين[3].

الركن الثاني: الركن المادي

أولا: فعل الإسقاط : ويشترط في هذا الركن شروط ثلاثة وهي:

يراد بفعل الإسقاط كل فعل من شأنه أن يفضي إلى موت الجنين أو خروجه من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته، وتستوى هنا كل وسائل الإسقاط وتقتصر أهمية الوسيلة على التمييز بين فئات جرائم الاجهاض، فالوسيلة العنيفة تقوم بها الجناية والوسيلة المجردة من العنف تقوم بها الجنحة ولكن ليست هناك وسيلة معينة تعد ركناً عاماً في جرائم الاجهاض، وقد عدد الشارع وسائل الاجهاض على سبيل المثال فأشار إلى الضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء إلى الأدوية أو الوسائل المؤيدة إلى الاسقاط[4].

1 – عمار عباس حسيني ، مرجع سابق، ص 492-502.
2 – ويدخل قبل هذه فيما لو كان الجنين ميتاً قبل وقوع الاسقاط حيث ينتفي المحل الذي تقع عليه الجريمة.
3 – جبرائيل البناء، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مطبعة الرشيد، بغداد، ص 205.
4 – أحمد أبو الروس، مرجع سابق، ص 17.

وفعل الاسقاط قد يصدر عن غير الحامل وقد يصدر عن الحامل نفسها وقد يرتكب سلبياً متمثلاً في إمتناع الحامل عن الحيلولة دون إتيان الغير فعل الاجهاض على جسمها وهذا ما أشير إليه في المادة 262 عقوبات حيث أشارت إلى المرأة التي " مكنت غيرها من استعمال وسائل الاسقاط"[1].

ثانياً: إنهاء حياة الجنين:

يتمثل عنصر النتيجة الإجرامية في إنهاء حياة الحمل قبل الموعد الطبيعي للولادة ويستوي أن يحقق ذلك في صورة خروج الجنين من الرحم ولو ظل بعد ذلك حياً، إذ يمثل ذلك إعتداءاً على حقه في النمو الطبيعي للولادة[2].

ثالثاً: العلاقة السببية[3]:

يجب أن تتوافر رابطة السببية بين فعل الاسقاط وموت الجنين أو خروجه من الرحم قبل الموعد الطبيعي للولادة، فإن إنتفت تلك العلاقة مالو إرتكب المتهم أفعالاً بشكل الإيذاء أو إعطاء الحامل مادة بنية إجهاضها ولم يكن لذلك آثر على الجنين، ثم أصيبت الحامل في حادث سيارة فترتب على ذلك إجهاضاً فإن الجريمة لا تتوفر أركانها.

وتحديد العلاقة السببية يخضع للقواعد العامة في التشريعات وهي من الأمور التي يستقل بها القاضي الموضوع.

الركن الثالث: الركن المعنوي:

جريمة الاجهاض من الجرائم التي فيها العمد والخطاء، فإذا عدت من الجرائم العمد يجب أن يتوافر فيها القصد الجنائي (الركن المعنوي) كالطفل الذي يصطدم بإمرأة حامل فتقع على الأرض ويتسبب ذلك في إجهاضها.

ويشترط لتوافر الركن المعنوي شرطان هما: العلم أي علم الجاني وقت ارتكاب الفعل أن المرأة حاملاً فإذا كان جاهلاً هذا الأمر فلا يتوافر لديه القصد الجنائي، وشرط الإرادة، حيث يتعين أن تنصرف ارادة المتهم إلى فعل الاسقاط وإلى قتل الجنين أو إخراجه من الرحمة قبل الموعد الطبيعي للولادة[4].

1 – أحمد أبو الروس، مرجع سابق، ص 18.
2 – محمود محمد مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الرابعة، مطبعة جامعة القاهرة، 1984، ص 295.
3 – محمود محمد مصطفى، مرجع سابق، ص '295' – '512'
4 – عمار عباس حسيني ، مرجع سابق، ص 496-497.

أنواع الاجهاض:

يرى شراح القانون الوضعي أن الاجهاض يكون على نوعين هما:

النوع الأول: الاجهاض الإجرامي

يعود هذا النوع من الاجهاض- غالباً – إلى سلوك المرأة الحامل، فهذه المرأة إذ كانت غير متزوجة أو مطلقة أو أرملة وواقعها رجل وحملت منه سفاحاً فوفقاً للأعراف السائدة في بلادنا سيكون مصير هذه المرأة القتل، غالباً، لذا تلجأ في مثل هذه الأحوال إلى إجهاض الجنين بنفسها أو بواسطة غيرها[1].

وقد تكون الدوافع إلى مثل هذا الاجهاض دوافعاً اقتصادية أو اجتماعية ومن الواضح أن حالة الضرورة العلاجية لا تجد لها متسعاً في مثل هذا النوع من الاجهاض.

النوع الثاني: الاجهاض غير الاجرامي

ويتخذ هذا النوع من الاجهاض صوراً ثلاثة هم:

1- الاجهاض الطبيعي: هذه الصورة من الاجهاض لها أسباب عديدة فهي إما أن تكون من الأم نفسها كأمراض التناسلية أو الأمراض الرحمية الأخرى[2].
2- الاجهاض العارض: تعود أسباب هذه الصورة من الاجهاض إلى الانفعالات الشديدة، والحركات العنيفة للأم أو الافراط في الجماع أو تلقي الصدمات[3].
3- الإجهاض العلاجي: ويتم هذا الاجهاض عن طريق إفراغ محتويات الرحم بمعرفة طبيب اخصائي إستوجب إجراءه ضرورة إنقاذ نفس الأم من خطر جسيم يهدد حياتها إذا بقي الجنين في بطنها، ومن البديهي أن التشريعات تفضل سلامة الأم على سلامة طفلها والذي لم يولد بعد، متى كان من شأن هذا الجنين تهديد حياة الأم بخطر الموت[4]، ويدخل في هذا النوع من الأجهاض غير الإجرامي الاجهاض الضروري.

الاجهاض الضروري:

متى توافرت أركان وشروطها قامت جريمة الاجهاض، غير أن الفاعل لا يسأل متى كان فعل الاجهاض قد تم ضمن إطار الضرورة العلاجية[5].

1 – عمار عباس حسيني ، مرجع سابق، ص 497.
2 – محمد السعير نمور، شرح قانون العقوبات، القانون الخاص الأول، 2001، ص 177.
3 – عمار عباس حسيني ، المرجع السابق، ص 497.
4 – نفس المرجع، ص 498.
5 – نفس المرجع، ص 498

فإذا توافرت في الاجهاض جميع شروط حالة الضرورة كما حددتها المادة (61) من قانون العقوبات فلا شك في جواز الاحتجاج بها ، وتفترض هذه الحالة كأهم شرط لها أن يهدد الحمل حياة الحامل أو يهدد سلامة جسمها بخطر جسيم ويقترب الاجهاض في هذه الحالة من الاجهاض الطبي ولكن يختلف عنه في أنه لا يشترط أن يجريه طبيب أو أن ترضى به الحامل ونظير ذلك لم يكن الاجهاض إستناداً إلى حالة الضرورة إجهاضاً مباحاً بل تمتنع المسؤولية عنه فحسب، ولا يجوز أن تحتج حالة الضرورة من كان حملها ثمرة علاقة في غير نطاق الزواج، وكذلك لا يجوز الاحتجاج بحالة الضرورة لمن كان حملها ثمرة إغتصاب[1].

ونستنتج في ما تقدم أن الدوافع إلى الاجهاض تتعدد ويختلف الحكم تبعاً لكل منها، حيث يعفى الفاعل من العقاب متى كان تدخله لمصلحة ضرورية عاجلة، غير أن هناك بعض الصور التي لا تقوم فيها حالة الضرورة العلاجية وبالتالي عدم إنتفاء مسؤولية الفاعل عن فعل الاجهاض كالاجهاض لأسباب اجتماعية أي ذلك الذي يكون فيه الخطر الواقع على المرأة اجتماعياً أو اقتصادياً كما لو كان عدد أبناء الأسرة كبير والدخل محدود، فتعمد الاسرة على اجهاض الجنين خوفاً من زيادة عدد الابناء وبالتالي إنهيار أو هبوط المستوى المعيشي للعائلة، فمثل هذه الأمور لا يباح فيها الاجهاض، ولا شك في عدم مشروعيته، لأنه من خلال المقارنة بين الأهمية الاجتماعية والاقتصادية للعائلة وحق الجنين في الحياة، لا شك في رجحان الثاني على الأول[2].

المطلب الثاني: الضرورة في بتر الأعضاء البشرية وزرعها

الفرع الأول: شروط نقل الأعضاء البشرية من الأحياء:

إن المحافظة على حياة الإنسان هي الغاية القصوى التي يحققها التجريم والعقوبة، وقد جاءت نصوص قانونية كثيرة في القانون المقارن تؤكد ذلك، وقد حرصت الشريعة الإسلامية كذلك على المحافظة على الحق في الحياة، ووضعت العقاب لمن قتل نفسا مؤمنة بغير حق فقد قال الله تعالى في سورة النساء في الآية 93: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ ﴾[3] إن حق الإنسان في الحياة هو المصلحة التي قامت القوانين الجزائية لحمايتها، وهذه الحماية لا تشمل فقط حقه في الحياة، ولكنها أيضا تشمل حقه في سلامة جسده واعضائه. فإذا كان هذا الحق يعتبر حقا شخصيا فهو **كان هناك ذلك** يعتبر حق للمجتمع، وقد نظمت بعض التشريعات هذا الأمر ومنها القانون المغربي والأردني والعديد من التشريعات، إلا أن هنالك بعض التشريعات التي لم تتناول هذا الموضوع[4].

1 – أحمد أبو الروس، مرجع سابق، ص 24–25.

2 – عمار عباس الحسيني، حالة الضرورة وآثارها في المسؤولية الجنائية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2011، ص: 499.

3 – سورة النساء الآية: 93.

4 – رأفت صلاح أبو الهجاء، مشروعية نقل الأعضاء البشرية، عالم الكتب الحديث، ط1، سنة 2006، ص:9.

و إن من يستقرئ أقوال الفقهاء يجد انهم قد وضعوا شروطا لإباحة الاستقطاع من آدمي حي معصوم الدم، بغرض النقل والزرع في آدمي إن توافرت هذه الشروط جاز النقل والزرع و إلا فلا، ولكن قبل الخوض في ذكر هذه الشروط بالتفصيل، لابد أن نضع نصب أعيننا هذا المبدأ العام وهو تحصيل أعظم المصلحتين، أو درء أعظم المفسدتين.

وقد وضعت بعض الشروط للاستقطاع من الآدمي الحي المعصوم الدم وهي كالتالي:

أولا: توافر حالة الضرورة التي تستدعي الزرع والنقل:

إن من يمعن النظر في الشريعة الإسلامية يجد أنها قد أذنت بنقل جزء من جسم المعطي إلى جسم المريض المتلقي، إذا كانت المصلحة المترتبة عن ذلك أعظم من المحافظة على حق الله تعالى في جسم المعطى، طالما كان الاستقطاع قد جاء نتيجة ضرورة شرعية، وذلك لأن:

1- الشرع الحنيف رأى أن إنقاذ نفس واحدة يعد بمنزلة إحياء الناس جميعا. قال تعالى: ﴿ مَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾[1]

2- وقد ذكر الإمام القرطبي في تفسيره " أن المسلم إذا تعين عليه رد رمق مهجة المسلم، وتوجه الغرض في ذلك بألا يكون هناك غيره، قضى عليه بترميق- سد رمق تلك المهجة الآدمية، وكان الممنوع منه ماله من ذلك محاربة من منعه ومقاتلته وإن أتى على نفسه وذلك عند أهل العلم إذا لم يكن هناك إلا واحدا لا غير، في حينئذ يتعين الفرض...." [2].

قد وضع بعض الفقهاء شروطنا شرعية وهي:

1- أن تكون الضرورة ملجئة، حيث يجد الفاعل نفسه أو غيره في حالة يخشى فيها تلف النفس أو العضو.
2- أن يكون الخطر قائما لا منتظرا.
3- ان يكون فعل الضرورة وسيلة لازمة لدفع الخطر.
4- أن تكون المصلح في فعل الضرورة ، بالقدر اللازم لدفعها فقط، أي ان تقدر الضرورة بقدرها.

ثانيا: أن يكون النقل والزرع هو العلاج الوحيد:

حيث انه من المفترض في الطبيب في وصف العلاج ان يبدأ بالأسهل فالأسهل فلا ينتقل من الدواء البسيط المعتاد إلى الدواء المركب إلا إذا فات أثر الأول فإذا أصبح نقل العضو من الانسان وزرعه في إنسان آخر هو العلاج الوحيد بعد فشل الدواء العادي حينئذ يجوز.

1 - سورة المائدة، 32

2 - القرطبي، محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن المعروف بتفسير القرطبي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ج2/225-226.

ثالثا: إذن ورضاء المريض:

ومن الشروط كذلك أن يكون تدخل الطبيب بناء على إذن المريض أو وليه إذا كان قاصرا أو من في حكمه وبالتالي لا يجوز إرغام الشخص على معالجة نفسه إلا إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك كما هو الحال في الأمراض المعدية كما يستثني من ضرورة الحصول على إذن المريض أو وليه الحالات العاجلة باعتبار أن الضرورات تبيح المحظورات[1].

رابعا: إذن ورضى المعطي:

يشترط لإباحة استقطاع العضو من المعطى أن يأذن بذلك وأن يكون راضيا به كما يجب ان يكون هذا الرضى صادرا من إرادة حرة، ومن هو أهل له بأن يكون بالغا عاقلا وأن يصدر من المعطى وهو على بينة من أمره[2]، وبالتالي لا يحق للأولياء الرضى بالاستقطاع من جسم القاصر أو من في حكمه ممن هو تحت ولايتهم، لأنه يجب على الولي على النفس أن يحافظ على جسم الصغير ونفسه وإبعاده عن كل ما يكلف جسمه ونفسه اللهم إلا إذا تعلق الامر باستقطاعه من أحدهم لزرعه، في جسم أحد أشقائه او شقيقاته ورؤى أن رابطة القرابة القوية تبرر الخروج على قاعدة إبطال التبرع بأموال الصغير بقدر ما يستهدف بالتصرف إنقاذ الحياة ومادام أنه لا يؤدي إلى إلقاء الصغير إلى التهلكة، كما انه يشترط لإباحة الاستقطاع من جسم المعطى ان يقصد به رعاية المصلحة الصحية للمريض المتلقي وأن يكون ضروريا لذلك.

خامسا: ان يكون هذا النقل تبرعا لا بيعا واتجارا:

إذا كانت الضرورة والغاية من النقل والزرع هو رعاية المصلحة العلاجية للمريض عن طريق استقطاع العضو وزرعه، فإن ذلك لا يباح إلا بقدر الضرورة التي أوجبته دون زيادة وبحيث لا يخرج هذا العمل عن إطار الكرامة الإنسانية.

ومما يتعارض مع هذه الكرامة أن يعلق المعطى رضاه للاستقطاع من جسمه أو جثته على قبض الثمن.

إن الشريعة الاسلامية حين تسمح بإقامة تفاضل بين المصالح المنازعة في ممارسة الطب والجراحة لا يمكن أن ترتضي اقحام الأغراض المالية في حل مثل هذا التنازع الذي يجب أن يقوم على غايات نبيلة بعيدة عن مجال الربح[3].

1 – أسامة السيد عبد السميع، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحضر والاباحة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، دون ط، 2006، ص 35-37.
2 – بل وللمعض أيضاً بعد أن أذن في الاستقطاع أن يرجع في رضائه ولا مسؤولية عليه فيذلك مثلة في ذلك الواهب الذي يستطيع الرجوع في هبته.
3 – أسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص 41.

سادسا: ان لا تؤثر الاعضاء المستقطعة من الجسم الانسان في اختلاط الانساب:

كنقل البويضة من رحم امرأة إلى امرأة عاقر أو نقل جيمن إلى رحم امرأة زوجها عاقر للحصول على الولد ومزج بعض مركبات رجل بمركبات دم رجل آخر... للحصول على مواصفات وراثية معينة فمثل هذه الأعمال لا تباح وهي محرمة شرعا لأنها تؤدي إلى التلاعب بأصل الإنسانية كما أن الغاية العلاجية فيها ليست ضرورية[1].

سابعا: يجب أن لا يترتب على استقطاع العضو البشري من الانسان ضرر فاحش بالمعطى:

بمعنى ان يكون العضو المراد استقطاعه من الاعضاء المزدوجة في جسم الانسان بناء عليه لا يجوز مطلق استقطاع عضو بشري إذا ترتب عليه موت المعطى كالقلب مثلا لأن ذلك يعد انتحارا وهو كبيرة من الكبائر اللهم إلا إذا كان من يؤخذ منه القلب مهدر الدم لأنه لا حرمة لحياته فهي مستحقة الازالة اصلا[2].

ثامنا: الا يترتب على هذا النقل او الزرع مخالفة النظام العام او الآداب العامة:

فإذا ترتب على هذا الاستقطاع والزرع مخالفة للنظام العام او الآداب العامة فحينئذ لا يجوز فمثلا لا يجوز الاتفاق الذي يعقد بين شاب وكهل على أن يتنازل الاول للثاني عن غدة تناسلية لأن هذا مخالف للآداب والاخلاق العامة اذا لا فرق بين النقل وبين الزنا وما يترتب عليه من اختلاط للأنساب، اما اذا لم يكن خلط للأنساب فحينئذ يجوز[3].

الفرع الثاني: نقل الاعضاء البشرية من جثث الموتى.

وقد تدعو الضرورة الى بتر واستقطاع عضو بشري من انسان ميت لغرض زرعه في جسد اخر ويتم التواصل الى حكم هذه المسالة قياسا على اكل لحم الميت عند الضرورة.

ولقد وضع العلماء شروطا لإباحة النقل من الجثة وهذه الشروط هي:

1- ألا توجد ميتة أخرى غير ميتة الأدمي يمكن الانتفاع بها فإذا وجدت ميتة أخرى فلا يحل الاستقطاع بميتة أدمي اللهم إلا إذا قرر الاطباء بان جثة الادمي هي فقط التي يصلح النقل منها فحينئذ يحل الانتفاع بميتة الادمي.
2- يجب ان يكون المنتفع مضطر الى هذا الانتفاع بحيث ان العلاج العادي او البسيط اصبح غير دي جدوى ولا شفاء وهو بإذن الله فلا بهذا النقل من الجثة.
3- قبول جسم المنقول اليه هذا العضو المستقطع من الجثة.
4- تحقق الموت من الجثة المستقطع منها.

1 - عمار عباس الحسيني، حالة الضرورة وآثارها في المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 436.
2 - نفس المرجع، ص 435.
3 - أسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص 78

5- ان يكون هناك اذن بالانتفاع بأجزاء الميت وهذا الاذن يمكن ان يكون صادر من الميت قبل الموت[1].

وللفقهاء عدة اراء بهذا الصدد لعل أهمها:

الرأي الاول:

هو اختيار فقهاء الشافعية وبعض الحنفية ورأي للأمامية وبعض الحنابلة وبعض الزيدية وذهبوا الى اباحة ذلك الاستقطاع والزرع لأي جزء من جسد الميت معصوم الدم ام مهدر الدم. وحجة القائلين بهذا الراي هي ان حرمة الانسان الحي اهم من حرمة الميت اعمالا للقاعدة الفقهية" يتحمل الضرر الاخف لاتقاء الضرر الاشد[2]" كما ان رعاية مصالح الاحياء اولى من ترك الجزء المنتفع به يبلى في التراب[3].

الراي الثاني:

هو اختيار الفقهاء المالكية والظاهرية والراجح لدى الحنفية وذهبوا الى حظر استقطاع واكل لحم الميت مطلق معصوم الدم ام مهدر الدم وعلتهم في ذلك هي حرمة بني الانسان.

الراي الثالث:

هو الذاهب الى التفرقة بين الانسان المعصوم و المهدر الدم اذ يجوز الانتفاع بالثاني دون الاول من دعت الضرورة العلاجية قياسا على استقطاع واكل لحمه عند الضرورة وذهب الى هذا الراي بعض الشافعية وبعض الحنابلة [4].

والذي يرى بهذا الصدد هو جواز بتر واستقطاع اي جزء من جثة الانسان الميت لزرعه في جسد شخص اخر حي فمن دعت الضرورة العلاجية الى ذلك لقوله تعالى " ﴿ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾[5] وقوله تعالى ﴿ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾[6]، وقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾[7].

ولعل ما يؤكد هذا هو صدور العدد من الفتاوى الشرعية للفقهاء المحدثين التي تقتضي بجواز الاستقطاع من الجثة لزرعها في جسد آخر محتاج كما ان اباحة مثل هذا الاستقطاع يجب ان لا يؤثر في مبدأ حرمة الموتى الذي مراده حماية الجثة لكرامة بني الانسان.

1 - أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص 109-110.
2 - المادة 27 مجلة الأحكام العدلية
3 - أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ط2، الكويت، 1987.، ص 150.
4 - عمار عباس الحسيني، حالة الضرورة وآثارها في المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 431.
5 - سورة الأنعام الآية: 145.
6 - سورة البقرة، الآية: 173.
7 - سورة النحل، الآية: 115.

حي أو ميت ولما يمثله المحافظة على حرمة الموتى فهي قيم معنوية عند الاهل لذلك لابد لأجل المحافظة على تلك القيم الحصول على اذن الميت بالاستقطاع قبل وفاته او اذن الاهل بعد وفاته.

الجانب القانوني:

لقد جاءت العديد من التشريعات العربية والغربية منها بقوانين تتعلق بهذا الموضوع منها:

جاء في قانون العقوبات المصري في المادة 160 منه انه "يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه و لا تزيد عن خمسمائة جنيه او بإحدى هاتين العقوبتين .... ثالثا كل من انتهك حرمة القبور او الجبانات او دنسها.

وجاء في القانون الاردني في مادته 277 "كل من اعتدى على مكان يستعمل لدفن الموتى او انصاب الموتى او دنسه او هدمه او انتهك حرمة ميت او سبب ازعاجا لأشخاص مجتمعين او اهانة دينية يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة اشهر او بغرامة لا تزيد على عشرين دينارا" [1].

من خلال ما سبق ذكره يتضح لنا حرص المشرعين المصري والاردني وغيرهما كذلك من التشريعات على حفظ حرمة الميت وعدم التعرض لها. الا ان جثث الموتى تمثل مصدرا اساسيا للعديد من الاعضاء الهامة التي لا يمكن الاستغناء عنها فهي بذلك تحقق مصلحة اعلى من عدم المساس بالجثة هذه المصلحة هي انقاذ لعديد من المرضى الذين يقاربون الهلاك او اصحاب المرض الشديد.

وعلى ذلك فهل يجوز قانونا استقطاع الاعضاء من الموتى ؟

جاء في القانون الفرنسي بدأت تدخل العديد من الاستثناءات على مبدا الحرمة المطلقة لجثة الميت وذلك لصالح المجتمع بل نقول ان هذا المبدأ قد هجر الان فأجيزت العديد من التصرفات في جثة المتوفى بشروط مختلفة وهو ما اعلنته محكمة النقض الفرنسية حيث اكدت ان الشخص له التصرف بجثته كما يشاء فهي بحكم الاموال على ان يكون ذلك لأغراض صحية وليس بقصد التجارة[2].

وبالنسبة للقانون الاردني الخاص بالانتفاع بأعضاء جسم الانسان السابق فقد جاء النص صريحا حيث جاء في المادة الخامسة ما يلي" للأطباء الاختصاصيين في المستشفيات لن يوافق عليها وزير الصحة نقل العضو من جسم الانسان الميت الى جسم الانسان الحي يكون بحاجة لذلك العضو..." فمن ذك يتضح لنا انه قد اجاز التعرض لجثث الموتى لأخذ بعض الاعضاء لزرعها في جسد انسان حي يكون بحاجة اليها[3].

1 – رأفت صلاح أبو الهيجان، مشروعية نقل الأعضاء البشرية، ص 94–95.
2 – نفس المرجع، ص 95–96.
3 – نفس المرجع، ص 97.

المطلب الثالث: الضرورة والقتل بدافع الرحمة

يتخذ القتل بدافع الرحمة، أو الشفقة صوراً متعددة يكون الحكم القانوني فيها واحداً وهو التجريم، ولعل أبرز تلك الصور وهي:

الصورة الأولى:

هي الصورة التي يقتل فيها الانسان نفسه بدون مساعدة الغير وهذه الصورة للقواعد العامة في الانتحار قانوناً، كأن يتناول أقراص بكميات كبيرة أو مادة سامة، ففي هذه الحالة نكون إزاء حالة انتحار غير معاقب على الشروع فيها، كما في بعض القوانين، مصر، وفرسا، والعراق، وبعض التشريعات الأخرى، ولعل عدم جدوى العقاب هنا هي أن الشخص تهون عليه جميع أنواع العقاب، بما أنه هانت عليه حياته[1].

الصورة الثانية:

هي الصورة التي يقتل فيها الانسان نفسه بمساعدة الغير وهذه الصورة تخضع لقواعد الاشتراك والتحريض على الانتحار قانوناً، فقد ينهي المريض حياته بأن يجهز له آخر مواد أو وسائل ليجهز بها على نفسه فهل يسأل المجهز لهذه المواد كشريك؟

في فرنسا لا يمكن المسألة القانونية للشريك طبقاً لمبدأ الاستعارة المطلقة في التجريم فما دام الانتحار غير معاقب عليه فإن الاشتراك في الانتحار غير معاقب عليها أيضاً، ونفس الأمر بالنسبة للمشرع لقانون العقوبات المصري والجزائري[2].

الصورة الثالثة:

هي الصورة التي يطلب فيها الميؤوس شفاءه من الغير انهاء حياته وهذه الصورة تخضع للقواعد العامة لرضا المجني عليه في القانون، وقد يحقق القتل بدافع الرحمة من خلال طلب المريض اطلاق رصاصة عليه أو حقنه بحقنة سامة فما الحكم هنا؟

لقد اعتبرتها بعض التشريعات من جرائم القتل العمدي التي تطبق عليها القواعد العامة، ومنها القانون الفرنسي والمصري، ومنها من اعتبرها من جرائم القتل المخففة كالتشريع السوري واللبانين والالماني.

وقد ذهب جانب كبير من الفقه في فرنسا وانكلترا إلى عدم تبرير أفعال القتل والجرح والإيذاء والضرب، وإذا كانت برضاء المجني عليه ذلك أن هذا الرضاء لا يبيح مثل تلك الأفعال اطلاقاً[3].

1 – عمار عباس الحسيني، حالة الضرورة وآثارها في المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 510–511.
2 – نفس المرجع، ص 510 و516.
3 – نفس المرجع، ص 510 و516.

الصورة الرابعة:

هي الصورة التي لا يطلب فيها الميؤوس فيها شفاءه من الغير انهاء حياته إلا أن الغير يقوم هنا بهذا الفعل ليضع حداً لتلك الآلام بدافع الرحمة والشفقة ويدخل في هذه الصورة إيقاف أو رفع أجهزة الانعاش الصناعي.

ولعل أبرز أشكال هذه الصورة هي إيقاف أجهزة الانعاش الصناعي، أو رفعها على المريض، ولا صعوبة في القول أن إيقاف أو رفع تلك الأجهزة لا يعد قتلاً إنْ تم ذلك بعد ثبوت موت خلايا الخ، ذلك لأنه موت المخ هو المعيار الطبي والشرعي والقانوني لثبوت انتهاء الحياة الانسانية وانفصال الحياة العضوية فيها[1]، ولا يمكن رد مثل هذا القتل إلى حالة الضرورة لإنتفاء أهم عناصر حالة الضرورة، فعناصر حالة الضرورة هي:

1) قيام خطر حال وجسيم؛
2) أن يهدد الخطر مال الفاعل أو نفسه أو مال غيره أو نفسه؛
3) أن لا يكون الفاعل ملزماً بتحمل الخطر الذي درأه وأن لا يكون لإرداته دخل في حلوله؛
4) أن يكون فعل الضرر لازماً ومتناسباً مع الخطر[2].

المطلب الرابع: الضرورة في منع الحمل والتعقيم

الفرع الأول: منع الحمل الوقتي

إن بالنسبة لمنع الوقتي، لم نجد في معظم قوانين العقوبات أو الاجراءات الجزائية للدول العربية بإستثناء بعض القوانين ما يفيد تحريم منع الحمل الوقتي ، الأمر الذي يدل على أن هذا الفعل مباح وأن لم تكن هناك حالة ضرورة وذلك استناداً إلى مبدأ الشرعية الجنائية المستمدة من قاعدة: " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"[3]، فلا يجوز استحداث جريمة منع الحمل ما لم ينص القانون على ذلك كما أن اباحة مثل هذا الأمر يؤكده الواقع العملي في معظم البلاد العربية ومنها العراق، ففي العراق مثلاً نجد أن حبوب منع الحمل والوسائل الأخرى ذات نفس الغرض والنتائج تباع في الصيدليات، وبشكل طبيعي جداً بل أحياناً يتم تعاطي مثل هذه الوسائل حتى بدون وصفة علاجية، نهيك عما تحتويه هذه الوسائل من مخاطر علاجية وآثار كيماوية جانبية شأنها شأن أي علاج طبي مستحدث[4].

1 – عمار عباس الحسيني، حالة الضرورة وآثارها في المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 510 و516.
2 – نفس المرجع ، ص 516.
3 – الفقرة 02 المادة 19 الدستور العراقي في سنة 2005.
4 – عمار عباس الحسيني، المرجع السابق، ص 518–519.

غير أن بعض القوانين كالقانون العقوبات المصري واللبناني نص على هذا المنع، فقد نص قانون العقوبات اللبناني: " يعاقب بالعقوبة نفسها؟، من باع أو عرض للبيع أو اقتنى بقصد البيع أي مادة من المواد المعدة لمنع الحمل أو سهل استعماله بأي طريقة كانت"[1].

واستناداً إلى القواعد العامة في قانون العقوبات اللبناني أو المصري نجد أن البيع وتعاطي تلك الوسائل مباح للضرورة.

الفرع الثاني: المنع الدائم " التعقيم الجنسي"

إن المنع الدائم والتعقيم الجنسي هو، المنع من الانجاب بشكل دائم أو لمنع المباشرة الجنسية، وأشهر هذه الوسائل هي الخصاء أو استئصال للرحم أو ربط القنوات أو قطع القناتين الحاملتين للبويضة.

ولم تنص معظم القوانين العربية على تحريم مثل هذا الفعل الخطير غير أنه بالرجوع إلى جرائم الجرح والضرب والإيذاء العمد في قانون العقوبات العراقي نجد أن هذا الفعل يمكن أن يكيف وفق جريمة أحدث عاهة مستديمة[2]، جاء في قانون العقوبات العراقي: " على من اعتدى عمداً على آخر بالجرح أو الضرب أو العنف أو بإعطاء مادة ضارة أو بإرتكاب أي فعل آخر مخالف للقانون قاصداً احداث عاهة مستديمة يعاقب بالسجن لمدة تزيد عن خمسة عشر سنة، وتتوافر العاهة المستديم إذا نشأ عن الفعل قطع أو انفصال عضو من أعضاء الجسم أو بتر جزء منه أو فقد نفعه أو نقصها"[3].

ومن البديهي القول أنه لا مانعاً شرعياً من التعقيم الجنسي متى تم ذلك في اطار الضرورة العلاجية[4]، كإصابات الرحمية التي من الممكن أن تصاب بها المرأة جراء حملها أو اصابة الجهاز التناسلي بمرض خطير لدى الرجال أو ضعف بنية المرأة ...

وبهذا الصدد لابد من الاشارة إلى أن التشريع العراقي قد جاء قاصراً عن الاحاطة بمثل هذه المسألة إذ لابد من تشريع نصوص خاصة تحرم الحمل الدائم أو أفعال التعقيم الجنسي من أجريت لغير ضرورة[5].

1 – المدة 538 قانون العقوبات اللبناني.

2 – وقد قضت محكمة النقض المصري في العديد من أحكام بتحريم إحداث العاهة المستديمة

3 – المادة 42 قانون العقوبات العراقي

4 – وقد صدر في 14 يوليو 1933 في ألمانيا النازية قانون يعطي للدولة الحق في تعقيم الأفراد الذين يعانون من أمراض وراثية عقلية كانت أم عضوية أو بناء على توصية الطبيب المختص وعلى اثر ذلك تم تعقيم 45 ألف شخص تقريبا لغاية عام 1934 فقط.

5 – عمار عباس الحسيني، حالة الضرورة وآثارها في المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 522.

المطلب الخامس: صور أخرى من الضرورة العلاجية

الفرع الأول: الضرورة في افشاء السر الطبي

يمكننا القول أن السر المهني عموماً واجب الكتمان ولا يمكن الافشاء به إلا لواجب رسمي، أو لحالة الضرورة كما سنرى[1]، جاء في المادة 88 من قانون الإثبات رقم 107 لسنة 1979 التي تنص على: " لا يجوز للموظفين أو المكلفين بخدمة عامة إفشاء ما وصل إلى علمهم أثناء قيامهم بواجبهم من معلومات لم تشر بالطريق القانوني ولم تأذن الجهة المختصة في إذاعتها ولو بعد تركهم العمل، ومع ذلك فلهذا الجهة أن تأذن له بالشهادة بناء على طلب المحكمة أو أحد الخصوم"[2].

ويعرف السر الطبي La scret Medicale بأنه: "كل ما يعرفه الطبيب أثناء ممارسته مهنته أو بسببها وكان في افشائه ضرر لشخص أو لعائلته أن لطبيعته أو لطبيعة الوقائع والظروف التي أحاطت بالموضوع"[3]، أما الافشاء فيقصد به: اطلاع الغير على ذلك السر عموماً بأي طريقة كانت كالإيحاء أو التصوير أو الرمز أو النشر في صحيفة أو مجلة أو لأي سلطة كانت وإن كان ذلك الإفشاء لشخص واحد أو لقريب من أو لمريض آخر ... "

وقد أجريت ابحاث عدّة عما إذا كان يمكن للطبيب أن يفشي سر مهنته للضرورة، كما لو كان هذا السرّ متعلق بالأمراض الخطيرة أو المعدية، فهل يباح له افشاء هذا السر لمن يهمه هذا الافشاء منعاً لما يمكن أن يترتب على الكتمان عن نتائج خطير بالنسبة لحياة ذوي الشأن أم لا يباح له ذلك الافشاء؟

أولا: ذهب جانب أن لا خلاف في مسألة الطبيب عن افشائه للسر المودع إليه، ولم يسأل عنه بمعنى أنه ذهب من تلقاء نفسه إلى المعنين بهذا الافشاء وباح لهم بهذا السر لأنه في ذلك نزول إلى درك النميمة والبغض[4].

ثانياً: ذهب جانب إلى موقف وسط بالقول: " إن مقتضيات الواجب لا تخضع إلى فضائح الاخرين وأنه يجب على الطبيب إذا استشير في الموضوع يتعلق بإفشاء السر أن يريح ضميره من عقاب القانون بعدم الكلام سلباً أو ايجاباً"[5].

ثالثاً: ذهب جانب كبير من الأطباء والفقهاء إلى تأييد الإفشاء من كان من شأن الإفشاء انقاذ حياة الأخرين بدرء خطر جسيم، وحال عنهم ومتى كان عدم الافشاء، بمعنى يترتب على ذلك الافشاء مصلحة أعلى قيمة من مصلحة كتمانه وللمحكمة القول الفصل في تقدير هذه المصلحة، وقد أكد الطبيب الفرنسي Gaide هذا المعنى بقوله: " إذا كان أحد عمالنا مصاباً بالزهري العمومي بحالة تستعصي العلاج

1 – أكد ذلك قانون المحاماة العراقي الصادر سنة 1965 وقانون مزاولة المهن الطبية السوري رقم 12 لسنة 1970. المادة 26.
2 – المادة 88 قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979.
3 – محمد نوري كاظم، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص بغداد، 1977 ص 181.
4 – ذهب إلى ذلك جانب من الفقه الفرنس، وبعض أحكام النقض الفرنسية
5 – هذا الرأي ذهب إليه الفقيه: Brouardel.

ثم يتقدم إلى فتاة طاهرة هي زنية أسرتها وجاء والد هذه الفتاة وسألنا في لهجة واثق فيا إذا كان يستطيع أن يطمئن إلى زوج إبنته من ذلك الشاب، ونحن نعلم علم اليقين أنه سوف يلوث الفتاة من أول يوم هذا فضالا عن الاتيان بأطفال مصابين بهذا الداء الوبيل، فهل يصح أن يقابل مثل هذا السؤال بصمت .. ؟ أن ضميري هنا يتكلم بصوت أعلى من القانون وما أتردد لحظة في أن أجيب كلا .. لا تعط ابتك إلى هذا الرجل .. "[1].

الفرع الثاني: الضرورة في جراحة التجميل

إن الجراحة التجميلية هي التي لا يقصد بها شفاء من علة وإنما الغرض منها اصلاح تشويه خلقي أو مكتسب لا يؤذي صحة الأجسام في شيء، وإنما تتناول عيوباً طارئة أو مكتسبة كفصل أصبعين أو إزالة أصبع سادس أو غدة في الرقبة أو ضخامة الساقين أو طول أنف بحيث يظهر غير اعتيادي أو سمنة غير طبيعية أو كبر الشفتين[2].

ويميز فقهاء القانون الوضعي بين نوعين من جراحة التجميل:

النوع الأول: جراحة التجميل الضرورية.

وهذه العمليات تجري حالات على صاحبه عبأ قد يؤذيه كثيراً وقد يرقى هذا التشويه إلى مقام العلة المريضة وهنا لا مانع من تدخل الطبيب لاسيما إذا كان مثل هذه التشويه يحرمه من حقه في الزواج أو يجعله محلاً للسخرية وقد أصبح هذا النوع من العمليات مشروعاً على كافة الأصعدة، شأنه شأن سائر العمليات العلاجية الأخرى[3].

النوع الثاني: جراحة التجميل غير الضرورية.

هذا النوع من الجراحة يكون الغرض منه إصلاح ما أفسده الدهر من جمال ومحاولة التشبث بالبقاء ضد إرادة الزمن ومن السائغ، اباحة هذه العمليات إذا لم يكن من شأنه أن تنال الصحة بضرر، إذ انها بذلك لا تهدر مصلحة الجسم في أن يسير السير الطبيعي العادي، وبالتالي لا يكون لتجريمها ما يبرره وهي في ذلك تحقق للجسم مصلحة تتمثل في اصلاح جانبه النفسي.

وهذا التقييم أعلاه ليس له الأثر في إباحة أو عدم إباحة الجراحة التجميلية قانوناً. غير أن ثمرة التقييم تبدو في درجة مسألة الطبيب عند الخطأ حيث تبدو في النوع الثاني أكبر درجة من الأولى وما تنطوي على العمليات من مضاعفات علاجية[4].

1 – عمار عباس الحسيني، حالة الضرورة وآثارها في المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 530.
2 – شعبان الكومي أحمد، أحكام التجميل في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2006، ص 12.
3 – عمار عباس الحسيني، المرجع السابق، ص 531.
4 – نفس المرجع، ص 533.

والذي نراه أن لا مانع من إجراء مثل هذه العمليات التجميلية، ونظراً لما تنطوي عليه عمليات التجميل من مخاطر مما يستتبع القول: بالضرورة التشدد في إباحة النوع الثاني من هذه العمليات دون النوع الأول وقد أكد الفقيه "Sovatier" هذا المعنى بالقول: " وفي هذا النوع، أي النوع الثاني، لا يكون تدخل الطبيب مبرراً إلا إذا كانت وسيلته في إزالة التشويه الجسماني لا تنطوي – بحسب السير الطبيعي للأمر – على خطر حال على حياة المريض أو سلامته .. "

كما يكون لزاماً على الجراح أن ينبه المريض إلى الاحتمالات الخطيرة التي قد تنتج عن إجراء العملية وإلا عُدَّ مسؤولاً عن تلك النتائج[1].

الفرع الثالث: نقل الدم والضرورة الطبية

لا شك في أنه لا مانع من إباحة نقل الدم البشري لضرورة العلاجية، بأن يوجد مريض في حالة خطر لا سبيل لإنقاذه إلا بسحب دم بشري من شخص سليم معافى لنقله إليه[2].

اجتمعت غالبية قوانين الصحة في العالم ومنها القانون الجزائري على إجازة عمليات نقل الدم من شخص لآخر، وقد نصت المادة 158 من قانون حماية الصحة وترقيتها" تتم في الوحدات الصحية المخصصة لعمليات التبرع بالدم لأغراض علاجية وتحضير مصل الدم " بلازما" ومشتقاته والمحافظة على ذلك.

ويمنع القيام بجمع الدم من القصر أو الراشدين المحرومين من قدرة التمييز أو لأغراض استغلاله ويتضح ذلك فيما يلي:

1) أن المشرع الجزائري نص بصرحة على جواز نقل الدم، وبهذا قد نتجاوز دائرة النقاش حول مسألة المنع والإباحة؛
2) أن المشرع الجزائري قد نص صراحة أن منح الدم يكون عن طريق التبرع، بمعنى أن حرم بيع الدم؛
3) إن المشرع الجزائري، جعل الهدف من عمليات نقل الدم والتبرع لأغراض علاجية؛
4) أن مهمة جمع الدم أوكلت للأطباء أو المستخدمون المختصون بهذا الموضوع، والمكلفون بذلك، ويفهم من ذلك أنه لا يجوز لأي شخص غير مرخص له من طرف وزارة الصحة القيام بهذه المهمة؛
5) اتخاذ كل الاجراءات الضرورية واللازمة لحماية الشخص المتبرع من الأضرار التي يمكن أن تصيبه أثناء عملية البرع بدمه؛
6) منع المشرع صراحة نقل الدم من القصر، وضعيفي البنية، حسب المادة 40 من القانون المدني؛
7) منع المشرع جمع الدم من كل شخص راشد ولكنه محروم من قدرة التمييز والمحرمون من قدرة التمييز وذلك في المادة 42 بالقول: " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته

1 – عمار عباس الحسني، حقوق الإنسان والحريات العامة، محاضرات مطبوعة، غير منشورة، 2008، ص 12.، ص
2 – نفس المرجع، ص 534.

أو جنون.." [1]. ونصت المادة 43 بالقول: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون.." [2]. هذا ولأهمية فصيلة الدم في حياة الانسان نص المشرع في المادة 159 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه: " تسجيل فصيلة الدم وجوباً على بطاقة التعريف الوطنية أو رخصة السياقة [3].

إلى جانب إجازة القانون لعمليات نقل الدم فقد أجازت أيضاً الفتوى الصادرة عن المجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر بتاريخ: 1972/04/20 عمليات نقل الدم[4].

1 – المادة 42 القانون المدني الجزائري
2 – المادة 43 القانون المدني الجزائري
3 – المادة 159 قانون الصحة الجزائري
4 – مروك نصر الدين، نقل وزراعة الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2003، الجزء الأول، الكتاب الثاني، ص 206.

المبحث الثالث: المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

المطلب الأول: أوجه الشبه

هناك أوجهاً للشبه بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي فيما يتعلق بأعمال الضرورة العلاجية ولعل أهم تلك الأوجه هي:

1) تتفق بعض التشريعات الوضعية والفقه الجنائي مع الشريعة الإسلامية في عدم إباحة العمل الطبي إلا بتوافر شروط " قيود" لعل أهمها: الترخيص بالعلاج وقصد العلاج ورضا المريض بالعلاج وإتباع أصول الفن العلاجي.
2) يتفق جانب من فقه القانون الجنائي، القائل بأن أساس إباحة العمل الطبي هو إذن المجني عليه " المريض" بالعلاج مع رأي الحنابلة القائل بنفس الرأي ويرد على الرأي ما أوردناه من ملاحظات.
3) ويتفقان أيضاً في كفالة حق الإنسان في تكامله الجسدي فكما رأينا أنه لا يباح قتل الإنسان وإيذائه لأن حق الحياة من الحقوق المشتركة بين الإنسان وخالقه؛
4) يتفق القانون الوضعي، مع الشريعة الإسلامية في رضا المريض لا يبيح أفعال القتل والجرح والضرب وإن كانت برضا المجني عليه كما رأينا ذلك[1]؛
5) واتفقا أيضاً في تحريم قتل الجنين " الاجهاض لغير الصور الضرورية العلاجية وقد وضعت عقوبات شديدة ولعل السبب في ذلك الحرص على كفالة حق الإنسان؛
6) يتفق القانون الوضعي مع الشريعة الإسلامية في جواز بتر واستقطاع الأعضاء البشرية لزراعتها في جسد نفس الإنسان أو غيره متى كان الدافع إلى ذلك هو الضرورة العلاجية، بأن يكون المريض في حالة خطر مرضي حال وجسيم لا سبيل لتفاديه إلا عن طريق القيام بذلك الاستقطاع وهذا الزرع؛
7) يتفق القانون الوضعي مع الشريعة الإسلامية وعلماء الطب في أن معيار الحديث هو ميت الخلايا المخية أي موت الدماغ، فمتى ثبت موت تلك الخلايا أمكن الحكم طباً وشرعاً وقانوناً [2] بموت الإنسان؛
8) يتفق فقه القانون الجنائي وبعض التشريعات مع الشريعة الإسلامية في عدم جواز بتر واستقطاع الأعضاء البشرية غير المزدوجة عند الانسان الحي كالقلب والكبد والدماغ لأن استقطاع مثل تلك الأعضاء يترتب عليه وفاة الانسان؛

1 – عمار عباس الحسيني، حالة الضرورة وآثارها في المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 537–538.
2 – الجدير بالذكر أن الانسان من وجهة نظر القانون يعتبر ميتاً متى صدرت وثيقة قانونية لهذا الغرض.

9) يتفق القانون الوضعي والشريعة الاسلامية في تحريم قتل المريض بدافع الشفقة بكافة صوره لأن الإنسان الذي تقع عليه هذه الأفعال هو انسان حي بالتالي فأي فعل من شأنه أن يؤدي إلى وفاته هومن قبيل القتل العمد[1].

10) يتفق الراجح في الفقه الجنائي الوضعي مع الشريعة الإسلامية في وجوب الإلتزام بكتمان السر المهني عموماً والسر الطبي خصوصاً لما تمثله تلك الأسرار من خصوصية للأفراد والمجتمع كما يجوز افشاء السر للضرورة متى كان محققاً لمصلحة راجحة على مصلحة كتمانه؛

11) ويتفقان على جواز إباحة نقل الدم من الأصحاء إلى المريض لأغراض الضرورة العلاجية كما سبق البيان، وقد استندوا إلى القرآن والسنة الشريفة وإجماع فقهاء المسلمين والقواعد الشرعية العامة وقد سبق تفصيل ذلك[2].

12) يتفق الراجح في الفقه الجنائي الوضعي مع الشريعة الإسلامية في جواز إجراء التجارب التي تتضمن تجربة جهاز جديد أو علاج جديد لم يثبت فعاليته أو مزاياه بعد ولا يوجد أمام الطبيب ما يدفع به خطر المرض عن المريض غير تجربة ذلك العلاج أو الجهاز؛

13) تتفق التشريعات الوضعية وفقه القانون الوضعي مع الشريعة الإسلامية في جواز إباحة نقل الدم من الأصحاء غلى المرض لأغراض الضرورة العلاجية كما سبق البيان، كما أن هذا العمل الطبي الضروري قد أصبح من الظواهر المعروفة، وقد نظمت العديد من الدول تشريعات خاصة لتنظيم عمليات نقل الدم كما ذهبت العديد من الفتاوي الشرعية للفقهاء المحدثين إلى جواز ذلك مستندين في ذلك إلى الأدلة الشرعية كالقرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وإجماع فقهاء المسلمين والقواعد الشرعية العامة.

المطلب الثاني: أوجه الاختلاف.

على الرغم من أوجه الشبه الكثيرة التي رأيناها بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي فيما يتعلق بالأعمال الطبية (الضرورة العلاجية) إلا أن هناك أوجهاً عديدة للاختلاف لعل أهمها:

1) تتميز الشريعة الإسلامية عن القانون الوضعي في عدم إباحة الأولى للإجهاض متى تم إخراج إطار حالة الضرورة العلاجية كأن يتم لأسباب ودوافع اقتصادية واجتماعية كما رأينا ذلك في حين نجد أن عدداً من التشريعات لم تتطرق إلى هذه المسألة المهمة التي من شأنها إهدار الملايين من الأحمال سنوياً؛

1 – عمار عباس الحسيني، حالة الضرورة وآثارها في المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 540.
2 – نفس المرجع، ص 541.

2) إن الشريعة الإسلامية لم تشر إلى هذا الأمر بشكل صريح وواضح غير أن الوصول إلى الحكم لهذه الحالة، يتم عن طريق الاستنباط والقياس على الأدلة الشرعية الأصلية كالقرآن الكريم والسنة النبوية والأدلة التبعة كالقياس..

3) تختلف الشريعة الإسلامية عن بعض الأحكام القضائية الفرنسية والانكليزية وبعض التشريعات في أنه في الأولى لا يجوز قتل المريض بدافع الشفقة سواء كان ذلك عن طريق إيقاف أجهزة الانعاش الصناعي أم قتله بأي وسيلة أخرى كانت ويدخل في ذلك المساعدة على الانتحار لأن المريض هنا وإن كان ميؤوساً من شفائه إلا أنه يبقى في نظر الشرع إنسان حي وأي فعل يقع عليه يعتبر في حكم الافعال الواقعة على الانسان الحي سواء كان ذلك بالقتل أو الجرح او الضرب التي يستحق فاعلها العقاب[1]؛

4) تختلف الشريعة الإسلامية عن القوانين الوضعية في أنه في الأولى لا يجوز القيام بالعمليات الطبية المستحدثة كنقل البويضة أو الحيمن إلى رحم امرأة زوجها عاقر .. من الأفعال التي يترتب عليها اختلاط الأنساب، أو التلاعب بالجينات الوراثية للحصول على مواصفات معينة للمواليد[2]. في حين نجد أن التشريعات الحديثة لم تمنع مثل تلك الأعمال الطبية بل أغلبها ساير علم الطب الحديث في إباحة وتشجيع تقنيات الهندسة الوراثية وزراعة الأجنة؛

5) تتميز الشريعة الإسلامية عن باقي التشريعات كالدستور المصري وبعض الفقه، في أنه في الأولى لا يجوز إجراء التجارب الطبية غير الضرورية على الإنسان وأن مثل تلك الأفعال محرمة شرعاً لأن من شروط (قيود) عمل الطبيب أن يكون تدخله في جسد المريض وصحته بقصد العلاج وهو ما لا يحصل في هذا النوع من التجارب فهي فضلاً عن تجردها من كل هدف علاجي نجد أنها تمارس لإشباع شهوة علمية أو فضول علمي في حين نجد الدستور المصري وحتى بعض الفقه كما ذكرنا يجيز إجراء تلك التجارب غير الضرورية على الانسان متى أجريت برضاه وإن لم تكن حالته تستدعي ذلك كما يفهم من ظاهر هذه النصوص؛

6) تتميز الشريعة الإسلامية عن فقه القانون الوضعي في أنه في الأولى تبدو ثمرة التقسيم بين عمليات جراحة التجميل الضرورية وغير الضرورية أكثر وضوحاً وفائدة من حيث إباحة الشريعة الإسلامية للنوع الأول دون النوع الثاني، في حين نجد أن فقه القانون الوضعي جعل ثمرة التقسيم هنا تبدو في درجة مساءلة الطبيب عن خطأه التي تبدو أكثر شدة ووضوح في العمليات الجراحية غير الضرورية دون الأخرى[3].

1 – عمار عباس الحسيني، حالة الضرورة وآثارها في المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 543.
2 – نفس المرجع، ص 544.
3 – نفس المرجع، ص 544–545.

خاتمة

قائمة المراجع

خاتمة

بعد تناولنا بالبحث والدراسة حالة الضرورة وأثرها على المسؤولية الجنائية وأهم صورها في المجال الطبي، وما رأيناه من وجهتي نظر الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، لابد لنا من أن نختم هذه الدراسة بأهم النتائج التي توصلنا إليها والتوصيات والمقترحات التي وجدناها ضرورية من خلال هذه الدراسة لذا نقسم هذه الخاتمة إلى قسمين:

أولا: الاستنتاجات

ثانياً التوصيات والمقترحات

أولا: الاستنتاجات

1) لم يرد في مراجع الفقه الإسلامي تعريف جامع مانع لحالة الضرورة، إذ أن التعريفات التي أوردناها كانت عبارة عن أقوال لفقهاء المسلمين، أوردوها في معرض شروحهم لأحكام حالة الضرورة، فمعظم تلك الأقوال قد ورد في (كتب الأطعمة) في تلك المراجع الأمر الذي يبرر اقتصار معظم نلك التعريفات على حفظ مصلحة النفس عند التعرض للخطر دون المال، ولا يختلف الأمر كثيراً بالنسبة للأقوال (التعريفات) التي أوردها المفسرين.
2) ان اصطلاح الضرورة في الشريعة الإسلامية أوسع منه في القانون، كون فقهاء الشريعة يصرفون لفظ الاضطرار إلى معناه الحقيقي الموضوع له لغة، أما في الاصطلاح القانوني فكما رأينا – أن شراح القانون يصرفون لفظ الاضطرار في الغالب – إلى القوة الطبيعية فقط ويترتب على ذلك القول أن مصدر خطر الضرورة في الشريعة الإسلامية أوسع منه في القانون الوضعي، الأمر الذي يؤدي إلى إندراج العديد من الحالات تحت مفهوم الضرورة الشرعية كالإكراه ودفع الصائل (الدفاع الشرعي) والنسيان والسفر والجهل ....
3) تتفق حالة الضرورة مع الحالات الأخرى الواردة كالإكراه بنوعيه ودفع الصائل ونظرية الظروف الطارئة في أنها جميعاً تقوم على معنى واحد هو الإلجاء، فكل من المكره والمدافع في دفع الصائل والمدين في نظرية الظروف الطارئة والمضطر في حلة الضرورة، ملجأ إلى مخالفة الحكم الأصلي والأخذ بالحكم الاستثنائي الذي لولا تلك الظروف لما لجأ إليه، وعلى تعبير بعض فقهاء الشريعة الإسلامية الأخذ بالرخصة استثناءاً من العزيمة.
4) يختلف مصدر مشروعية العمل بمقتضى الضرورة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ففي الشريعة وجدنا أن تلك المشروعية مستمدة من أهم مصادر الحكم الشرعي كالقرآن الكريم والسنة النبوية واجماع فقهاء المسلمين .. أما في القانون الوضعي فنجد أن مصدر تلك المشروعية هو النصوص الجزائية الخاصة بحالة

الضرورة التي يمكن الاستناد إليها في تبرير أفعال الضرورة قانوناً، ولا حاجة بنا إلى القول أنه ليس هناك تماثل بين المصدر الشرعي والقانوني، فالمصدر الشرعي هنا هو الأكثر قوة ومتانة كما أن الأخير يكون ثابتاً على مر الأزمنة والأمكنة في حين نجد المصدر القانوني يختلف بإختلاف تلك الأزمنة والامكنة.

5) لا خلاف في القول بأن محل الضرورة في الشريعة الإسلامية أوسع منه في القانون الوضعي، فقد اقتصرت أبرز القوانين الحديثة على حفظ مصلحتي النفس والمال للفاعل أو لغيره، أما الشريعة الإسلامية فقد جعلت محل الضرورة واسعاً حيث يشمل المقاصد الضرورية الخمس، كما أن الشريعة الاسلامية قد شملت حفظ تلك المقاصد من حيث الوجود ومن حيث الحماية، في حين اقتصرت القوانين الوضعية هذا الحفظ من حيث الحماية فقط.

6) وجدنا أن حالة الضرورة هي مانعاً من المسؤولية الجنائية وليست سبباً للإباحة ، الأمر الذي يرتب على ذلك القول: إنتفاء مسؤولية الفاعل الجنائية دون المدنية، وموانع المسؤولية ذات طبيعة شخصية لا موضوعية بمعنى أن عذرها لا يمتد إلى من ساهم في تلك الجريمة بل يقتصر فقط على الفاعل الأصلي، كما أن تلك الموانع لا تعدم الصفة الجرمية عن الفعل المرتكب ولا تضفي عليه الصفة المشروعة، الأمر الذي يؤدي إلى القول أن تلك الموانع لا تحول دون إنزال التدابير الاحترازية بمن توافرت فيه تلك الموانع.

7) وجدنا أيضاً أن الحق في التكامل الجسدي مقرر للإنسان شرعاً وقانوناً، فلا يجوز المساس بهذا التكامل بأي شكل من أشكال الاعتداء ولا يغير من ذلك الحكم القول برضاء المجز عليه بأفعال الجرح والضرب، لأن حق الحياة ليس من الحقوق التي يستقل بها صاحبها بل من الحقوق المشتركة بين الأنسان وربه والتي يكون فيها حق الله سبحانه وتعالى.

8) كما وجدنا أن ثمرة التقسيم بين جراحة التجميل الضرورية وغير الضرورية قانوناً غير ذات أثر في إباحة أو عدم إباحة هذا النوع من الجراحة، فكلا النوعين مباح قانوناً وهو ما يؤكده الواقع العلمي لذي يجري اليوم، إذ أن إجراء مثل هذه العمليات مباح في معظم المستشفيات وفي كل دول العالم تقريباً في حين نجد أن الشريعة الإسلامية – في الراجح – لا تجيز إلا جراحة التجميل الضرورية وهي التي تنقذ صاحبه من عيب جسيم يمنعه من ممارسة حقه في الحياة أو الزواج أو تكتساب الرزق أو يجعله محلاً للسخرية.

9) وجدنا أن حالة الضرورة وإن كانت تجيز العديد من الأعمال الطبية والجراحية الضرورية إلا أنها لا تجيز قتل الانسان المريض بدافع الشفقة، لآن مثل هذا العمل يعد من قبيل القتل الذي لا يبرره رضاء المجني عليه، كما أن القتل لم يكن يوماً علاجاً لمرض من الامراض فهو وإن كان إنهاء لألآم مستمرة إلا أنه لا يمكن أن يعتبر عملاً علاجياً إطلاقاً.

ثانياً التوصيات والمقترحات

1) نرى ضرورة تشريع نص خاص لعمليات زراعة الاعضاء بمنع فيه التبرع بالأعضاء البشرية غير المزدوجة كالقلب والكبد والدماغ، لأن مثل هذا التبرع يفضي إلى هلاك المتبرع، وهذا النص وإن كان مستقاد بداهة إلا أن الضرورات التشريعية تقضي بوجوب تشريعه.
2) نرى ضرورة تشريع نص جديد في قانون العقوبات ينظم عمليات بيع وتعاطي حبوب منع الحمل لغير ضرورة علاجية ، كما لهذه الوسائل من آثار خطيرة على المستوى البعيد في تنظيم النسل وما تكشفه من أخطار صحية متى استخدمت بشكل عشوائي.

كما نرى ضرورة إفراد نص خاص يجرم فيه أفعال التعقيم الجنسي.

3) كما نقترح تشريع نص خاص في قانون العقوبات يقضي صراحة بتجريم القتل بدافع الرحمة، وعدم إباحته لأي سبب من الأسباب كون هذا الفعل يعد من قبيل القتل العمد الذي لا يغير من وصفه نبل الباعث، وضرورة إعتبار هذا النوع من القتل ظرفاً مشدداً متى وقع من قبل المكلفين برعاية المريض كالأطباء وغيرهم، لأن على مثل هؤلاء بذل العناية اللازمة ومضاعفة الجهود لإنقاذ المرضى مما هم فيه.

قائمة المراجع

1) **القرآن الكريم**

2) الدردير ابي بركات أحمد بن محمد الدردير، الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، بيروت
3) الزرقاني ممد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، مختصر الخليل،
4) القرطبي، محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن المعروف بتفسير القرطبي، دار المعرفة، بيروت، لبنان
5) القرطبي، محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، بيروت، دار الكتاب العربي 1987.
6) الخرشي ابو عبد الله محمد المالكي، فتح الجليل على مختصر الخليل، دار صادر، بيروت
7) ابو بكر احمد بن علي الرازي الجصاص: أحكام القرآن، دار الكتاب العربي، بيروت، 1997
8) بن همام: التحرير في أصول الفقه، مطبعة البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، 1351
9) ابن نخيم، زيد الدين بن ابراهيم بن محمد نجيم: الأشباه والنظائر، منشورات ادارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان
10) عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1403هـ / 1983م.
11) السيوطي جلال الدين عبد الرحمان السيوطي: جمع الجوامع، دار الكتاب العربي، بيروت
12) الزركشي بدر الدين بن محمد بن بهلدر الشافعي: المنثور في القواعد، مؤسسة الخليج، الكويت، 1982
13) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
14) ابن حزم على ابن احمد الظاهري: المحلى، دار الفكر بيروت.
15) ابن منظور جمال الدين ابن مكرمة الأنصاري: لسان العرب، دار صادر، بيروت
16) ابي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا الرازي: معجم مقاييس اللغة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1429هـ-2008م،
17) ابن بكر محمد عبدالله المعروف بابن العربي: أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان
18) الشاطبي ابراهيم بن موسى الغرناطي، الموفقات، دار الفكر العربي.
19) الجرجاني بن علي محمد، التعريفات، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.
20) القروني، سنن إبن ماجة، مكتبة إبي المعاصي، رقم الحديث 20143.
21) الجلال شمس الدين، محمد بن أحمد، حاشية التياني، دار الكتب العلمية.
22) حسن عبد الغفار، ارشاد الفحول، دار السلام.
23) الحافظ أبو داود سليمان بن الأشعت السجستاني، سنن أبو داود، دار الكتاب العلمية، بيروت لبنان.
24) البهوني منصور بن يونس، كشاف القناع، دار الكتب العلمية، بيروت.
25) الحافظ أحمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار المعرفة.
26) السرخسي محمد أحمد بن سهل، المبسط، دار المعرفة، الطبعة الأولى.

27) أحمد بن محمد الحنفي، غمر عيون البصائر، منشورات القرآن والعلوم الأساسية، باكستان.
28) أحمد بن إسماعيل الضعافي، سبل الإسلام، دار الجيل، بيروت،1982.
29) أحمد بن يحي المرتضى، البحر الزخار، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة.
30) أحمد بن يعقوب، الكافي، دار المعارف المطبوعات، بيروت، لبنان.
31) أبو حامد أحمد الغزالي، إحياء علوم الدين، دار المعارف، بيروت، لبنان.
32) إبن تميمة تقي الدين الشهير، الفتاوى الكبرى، دار الفكر، بيروت، لبنان.
33) إبن قدامة موفق الدين أبي محمد، عبد الله بن أحمد، المغنى، دار الكتاب العربي.
34) الشربيني محمد بن أحمد، المغنى المحتاج، دار الكتاب العلمية، بيروت.
35) الغزالي محمد بن حامد لغزالي، المستصفى، المطبعة الاميرية، بولاق، مصر، 1937.
36) الموسوعة الفقهية الصادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت.
37) إبن عابدين محمد أمين، حاشية رد المختار، دار الفكر،399هـ-1979م.
38) الكاساني، بدائع الصنائع، دار الكتاب العربي، بيروت.
39) إبن الممام، التحرير في أصول الفقه، مصلحة البابي الكلي وأولاده، القاهرة،1351.
40) أحمد بن محمد بن علي المقري القومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المطبعة الأموية.
41) محمد رشيد رضا، تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.
42) السيوطي عبد الرحمان بن أبي بكر، جلال الدين، الإنتباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،1403هـ-1983م.
43) محمد بن يوسف أطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية.
44) الهمام كمال الدين بن عبد الواحد، فتح القدير، المصلحة الأسرية الكبرى، بولاق، مصر.
45) القرافي أحمد بن أدريس عبد الرحمان الصنهاجي، الفروق، دار المعرفة، بيروت.
46) الضعاني، حميد بن قاسم العنسي اليماني الضعاني، التاج المذهب لأحكام المذهب، مطبعة دار إحياء الكتاب العربية، مصر،1997.
47) مجلة الأحكام العدلية.
48) الكتب القانونية:
49) جرائل البناء، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مطبعة الرشيد، بغداد.
50) مصطفى الزلمي، موانع المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية، دار وائل لنشر والتوزيع، 2005.
51) محمد نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، النهضة العربية، القاهرة،1992.
52) فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مطبعة الزمان، بغداد،1992.
53) محمود إبراهيم إسماعيل، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، طبعة عامة،1989.

54) شريف فوزي، مبادئ التشريع الجنائي الإسلامي، مكتب الخدمات الحديثة، الرباط.
55) محمود محمد مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، بغداد،1977.
56) محمد السعير نمور، شرح قانون العقوبات، القانون الخاص،2001.
57) الكتب العلمية:
58) أمر فرج يوسف، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية من الناحية الجنائية، المدنية والتأديبية والمستشفيات والمهن المعاونة لهم، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية،2008.
59) عمار عباس حسين، حالة الضرورة وآثارها في المسؤولية الجنائية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2001.
60) نسرين عبد الحميد نبية، نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة والقوانين الوضعية، دار الوفاء، الإسكندرية،2008.
61) زكي الأبراش، مسؤولية الأطباء الجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، القاهرة.
62) وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، موسوعة الرسالة، بيروت،1988.
63) يوسف قاسم، نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1413هـ-1994م.
64) محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة،1415هـ-1994م.
65) أحمد أبو الروس، الموسوعة الجنائية الحديثة، جرائم الإجهاض والإعتداء على العرض والشرف والإعتبار والحياء العام والإخلال بالآداب العامة من الوجهة القانونية والنفسية، المكتبة القانونية، مكتب الجامعي الحديث، الأزاربطة، الإسكندرية.
66) رأفت صلاح أبو الهيجاء، مشروعية نقل الأعضاء البشرية، عالم الكتب الحديث، 2006.
67) شريف فوزي، مبادئ التشريع الجنائي الإسلامي، مكتب الخدمات الحديثة، الرباط.
68) دنون أحمد الرجيو، النظرية العامة للإكراه والضرورة، القاهرة،1968-1969.
69) أحمد فتحي البهتمي، القصاص في الفقه الإسلامي، دار الشروق، القاهرة.
70) أسامة السيد عبد السميع، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2006.
71) أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، الكويت، 1987.
72) مبروك نصر الدين، نقل وزراعة الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2003.
73) شعبان الكومي أحمد، أحكام التجميل في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2006.
74) محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، دار السعودية للنشر والتوزيع.
75) مقالات، محاضرات، بحوث:

76) الشادي، حق الجنين في الحياة في الشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، مارس، 1979.

77) عمار عباس الحسيني، حقوق الإنسان والحريات العامة، محاضرات مطبوعة غير منشورة، 2008.

78) عبد الرحمان بن عثمان الجلعود، مفهوم مصطلح الضرورة بين الشرع والطب ، بحث مقدم تطبيق القواعد الفقهية على المسائل الطبية تحت رعاية إدارة الشريعة الدينية والشؤون الصحة بالرياض،2008.

الإهداء

الحمد لله حمدا كثيرا طيبا مبارك فيه يليق بجلال مقامه وعظيم سلطانه ثم الصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا وسيدي محمد الصادق الأمين وصحابته الأبرار الميامين رضي الله عليهم وعلى آلهم أجمعين أما بعد:

بداية أهدي ثمرة جهي هذه إلى أعز ما أملك في الوجود إلى والدي العزيز الذي علمني بجدية الحياة والمعرفة وصاحب القلب الكبير وإلى شمعتي التي تحترق لتنير طريقي بحبها أمي الغالية الحنون أطال الله في عمرها، وإلى من كان الحب والحنان وسبب في وجودهم أخواتي العزيزات فاطمة، مبروكة، رحيمة، إلى أخواني طاهر، خليل، حكوم، إبراهيم وإلى أخواتي الروحيات خديجة، أم الخير، زنوكة، فدوى، جمعة، مليكة، نصيرة، يمينة، مسعودة، سعاد، رقية، صارة.

إلى عمتي الوحيدة وعائلتها، إلى عمي الوحيد وعائلته المحترمة، إلى جدتاي محجوبة وخديجة.

إلى أساتذتي الذين علموني معنى الأدب وقيمة العلم والإحترام معلم مبروك، أولاد المختار، علي دويدة، بوحفص حمزة.

إلى من كان له الفضل في وصولي إلى هذه المرتبة من العلم أخص بالذكر صديقي غريب صافية، وإلى كتكوته العائلة جالبة الحظ والبسمة ابنة أختي بسمة.

حياة